CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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

X

2008/B

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/B)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-006-0

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

Compilación anónima

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/B

ÍNDICE

CLIV *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'"* 1249

Expte. nº 5806/08 - 15/7/2008 1249

CLV *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Leyva Willivalda, Hinojosa s/inf. art. 73, CC'"* 1251

Expte. nº 5742/08 - 15/7/2008 1252

CLVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Armanini, Jorge Oscar c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)'"* 1255

Expte. nº 5592/07 - 16/7/2008 1256

CLVII *"Lewinzon, Julio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lewinzon, Julio c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'"* 1265

Expte. nº 5948/08 - 16/7/2008 1265

CLVIII *"GCBA c/Acuña, Javier Oscar s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5740/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Acuña, Javier Oscar s/otros procesos incidentales'"* 1266

Expte. nº 5791/08 - 16/7/2008 1269

CLIX *"Lalo Aarón c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1276

Expte. nº 5355/07 - 16/7/2008 1276

CLX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y sus acumulados: "Álvarez, Manuel" (5937), "Boschiazzo, Omar Héctor" (5938), "Martínez, Carlos Eduardo y otra" (5908), "De Giacomo, Juan Carlos" (5921), "Laferrère de Elia, Mariana de" (5923), "Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera" (5967) y "Brik, Daniel Jorge" (5968)* 1278

Expte. nº 5726 - 16/7/2008. 1282

CLXI *"Partido Demócrata Cristiano s/infr. caps. II y III de la ley 268"* 1300

Expte. nº 5997/08 - 16/7/2008 1300

CLXII *"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)'"* 1303

Expte. nº 5516/07 - 16/7/2008 1304

CLXIII *"Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus acumulados expte. nº 4300/05 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica'" y expte. nº 4301/05 "Del Cerro Naón, Juan Pedro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Menéndez, Héctor Nelson c/GCBA y otros s/responsabilidad médica'"* 1317

Expte. nº 4314/05 - 16/7/2008 1317

CLXIV *"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'"*. 1319

Expte. nº 5966/08 - 16/7/2008 1319

CLXV *"Gelabert, Sergio Claudio y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gelabert, Sergio Claudio; Spangenberg, Hugo Hernán s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472'"* 1321

Expte. nº 5877/08 - 17/7/2008 1322

CLXVI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rojas Chero, Juan Carlos s/inf. art. 83, CC —apelación'"* 1329

Expte. nº 5786/08 - 16/7/2008 1331

CLXVII *"Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268"* 1344

Expte. nº 5985/08 - 18/7/2008 1344

CLXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255'"* 1347

Expte. nº 5853/08 - 13/8/2008 1347

CLXIX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alarcón Zeballos, Emily Jackelyn s/inf. art. 83, CC'"* 1351

Expte. nº 5834/08 - 13/8/2008 1352

CLXX *"Caminiti, Virginia Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Caminiti, Virginia Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales'"* 1363

Expte. nº 5918/08 - 13/8/2008 1364

CLXXI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Varela, José c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"*. 1370

Expte. nº 5741/08 -13/8/2008. 1371

CLXXII *"Bottini, Carmen Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales en 'Bottini, Carmen Beatriz c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)' s/incidente de regulación de honorarios"* 1376

Expte. nº 4245-1/08 - 13/8/2008 1376

CLXXIII *"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.'"*. 1378

Expte. nº 5501/07 - 13/8/2008 1379

CLXXIV *"Santiago, Alicia Noemí c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1384

Expte. nº 5535/07 - 13/8/2008 1385

CLXXV *"Herrera, Natalia Juliana c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1389

Expte. nº 5792/08 - 13/8/2008 1389

CLXXVI *"Nesprias, Claudia Marcela c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1395

Expte. nº 5533/07 - 13/8/2008 1395

CLXXVII *"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)'"* 1400

Expte. nº 5781/08 - 13/8/2008 1400

CLXXVIII *"López, Enrique Gabriel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Enrique Gabriel c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*. 1406

Expte. nº 5802/08 - 13/8/2008 1407

CLXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Río Cuarto S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales en Río Cuarto S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1413

Expte. nº 5801/08 - 13/8/2008 1413

CLXXX *"Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1418

Expte. nº 5942/08 - 15/8/2008 1418

CLXXXI *"Cipullo, Beatriz Emilia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1422

Expte. nº 5774/08 - 20/8/2008 1423

CLXXXII *"Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 1428

Expte. nº 5800/08 - 20/8/2008 1429

CLXXXIII *"Torea, Domingo Nazario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Torea, Domingo Nazario c/GCBA s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'"* 1437

Expte. nº 5497/07 - 20/8/2008 1438

CLXXXIV *"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'"* 1444

Expte. nº 5821/08 - 27/8/2008 1446

CLXXXV *"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.'"* 1455

Expte. nº 5688/07 - 27/8/2008 1455

CLXXXVI *"Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1458

Expte. nº 5872/08 - 27/8/2008 1459

CLXXXVII *"Dolmann, Francisco y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Dolmann, Francisco s/inf. art. 78, obstrucción de vía pública —CC'"* 1472

Expte. nº 6061/08 - 27/8/2008 1473

CLXXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Villar, Valeria - Oniszczuk, Carlos Alberto y Tapia, Luisa s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'"* 1474

Expte. nº 5858/08 - 28/8/2008 1475

CLXXXIX *"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. —apelación'"* 1480

Expte. nº 4750 - 28/8/2008. 1481

CXC *"Línea de Microómnibus SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1486

Expte. nº 5837/08 - 28/8/2008 1488

CXCI *"Natural Foods Industrial Exportadora S.A. c/GCBA s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1496

Expte. nº 5686/07 - 28/8/2008 1499

CXCII *"Corrado, Sergio Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1526

Expte. nº 5795/08 - 28/8/2008 1527

CXCIII *"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.'"* 1543

Expte. nº 5437/07 - 1º/9/2008 1544

CXCIV *"Organización Clearing Argentino S.A. c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1547

Expte. nº 5653/07 - 3/9/2008 1549

CXCV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Datco S.A. y otros c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 1572

Expte. nº 5831/08 - 3/9/2008 1573

CXCVI *"Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fiat Crédito Compañía*

Financiera S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.'" 1582

Expte. nº 5785/08 - 3/9/2008 1583

CXCVII *"Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de ejecución de sentencia en Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otro s/ley 255 (Junín 1787)'" y sus acumulados: expte. nº 5818/08 "Martínez, Alfredo y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"; expte. nº 5819/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"; y expte. nº 5816/08 "Vildoza, Jorge Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"* 1592

Expte. nº 5127/07 - 3/9/2008 1593

CXCVIII *"Incidente de regulación de honorarios en autos 'Álvarez, Jorge Alberto s/inf. art. 82 —ruidos molestos—, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido'"* 1606

Expte. nº 5876/08 - 3/9/2008 1607

CXCIX *"Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos"* 1612

Expte. nº 2565/03 - 9/9/2008 1613

CC *"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'"* . . 1617

Expte. nº 5737/08 - 9/9/2008 1617

CCI *"Doctoras Di Matteo, Silvina Laura - García, María Cecilia y Myslinsky, Paula Carolina s/regulación de honorarios en 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. púb.'"*. 1620

Expte. nº 6043/08 - 17/9/2008 1621

CCII *"De Los Trabajadores Socialistas, Partido s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268"* 1624

Expte. nº 6002/08 - 17/9/2008 1624

CCIII *"Prieto, Rosario Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Prieto, Rosario Beatriz c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 1627

Expte. nº 5751/08 - 17/9/2008 1628

CCIV *"Incidente de incompetencia en autos 'Ramos, Graciela Beatriz y otros s/art. 149 bis C.P., amenazas' s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5917/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de incompetencia en autos Ramos, Graciela Beatriz y otros s/inf. art. 149 bis, amenazas'"* 1633

Expte. nº 5914/08 - 17/9/2008 1634

CCV *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'"* 1639

Expte. nº 5840/08 - 17/9/2008 1641

CCVI *"E., M. S. c/GCBA y otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5839/08: "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'E., M. S. c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales'"* 1647

Expte. nº 5846/08 - 17/9/2008 1649

CCVII *"Olivera, María Rosa y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5880/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Olivera, María Rosa y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales'"* 1654

Expte. nº 5906/08 - 24/9/2008 1656

CCVIII *"Rodríguez, Federico Hernán c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"*. 1661

Expte. nº 6112/08 - 24/9/2008 1661

CCIX *"Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1666

Expte. nº 5890/08 - 24/9/2008 1668

CCX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sanatorio Parque S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 1686

Expte. nº 5548/07 - 24/9/2008 1688

CCXI *"Orrico S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Orrico S.R.L. c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'"* 1698

Expte. nº 5760/08 - 24/9/2008 1698

CCXII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Longhi, Ambrosio Lázaro c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 1707

Expte. nº 5863/08 - 24/9/2008 1708

CCXIII *"Ministerio Público —Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Santana, Ángelo Martín s/inf. art. 85 C.C. —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'"* 1710

Expte. nº 6065/08 - 24/9/2008 1711

CCXIV *"Establecimiento Geriátrico San Jorge S.A. s/recurso de queja en 'Establecimiento Geriátrico San Jorge S.A. s/infr. art. 2.1.2 de la ley 451'"* 1716

Expte. nº 6129/08 - 24/9/2008 1716

CCXV *"Loñ, Carolina y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/ otros procesos incidentales' en 'Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1718

Expte. nº 5558/07- 24/9/2008. 1719

CCXVI *"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'"* 1729

Expte. nº 5540/07 - 1º/10/2008 1729

CCXVII *"Sociedad de Fomento de Belgrano R s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sociedad de Fomento de Belgrano R c/GCBA y otros s/amparo'"*. 1732

Expte. nº 6006/08 - 1º/10/2008 1733

CCXVIII *"Prato, Osvaldo c/CASSABA y otros s/otras causas en trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1737

Expte. nº 5775/08 - 1º/10/2008 1738

CCXIX *"Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1740

Expte. nº 6015/08 - 1º/10/2008 1742

CCXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Wilton SACIFI y Dickens SACIFI s/ejecución fiscal - ABL'"* 1751

Expte. nº 5515/07 - 1º/10/2008 1752

CCXXI *"Aguas Argentinas S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de apelación ordinario concedido" y su acumulado expte. nº 5811/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Aguas Argentinas S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales'"* 1765

Expte. nº 5432/07 - 2/10/2008 1767

CCXXII *"Aromando, Diego Maximiliano c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5885/08: "Consejo de la Magistratura de la Ciudad s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Aromando, Diego Maximiliano c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada'"*. 1783

Expte. nº 5913/08 - 8/10/2008 1785

CCXXIII *"Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 1791

Expte. nº 5851/08 - 8/10/2008 1791

CCXXIV *"Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos"* 1792

Expte. nº 2565/03 - 8/10/2008 1792

CCXXV *"Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Manfredi, Carolina Claudia s/inf. arts. 116 y 117, CC'"*. 1794

Expte. nº 5602/07 - 8/10/2008 1795

CCXXVI *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sanoguera, Diego Lorenzo s/infracción art. 189 bis C.P. —honorarios de perito psiquiatra'"* 1800

Expte. nº 5739/08 - 8/10/2008 1801

CCXXVII *"Maugeri, Dante Abel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1807

Expte. nº 5934/08 - 8/10/2008 1809

CCXXVIII *"Incidente de incompetencia en autos 'Pedrasa o Pedraza, Raúl s/inf. art. 149 bis C.P. (amenazas) —apelación' s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado, expte. nº 5946/08, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos 'Pedrasa o Pedraza, Raúl s/inf. art. 149 bis, C.P. (amenazas) —apelación'"* 1813

Expte. nº 5929/08 - 8/10/2008 1814

CCXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 1816

Expte. nº 5904/08 - 8/10/2008 1818

CCXXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mato Pose, Felicitas c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAYT)'"*. 1834

Expte. nº 6149/08 - 14/10/2008 1834

CCXXXI *"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.'"*. 1835

Expte. nº 5940/08 - 14/10/2008 1837

CCXXXII *"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, expte. 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'" 1842

Expte. nº 5871/08 - 14/10/2008 1843

CCXXXIII *"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'"* 1853

Expte. nº 5809/08 - 14/10/2008 1853

CCXXXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Marone, Héctor Rodolfo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1858

Expte. nº 5190/07 - 14/10/2008 1861

CCXXXV *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Suárez, Jorge Luis c/Consejo de la Magistratura s/impugnación de actos administrativos'"* 1881

Expte. nº 5882/08 - 22/10/2008 1881

CCXXXVI *"Rodríguez, Celia Cristina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodríguez, Celia Cristina c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*. 1890

Expte. nº 5897/08 - 22/10/2008 1891

CCXXXVII *"Castiñeiras, Daniel Humberto c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1899

Expte. nº 6094/08 - 27/10/2008 1899

CCXXXVIII *"Alián, Ofelia Dora y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 1904

Expte. nº 6083/08 - 27/10/2008 1905

CCXXXIX *"Partido Intransigente s/infr. Cap. II de la ley 268"*. 1910

Expte. nº 6155/08 - 29/10/2008 1910

CCXL *"Torea, Domingo Nazario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Torea, Domingo Nazario c/GCBA s/otras causas donde la aut. admin. es actora'"* 1913

Expte. nº 5497/07 - 29/10/2008 1913

CCXLI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Villar, Valeria, Oniszczuk, Carlos Alberto y Tapia, Luisa s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'"* 1916

Expte. nº 5858/08 - 29/10/2008 1917

CCXLII *"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'"* 1921

Expte. nº 5881/08 - 29/10/2008 1921

CCXLIII *"Línea de Microómnibus SATCF s/art. 6.1.63 y otros, ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1931

Expte. nº 5837/08 - 4/11/2008 1932

CCXLIV *"Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de ejecución de sentencia en Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otro s/ley 255 (Junín 1787)'" y sus acumulados: expte. nº 5818/08 "Martínez, Alfredo y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"; expte. nº 5819/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"; y expte. nº 5816/08 "Vildoza, Jorge Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"* 1937

Expte. nº 5127/07 - 4/11/2008 1938

CCXLV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 1942

Expte. nº 5904/08 - 4/11/2008 1942

CCXLVI *"Caffaro, Sandra Fabiana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1944

Expte. nº 5976/08 - 4/11/2008 1946

CCXLVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'L.P. S.A. c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAyT)'"* 1950

Expte. nº 5947/08 - 4/11/2008 1951

CCXLVIII *"Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios - Mutual c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1963

Expte. nº 5520/07- 11/11/2008 1965

CCXLIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Empresa La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'"* 1976

Expte. nº 5927/08 - 12/11/2008 1977

CCL *"Natural Foods Industrial Exportadora S.A. c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1987

Expte. nº 5686/07 - 12/11/2008 1987

CCLI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Arce Goitía, Guillermo Federico s/inf. art. 111, CC'"* 1991

Expte. nº 5999/08 - 12/11/2008 1992

CCLII *"GCBA c/Carto, Oscar y otros GCBA y otros s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus acumulados expte. nº 5878/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Carto, Oscar y otros s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5956/08 "Carto, Oscar s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y expte. nº 5941/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Carto, Oscar s/queja por apelación denegada'"* 1997

Expte. nº 5888/08 - 12/11/2008 1998

CCLIII *"S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 2004

Expte. nº 5884/08 - 12/11/2008 2008

CCLIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 2054

Expte. nº 5962/08 - 12/11/2008 2056

CCLV *"Boico, Roberto José c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 2063

Expte. nº 6136/08 - 18/11/2008 2064

CCLVI *"Línea de Microómnibus 47 SATCFI s/infr. art. 6.1.63 Violación de semáforos sin poder identificar al conductor s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 2067

Expte. nº 6009/08 - 19/11/2008 2069

CCLVII *"Martín, Mauro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Club Atlético Vélez Sarsfield s/inf. art. 96, CC —apelación'"* 2071

Expte. nº 5978/08 - 19/11/2008 2073

CCLVIII *"Macagno, Carlos Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Vitelli, Francisco Mario c/GCBA (Sanatorio Municipal Julio Méndez) y otros s/daños y perjuicios'"* 2082

Expte. nº 5655/07 - 19/11/2008 2083

CCLIX *"Passarelli, Ariel Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Passarelli, Ariel Oscar c/GCBA –Secretaría de Educación s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 2101

Expte. nº 5551/07 - 19/11/2008 2102

CCLX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Galli, Andrea Carolina y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 2111

Expte. nº 5925/08 - 20/11/2008 2113

CCLXI *"Balza de Parada, Laura c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6005/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Balza de Parada, Laura c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 2126

Expte. nº 6007/08 - 20/11/2008 2129

CCLXII *"Bueno, Silvia Mónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 2142

Expte. nº 6132/08 - 20/11/2008 2145

CCLXIII *"Metrovías S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Montes, Alberto Omar c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 2151

Expte. nº 5898/08 - 20/11/2008 2152

CCLXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Orígenes AFJP S.A. c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAyT)'"*..... 2159

Expte. nº 6038/08 - 20/11/2008 2159

CCLXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Datco S.A. y otros c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 2161

Expte. nº 5831/08 - 26/11/2008 2161

CCLXVI *"Fernández, Miguel Ángel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción de la acción peticionada por Miguel Ángel Fernández en autos 'Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/infr. art. 116, CC'"*..... 2164

Expte. nº 6001/08 - 25/11/2008 2165

CCLXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Villalonga, Gabriela Edith y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales'"* 2170

Expte. nº 6097/08 -26/11/2008..... 2171

CCLXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en autos 'Domínguez, Juan Domingo s/art. 82 ley 1472'"* 2178

Expte. nº 5922/08 - 1º/12/2008 2178

CCLXIX *"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)'"* 2180

Expte. nº 5864/08 - 1º/12/2008 2182

CCLXX *"Spinetto, Ana María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Spinetto, Ana María c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 2193

Expte. nº 5926/08 - 1º/12/2008 2194

CCLXXI *"Cacace, Nelvi Bilma c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6025/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cacace, Nelvi Bilma c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 2201

Expte. nº 6036/08 - 1º/12/2008 2202

CCLXXII *"Guzman, Martín y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 2214

Expte. nº 5555/07 - 1º/12/2008 2214

CCLXXIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 2219

Expte. nº 5961/08 - 1º/12/2008 2219

CCLXXIV *"García, Gabriela Alejandra c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus acumulados expte. nº 5870/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'García, Gabriela Alejandra c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por apelación denegada', expte. nº 5910/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'García, Gabriela Alejandra c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por apelación denegada'" y expte. nº 5973/08 "García, Gabriela Alejandra c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 2227

Expte. nº 5915/08 - 1º/12/2008 2229

CCLXXV *"Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81, CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 2234

Expte. nº 6033/08 - 3/12/2008 2236

CCLXXVI *"Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 2252

Expte. nº 6153/08 - 3/12/2008 2254

CCLXXVII *"GCBA c/propietario inmueble Cochabamba 1631 s/otros procesos especiales s/conflicto de competencia"* 2265

Expte. nº 6193/08 - 3/12/2008 2266

CCLXXVIII *"Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de ejecución de sentencia en Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otro s/ley 255 (Junín 1787)'" y sus acumulados: expte. nº 5818/08 "Martínez, Alfredo y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"; expte. nº 5819/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"; y expte. nº 5816/08 "Vildoza, Jorge Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/infracción ley 255'"* . 2273

Expte. nº 5127/07 - 3/12/2008 2273

CCLXXIX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Villar, Valeria y Oniszczuk, Carlos Alberto s/infr. arts. 116, 117 y 118 Organizar y explotar juego'"*. 2277

Expte. nº 5905/08 - 10/12/2008 . . . . . 227 8

CCLXXX *"Orrico S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Orrico S.R.L. c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'"*. 2281

Expte. nº 5760/08 - 10/12/2008 2281

CCLXXXI *"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, expte. 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'" 2284

Expte. nº 5871/08 - 10/12/2008 2285

CCLXXXII *"Rodríguez, Marcelo José s/inf. art. 189 bis, C.P., portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6148/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodríguez, Marcelo José s/infr. art. 189 bis, C.P.'"* 2287

Expte. nº 6146/08 - 17/12/2008 2289

CCLXXXIII *"Jervo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Jervo S.A. s/ejecución fiscal'"* 2305

Expte. nº 5886/08 - 17/12/2008 2307

CCLXXXIV *"Asociación de Supermercados Unidos (ASU) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación de Supermercados Unidos c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 2326

Expte. nº 6023/08 - 17/12/2008 2328

CCLXXXV *"Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.'"*. 2345

Expte. nº 6014/08 - 17/12/2008 2346

CCLXXXVI *"Telecentro S.A. s/infr. art. 5º ley 268"*. 2352

Expte. nº 6250/08 - 17/12/2008 2352

CCLXXXVII *"Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados s/infr. art. (s) art. 17, b, art. 17, inc. b de la ley 268"* 2356

Expte. nº 6276/08 - 19/12/2008 2356

CCLXXXVIII *"Línea de Microómnibus 47, SATCFI s/infr. art. 6.1.63, violación de semáforo sin poder identificar al conductor —ley 451— s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 2358

Expte. nº 6128/08 - 17/12/2008 2360

CCLXXXIX *"Cassone, Liliana Alicia c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido y su*

acumulado expte. nº 6154/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cassone, Liliana Alicia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'". 2363

Expte. nº 6170/08 - 17/12/2008 2366

CCXC *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 2373

Expte. nº 6024/08 - 17/12/2008 2374

CCXCI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Arias, Carolina Raquel c/GCBA s/otros procesos incidentales'"*. 2386

Expte. nº 6082/08 - 17/12/2008 2387

CCXCII *"Meza, Hugo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Meza, Hugo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 2392

Expte. nº 6150/08 - 18/12/2008 2392

TRIBUNAL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL NOTARIADO

I *"Colegio de Escribanos. Escribano Gutman, Leonardo s/inspección protocolo año 2005"; y su acumulado* 2403

Expte. nº 5453/07 - 11/2/2008 2403

II *"Colegio de Escribanos. Escribano Larronde, Eduardo Rodolfo s/inspección protocolo año 2005"* 2405

Expte. nº 5582/07 - 11/2/2008 2406

III *"Tribunal Oral Nº 22. Escribano Goñi Casaux, Mario Ismael s/comunica sentencia en causa nº 1942"* 2411

Expte. nº 5517/07 - 31/3/2008 2411

IV *"Colegio de Escribanos. Escribano Maur, Nilda Sara s/inspección extraordinaria a las actas años 2006 y 2007 y sistema de certificación de firmas en fojas movibles"* 2417

Expte. nº 5518/07 - 14/4/2008 2418

V *"Colegio de Escribanos. Escribano Larronde, Eduardo Rodolfo s/inspección protocolo año 2006"* 2424

Expte. nº 5844/08 - 9/5/2008 2425

VI *"Cirulli, María Elisa. Escribanos: Cirulli, María Elisa. Lanza Tanco, Balbina Dora s/denuncia sobre ética notarial"* 2428

Expte. nº 6010/08 - 29/8/2008 2428

VII *"Colegio de Escribanos. Escribano Schillaci, Roberto Mariano s/inspección protocolo año 2006"* 2438

Expte. nº 6055/08 - 17/9/2008 2439

VIII *"Cirulli, María Elisa. Escribanos: Cirulli, María Elisa. Lanza Tanco, Balbina Dora s/denuncia sobre ética notarial"* 2442

Expte. nº 6010/08 - 29/9/2008 2443

IX *"Colegio de Escribanos. Escribano Otaegui, Jorge Raúl s/propuesta de reemplazante art. 14 ley 404"* 2444

Expte. nº 6233/08 - 4/12/2008 2444

ÍNDICE TEMÁTICO*

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Amnistía, 463

Asesora General Tutelar, 455

Bien de dominio público, 1157

Campaña electoral, 463

Caracteres, 943, 1097, 1114, 1151, 1157

Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires, 1114

Competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 898

Control concentrado y abstracto, 638, 1097

Convención sobre los Derechos del Niño, 455

Corretaje inmobiliario, 266

Derecho público local, 1114

Derechos de incidencia colectiva, 1097

Donación de monumentos o esculturas, 1157

Efectos retroactivos, 421

Ejecución de honorarios, 898

Excusación del representante del Ministerio Público, 565

Facultad del juez instructor, 1151

Facultades instructorias del juez de trámite, 81

Legisladores, 463

Legitimación, 898

Legitimación activa, 455, 463

Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial, 1114

Ley Orgánica del Ministerio Público, 565

Ley Tarifaria para el año 2008, 81

Matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios, 266

Medida cautelar, 713, 816, 1182

Naturaleza, 1151, 1157

Norma de carácter general, 266, 455, 463, 1097, 1114, 1157

Norma de carácter local, 638

Notificación de la sentencia a la Legislatura, 166

Obligatoriedad de la vista previa, 81

Organización del Poder Judicial, 1097

Partidos políticos, 463

Perito ingeniero, 943

Principio de división de poderes, 81

Procedimiento de doble lectura, 1157

Producción de prueba, 1151

Prueba de informes, 1151

Recurso de aclaratoria, 166

Recurso de reposición, 904

* Tomos 2008/A y 2008/B.

Recurso extraordinario federal, 638

Regulación de honorarios, 421, 943

Requisitos, 266, 1097, 1114

Sesiones ordinarias, 166

Vista al fiscal, 81, 565, 713, 816

AMPARO

Abogado jubilado, 391

Acumulación de expedientes, 735

Adecuación a las secciones y circuitos electorales, 737, 760

Atribución del Jefe de Gobierno, 737, 760

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 737, 760

Campaña de concientización de higiene urbana, 200

Caracteres, 760, 1224

Competencia electoral, 737, 760

Competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia, 571

Conjuez, 996

Cuestión abstracta, 527, 777

Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, 200, 221

Denuncia de hecho nuevo, 779

Derecho a elegir y a ser elegido, 760

Derecho de defensa en juicio, 200, 221, 315

Discriminación arbitraria, 200

Discriminación salarial arbitraria, 221

Ejecución fiscal, 571

Elecciones, 737, 760

Empleo público, 168, 826, 972

Excusación de juez del Tribunal Superior de Justicia, 544, 996

Idoneidad, 1224

Idoneidad de la vía elegida, 686, 780, 1192

Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, 826

Ilegitimidad manifiesta, 200, 221

Inapelabilidad de la sentencia en razón del monto, 571

Interpretación de normas infraconstitucionales, 168, 826

Intimación a la Legislatura, 527

Intimación al Poder Ejecutivo, 529

Juntas comunales, 737, 760

Legislatura, 737, 760

Ley de Comunas, 527

Médico, 168, 826, 972

Medida cautelar, 527, 529, 777

Naturaleza, 760, 1224

Obligación de realizar aportes a la CASSABA, 391

Omisión del GCBA, 200, 221

Padrón electoral, 737, 760

Presentación extemporánea, 779

Principio de igualdad, 200, 221

Principio de preclusión, 315

Relimitación de circuitos electorales, 529

Requisitos, 168, 173, 200, 221, 270, 391, 826, 972

Servicio de guardia, 168, 826, 972

Superposición de aportes, 391

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Amparo, 33

Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, 33

Venta ambulante en la vía pública, 33

MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA

Acto dictado por la Junta Electoral, 259

Remisión de actuaciones, 259

PARTIDOS POLÍTICOS

Financiamiento de campaña electoral, 1094

Origen de los fondos, 1094

Reglas de conducta, 1094

Suspensión del proceso a prueba, 1094

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Abogado jubilado, 391

Abogados afiliados a otro régimen previsional, 686, 780, 1192

Acceso a la justicia, 1032, 1129

Actividad industrial, 484

Adicional salarial, 680

Alícuota reducida, 484

Alumbrado, barrido y limpieza, contribución territorial y de pavimentos y aceras, 574

Amparo, 147, 168, 173, 270, 315, 391, 686, 780, 826, 972, 1192, 1224

Amparo por mora de la Administración, 1224

Aportes previsionales, 686, 780, 1192, 1202

Arbitrariedad, 470, 484, 504, 533, 1129

Asesor tutelar, 362

Atribución del Poder Ejecutivo, 1224

Atribuciones del Consejo de la Magistratura, 362

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 245, 552, 840, 962

Autonomía del Ministerio Público, 362

Base regulatoria, 547

Bonificación por cancelación anticipada, 701

Caducidad de instancia, 672

Campaña de concientización de higiene urbana, 200

Carrera de Profesionales de Acción Social, 295

Caso constitucional, 7, 49, 168, 245, 315, 701, 826, 840, 972, 1224

Caso fortuito, 701

CASSABA, 173, 270, 686, 780, 1192, 1202

Causa contencioso administrativa, 840

Cesantía, 504

Cese de la Justicia Municipal de Faltas, 868

Código Fiscal, 7

Competencia, 962

Competencia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local, 87, 552, 840

Competencia del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, 245, 664

Cómputo de días inhábiles, 672

Cómputo del plazo, 87, 236

Concursos, 362, 1224

Consejo de la Magistratura, 428, 1032

Construcción de inmuebles, 7

Contrato de concesión, 245, 552, 840, 962

Contribuciones especiales, 270

Contribuciones y aportes previsionales, 173, 270

Control de constitucionalidad, 470

Control de constitucionalidad de oficio, 362

Control judicial, 852

Control judicial del gasto público, 147, 326

Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 658

Costas, 470

Crédito hipotecario, 701

Crisis económica, 701

Cuestión abstracta, 315

Cuestión de competencia, 840

Cuestión de derecho procesal local, 1043

Cuestiones de hecho y prueba, 484, 533, 574, 868

Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, 200, 221

Cuestión federal, 701

Cuestión procesal, 87, 664, 672, 868

Debido proceso, 245, 295, 362, 1032, 1129

Declaración jurada informativa inexacta, 574

Defensa en juicio, 701

Delegación de facultades legislativas, 686, 780, 1192

Delegación de la potestad reglamentaria, 173

Denegatoria del fuero federal, 245, 552, 840, 962

Derecho adquirido, 1224

Derecho a una vivienda digna, 147, 326, 852

Derecho común, 574, 672, 701

Derecho contravencional, 348

Derecho de defensa en juicio, 200, 221, 295, 315, 428, 608, 1032, 1043

Derecho de propiedad, 49, 295, 1202, 1224

Derecho procesal local, 533

Derecho público local, 552, 962

Derechos humanos, 326, 852

Derechos sociales, 852

Deserción del recurso, 163

Designación de funcionario, 1224

Determinación de oficio sobre base cierta, 484

Determinación tributaria, 574

Dilación del procedimiento ordinario, 826

Discriminación arbitraria, 200, 221

Docentes, 680

Efectos liberatorios del pago, 574

Ejecución fiscal, 672

Empleado del GCBA, 470

Empleo público, 168, 504, 826, 868, 972

Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 245

Error de la Administración, 574

Estabilidad, 504, 868

Establecimientos de utilidad nacional, 87

Exceso de jurisdicción, 362

Expropiación inversa, 49, 282

Facultad sancionatoria local, 1139

Familias en situación de calle, 147

Foro Participativo Permanente del Plan Urbano Ambiental, 315

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local, 962

Garantía de imparcialidad, 533, 608

Garantía de la doble instancia, 348

Gasto público, 852

Gravamen irreparable, 672

Hecho imponible, 1202

Igual remuneración por igual tarea, 295

Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, 826

Ilegitimidad manifiesta, 221

Imposición de reglas de conducta, 348

Impuesto sobre los ingresos brutos, 7, 484

Incidente de regulación de honorarios, 1032

Incompetencia de la justicia local, 658, 680

Incorporación a planta permanente, 295

Incumplimiento de las condiciones ofrecidas en la publicidad, 701

Indemnización, 282, 404, 868

Infracción formal, 701

Interpretación de normas infraconstitucionales, 168, 826

Interpretación de normas tributarias, 7, 484

Irretroactividad, 574, 1202

Juez natural, 245, 840

Justa indemnización, 49

Legalidad, 1202

Legitimación activa, 680

Legitimación procesal, 428, 1032

Ley de Defensa del Consumidor, 701

Mandatario de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 404

Materia tributaria, 173

Médico, 168, 826, 972

Medida cautelar, 664

Menores de dieciocho años, 348

Metrovías, 552, 840, 962

Monto de la indemnización, 49

Multa, 484, 672, 701

Multa no ejecutable, 348

Nueva tasación, 49, 282

Obligación de realizar aportes a la CASSABA, 391

Obligación tributaria, 87

Omisión de la Administración, 1224

Omisión del GCBA, 200, 221

Oportunidad de regulación, 547

Otorgamiento de subsidios, 326

Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, 7, 484

Pago de diferencias salariales, 680

Parafiscalidad, 270

Percepción de deudas fiscales, 404

Percepción de honorarios profesionales, 1202

Perito intérprete, 1032

Personal de planta transitoria, 295

Plan Urbano Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires, 315

Poder de policía, 552, 962

Poder de policía local, 840

Potestad tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, 87

Preeminencia del interés público, 49

Presentación extemporánea, 87

Primera sentencia de condena, 348

Principio de congruencia, 295, 680, 868

Principio de culpabilidad, 484

Principio de división de poderes, 1224

Principio de igualdad, 7, 49, 173, 200, 221, 270, 295

Principio de *iura novit curia*, 295

Principio de legalidad, 686, 780, 1139, 1192

Principio de *ne bis in idem*, 1043

Principio de preclusión, 315

Principio de progresividad, 147, 326, 852

Principio de reserva de ley en materia tributaria, 7, 87, 173, 270, 484, 574

Principio de solidaridad, 173

Principio objetivo de la derrota, 470

Principio presupuestario de unidad, 270

Principio procesal de eventualidad, 87

Principios constitucionales en materia tributaria, 1202

Principios de universalidad y solidaridad, 686, 780, 1192

Programa de asistencia habitacional, 147, 236, 326, 852

Prohibición de analogía, 7

Razonabilidad, 49, 1202

Readecuación escalafonaria, 295

Recurso de aclaratoria, 236

Recurso ordinario de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, 87

Recusación de juez, 533, 608

Reducción del monto en concepto de daño moral, 470

Reglamentación, 780, 1202

Reglas de conducta, 1043

Regulación de honorarios profesionales, 547

Regularización previsional, 680

Reincorporación a la Administración pública, 868

Requisitos, 200, 221, 315, 1139, 1202

Resarcimiento por daños y perjuicios, 470

Resolución equiparable a sentencia definitiva, 42

Retrocesión, 282

Revalúo inmobiliario, 574

Revocación del mandato, 404

Rubros remunerativos, 680

Sentencia de condena firme, 1043

Sentencia definitiva, 315, 362, 533, 608, 658, 664, 672, 1032, 1043, 1202

Sentencia equiparable a definitiva, 245, 552, 840, 962

Servicio de guardia, 168, 826, 972

Subsidio del Estado, 852

Suministro de bebidas alcohólicas, 348

Superposición de aportes, 270, 391, 686, 780, 1192

Suspensión del juicio a prueba, 1043

Tasas, 87

Tributos, 574

Tutela judicial efectiva, 1224

Valuación fiscal, 574

Vencimientos recíprocos, 470

Ventas a consumidor final, 484

RECURSO DE QUEJA

Abandono del derecho, 717

Acceso a la justicia, 717, 1032, 1129

Acoso laboral, 411

Acreditación de la personería invocada, 662

Acta contravencional, 905

Agentes públicos, 411

Agravios extemporáneos, 522

Amparo, 411, 972, 1224

Amparo por mora de la Adminsitración, 1224

Aplicación supletoria, 1119

Arbitrariedad, 157, 191, 411, 443, 470, 533, 574, 625, 717, 891, 1076, 1139

Atribución del Poder Ejecutivo, 1224

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 245, 552, 840, 962

Banco, 511

Beneficio de litigar sin gastos, 184

Bonificación por cancelación anticipada, 701

Caducidad de instancia, 672

Caducidad de sumario administrativo, 64

Cálculo de intereses, 1197

Caso constitucional, 64, 157, 184, 191, 245, 511, 574, 625, 701, 840, 972, 977, 1139, 1224

Caso fortuito, 701

Causa contencioso administrativa, 840

Cesantía, 64, 625

Cobro de diferencias salariales, 541

Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, 1119

Código Procesal Penal de la Nación, 984

Competencia, 962, 1139

Competencia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local, 552, 840

Competencia del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, 245

Cómputo de días inhábiles, 672

Concursos, 1224

Consejo de la Magistratura, 428, 1032, 1129

Contrato de concesión, 245, 552, 840, 962

Control de constitucionalidad, 470

Control judicial, 411, 574, 625

Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 658

Cosa juzgada, 625, 717, 905, 1004, 1016

Costas, 470

Crédito hipotecario, 701

Crisis económica, 701

Cuestión abstracta, 522

Cuestión de competencia, 840

Cuestión de derecho procesal local, 1043

Cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional, 443

Cuestiones de hecho y prueba, 64, 157, 191, 411, 533, 625, 984, 1076, 1139

Cuestión federal, 701

Cuestión procesal, 672, 998

Daños y perjuicios, 443

Debido proceso, 245, 1032, 1129

Declaración de inconstitucionalidad de oficio, 717

Declaración jurada informativa inexacta, 574

Defensa del consumidor, 511, 1139

Defensa en juicio, 701

Defensor oficial, 184, 191, 522, 749, 832, 905, 1004, 1016, 1124

Demora injustificada en el trámite del proceso, 749

Denegatoria del fuero federal, 245, 552, 840, 962

Denuncia de ilegitimidad, 717

Denuncia penal, 891

Derecho administrativo disciplinario, 64

Derecho adquirido, 1224

Derecho a ser juzgado en un plazo razonable, 832

Derecho común, 64, 672, 701, 977

Derecho contravencional, 348

Derecho de defensa en juicio, 428, 608, 717, 984, 1032, 1043

Derecho de propiedad, 1224

Derecho local, 1076

Derecho procesal local, 533

Derecho público local, 552, 962

Deserción del recurso, 279

Designación de funcionario, 1224

Determinación sobre base cierta, 87

Determinación tributaria, 574

Discrecionalidad administrativa, 625

Efectos liberatorios del pago, 574

Efectos suspensivos, 541, 745, 1082, 1119

Ejecución fiscal, 672

Empleo público, 443, 470, 625, 972

Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 245

Error de la Administración, 574

Error en la fecha consignada en el cargo electrónico, 891

Estabilidad, 443

Estatuto del Docente, 64

Evasión fiscal, 87

Exención de depósito, 184, 191, 522, 905, 1004, 1016, 1124

Exención de pago de depósito, 749, 832

Expropiación inversa, 282

Facultad sancionatoria local, 1139

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local, 962

Fundamentación, 625

Garantía de imparcialidad, 533, 608

Garantía de la doble instancia, 348

Giro en descubierto sin consentimiento del titular de la cuenta, 511

Gravamen de imposible reparación ulterior, 749, 832

Gravamen irreparable, 672, 998, 1167

Habilitación de la instancia judicial, 717

Ilegitimidad manifiesta, 200

Imposición de reglas de conducta, 348

Impuesto sobre los ingresos brutos, 87

Incidente de regulación de honorarios, 1032

Inclusión de la multa, 87

Incompetencia de la justicia local, 658

Incumplimiento de las condiciones ofrecidas en la publicidad, 701

Indemnización, 282, 404, 443

Infracción formal, 701

Interposición extemporánea, 545, 891

Interpretación de normas infraconstitucionales, 191, 1124, 1139

Irretroactividad, 574

Juez natural, 245, 840, 1139

Legitimación procesal, 428, 905, 1004, 1016, 1032, 1129

Ley de Defensa del Consumidor, 701

Ley de Tarjetas de Crédito, 1139

Mandatario de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 404

Médico, 972

Menores de dieciocho años, 348

Metrovías, 552, 840, 962

Ministerio Público de la Defensa, 905

Multa, 672, 701

Multa no ejecutable, 348

Multa tributaria, 717

Notificación por cédula, 891

Nueva tasación, 282

Nulidad del acto administrativo, 64

Omisión de la Administración, 1224

Oportunidad, 1197

Pedido de archivo y sobreseimiento, 749

Pena privativa de la libertad, 745, 1119

Percepción de deudas fiscales, 404

Perito intérprete, 1032

Plazo, 545

Plazo de interposición, 891

Plazos perentorios, 717

Poder de policía, 552, 840, 962

Práctica médica, 443

Prescripción de la acción contravencional, 522

Primera sentencia de condena, 348

Principio de división de poderes, 1224

Principio de igualdad, 625

Principio de legalidad en materia penal, 1139

Principio de *ne bis in idem*, 905, 1004, 1016, 1043

Principio de reserva de ley en materia tributaria, 574

Principio objetivo de la derrota, 470

Principios del derecho penal, 64

Pronunciamiento *extra petita*, 1076

Razones de oportunidad, mérito o conveniencia, 625

Recurso de inconstitucionalidad, 87, 504, 574, 1129, 1139, 1224

Recusación de juez, 533, 608

Reducción del monto en concepto de daño moral, 470

Reglas de conducta, 984, 1043

Regulación de honorarios de perito traductor, 1129

Reintegro del depósito, 279

Remisión del legajo a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, 905

Requisitos, 157, 184, 191, 504, 511, 625, 717, 977, 1030, 1124, 1139, 1167, 1197, 1224

Resarcimiento por daños y perjuicios, 470

Retrocesión, 282

Revisión judicial del acto administrativo sancionatorio, 717

Revocación del mandato, 404

Revocatoria de la suspensión del proceso a prueba, 984

Sanción administrativa, 625

Seguridad jurídica, 717

Sentencia de condena firme, 522, 1043

Sentencia definitiva, 184, 533, 608, 658, 672, 717, 749, 891, 905, 998, 1004, 1016, 1032, 1043, 1167, 1197

Sentencia equiparable a definitiva, 245, 552, 832, 840, 962

Sentencia penal condenatoria, 443

Servicio de guardia, 972

Suministro de bebidas alcohólicas, 348

Suspensión del juicio a prueba, 1043

Suspensión del proceso, 745, 939, 941

Tributos, 574

Tutela judicial efectiva, 541, 1224

Tutela sindical, 625

Valor disputado en último término, 87

Valuación fiscal, 574

Vencimientos recíprocos, 470

Violencia laboral, 411

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA, 819, 822

Archivo de actuaciones, 258, 1178

Desafectación y restitución de fondos embargados, 161

Requisitos, 1111

Sentencia firme, 161

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Acción contravencional, 960

Aplicación de los principios del derecho penal, 42

Arbitrariedad, 39, 42, 238, 241, 309, 440, 517, 519, 619, 798, 802, 809, 878, 886, 919, 946, 1039, 1062, 1065, 1173, 1184

Autonomía local, 951

Autosuficiencia, 309

Beneficio de litigar sin gastos, 519, 619

Caducidad de instancia, 39

CASSABA, 919, 931

Causa contenciosa, 1180

Competencia, 1184

Cuestión de competencia, 951

Cuestión de derecho público local, 919

Cuestión de hecho y de derecho procesal, 1173

Cuestiones de hecho y prueba, 238, 241, 519, 619, 755, 798, 886

Cuestión federal, 3, 42, 238, 241, 440, 517, 519, 798, 802, 919, 931, 946, 951, 992, 1039, 1062, 1065, 1069, 1173, 1184

Cuestión local, 755

Derecho común, 3, 42, 238, 519, 886, 1065

Derecho contravencional, 42

Derecho local, 1065

Derecho público local, 931, 951, 1069

Doctrina de la CSJN, 951

Efectos retroactivos, 421

Expropiación, 878

Garantía de la doble instancia, 42

Gravamen irreparable, 946

Gravedad institucional, 802

Indemnización, 878

Interposición extemporánea, 992

Interpretación del derecho público local, 1173

Interpretación de normas infraconstitucionales, 42, 241

Interpretación de normas locales, 878

Interpretación de normas procesales, 39, 755

Justo valor, 878

Metrovías, 951, 1184

Perjuicio irreparable, 619

Poder de policía, 1184

Potestad sancionatoria de la Ciudad de Buenos Aires, 1184

Regulación de honorarios, 421

Requisitos, 3, 39, 238, 241, 309, 440, 517, 519, 878, 886, 931, 946, 951, 1062, 1065, 1069, 1173, 1184

Sentencia definitiva, 519, 878, 951, 1184

Sentencia equiparable a definitiva, 39

Superposición de aportes previsionales, 919, 946

Suspensión del juicio a prueba, 42

Tenencia de arma de fuego de uso civil sin autorización legal, 3

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN

Acceso a la justicia, 126

Coincidencia de fundamentos, 126

Costas, 126

Derecho de defensa en juicio, 126

Falta de protesta al momento del pago, 126

Inversión de la carga de la prueba, 126

Mayoría de votos concordantes, 126

Medida para mejor proveer, 126

Nulidad de la sentencia de Cámara, 126

Regulación de honorarios, 126

Repetición tributaria, 126

Tasas, 126

REGULACIÓN DE HONORARIOS

Actuación conjunta ante el Tribunal Superior de Justicia, 1134

Base del cálculo, 1134

SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

Contavención electoral, 928

Difusión y publicación de los resultados de encuestas electorales, 928

Imposición de reglas de conducta, 928

Veda electoral, 928

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Atribución del Jefe de Gobierno, 1086

Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 1086

Capacidad electoral, 261

Competencia, 1086

Competencia electoral, 261

Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento, 261

Democracia participativa, 1086

Derecho de peticionar a las autoridades, 1086

Derecho de sufragio, 261

Elección de representantes, 261

Elecciones, 1086

Exclusión del padrón electoral, 261

Excusación de juez, 544

Junta electoral, 261

Juntas comunales, 1086

Medida cautelar autónoma, 261

Padrón electoral, 1086

CLIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. LEY 255 —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Extemporaneidad de los agravios.

SUMARIO:

1. Cabe rechazar el recurso de queja que no critica adecuadamente las razones por las que fue denegado el recurso de inconstitucionalidad, carencia que 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. *(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 5806/08 - 15/7/2008

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. 21/33) contra la resolución dictada el día 19/2/2008 (fs. 17/19), 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 29/11/2007 de la Sala I (fs. 8), que rechazó *in limine* el recurso de apelación intentado contra la resolución de fecha 23/11/2007, mediante la cual el juez de primera instancia desestimó el planteo de la defensa tendiente a dejar sin efecto la ejecución de la sentencia, aprobó el cómputo de pena efectuado y ordenó la comparecencia del imputado para el 26/11/2007 (fs. 4).

2. Los agravios alegados por la defensa en su recurso de inconstitucionalidad fueron: *a)* arbitrariedad de la resolución por ausencia de tratamiento de los agravios planteados; *b)* 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 *c)* 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.), configurada aparentemente para la defensa al no suspenderse los efectos de la sentencia condenatoria recurrida en queja ante el TSJBA con fecha 10/10/2007 (fs. 10/13 vta.).

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad debido a que la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional: en cuanto a la arbitrariedad, pues las críticas se traducen en meras argumentaciones dogmáticas, sin relacionar en forma alguna sus dichos con el decisorio cuestionado ni las constancias de la causa; y en cuanto a los demás agravios, por haberse limitado a reiterar los fundamentos esgrimidos en el recurso de apelación, sin efectuar crítica alguna a los vertidos por la misma Sala para desechar sus planteos en la resolución que impugna, y a invocar genéricamente normas constitucionales (fs. 17/19).

4. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida, se pronunció por el rechazo del recurso de queja, por coincidir con los argumentos dados por la Sala I al denegar el recurso de inconstitucionalidad. 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. 21/33 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 denegó su 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, oído lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 21/33.

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.*

CLV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LEYVA WILLIVALDA, HINOJOSA S/INF. ART. 73, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Cuestión abstracta. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja se dirige a revisar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, de modo que carece de una autonomía sustancial y es, por naturaleza, accesoria de la impugnación cuyo conocimiento por el Tribunal fue denegado por la Sala interviniente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Declarada la prescripción de la acción contravencional, la resolución se encuentra firme y la causa archivada, por lo que corresponde dar por terminada las actuaciones y ordenar la remisión a la Cámara para que, agregada al principal, también sea archivada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Corresponde la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Los planteos formulados por la interesada han devenido abstractos debido a que la declaración de prescripción de la acción contravencional decretada en primera instancia se encuentra firme. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

5. En tanto las razones que obstan a la admisibilidad de la queja son posteriores a su interposición y la extinción de la acción ha operado por un hecho objetivo, como es el transcurso del tiempo, no corresponde, en el caso, exigir el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402*. (Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. nº 5742/08 - 15/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El día 8/2/2008 la Defensoría General de la Ciudad interpuso un recurso de queja a favor de la imputada Hinojosa Leyva Willivalda. En esa presentación, se indicaba que el juzgado interviniente había resuelto celebrar la audiencia de debate en esa misma fecha. El 13/5/2008, en razón de lo dispuesto por la señora jueza de trámite, se certificó telefónicamente el estado de la causa ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 17 y, como resultado de esa diligencia, se dejó constancia de que el magistrado a cargo de la dependencia mencionada había resuelto, el 6/3/2008, declarar extinguida la acción por prescripción y que esa resolución no había sido recurrida por las partes. En el mismo sentido, se informó que el legajo había sido remitido el 25/3/2008 a la fiscalía interviniente para su archivo.

El 14/5/2008 la señora jueza de trámite ordenó librar oficio a fin de que el titular del juzgado que había decidido la causa remitiera copia certificada de la sentencia aludida en el párrafo anterior. Asimismo, dejó sin efecto el llamado de autos al Acuerdo dictado oportunamente para resolver sobre la admisibilidad de la queja y, en su caso, sobre la suerte del recurso de inconstitucionalidad.

El magistrado requerido aportó dichas constancias el 27/5/2008 y, por lo tanto, la doctora Ruiz, en su carácter de jueza de trámite, ordenó —el 30/5/2008— que los autos volvieran al Acuerdo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Como ya ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal, el recurso de queja se dirige a revisar la denegatoria de otro recurso (en el caso, el de inconstitucionalidad) efectuada por el tribunal *a quo*.

De allí que carece de una autonomía sustancial y es, por naturaleza, accesoria de la impugnación cuyo conocimiento por el Tribunal fue denegado por la Sala interviniente.

Según las constancias de fs. 45/47, fue declarada la prescripción de la acción contravencional, la resolución se encuentra firme y la causa archivada. En tales condiciones, corresponde dar por terminadas estas actuaciones y ordenar, también, la remisión a la Cámara para que, agregada al principal, también sea archivada.

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 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. 189 bis, C.P.'".

3. En consecuencia, voto por rechazar la queja agregada a fs. 24/33.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas 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:

Adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz en cuanto al rechazo de la queja incoada por la defensa de Willivalda Leyva Hinojosa, pues los planteos formulados por la interesada han devenido

abstractos debido a que la declaración de prescripción de la acción contravencional decretada en primera instancia se encuentra firme (véase lo informado por el titular del Juzgado de Primera Instancia Nº 17 a fojas 45/47). En tanto las razones que obstan a la admisibilidad de la queja son posteriores a su interposición y la extinción de la acción ha operado por un hecho objetivo, como es el transcurso del tiempo, no corresponde, en el caso, exigir el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ciardullo, Roberto s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3820/05, resolución del 18/5/2005 y "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, resolución del 15/3/2006, entre otros).

El juez Luis F. Lozano dijo:

Como surge de las constancias de fs. 45/47, se encuentra firme la resolución del juez de primera instancia que declaró la prescripción de la acción contravencional. Así las cosas, las cuestiones traídas a conocimiento de este Estrado mediante el recurso de queja han devenido en abstractas.

En atención a la forma en que se resuelve, no corresponde exigir la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 24/33.

La jueza Ana María Conde dijo:

Como lo indican mis colegas, los planteos desarrollados en esta queja han devenido abstractos porque fue declarada la prescripción de la acción y, más allá del acierto o error de esa decisión, lo cierto es que esta declaración ha adquirido firmeza porque no ha sido impugnada por las partes (fs. 45/47). En consecuencia corresponde rechazar esta presentación y, por las razones que expone el doctor José O. Casás, no exigir depósito alguno.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 24/33.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita 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.*

CLVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ARMANINI, JORGE OSCAR C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. COSTAS: Criterio de atribución. Vencimientos recíprocos. Cuestión de hecho y de derecho procesal. DEBIDO PROCESO: Derecho de defensa en juicio. Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja que, más allá de cualquier acierto o desacierto en el mérito del caso, está fundado únicamente en la arbitrariedad de la sentencia, y en ese sentido sólo expresa disconformidad con la valoración hecha por el tribunal de mérito, sobre una cuestión accesoria, pero también del mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El Tribunal ya ha dicho, aun en los fallos que toleran mayor apertura de la cláusula de arbitrariedad, que ese motivo es estricto, en el sentido de excepcional, y que no representa el derecho a una instancia más, pues, si así fuera, toda sentencia final de las instancias procesales admitidas para los tribunales de mérito podría ser recurrida por vía de la inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. En principio, la imposición de costas en las instancias de mérito resulta ajena a la intervención de esta instancia mediante recurso de inconstitucionalidad, toda vez que la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales y la interpretación y aplicación de normas arancelarias no pueden ser tratados por esta vía extraordinaria, en razón de su carácter fáctico y procesal, salvo que la decisión impugnada importe un palmario apartamiento de las circunstancias de hecho o de las normas aplicables que conlleve un evidente y definitivo menoscabo del derecho de propiedad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. Todo lo concerniente a la regulación de honorarios e imposición de costas es materia propia de los jueces de la causa, y en atención a los montos regulados, y a que la Ciudad afronta su representación y patrocinio mediante el cuerpo de Abogados de la Procuración, no se advierte un agravio de entidad suficiente que recomiende la habilitación de la instancia extraordinaria para el tratamiento de la queja por este Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. Cabe admitir el recurso de queja frente a la decisión de la Cámara que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, por considerar que la cuestión debatida se circunscribía a la imposición de costas, aspecto procesal de derecho local, cuando se constata en el caso un genuino caso constitucional centrado en la violación al debido proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

6. En principio, el cuestionamiento al criterio adoptado por los jueces de mérito para imponer las costas de un proceso, no configura el caso constitucional

requerido por el art. 27 de la ley 402, salvo que tal imposición resulte 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 en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Cuando ninguna de las partes consigue la satisfacción íntegra de sus pretensiones o defensas, no existe un exclusivo vencedor ni un exclusivo vencido, sino dos partes que han sufrido vencimientos mutuos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Es arbitraria la sentencia que se funda en una norma procesal —el art. 62, CCAyT, que consagra el principio objetivo de la derrota— inaplicable al caso porque el error en el criterio adoptado obedece a una incorrecta valoración del resultado del proceso, dando lugar a un supuesto de violación al debido proceso y la defensa en juicio (arts. 13, CCBA y 18, C.N.). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Existe caso constitucional que permite hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad frente a la sentencia que admite sólo algunas de las pretensiones de la actora favorablemente, y obliga a la demandada, como única parte vencida, a satisfacer las costas que irroga el proceso, pues resulta arbitraria al prescindir del resultado final de la contienda y vulnerar el derecho de defensa. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5592/07 - 16/7/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Armanini inició una acción declarativa contra el GCBA, a fin que cese el estado de incertidumbre y se dicte una sentencia declarando la inconstitucionalidad y/o nulidad de los actos que decidieron la modificación de la valuación fiscal del inmueble de su propiedad sito en la calle Virrey Del Pino 3402 Unidad Funcional nº 4, como asimismo de aquellos que ordenaron o autorizaron a reclamarle el pago de sumas retroactivas en concepto de impuesto inmobiliario y ABL (fs. 37/40).

El GCBA contestó demanda, solicitando su rechazo, con costas (fs. 106/118).

2. La señora jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción meramente declarativa incoada, en los siguientes términos (fs. 1/3):

a) declarando el efecto liberatorio de los pagos efectuados por la actora del ABL correspondiente al inmueble sito en la calle Virrey del Pino 3402 piso 4, depto. "4", partidas nº 1.880.386, 1.880.422 y 1.880.403, de esta ciudad, para el período 1/94 al 5/99 y 1/94 al 11/99;

b) ordenando que en adelante la actora abone los tributos de acuerdo a la nueva valuación;

c) imponiéndole las costas a la parte demandada por aplicación de los principios generales de la derrota.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, con su correspondiente expresión de agravios (fs. 4/5), los que fueron oportunamente contestados por la accionante (fs. 33).

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 demandada vencida (fs. 7/10).

4. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara (fs. 11/18), que fue contestado por la actora (fs. 32) y declarado inadmisible por la Cámara (fs. 136/137).

Contra dicha decisión el demandado interpuso la presente queja (fs. 23/29).

5. El señor Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició rechazar la queja (fs. 131/133).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), y plantea una crítica concreta y razonada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, lo que justifica su apertura y tratamiento del citado recurso extraordinario local.

La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad deducido por el demandado fundándose en la inexistencia de un caso constitucional, por considerar que la cuestión debatida en autos se circunscribe a la imposición de costas, aspecto procesal de derecho local (véase apart. 6 de la resolución obrante a fs. 136/137). Sin embargo, como destaca el recurrente en el apart. IV de su queja (a fs. 25/28), se constata en el caso un genuino caso constitucional centrado en la violación al debido proceso, que será desarrollado a continuación.

2. Para clarificar la cuestión a resolver, corresponde, en primer término, realizar un breve relato sobre el desarrollo de la presente causa y el caso constitucional que plantea el recurrente.

El señor Armanini presentó una demanda que contiene dos pretensiones:

a) Por un lado, que se declare la nulidad y/o inconstitucionalidad de la modificación de la valuación fiscal del inmueble de autos;

b) Por otro lado, que se declare la nulidad y/o inconstitucionalidad del reclamo de pago de sumas retroactivas adeudadas en concepto de ABL correspondiente a distintos períodos de los años 1994 a 1999, del inmueble de su propiedad.

La señora jueza de primera instancia rechazó la primera pretensión, al confirmar la validez de la nueva valuación fiscal, pero acogió la segunda pretensión, al declarar el efecto liberatorio de los pagos que efectuara el actor para los períodos 1/94 al 5/99 y 1/94 al 11/99, y le impuso la totalidad de las costas a la parte demandada en su calidad de "vencida en juicio".

El GCBA se agravió de la imposición de costas mediante el respectivo recurso de apelación, y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia en este aspecto, por considerar que respondía al principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 62, CCAyT, y que no existían razones suficientes que justifiquen apartarse de dicho principio. Asimismo, le impuso las costas de la segunda instancia a la demandada en su calidad de "vencida".

A raíz de ello, el demandado interpuso recurso de inconstitucionalidad, en el que planteó un caso constitucional centrado en la "arbitrariedad" de la sentencia recurrida, que consistiría en haber evaluado erróneamente las constancias de la causa y omitido analizar las distintas pretensiones de la actora y el resultado obtenido en la sentencia.

En esta línea de razonamiento, sostiene que la actora resultó vencida en su pretensión tendiente a que se deje sin efecto el nuevo avalúo y sólo triunfó en su petición orientada a que se reconozca el valor cancelatorio de los pagos efectuados hasta la notificación de la nueva valuación, de manera tal que considerar que solo la parte demandada ha sido vencida, omitiendo que existen derrotas parciales, implica una violación del principio de congruencia, el derecho al debido proceso y el derecho a la igualdad de las partes en el proceso.

3. Como sostuve en un anterior precedente de este Tribunal ("Flores, Jorge Sergio Ramón s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Flores, Jorge Sergio Ramón c/GCBA s/daños y perjuicios'", expte. nº 4954/06, resolución del 18/7/2007), 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). Habida cuenta las semejanzas de dicho recurso con el de inconstitucionalidad local, cabe establecer que el cuestionamiento al criterio adoptado por los jueces de mérito para imponer las costas de un proceso, no configuraría, *en principio,* el caso constitucional requerido por el art. 27 de la ley 402.

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.

4. A los efectos de imponer las costas de un proceso, el "vencimiento" se determina de acuerdo al resultado del proceso en cuestión, y ocurre cuando una de las partes obtiene del órgano judicial, mediante una resolución definitiva o interlo-

cutoria, la satisfacción de la pretensión u oposición a la pretensión, por él deducida. Entonces, el actor es vencido cuando su pretensión es rechazada en su totalidad, mientras que el demandado es vencido en el supuesto contrario.

¿Cuándo existe un "vencimiento recíproco"? Según Palacio, ello ocurre cuando ninguna de las partes obtiene la satisfacción íntegra de su pretensión o de su oposición, resultando ambas, en forma total o parcial, vencedoras y vencidas. Este concepto resulta aplicable, entre los casos más relevantes, cuando prosperan tanto la demanda como la reconvención, o ambas son rechazadas, prospera una de las defensas opuestas por el demandado o reconvenido o se rechaza alguna de las pretensiones acumuladas por el actor o reconviniente (Palacio, Lino E.: *Derecho procesal civil,* t. III, 6ª reimp., p. 378, nº 314, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999).

Ahora bien, si se analiza el resultado final de las pretensiones introducidas por la actora en su demanda, y la oposición a dichas pretensiones articulada por la demandada en su contestación, podremos apreciar que indudablemente existieron "vencimientos recíprocos" ya que de las dos pretensiones deducidas por la actora, una fue rechazada y otra acogida.

Es decir, aquí ninguna de las partes ha conseguido la satisfacción íntegra de sus pretensiones o defensas, como se desprende de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia que dispuso hacer lugar "parcialmente" a la acción. No existe, entonces, un exclusivo vencedor ni un exclusivo vencido, sino dos partes que han sufrido vencimientos mutuos.

Por lo tanto, la sentencia de Cámara cuestionada mediante el recurso de inconstitucionalidad resulta arbitraria por fundarse en una norma procesal —el art. 62, CCAyT, que consagra el principio objetivo de la derrota— que resulta inaplicable al caso, y ese error obedece a una incorrecta valoración del resultado del proceso. De tal manera, y ante un supuesto de violación al debido proceso y la defensa en juicio (arts. 13, CCBA y 18, C.N.), corresponde revocar la sentencia recurrida.

5. La determinación de cómo deben distribuirse porcentualmente las costas entre el actor y el demandado, es una *cuestión procesal* estrechamente ligada a la valoración de las constancias de la causa y la incidencia de cada una de las pretensiones en este proceso, que corresponde a los jueces de la causa, y por ende no puede ser establecida en el marco de un recurso extraordinario como lo es el presente. Por este motivo, considero que deben remitirse los autos a la Cámara para el dictado de una nueva sentencia.

Y por último, en cuanto a las costas en esta instancia, deben imponerse a la actora por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT), y habida cuenta que al contestar el respectivo traslado se opuso al progreso del recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 32).

6. Por todo lo expuesto, propongo:

a) Declarar admisible el recurso de queja interpuesto.

b) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte demandada.

c) Revocar la sentencia de Cámara en cuanto impone las costas de primera y segunda instancia en su totalidad a la parte demandada.
d) 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 decisión aquí revocada, dicte un pronunciamiento en que se determine una nueva imposición de costas de primera y segunda instancia, de acuerdo a lo aquí resuelto.
e) Imponerle las costas del presente recurso de inconstitucionalidad a la parte actora por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite Ana María Conde en el sentido de que corresponde admitir los recursos de queja y de inconstitucionalidad que dedujera el GCBA a fs. 23/29 y 11/18, respectivamente.

2. La presentación directa satisface el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 y resulta procedente.

La Sala II de la Cámara CAyT consideró que el recurso de inconstitucionalidad del GCBA carecía de argumentos suficientes para configurar un caso constitucional y, consecuentemente, lo declaró inadmisible. Señaló la Cámara que la decisión recurrida, que versó sobre la imposición de las costas, aspecto procesal de derecho local, trató la cuestión de conformidad con las reglas procesales aplicables "...conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso" lo que constituye un asunto ajeno a la competencia del Tribunal.

La quejosa criticó con acierto el auto denegatorio al indicar los defectos de fundamentación que lo afectan. Dijo al respecto que "[n]o se trata de un aspecto procesal de derecho local [como lo indicara la Cámara] sino del perjuicio económico que causa (...) la NO aplicación del derecho local" (fs. 25, con mayúsculas en el original), circunstancia que, a su vez, determina, según lo explicara a fs. 23/29, la lesión del debido proceso y la igualdad de las partes.

3. En el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA sostiene que la sentencia en crisis es arbitraria y afecta, por tal motivo, los derechos reconocidos por los arts. 16, 17 y 18 de la C.N. y 11, 12, inc. 5º y 13, inc. 3º de la CCBA. Afirma, por las razones que señala a fs. 15 y ss., que existe incongruencia entre los reconocimientos formulados en la sentencia (fundamentos del fallo) y la conclusión que considera a su parte como la única vencida y mantiene la imposición de costas de la sentencia de grado. La lectura de las actuaciones revela el acierto de la postura que defiende recurrente.

Surge de autos que la actora promovió la acción meramente declarativa en curso a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de la norma que establece la modificación de la valuación fiscal, de la norma que ordena o autoriza el reclamo del pago retroactivo y de toda disposición que se cite con fundamento en la ejecu-

ción fiscal con que se la amenaza y para que se declarase, asimismo, la nulidad por arbitrariedad de los actos administrativos por los que se decidió la modificación de la valuación fiscal, se ordenó el pago de períodos precluidos y se autorizó la ejecución fiscal de las sumas relativas a la revaluación.

La jueza de primera instancia falló del siguiente modo: "I) *Haciendo lugar parcialmente a la acción meramente declarativa incoada, declarando el efecto liberatorio de los pagos efectuados por la actora* del tributo Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, Pavimentos y aceras y ley 23.514 correspondiente al inmueble sito en la calle Virrey del Pino Nº 3402, piso 4, departamento 4, Partida Nº 1.880.386 y Partidas Nº 1.880.422 y Nº 1.880.403 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para el período 1/94 al 5/99 y 1/94 al 11/99 en los términos del punto IV de los Considerandos [y] II) *[Disponiendo que en] adelante [aquella] deberá abonar los tributos según la nueva valuación..."* (lo destacado me pertenece). Finalmente, las costas fueron impuestas "[p]or aplicación de los principios generales de la derrota (...) a la parte demandada vencida en juicio (art. 62 del CCAyT)".

El GCBA apeló dicha decisión exclusivamente por la imposición de las costas. La Sala II confirmó, en cuanto fue materia de agravios, la resolución mencionada más arriba e impuso las costas a la demandada vencida.

En atención al modo en el que el pleito fue resuelto no correspondía imponer la totalidad de las costas a la parte demandada. Como ha sido destacado en los párrafos anteriores sólo algunas de las pretensiones de la actora fueron receptadas favorablemente por la jueza de grado en la sentencia de fs. 1/3. En estas condiciones, la decisión que obliga al GCBA, como única parte vencida, a satisfacer las costas que irrogó el proceso resulta arbitraria pues prescinde del resultado final de la contienda y vulnera, por lo dicho, su derecho de defensa.

La cuestión traída por el recurrente tiene entidad constitucional y a su respecto corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido.

4. Por lo expuesto precedentemente, voto por admitir los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA fs. 23/29 y 11/18 respectivamente y, en consecuencia, por revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT de fs. 7/10 y el punto III) del resolutorio de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 1/3 y por remitir las actuaciones a la Sala I de dicha Cámara a fin de que se pronuncie sobre las costas del pleito con arreglo a lo expresado en este pronunciamiento. Las costas del recurso de inconstitucionalidad se imponen a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Aclaro que el único agravio a considerar se refiere a la imposición de las costas.

2. Coincido con el rechazo del recurso por inconstitucionalidad expresado por la Cámara del fuero, pues las reglas constitucionales mencionadas (C.N., arts. 14, 17, 19, 31 y 129, véase sintéticamente fs. 17 vta.) no guardan relación alguna con el agravio antes expuesto o, cuando menos, el escrito de queja y, aún

más, aquel por el cual se interpone el recurso de inconstitucionalidad, no tornan plausible la relación de esas reglas constitucionales con el agravio, aspecto que, en este caso, señala el defecto de fundamentación del recurso. He dicho ya que la arbitrariedad no constituye un motivo del recurso de inconstitucionalidad. En el uso de los litigantes de esta Ciudad —traída del idioma vulgar, sin duda—, al menos, la palabra equivale a la usada internacionalmente para indicar el presupuesto de todo recurso: *agravio*.

Éste es, precisamente, el sentido con el cual la usa aquí el recurrente, que esconde tras de ella una opinión diferente sobre la valoración del resultado de la decisión final, resultado que, según él, debió haber conducido a otra decisión sobre las costas. 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.

3. Empero, expresado positivamente, el único argumento del recurso reside, como sucede siempre, en la *arbitrariedad* de la sentencia que impone las costas. Tal *arbitrariedad* se derivaría del hecho de que la sentencia estima vencida a la recurrente, mientras que la propia recurrente cree que ella es quien ha vencido en el juicio, o, cuando menos, que no ha sido vencida en él (empate). Como sucede en más del 90 % de los casos, se confunde aquí *arbitrariedad* con agravio o solución injusta desde el punto de vista del recurrente, quien no cuestiona el título de la imposición de costas (parte vencida), sino, antes bien, la valoración de los tribunales de mérito acerca de esta caracterización.

Más allá de cualquier acierto o desacierto respecto del mérito del caso, el recurso, como tantos fundados en la *arbitrariedad*, sólo expresa disconformidad con la valoración hecha por el tribunal de mérito, sobre una cuestión accesoria, pero también del mérito. Ésta es la razón por la cual, como lo indica el fallo de la señora jueza de trámite (punto 3), la CSJN ha expresado en infinidad de oportunidades, incitada por recursos extraordinarios, 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 (véase, entre muchos, *Fallos,* 322; 1716 citado por la señora jueza de trámite).

4. Sin embargo, el recurso no necesita de mi opinión, sin duda la más estricta, para ser rechazado. Para ello basta, en el caso, la argumentación de mayoría del TSJBA, con base en las afirmaciones de la CSJN, según la cual la mayoría de los recursos fundados en esta llamada *arbitrariedad* de la sentencia revelan tan sólo una discrepancia con la valoración fijada por las instancias de mérito y, por ello, están destinados al fracaso (conf. TSJBA *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc,

Buenos Aires, 2001, t. I. p. 282 y ss., "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sent. del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss., y "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 912/01, sent. del 5/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.). Para los recursos limitados por los motivos —extraordinarios en nuestra jerga procesal, porque sólo proceden ante ciertos motivos de injusticia y dejan de lado otros—, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad. Según la misma CSJN comprende a este motivo, él es apto tan sólo excepcionalmente para abrir el recurso, pues este último no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas, sino, antes bien, se refiere a injusticias gravísimas de nivel jurídico- institucional. El TSJBA ya ha dicho, aún en los fallos que toleran mayor apertura de la cláusula de *arbitrariedad,* que ese motivo es estricto, en el sentido de excepcional, y que no representa el derecho a una instancia más, para el caso, una tercera instancia, pues, si así fuera, toda sentencia final de las instancias procesales admitidas para los tribunales de mérito podría ser recurrida por vía de la inconstitucionalidad, con solo pronunciar la palabra mágica: *arbitrariedad*.

5. Tan fuera de foco aparecen las reglas constitucionales citadas por quien recurre, que al final de su escrito (fs. 17 vta.) también observa como lesionada la *autonomía* de la Ciudad de Buenos Aires (menciona el art. 129, C.N., bajo ese rubro) y denuncia *gravedad institucional* (sin mencionar regla alguna ¡aquí no ha sido hipócrita!), en todo caso transformada en *gravedad local* por el recurso que intenta. No pareciera que ni el estado local, ni el nacional, fueran a sucumbir por una regulación de honorarios, supuestamente cargada de modo injusto al primero de ellos, consistente en tres sumas de $ 900, $ 500 y $ 300. Tan es así que, desde este punto de vista, el recurso debe ser considerado como "notoriamente insustancial" o "carente de trascendencia" (ley local nº 402, art. 30) y rechazado también por esa razón.

6. Por lo tanto, me pronuncio por rechazar el recurso de hecho interpuesto, en el mismo sentido que el Fiscal General Adjunto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La imposición de costas en las instancias de mérito resulta, como principio, ajena a la intervención de esta instancia en la vía intentada toda vez que la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales y la interpretación y aplicación de normas arancelarias no pueden ser tratados por esta vía extraordinaria, en razón de su carácter fáctico y procesal. Solo corresponde apartarse de lo dispuesto por las instancias ordinarias cuando la decisión impugnada importa un palmario apartamiento de las circunstancias de hecho o de las normas aplicables que conlleve un evidente y definitivo menoscabo del derecho de propiedad (en sentido similar, mi voto *in re* "Flores, Jorge Sergio Ramón s/queja por recurso

de inconstitucionalidad denegado en 'Flores, Jorge Sergio Ramón c/GCBA s/daños y perjuicios'", expte. nº 4954/06, sent. del 18/7/2007).

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta *i)* que la pretensión por la que la demanda no prosperó era una de monto indeterminado; *ii)* que la apreciación de la labor profesional corresponde a los jueces de mérito y que para la imposición de las costas pudo haberse merituado el esfuerzo dedicado por las parte a cada una de las dos pretensiones, cuestión que el recurrente no trajo ante este Estrado ni tacha de arbitraria; *iii)* que el GCBA no demostró porqué una imposición de costas ajustada a la propuesta en la queja conduciría, necesariamente, a una disminución del impacto que sobre su patrimonio implica la condena en costas, sobre todo porque ello soslaya que el GCBA está eximido de pagar aquellas condenas en costas que pesan sobre él y benefician a sus abogados.

Por lo demás, conforme las constancias del expediente (fs. 3 y 7 vta.), el cobro que el actor logró repeler (pretensión en la que prosperó la demanda) ascendía a la suma de $ 9.178,26 y los honorarios de primera instancia fueron regulados en $ 900 para el letrado de la parte actora, por debajo del 11 % mínimo fijado por el art. 7º de la ley nacional nº 21.893. También fueron fijados por debajo del mínimo legal los honorarios de los letrados de la demandada, los $ 500 regulados no alcanzan al 7 % estipulado como mínimo en la norma citada. En cuanto a los $ 300 regulados en concepto de honorarios de la perito arquitecta, el recurrente no explica porqué esa medida probatoria estaría vinculada con la pretensión meramente declarativa (en la que resultó victorioso) y no con aquella otra en la que prosperó la demanda, con la que, por lo demás, podría tener una vinculación más evidente.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 23/29.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones a que arriba en su voto mi colega, el juez Luis F. Lozano y, en especial, hago mías las distintas peculiaridades que advierte en la causa y que bien pudieron haber decidido a las instancias de mérito a imponer totalmente las costas al Gobierno de la Ciudad.

A mayor abundamiento, valga añadir que todo lo concerniente a la regulación de honorarios e imposición de costas es materia propia de los jueces de la causa y que, por lo demás, en atención a los montos regulados y a que la Ciudad afronta su representación y patrocinio mediante el cuerpo de abogados de la Procuración, no alcanza a advertirse un agravio de entidad suficiente que recomiende la intervención de este estrado habilitando la instancia extraordinaria en el *sub examine*.

Ello sentado, concluyo que la queja no tiene aptitud ni entidad suficiente para habilitar la competencia de este Tribunal, más aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación requiere en materias como la que aquí se debate una apreciación estricta de los requisitos de andamiento de la vía, en particular cuando el sustento del planteo que se articula tiende argumentativamente a respaldarse en la tacha de arbitrariedad (*Fallos,* 297:287; 300:386; 301:148; 311:1950, entre muchos otros).

Me pronuncio entonces por el rechazo del recurso de queja.

Así lo voto.

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 interpuesta por el GCBA a fs. 23/29.

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.*

CLVII

"LEWINZON, JULIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LEWINZON, JULIO C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUT. ADMINISTRATIVA'"

RECURSO DE QUEJA: Omisión de depósito.

SUMARIO:

1. Vencido el término de la intimación cursada para dar cumplimiento al depósito previsto en el recurso de queja, sin que el recurrente lo efectuase corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34, tercer párrafo, de la ley 402, declarar desistido el recurso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. nº 5948/08 - 16/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Acude en queja ante este Tribunal el apoderado de Julio Lewinzon, por la denegación del recurso de inconstitucionalidad que planteara contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió rechazar en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 105/123).

El juez de trámite intimó al recurrente a cumplir con el depósito previsto para las quejas, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de declarar desistido el recurso (fs. 125, punto II), lo que fue notificado por cédula a la parte (fs. 126).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Al haber vencido el término de la intimación cursada sin que el recurrente efectuase el depósito requerido corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34, párr. 3º, de la ley 402, declarar desistido el recurso de queja interpuesto por la parte actora.

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,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* desistido el recurso de queja interpuesto por Julio Lewinzon a fs. 105/123.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita 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.*

CLVIII

"GCBA C/ACUÑA, JAVIER OSCAR S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5740/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/ACUÑA, JAVIER OSCAR S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Defensor oficial. Incidente de nulidad. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. Principio de congruencia. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía. Designación de sus miembros. Concursos. Debido proceso.

SUMARIOS:

1. A los fines del proceso, la participación del Defensor cuestionado se encontraba suficientemente respaldada por una resolución del Consejo de la Magistratura, y con ello quedaba habilitado para intervenir en todo proceso que le fuera asignado, por lo que el incidente, bajo la apariencia de comprobar un requisito procesal —la

personería— fue utilizado para llevar adelante, por fuera de los carriles institucionales y judiciales aptos para ello, un debate completamente ajeno e indiferente a las partes actora y demandada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El juez interviniente en un proceso, tiene el deber de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma para dar curso a las presentaciones de los sujetos que intervienen en la causa; no obstante ello no queda comprendida dentro de estas obligaciones, la de establecer la legitimidad o "regularidad" del acto de designación de un funcionario judicial de un funcionario judicial emanado de un órgano constitucional, como lo es el Consejo de la Magistratura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. No queda comprendida dentro deber de los jueces de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma, la de establecer la legitimidad o "regularidad" del acto de designación de un funcionario judicial emanado de un órgano constitucional, como lo es el Consejo de la Magistratura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. No puede recurrirse a un incidente de nulidad, para llevar adelante, por fuera de los carriles institucionales y judiciales aptos para ello, un debate completamente ajeno e indiferente a las partes actora y demandada, bajo la apariencia de comprobar un requisito procesal –la personería— e invocando facultades del juez para verificar recaudos formales (patrocinio letrado, art. 50, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Resulta inadmisible que 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— pretendan 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No resulta posible que jueces o fiscales cuestionen la validez del acto del Consejo de la Magistratura que designó, en forma transitoria frente a la vacancia de un cargo en el Ministerio de la Defensa, 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).*

7. 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).*

8. 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).*

9. El juez no puede controlar de oficio la validez del acto de designación del defensor oficial sino tan sólo su existencia, lo cual le impone 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. 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).*

11. El deber de los jueces de preservar la adecuada conformación del proceso 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. La vista al fiscal para que dictamine sobre la representación y la regularidad del acto de designación del defensor oficial, importa un acto fuera de las potestades del juez, que resulta lesivo de la garantía de autonomía del Ministerio Público (art. 124, CCBA) y del debido proceso (arts. 10 y 13, CCBA), viciando *ab initio* de nulidad absoluta por exceso de jurisdicción, a la decisión judicial. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. 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, como en el caso, desistir de aquello pedido o actuado por el fiscal subalterno (art. 5º, LMP). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

14. Corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la decisión del juez que dispuso constatar de manera oficiosa no ya la personería del defensor oficial llamado a intervenir, sino la validez constitucional del acto administrativo que lo había designado interinamente como tal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. No existe ninguna norma jurídica vigente que le permita al juez 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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

16. 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).*

17. El incidente de nulidad tendiente a determinar la personería del defensor oficial no ha producido la modificación del objeto del pleito ni la violación del principio de congruencia, sino que 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).*

18. 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5791/08 - 16/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Las actuaciones principales que dan origen a este expediente fueron promovidas por el letrado apoderado del GCBA contra el señor Javier Oscar Acuña con el fin de obtener el cobro compulsivo de una deuda en concepto de gravamen de patentes sobre vehículos en general y Ley Nacional 23.514. Conferido el traslado de la demanda ejecutiva, se presenta el demandado con el patrocinio letrado del doctor Guillermo Agustín Eduardo Gracia quien invocó la condición de Defensor Oficial ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 6/7). El tribunal requirió al letrado interviniente que acreditara su condición de matriculado del CPACF; en su defecto se le requirió que acreditara su condición de integrante del Ministerio Público de la Defensa (fs. 8). En respuesta a dicho requerimiento, el doctor Gracia acompañó la resol. CM-51/06 mediante la cual se lo designó en el cargo con carácter interino, hasta tanto se sustancie el concurso para la cobertura de dicho cargo (fs. 9/11).

2. Por providencia del 2/6/2006 el magistrado dispuso correr vista a la señora Fiscal a efectos de que dictamine acerca de la "regularidad del acto de designación acompañado" (fs. 26). En su dictamen del 6/6/2006, la señora Fiscal de Primera Instancia Nº 3 dictaminó que "correspondería declarar la nulidad de la resol. CM-51/06 por inconstitucionalidad" (fs. 27/32), solicitud que planteó en ese acto. Al proveer el planteo del Ministerio Público Fiscal, el juez dispuso que la cuestión debía ser tramitada por vía incidental (fs. 19).

Formado el incidente, el juez dio traslado del planteo al doctor Gracia y al Consejo de la Magistratura (fs. 20). El doctor Gracia solicitó el rechazo del planteo efectuado por la señora Fiscal aduciendo la inexistencia de "causa o controversia" y argumentando que ni la fiscal ni el juez de primera instancia han impugnado la normativa que establece el mecanismo de reemplazo de los integrantes del Ministerio Público para los casos de recusación, excusación, impedimento, licencia o vacancia. Invocó, además, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y los derechos adquiridos (fs. 22/31). El Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación y nulidad contra la providencia de fecha 15/6/2006 por la que el *a*

quo dispuso sustanciar el planteo de la fiscal. Subsidiariamente, contestó el traslado dispuesto en dicha providencia (fs. 223/231). El juez consideró inadmisible el recurso de apelación por dirigirse contra una providencia que no le causa al Consejo un gravamen irreparable (fs. 243).

3. Al fallar el incidente, el Juez de Primera Instancia resolvió: *a)* no admitir la presentación del doctor Gracia como letrado patrocinante en los autos principales, en representación del Ministerio Público de la Defensa, en virtud de la nulidad absoluta e insanable de la resol. 51/06 por inconstitucionalidad y, *b)* "remitir las actuaciones principales al titular de la Defensoría Oficial Nº 1 en su calidad de subrogante en la Defensoría Oficial Nº 2 ante este fuero. Ello, sin perjuicio de que el Defensor General o su reemplazante legal pueda disponer que, bajo las directivas de dicho subrogante actúe otro integrante del Ministerio Público" (fs. 244/260 vta.).

El Consejo de la Magistratura (fs. 274 y 305/313) y el doctor Guillermo A. E. Gracia interpusieron recursos de apelación contra la sentencia (fs. 276/304), los que fueron concedidos por el juez de grado (fs. 275 y 304, respectivamente). La señora fiscal de primera instancia procedió a contestarlos (fs. 315/322 vta.). Tras ello se remitieron los autos al tribunal de alzada (fs. 323).

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. 326/331).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones al resolver los recursos, por mayoría, dispuso "Rechazar los recursos de apelación deducidos por el Consejo de la Magistratura y el doctor Guillermo Gracia y confirmar la sentencia apelada" (fs. 333/347).

5. Contra la sentencia dedujeron recurso de inconstitucionalidad la señora fiscal ante la Cámara (fs. 349/357), el Consejo de la Magistratura (fs. 363/380) y el defensor oficial cuestionado (fs. 385/400).

La Sala declaró parcialmente admisibles los recursos reseñados, salvo aquellas quejas que tenían relación con el motivo de arbitrariedad, manifestando que en sentido similar se ha expedido en autos: "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales", en fallo del 19/6/2007 (fs. 492/495).

6. El Consejo de la Magistratura planteó recurso de queja contra la inadmisibilidad parcial de su recurso dispuesta por la Sala II (fs. 497/509).

7. 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, con remisión a los fundamentos expuestos en el expte. nº 5427/07 "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", dictamen de fecha 11/9/2007 (fs. 535/536).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La cuestión planteada en estas actuaciones resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008. En aquella oportunidad adherí al muy bien fundado voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, cuyas consideraciones hago mías y doy aquí por reproducidas, acompañando copia certificada de la sentencia.

Sin perjuicio de ello, efectuaré algunas consideraciones propias acerca del tema en debate que resultan pertinentes en esta oportunidad.

2. Cabe señalar que, a diferencia del citado precedente, se trata en esta ocasión de un proceso de ejecución fiscal y el funcionario cuya representación no es admitida es el señor Defensor Oficial de Primera Instancia, doctor Guillermo Agustín Eduardo Gracia, designado por la resol. 51/2006, disposición que ha sido declarada nula por inconstitucional en el marco de un "incidente" originado de oficio con la finalidad de "establecer la regularidad" (fs. 12) del nombramiento.

Ninguna de las particularidades que son propias de esta causa modifican la cuestión objeto del recurso, que resulta similar a la que exhibe el precedente referenciado y que consiste en la inadecuada actuación de un grupo de magistrados y funcionarios judiciales que extralimitaron sus funciones y actuaron por fuera del marco establecido por las leyes, persiguiendo un interés ajeno por completo a las partes y al proceso principal.

3. En segundo lugar, pero de forma central con relación al debate planteado, parece necesario puntualizar —una vez más— el error conceptual en que incurre este grupo de magistrados y funcionarios judiciales, ubicado en la génesis misma de esta cuestión que se han encargado de promover "incidentalmente". Está fuera de toda duda que el juez interviniente en un proceso, tiene el deber de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma para dar curso a las presentaciones de los sujetos que intervienen en la causa. También es correcto afirmar que una de estas formalidades consiste en que los escritos presentados lleven firma de letrado patrocinante (art. 50, CCAyT citado por el juez al intimar al Defensor Gracia a justificar su representación en autos, fs.8), mientras que otra de ellas es que los diferentes sujetos acrediten su personería cuando no actúan por sí.

No obstante ello, con igual firmeza debo señalar que, de ninguna manera queda comprendida dentro de estas obligaciones la de establecer la legitimidad o "regularidad" del acto de designación de un funcionario judicial emanado de un órgano constitucional, como lo es el Consejo de la Magistratura. En efecto, la dilucidación de este aspecto ha de conformar el objeto de un proceso autónomo —de impugnación de un acto administrativo—, constituyendo la que se dicte una sentencia que declare la validez o invalidez del acto cuestionado. En suma, se trata de una acción de fondo, no derivada de deberes ni de facultades de corte procesal.

Al respecto, es contundente el dictamen del señor Fiscal General Adjunto que señala: "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" (fs. 426/427 en la causa "Skiba", al que se remite en esta oportunidad).

4. Corresponde asimismo destacar que la cuestión relativa a la personería del doctor Gracia y su consiguiente legitimación para intervenir, como defensor, en el proceso principal no tuvo vinculación, en ningún momento, con una razón *personal*, es decir relativa a la persona del funcionario 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 ejecución fiscal, de dilucidar la validez de la designación del doctor Gracia. 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, recursos y peticiones que culminaron con tres cuerpos de actuaciones judiciales incidentales.

A los fines del proceso, no cabe duda que la participación del defensor Gracia se encontraba suficientemente respaldada por un acto del Consejo de la Magistratura, la resol. 51/2006. En efecto, este acto administrativo de designación emplazó al mencionado funcionario en su carácter de "Defensor Oficial de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario" (resolución obrante a fs. 9/10) y con ello quedaba habilitado a intervenir en todo proceso que le fuera asignado. Descartadas entonces estas posibilidades, y sin poderse suponer cuál otra relevancia pudiera tener la investigación sobre la legalidad de la designación del doctor Gracia para el juicio concreto de ejecución fiscal contra el señor Javier Oscar Acuña, 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 verificar recaudos formales (patrocinio letrado, art. 50, CCAyT)* 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 el art. 6º de la ley 21, entonces vigente, imponían, 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.

5. 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).

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 de la Defensa, 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.

6. 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 elocuente dictamen, por compartir los fundamentos expresados por el juez Julio B. J. Maier en la causa "Skiba" ya citada, cuya copia se agrega a la presente, así como las consideraciones expuestas por los jueces Lozano y Casás en igual oportunidad, voto por hacer lugar a los recursos interpuestos, revocar la sentencia de Cámara de fs. 333/347, dejar sin efecto todo lo actuado en este "incidente" y ordenar su archivo.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La cuestión planteada en estas actuaciones, tal como señala mi colega, jueza Ana María Conde, es análoga a la resuelta por este tribunal *in re* "Skiba, Juan

Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008.

En consecuencia, por los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido, a los que remito en honor a la brevedad y que serán agregados en copia para formar parte de este pronunciamiento, voto por hacer lugar a los recursos planteados, revocar la sentencia de fs. 333/347, dejar sin efecto el procedimiento seguido para desconocer la designación del doctor Guillermo Agustín Gracia y ordenar su archivo.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Como lo indica la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, advierto que la cuestión debatida en estas actuaciones resulta sustancialmente análoga a aquella planteada en el caso "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008.

Si bien en apariencia la resolución impugnada no parece ser, en principio, una sentencia definitiva, que dé pie al recurso interpuesto, como exige la ley para el caso (ley local 402, art. 27), y dada la confusión que incorpora la formación del llamado "incidente", referido a un litigio institucional entre partes distintas de aquellas verdaderamente en conflicto en el caso, y por un objeto también distinto del caso judicial planteado, lo cierto es que resulta descabellado ocultar bajo el rótulo de un incidente y una decisión interlocutoria, con protagonistas oficiales ajenos a las partes de un proceso judicial concreto, una disputa de otro nivel jurídico-institucional acerca de las facultades y limitaciones de un órgano estatal, ajeno también por completo al litigio real trabado. Incluso el llamado "incidente" traduce también escaso respeto procesal por la opinión de quien, en el caso, resulta defendido. Además, la señora Fiscal de Cámara desistió del planteo "incidental", conforme a la regla de la verticalidad que rige el oficio por definición, cuestión que tampoco interesó a los jueces que decidieron, a pesar del desistimiento. Como se observa, se trata de una decisión institucional definitiva escondida tras el llamado incidente de un juicio extraño a ella.

En atención a ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos desarrollados en aquella oportunidad —incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión para integrar este pronunciamiento— para concluir que en el caso corresponde: *a)* 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 CABA y por el Defensor Oficial, doctor Guillermo A. E. Gracia; *b)* revocar la sentencia de fs. 333/347; *c)* dejar sin efecto el procedimiento seguido con ocasión del desconocimiento de la designación del doctor Guillermo A. E. Gracia y *d)* ordenar su archivo.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo destacan la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en su voto y el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 518/536), más allá de las particularidades que presenta el *sub examine*, la cuestión planteada en autos

resulta sustancialmente análoga a la abordada por este Tribunal el día 12 de marzo del corriente año *in re*: "Skiba, Juán Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, 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)'".

En consecuencia, por los fundamentos pertinentes que fueran expresados por el suscripto en aquella oportunidad —a los que cabe remitirse como parte integrante de este pronunciamiento—, corresponde hacer lugar a los recursos planteados por la señora Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por el Consejo de la Magistratura y por el Defensor Oficial Guillermo Agustín Eduardo Gracia, revocar la sentencia recurrida, dejar sin efecto todo lo actuado en la presente pieza procesal y ordenar su archivo sin más trámite. Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del citado precedente.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en legal tiempo y forma por el Consejo de la Magistratura, dirige una crítica concreta contra el auto parcialmente denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. Luego, corresponde declarar procedente la queja.

2. Los recursos de inconstitucionalidad deducidos 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 Defensor Oficial Guillermo Agustín Eduardo Gracia, parcialmente concedidos, han sido interpuestos en legal tiempo y forma.

3. De conformidad con los señalado, corresponde tratar los agravios que fueron considerados admisibles, respecto de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la señora Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario y por el Defensor Oficial Guillermo Agustín Eduardo Gracia, y conocer de la totalidad de los agravios vertidos en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura.

4. Si bien la cuestión planteada en estas actuaciones se presenta en el marco de un proceso de ejecución fiscal e involucra, en este caso, al señor Agustín Eduardo Gracia, el tema resulta sustancialmente análogo al que resolviera el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008.

Por razones de brevedad, doy aquí por reproducidos las consideraciones efectuadas en la citada causa y voto, en consecuencia, por: *a)* declarar admisible la queja y los recursos de inconstitucionalidad; *b)* rechazar por improcedente los recursos de inconstitucionalidad, con costas y, *c)* confirmar la decisión recurrida.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el 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 Defensor Oficial Guillermo Agustín Eduardo Gracia, *revocar* la sentencia de fs. 333/347, dejar sin efecto el procedimiento seguido con ocasión del desconocimiento de la designación del doctor Guillermo Agustín Eduardo Gracia y ordenar su archivo.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 12/3/2008, en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5427/07).

3º. *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.*

CLIX

"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 DE REPOSICIÓN.

SUMARIO:

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 local 402 de algún recurso contra sus decisiones. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5355/07 - 16/7/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Por resolución de fs. 356/360 el Tribunal dispuso denegar el recurso extraordinario federal planteado por Aarón Lalo, con costas.

El actor solicita "[q]ue atento lo que dispone el art. 14 de la CCBA vengo a pedir que se modifique la resolución del 4/6/2008 y se impongan las costas en el orden causado" (fs. 361).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En primer lugar cabe señalar que las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7 no son susceptibles —por regla— de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia en la ley local 402 de algún recurso contra sus decisiones (CSJN, doctrina de *Fallos,* 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784, entre muchos otros; el Tribunal, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. 1, pp. 136 y ss. *in re* "Partido Justicialista y otros c/GCBA s/nulidad", expte. nº 50/99, resolución del 16/6/1999; "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, "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 otros).

El recurrente no ha dado razones suficientes para apartarse, en el caso, de esta jurisprudencia, prácticamente unánime, ni las razones que expone desde el punto de vista material —sobre la imposición de costas— concuerdan con la jurisprudencia del Tribunal al respecto, según se indicará bajo el próximo número.

2. Tal como lo expresé en mi voto en los autos "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4942/06, resoluciónb del 20/9/2007, ante un planteo semejante, corresponde señalar que "la decisión cuestionada se ajusta a la jurisprudencia pacífica del Tribunal en esta cuestión. En ese sentido, se dijo '[s]i bien se trata de un proceso de amparo, las reglas locales que lo rigen (art. 14, CCBA) no se aplican en lo atinente al recurso para acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las costas, entonces, se imponen —de acuerdo con el CPCC de la Nación a la vencida—, por aplicación del principio objetivo de la derrota y no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él' (voto conjunto de los jueces Casás, Conde, Maier y Muñoz *in re*: 'Araldi, Liliana Angélica c/GCBA —Legislatura— y otros s/amparos/recurso de queja', expte. nº 606/00, resolución del 19/4/2001)".

3. Por ambas razones, no corresponde hacer lugar a la petición efectuada a fs. 361 por el actor.

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

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Por las razones expresadas por el señor juez de trámite en el punto 1, primer párrafo de su voto, no corresponde hacer lugar a lo peticionado.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a lo solicitado a fs. 361 por el señor Aarón Lalo.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva como fue ordenado a fs. 319.

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

CLX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD" Y SUS ACUMULADOS: "ÁLVAREZ, MANUEL" (5937), "BOSCHIAZZO, OMAR HÉCTOR" (5938), "MARTÍNEZ, CARLOS EDUARDO Y OTRA" (5908), "DE GIACOMO, JUAN CARLOS" (5921), "LAFERRÈRE DE ELIA, MARIANA DE" (5923), "EDITORIAL MÉDICA PANAMERICANA SOCIEDAD ANÓNIMA, COMERCIAL Y FINANCIERA" (5967) Y "BRIK, DANIEL JORGE" (5968)

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caracteres. Norma de carácter general. Producción de prueba. LEGITIMACIÓN ACTIVA: Defensor General. Patrocinio letrado. CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL, ALUMBRADO, BARRIDO Y LIMPIEZA: Coeficiente de valor zonal. Determinación tributaria. DERECHO DE PROPIEDAD: Confiscatoriedad. Principio de igualdad en materia tributaria.

SUMARIOS:

1. No cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando se invocan principios constitucionales básicos, descriptos académicamente de modo correcto, pero sin desarrollo alguno sobre el vínculo de esa invocación abstracta con la norma general concreta impugnada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Carece de fundamento el planteo relacionado con el principio de legalidad tributaria, porque la base de imposición ha sido establecida expresamente por

una ley, que habrá de regir hasta tanto otra ley o una declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad pronunciada por la justicia, la abrogue o no la aplique. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando la forma de planteo de la equidad o de la igualdad en la distribución de las cargas públicas remite a un litigio concreto, dependiente de prueba a rendir, objeto que claramente excede la acción, conforme al art. 113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La norma que dispone un límite máximo de la contribución anual en relación al valor de la propiedad y que prevé un procedimiento sencillo para su reclamo administrativo, sin perjuicio de la acción judicial que pudiera corresponder, no se propone una confiscación ni lesiona ostensiblemente el derecho de propiedad de manera absolutamente genérica, tal que merezca una impugnación a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad, pues la disposición parece admitir sólo una impugnación constitucional difusa, esto es, relativa a un caso concreto, a tramitar ante los tribunales de mérito, situación jurídica particularizada en la cual el actor solicita que no la apliquen. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La supuesta contradicción entre el Código Fiscal y la nueva base de imposición no se refiere a la Constitución, sino tan sólo a otra ley de igual categoría que la criticada; y si en verdad existiera tal contradicción, debe desaparecer conforme al principio respectivo del orden jurídico, por la vía de la interpretación y de los numerosos principios que la misma convoque para superar estas situaciones (p. ej., *lex posterior*, *lex specialis*, etc.). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La acción declarativa de inconstitucionalidad no puede ser admitida cuando al tiempo de vincular los principios constitucionales con la fórmula legislativa, sólo muestra una exposición más o menos completa respecto de la inconveniencia política de la cláusula impugnada, o acerca del perjuicio a una expectativa que el propietario de un inmueble supone correcta o fundada, sin acreditar la existencia de u a relación mínima entre las reglas citadas y la norma general objeto de tacha. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. No corresponde objetar en forma oficiosa la decisión del Defensor General de brindar su asistencia técnica a los accionantes, luego de haber desistido de la acción, en tanto el aludido magistrado es abogado (conf. art. 10, ley 1903 que remite al art. 112 de la CCBA, precepto que reclama para revistar como miembro del Tribunal Superior de Justicia el ser abogado con ocho años de graduado) y, es dable presumir —al menos hasta que se compruebe lo contrario— que ha evaluado oportunamente la pertinencia de su intervención de conformidad con las normas legales que disciplinan su actuación (art. 42, ley 1903, entre otras*). (Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Deben ser declaradas inadmisibles las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las que se desprende que la pretensión deducida no persigue otra cosa que un pronunciamiento sobre situaciones particularizadas a la luz de casos concretos, cuestión que resulta ajena a la vía intentada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad que no logra fundamentar solventemente la relación directa e inmediata de los principios, derechos y garantías constitucionales invocadas con las consecuencias que podrían derivarse, con carácter general, de la aplicación de la ley 2568, en cuanto establece un mecanismo de ajuste de la valuación fiscal de los inmuebles en función de zonas que predetermina. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. La igualdad frente a las cargas públicas ponderada, tanto en términos de "igualdad ante la ley" como de "igualdad en la ley" obliga a efectuar una valoración comparativa entre diversos casos en concreto, escrutinio de difícil o imposible realización en el marco de un control abstracto, el cual se ciñe a la confrontación de normas de alcance general con principios, derechos y garantías constitucionales o de rango equivalente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Es óbice al andamiento de la acción la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad institucional que debe considerarse la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, más aun cuando se incita la competencia de un tribunal para que dicte un pronunciamiento estimatorio que producirá efectos *erga omnes,* expulsando del ordenamiento jurídico el precepto, salvo insistencia de la Legislatura (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. Dado que corresponde al tribunal ante el cual se inicia la demanda verificar el cumplimiento de las formalidades procesales necesarias para dar curso al escrito de la parte actora, no se advierte cuál es la condición que justifica el patrocinio letrado del señor Defensor General de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 de la Ley de Ministerio Público (ley 1903). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

13. No resultan admisibles las acciones que exhiben un objeto común de lograr la declaración de inconstitucionalidad de una norma general, cuando resulta evidente que en todas las pretensiones existe un interés individual, característica que surge de la circunstancia inescindible de que, quienes impugnan lo hacen desde el punto de vista del contribuyente, sin ponderación del carácter de política pública de las normas cuestionadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. Una política pública no queda referenciada a una cláusula o a un inciso de la ley que la contiene, de modo que su articulado debe entenderse en forma sistémica ya que es el conjunto interrelacionado de sus disposiciones el que dará cuenta —finalmente y a partir de su concreta aplicación— de la existencia o no de una situación de afectación constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. La norma impugnada que dispone que el importe anual a ingresar por los gravámenes inmobiliario nunca podrá ser superior al 1 % del valor de mercado del inmueble, dando cuenta, además, de la existencia de un recurso administrativo para el caso de que el particular estimare violentado tal parámetro, establece garantías a favor del contribuyente que complementan el sistema de determinación tributaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. El control de constitucionalidad no faculta a los jueces a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas públicas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, sin que ello obste al ejercicio de ese control respecto del

mecanismo empleado y de las bases normativas que deben aplicarse para determinar los gravámenes inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires si las objeciones se encuentran suficientemente fundadas en argumentos de índole constitucional, y no en planteos que se limiten a descalificar, en forma vaga y genérica, una política tributaria que, en principio y hasta tanto no se demuestre lo contrario, goza de presunción de legitimidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. No es admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando, pese a señalarse en forma concreta la norma impugnada e identificar aquéllas otras reglas constitucionales con las cuales se entiende que colisiona, no se formula un claro desarrollo que demuestre que el mecanismo establecido por la ley 2568 para componer el impuesto inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires, se oponga o desvirtúa alguna norma o principio de la Constitución local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. No basta, para dar curso a la tramitación de una acción declarativa de inconstitucionalidad la invocación de la afectación de garantías constitucionales si los fundamentos que la sostienen no presentan la razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. Si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad no requiere que el promotor del proceso ostente la condición de titular de la situación jurídica involucrada en la norma de alcance general cuestionada, tampoco excluye del universo de legitimados a quienes se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, en la medida que estos últimos circunscriban su pretensión a requerir la declaración de inconstitucionalidad como requiere el art. 113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. La exigencia de fundamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada a este Tribunal por el art. 113.3, CCBA, pues la actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley (conf. art. 17 de la ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

21. La inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad no obsta su promoción posterior, sea por el mismo contradictor o por uno diverso, toda vez que la previsión contenida en el art. 20 de la LPTSJ se limita a los supuestos en que el Tribunal rechace la acción, es decir, aquellos procesos en los que se produjo un debate basado en argumentos que podían interpretarse —*a priori*— consistentes, y se arribó a un resultado opuesto a la pretensión de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

22. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad si no se explica cómo puede estimarse que el principio de legalidad esté en juego cuando el régimen impositivo cuestionado surge de una ley, que es una fuente ante la cual no constituye objeción que el nuevo diseño se aparta de la matriz normativa de igual jerarquía que con anterioridad regulaba la contribución por ABL, obvia consecuencia de la regla *lex posterior derogat prior* que gobierna las relaciones entre leyes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

23. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad pues el modo en que se formularon los argumentos orientados a demostrar la inconstitucionalidad de la normativa atacada, no permite debatir si el sistema de valuación impugnado distribuye el peso del tributo sin respetar el equilibro que imponen las garantías de igualdad ante la ley y capacidad contributiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

24. Las intervenciones de los accionantes efectuadas con posterioridad al desistimiento del Defensor General de la acción declarativa de inconstitucionalidad, no pueden ser entendidas como las de terceros adherentes en una controversia sobre situaciones jurídicas particularizadas, pues ambos participan en el marco de una acción popular (art. 113, inc. 2º de la CCBA) cuyo fin no es resolver derechos o intereses de un supuesto afectado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

25. Quienes se presentaron con posterioridad al desistimiento del Defensor General de la acción declarativa de inconstitucionalidad, tienen acción y, consecuentemente, no están subordinados a la actuación personal del Defensor, de modo que no cabe trasladar de manera automática categorías y conceptos que son propios de la materia de "terceros" en el derecho procesal contencioso clásico, al proceso constitucional que prevé el art. 113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

26. Cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad pues todas las demandas individualizaron con precisión las normas impugnadas (19, inc. 2º de la ley 402), que poseen carácter general, emanan de autoridades de la Ciudad (arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ) y exponen argumentos constitucionales vinculados con las reglas cuestionadas, lo que da cumplimiento a los arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5726 - 16/7/2008

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Mario Jaime Kestelboim, interpuso la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º de la CCBA) que luce a fs. 1/17 cuyos fundamentos fueran ampliados a fs. 33/41, con la finalidad de que el Tribunal "...pronuncie la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda de la Ley Tarifaria para el año 2008 y del detalle del Anexo I que fija un coeficiente de valor zonal (ley 2568, *B.O.* 2840 del 28/12/2007)" (fs. 1) toda vez que dichos textos exhibirían una "...patente contrariedad con la norma contenida 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. 1).

2. El Fiscal General, en su primera intervención de fs. 26/31, se pronunció a favor de la legitimación del Defensor General y estimó que no debería admitirse la

presente acción declarativa pues no logra evidenciar la posible contradicción entre la cláusula transitoria segunda de la ley 2568 y las normas de raigambre constitucional invocadas; criterio que mantuvo, a fs. 43/46, al expedirse sobre la ampliación de fundamentos de fs. 33/41.

3. La Asociación de Abogados de Buenos Aires, a fs. 48/50, se presentó en calidad de asistente oficioso en los términos del art. 22 de la ley 402 y brindó argumentos en torno a la inconstitucionalidad de las normas objeto de acción declarativa. La jueza de trámite, a fs. 52, dispuso que se agregase el escrito y se lo tuviera presente para la etapa procesal oportuna.

4. El Defensor General, a fs. 54/56, ratificó su legitimación para instar la presente acción "...ampliando, así, los argumentos ya expuestos en el escrito inicial sobre este punto" (fs. 54).

5. A fs. 60/62, se presentó el *señor Ernesto Pérez* y solicitó ser tenido por parte en las presentes actuaciones con el patrocinio letrado del. Defensor General del Ministerio Público y de la Defensora General Adjunta. Manifestó su adhesión "...en un todo..." (fs. 60) a la acción declarativa de inconstitucionalidad que tramita en autos.

6. El Fiscal General, al emitir el dictamen de fs. 65/66, sostuvo que la presentación efectuada por el señor Pérez debía ser analizada a la luz de los arts. 19 y 20 de la ley 402 "...como si se tratase de una acción autónoma..." (fs. 65 vta.). Señaló que el presentante se encuentra legitimado en los términos del art. 18, inc. 1º de la ley mencionada y que, en la medida en que se adhiere lisa y llanamente a los escritos del Defensor General de fs. 1/17 y 33/41, correspondería declarar inadmisible la presentación del señor Pérez por las razones expuestas por la Fiscalía en los dictámenes precedentes de fs. 26/31 y 43/46.

7. El Defensor General, a fs. 69, desistió de la acción entablada.

8. Posteriormente, se presentaron con el patrocinio letrado de dicho funcionario y de la Defensora General Adjunta, los *señores Manuel Álvarez* (fs. 72/76) *y Omar Héctor Boschiazzo* (fs. 80/83) quienes a través de escritos de idéntico tenor objetaron la constitucionalidad de la cláusula segunda de la ley tarifaria para el año 2008 (nº 2568) y del detalle del anexo I que fija un coeficiente de valor zonal "en virtud de su patente contrariedad con la norma contenida en el art. 51 de la CCBA, en los arts. 4º, 17, 19, 28 y concs. de la C.N. y en el art. 17.2 de la DUDH".

Los actores hicieron suyos los fundamentos expresados a fs. 1/17 (acción declarativa que promoviera el Defensor General) y a fs. 33/41 (ampliación de fundamentos) y solicitaron al Tribunal que se admitiera su intervención "en carácter de parte actora litisconsorcial".

9. A fs. 71, la jueza de trámite dispuso acumular a la causa 5726 los exptes. nºs. 5937 y 5938, caratulados, respectivamente, "Álvarez, Manuel c/GCBA s/ac-

ción declarativa de inconstitucionalidad" y "Boschiazzo, Omar Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad".

10. El Fiscal General, a fs. 86/87, manifestó "que las presentaciones efectuadas por los señores Álvarez y Boschiazzo deben ser analizadas (...) como si se tratasen de acciones autónomas" y que debido a la lisa y llana remisión que ellos realizan a la demanda que fuera presentada por el titular del Ministerio Público de la Defensa correspondería declararlas inadmisibles por las razones expuestas en el dictamen de la fiscalía de fs. 26/31 y 43/46.

11. A las acciones a las que se hace referencia en los apartados anteriores (exptes. nº 5726, 5937 y 5938) se agregan las que con igual objeto y fundamentos similares fueron iniciadas ante el Tribunal:

a) "Martínez, Carlos Eduardo y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5908).

b) "De Giacomo, Juan Carlos c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5.921).

c) "Laferrère de Elia, Mariana de c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5923).

d) "Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5967).

e) "Brik, Daniel Jorge c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5968).

12. En los expedientes indicados en el punto anterior el Fiscal General dictaminó en forma concordante al sostener que las acciones no deberían ser admitidas y al opinar que el Tribunal podría, si lo considerase conveniente, acumularlas al expte. nº 5726.

13. Resta señalar que las incidencias aludidas más arriba han tenido lugar en la etapa formativa del proceso, es decir: antes de que el Tribunal se expida acerca de la admisibilidad formal de las presentaciones.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Corresponde, en primer término, aceptar el *desistimiento* que formulara el Defensor General a fs. 69.

2. En los *exptes. nºs. 5937 y 5938* (acumulados al expte. nº 5726), con posterioridad al momento en que el Defensor General hiciera saber al Tribunal su decisión de desistir, se presentaron los señores Manuel Álvarez y Omar Héctor Boschiazzo. Sus intervenciones no pueden ser entendidas como las de terceros adherentes en una controversia sobre situaciones jurídicas particularizadas.

Ambos accionantes —y esta es la diferencia relevante que define el punto— participan en el marco de una acción popular (art. 113, inc. 2º de la CCBA) cuyo

fin no es resolver derechos o intereses de un supuesto afectado. De allí que tanto Álvarez como Boschiazzo tienen acción y, consecuentemente, no están subordinados a la actuación personal del defensor quien promovió una demanda y luego desistió de ella. De hecho, aquellos podrían presentarse recién ahora con una acción y ningún obstáculo existiría, toda vez que no dependen de lo que haga o hubiera hecho el defensor. Esta circunstancia demuestra que no cabe trasladar de manera automática categorías y conceptos que son propios de la materia de "terceros" en el derecho procesal contencioso clásico, al proceso constitucional que prevé el art. 113, inc. 2º de la CCBA.

3. Las acciones declarativas de inconstitucionalidad (exptes. nº 5726, 5937, 5938, 5908, 5921, 5923, 5967 y 5968) son formalmente admisibles.

Los actores *Pérez, Álvarez, Boschiazzo, Martínez, De Giacomo, Laferrère y Brik*, se encuentran legitimados en los términos del art. 18, inc. 1º de la ley 402 y *Editorial Médica Panamericana* en los términos del art. 18, inc. 2º de esa norma.

Todas las demandas individualizaron con precisión las normas impugnadas (19, inc. 2º de la ley 402), que poseen carácter general y emanan de autoridades de la Ciudad (arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ).

Cada una de las presentaciones aludidas expuso argumentos constitucionales y los vinculó con las reglas cuestionadas, lo que da cumplimiento a los arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ: se destacó la relevancia que adquiere el principio constitucional de legalidad en materia tributaria y la necesidad de que cualquier disposición legal que regule esa materia se adecue a lo dispuesto por la C.N. y la CCBA; se insistió en la afectación al derecho de propiedad de los contribuyentes por el mecanismo elegido para determinar la valuación del terreno al cual, por otro lado, se caracterizó como irrazonable en los términos del art. 28 de la C.N. Asimismo, se señaló que la técnica legislativa implementada a través de la cláusula transitoria segunda de la ley 2568 y su Anexo conculca los principios y derechos enunciados por el art. 51 de la CCBA en materia tributaria así como aquellos establecidos por los arts. 4º, 16, 17 y 19 de la C.N. y normas concordantes en materia de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional conforme lo prescripto por el art. 75, inc. 12 de la C.N.

4. Con apoyo en los fundamentos expuestos voto por: *a)* disponer la acumulación de todas las demandas interpuestas en los exptes. nº 5908, 5921, 5923, 5967 y 5968 al expte. nº 5726, *b)* aceptar el desistimiento formulado por el Defensor General a fs. 69, *c)* declarar formalmente admisibles las demandas presentadas por los señores Ernesto Pérez, Manuel Álvarez, Omar Héctor Boschiazzo, Carlos Eduardo Martínez y Norma Susana Solís de Martínez, Juan Carlos De Giacomo, Mariana de Laferrère de Elia y Daniel Jorge Brik y por Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera, *d)* ordenar el traslado las acciones indicadas en el punto, *c)* de este dispositivo en la forma y por el plazo establecido en el art. 21 de la ley 402 y *e)* ordenar que se registre y se notifique.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Me voy a expedir en conjunto sobre las demandas para la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda de la ley tarifaria para el año 2008 (nº 2568), dictada por la Legislatura de la CABA, y del detalle de su Anexo I. Corresponde esta solución pues todas estas acciones persiguen un mismo fin, el ya indicado, por la misma vía —acción declarativa de inconstitucionalidad— y con invocación de fundamentos normativos constitucionales que, en la mayoría de los casos, resultan idénticos y, si difieren, tal diferencia es mínima. Así se invoca, por una parte, el principio de legalidad tributaria (CCBA, 51), diversos artículos de la Constitución Nacional que protegen la propiedad, la razonabilidad y la igualdad en la carga pública y la reglamentación legal de estos principios sin eliminarlos (C.N., 4º, 17, 19, 28 y concs.) y, nuevamente, el derecho de propiedad según la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17.2). Corresponde, por ello, acumular estas diversas acciones para responder a ellas sobre la cuestión de su admisibilidad con fundamentos únicos, pues —dicho sea de paso— todas ellas presentan aciertos y desaciertos comunes.

2. Estimo que el requisito relativo al objeto impugnable, esto es, una *norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad*, se cumple correctamente en el caso, según la norma tachada de inconstitucionalidad, antes citada (CCBA, arts. 113, inc. 2º y 19, inc. 2º, ley 402).

3. Tampoco parece ser un problema la legitimación para demandar el fin deseado, puesto que la reglamentación de la acción descripta por la Constitución local ha abierto, de manera muy amplia, la posibilidad de demandar por esta vía a todas las personas (ley 402, art. 18). En este sentido, están de más las alegaciones de los accionantes particulares que intentan fundar su legitimación para demandar en el perjuicio que les ocasiona la nueva ley tarifaria. Ello indica además que, a pesar de la acción señalada en la demanda, todos ellos tienen en mira corregir su posición particular frente a la determinación de la base de la contribución que objetan, esto es, en el fondo han planteado un caso particular.

4. Constituye un defecto común a todas estas acciones la invocación de principios constitucionales básicos, descriptos académicamente de modo correcto, pero sin desarrollo alguno sobre el vínculo de esa invocación abstracta con la norma general concreta que impugnan. Como se verá, éste es el principal motivo por el cual resulta imposible admitir la vía intentada.

a) Todas estas acciones invocan, erróneamente, el principio de legalidad tributaria. Para incluirlo entre los argumentos, los actores incurren en un círculo vicioso. Se comienza por admitir que la base de la contribución está definida por una ley de la Legislatura que, precisamente, tachan de inconstitucional, con lo cual luego será imposible criticar el extremo, para luego advertir que esa ley, por otros motivos que aducen, más dificultosos para traer al litigio, resultaría inválida por inconstitucional, con lo cual, presuntamente, desaparecería la *reserva de ley*.

El sofisma me parece evidente. En primer lugar, la ley que establece la base de la imposición existe y éste es un hecho concreto. En segundo lugar, la ley rige, hasta tanto otra ley o una declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad, pronunciada por la justicia, la abrogue o no la aplique, de manera tal que, al momento de la acción, resulta imposible el juego del principio de legalidad. En verdad, si la segunda parte del razonamiento triunfa —si la cláusula fuera inconstitucional por una razón diferente al principio de legalidad—, no hace falta nada más para regresar a la base imponible anteriormente vigente, esto es, no es necesaria la intervención del principio de legalidad para conseguir el efecto deseado. Y esto es así cualquiera que fuere la conveniencia o inconveniencia de la fórmula desarrollada en la cláusula impugnada, pues no la estamos juzgando desde el punto de vista político, sino desde el punto de vista de su validez constitucional.

b) Por lo demás, la invocación de la inequidad —o, lo mismo, de la arbitrariedad según la Declaración Universal de Derechos Humanos—, remite siempre a comparaciones con otros inmuebles, eventualmente del mismo o superior valor, con otras cuadras que se consideran más valiosas desde el punto de vista inmobiliario que aquella que habita el vecino demandante, o con otros barrios en idéntica situación. Según se observa, la forma de planteo de la equidad o de la igualdad en la distribución de las cargas públicas remite siempre a un litigio concreto, dependiente de prueba a rendir, objeto que claramente excede la acción declarativa de inconstitucionalidad, conforme al art. 113, inc. 2º de la CCBA. Más aun, la ley ha previsto la posibilidad de que la fórmula lesione, de alguna manera, la equidad o la propiedad —en el sentido de expectativa de pago de una contribución razonable— en la misma cláusula transitoria segunda, nº 4. En efecto, ella dispone allí un límite máximo de la contribución anual en relación al valor de la propiedad (1%) y prevé un procedimiento sencillo para su reclamo administrativo, sin perjuicio de la acción judicial que pudiera corresponder. Con ello, más allá de valoraciones políticas sobre la conveniencia o inconveniencia de la fórmula impugnada, conforme al interés de cada uno, resulta claro, también, que la ley no se propone una confiscación o situación similar, esto es, tampoco lesiona ostensiblemente el derecho de propiedad de manera absolutamente genérica, tal que merezca una impugnación del tipo de la aquí intentada por todos los accionantes. Antes bien, la cláusula misma, por su complejidad y por la complejidad de la situación que se presenta en toda la ciudad de Buenos Aires, parece admitir sólo una impugnación constitucional *difusa*, esto es, relativa a un caso concreto, a tramitar ante los tribunales de mérito, situación jurídica particularizada en la cual el actor solicita que no la apliquen.

c) Existen otros dos argumentos que no pasan de ser críticas políticas a la cláusula decidida por la Legislatura, según el procedimiento correspon-

diente. La primera se refiere a la relación entre la Ley de Comunas y el detalle del Anexo, que fija el valor zonal. No interesa aquí estudiar si el argumento es fácticamente cierto —esto es, si los límites del "valor zonal" coinciden con aquellos establecidos por la Ley de Comunas—, sino tan sólo indicar que el argumento no posee valor de reproche constitucional, más allá de las preferencias políticas que toda contribución tributaria presenta, razón por la cual siempre perjudica a algunos y beneficia a otros.

d) El segundo argumento remite a la supuesta contradicción entre el Código Fiscal y la nueva base de imposición, argumento que, de modo evidente, no se refiere a la Constitución, sino tan sólo a otra ley de igual categoría que la criticada. Si en verdad existe tal contradicción, resulta claro —entre juristas— que ella debe desaparecer conforme al principio respectivo del orden jurídico, por la vía de la interpretación y de los numerosos principios que esa interpretación ha convocado para superar estas situaciones (por ejemplo, *lex posterior*, *lex specialis*, etc.). Las consideraciones que anteceden no representan más que el paradigma de que la fundamentación que intentan todas las acciones fracasa, básicamente, cuando la descripción abstracta de los principios que nombra, utiliza y describe no logra conectarse con la norma general impugnada. Todas las demandas, al tiempo de vincular los principios constitucionales con la fórmula legislativa, sólo resultan, cuando más, exposiciones más o menos completas acerca de la inconveniencia política de la cláusula impugnada o, mejor descripto, acerca del perjuicio a una expectativa que el propietario de un inmueble supone correcta o fundada. La acción de inconstitucionalidad, entonces, fracasa por la falta de relación mínima entre las reglas citadas y la norma general objeto de tacha.

Esto resulta más evidente aún en algunas acciones (por ejemplo: "Martínez, Carlos Eduardo y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5908/08, y "Laferrère de Elia, Mariana de c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5923/08), en las cuales los accionantes parecen haber confundido la impugnación abstracta de inconstitucionalidad, prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA, con un litigio por un caso concreto, que los tiene por protagonistas, para cuya solución el Tribunal, en principio, no es competente.

5. El dispositivo de la decisión debe aceptar el desistimiento del señor Defensor General de la Ciudad en "Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5726/08.

El juez José O. Casás dijo:

1. Téngase presente el desistimiento como promotor de la acción efectuado por el Señor Defensor General, doctor Mario Jaime Kestelboim, en el expte. nº 5726/08 (conf. fs. 69).

2. Atento a que los expedientes individualizados en el registro del Tribunal bajo los nos. 5726/08, 5908/08, 5921/08, 5923/08, 5967/08, 5968/08, 5937/08 y 5938/08 se encuentran, en todos los casos, dirigidos a obtener mediante acción declarativa de inconstitucionalidad (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA) la invalidez de idéntica norma —esto es: cláusula transitoria segunda y anexo I, de la ley 2568, ley tarifaria 2008, en lo atinente a la fijación de un coeficiente zonal—, invocándose para ello, con mínimos matices en cuanto al énfasis puesto en cada uno, la afectación de los principios tributarios consagrados en los arts. 4º, 16, 17, 19 y 28 de la C.N.; art. 17, numeral 2, de la DUDH y art. 51 de la CCBA, entiendo que, por razones de economía procesal, corresponde acumular todos ellos al que fuera iniciado en primer término, es decir al nº 5726, a fin de dictar un pronunciamiento común a todas las actuaciones.

3. En cuanto a los exptes. nos. 5726/08, 5937/08 y 5938/08 en los que interviene el señor Defensor General de la Ciudad y en los cuales —a partir del desistimiento en el expte. nº 5726/08, al cual se ha hecho alusión en el punto primero del presente— ha asumido el carácter de letrado patrocinante de los actores que se han presentado, considero que no corresponde objetar en forma oficiosa la apuntada decisión de brindar su asistencia técnica, en tanto el aludido magistrado es abogado (conf. art. 10, ley 1903 que remite al art. 112 de la CCBA, precepto que reclama para revistar como miembro del Tribunal Superior de Justicia el ser abogado con ocho años de graduado) y, por lo demás, es dable presumir —al menos hasta que se compruebe lo contrario— que ha evaluado oportunamente la pertinencia de su intervención de conformidad con las normas legales que disciplinan su actuación (art. 42, ley 1903, entre otras).

Ello, claro está, sin perjuicio de lo que pudiera corresponder desde la perspectiva del control político a cargo de la Legislatura, al que se ven sujetos los titulares de las distintas cabezas del Ministerio Público como integrantes del Poder Judicial de la Ciudad, a efectos de que no se desnaturalice el diseño constitucional de las funciones específicas reconocidas a cada una de sus ramas. Tampoco lo expresado inhibe el control a cargo del Colegio Público de Abogados, en punto a las incompatibilidades que contempla la ley 23.187.

4. En punto a las presentaciones que obran en los expedientes acumulados caratulados "Martínez, Carlos Eduardo y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5908/08, y "Laferrère de Elía, Mariana de c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5923/08, entiendo que deben ser declaradas inadmisibles, en tanto de los términos en que han sido redactadas las acciones, se desprende que la pretensión deducida no persigue otra cosa que un pronunciamiento sobre situaciones particularizadas a la luz de casos concretos, cuestión que resulta ajena a la vía intentada, según lo ha expresado el Tribunal en su constante jurisprudencia (conf. "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, pp. 56 y ss.).

5. Sentado lo expuesto, es decir, descartada la admisibilidad formal de las causas indicadas en el punto 4 precedente, y sin formular objeciones oficiosas al patrocinio letrado asumido por el señor Defensor General, corresponde dar tratamiento a las restantes causas acumuladas en las cuales se cuestiona, en abstracto, la validez constitucional de la cláusula transitoria segunda, así como del anexo I, de la ley 2568, ley tarifaria 2008, que fija un coeficiente de valor zonal, por la vía de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

6. Así las cosas, más allá del esfuerzo argumental de los letrados intervinientes —loable por cierto— que se observa en la presentación de las acciones de inconstitucionalidad en las que se efectúa una completa descripción de los principios, derechos y garantías constitucionales federales y locales, como los que surgen en el plano Internacional de las Convenciones, Pactos y Tratados de Derechos Humanos, marcando un cauce y levantando un valladar al ejercicio de la potestad tributaria normativa, en estas actuaciones no se logra fundamentar solventemente la *relación directa e inmediata de dichos principios, derechos y garantías con las consecuencias que podrían derivarse, con carácter general, de la aplicación de la ley 2568*, en cuanto establece un mecanismo de ajuste de la valuación fiscal de los inmuebles en función de zonas que predetermina.

También obsta a la procedencia formal de la acción la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de la cual no son objetables las facultades locales para darse leyes y ordenanzas impositivas y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las previstas en el art. 108 —hoy art. 126— de la Constitución (*Fallos,* 7:373), siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción del resorte propio de los estados locales, sin que los tribunales puedan declararlos ineficaces a título de ser injustos o inconvenientes si no son contrarios a la Constitución (*Fallos,* 105:273) porque entre los derechos que constituyen la autonomía de los estados locales, es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña (*Fallos,* 51:349; 114:282; 137:212, entre otros). Asimismo, en la causa "Doña Graciana Etchessahar de Lastra, sobre protocolización de testamento", *Fallos,* 153:46, sent. del 26/10/1928, el más Alto Tribunal, quizás incurriendo en algún exceso en la apreciación del alcance de las potestades tributarias locales —sobre todo al desatender la nota de equidad que debe caracterizar las prestaciones tributarias—, consignó: "*Si la Constitución Nacional* en su art. 5º..., *no ha hecho de la moderación de los impuestos o de formas determinadas de percepción de los mismos una de las condiciones de la garantía al goce y ejercicio de las instituciones provinciales* y ha excluido, por tanto, de los casos de intervención de sus poderes políticos por la Nación (art. 6º) el de abusos posibles en esta materia, consumados por las provincias en perjuicio del desarrollo de la riqueza pública local y nacional, *no es admisible que se haya querido dejar a la discreción del Poder judicial... la facultad de declarar, sin valor en casos concretos, la legislación provincial relativa a impuestos*, fuera de las hipótesis de confiscación o de otra trasgresión de una garantía de la Constitución o de algún

precepto de la misma, *porque el Poder judicial es el menos adecuado por su naturaleza, funciones y reglas de procedimiento para decidir sobre la necesidad y equidad de las contribuciones y para apreciar los resultados económicos de ellas, según su monto o la manera de cobrarla*, en lo que como se ha observado con verdad, no puede haber cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya se trate de sumas fijas, ya de graduadas o proporcionales a los valores sobre que recaen... " (el énfasis en bastardilla ha sido añadido).

Por lo demás, la igualdad frente a las cargas públicas ponderada, tanto en términos de "igualdad ante la ley" como de "igualdad en la ley" obliga a efectuar una valoración comparativa entre diversos casos en concreto, escrutinio de difícil o imposible realización en el marco de un control abstracto, el cual se ciñe a la confrontación de normas de alcance general con principios, derechos y garantías constitucionales o de rango equivalente.

7. Finalmente es óbice al andamiento de la acción la circunstancia de que *la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad institucional* que debe considerarse la *ultima ratio del ordenamiento jurídico, más aun cuando* se incita la competencia de un tribunal para que dicte un *pronunciamiento estimatorio* que *producirá efectos erga omnes*, expulsando del ordenamiento jurídico el precepto, salvo insistencia de la Legislatura (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA). La apuntada reflexión, en casos como el presente, en que no se advierte —al menos en abstracto y para el contribuyente medio a través de la simple confrontación de la norma que se pretende poner en crisis con las reglas constitucionales invocadas— una pugna ostensible, palmaria y evidente de tal naturaleza, aconseja dejar abierta la posibilidad al presentante de valerse, ante quien corresponda, de la vía corriente para el *control difuso de constitucionalidad*, donde el diverso objeto procesal y la plenitud de conocimiento del proceso permitirá hacer gravitar las circunstancias particulares de la causa y obtener, de corresponder en derecho, la tutela judicial que se reclama en los casos ocurrentes, según sus características y particularidades.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Sin perjuicio de las particularidades propias de cada causa, corresponde un pronunciamiento común en todas las acciones originarias presentadas hasta la fecha ante este Tribunal cuyo objeto consista en la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda de la ley 2568 y de su Anexo I, mediante la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA. En efecto, las presentaciones resultan ser sustancialmente similares en su fundamentación, que se centra —básicamente— en la afectación del principio de legalidad tributaria (art. 51, CCBA) y en su proyección sobre las garantías constitucionales de propiedad, razonabilidad de la reglamentación e igualdad ante la ley (arts. 16, 17 y 28 C.N.); lo que conduce, por aplicación del principio de economía procesal, a la acumulación de acciones para su tratamiento conjunto.

2. Con relación a la causa 5726/08 —que fuera iniciada por el Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires, sección Defensoría General—, corresponde aceptar el desistimiento efectuado por el señor Defensor General, lo que me exime de analizar y pronunciarme acerca de la legitimación de este funcionario para accionar por la vía del art. 113, inc. 2º, CCBA por considerarlo inoficioso.

3. Las causas 5937/08 y 5938/08, en las cuales los actores se presentan invocando el patrocinio letrado del señor Defensor General de la Ciudad, componen, en mi criterio, una situación bastante particular desde el punto de vista procesal, que amerita un análisis y un pronunciamiento de los jueces sobre la pertinencia del patrocinio oficial. Debo dejar sentado que, desde la fecha de las mencionadas presentaciones, entendí necesario que esta cuestión fuera considerada en forma previa al tratamiento de la admisibilidad de las acciones, criterio que —al no ser compartido por mis colegas— determina su inclusión en este punto, donde dejaré expresada mi opinión.

En efecto, advertida la situación procesal que se presentaba, sugerí incluir en forma previa a continuar el trámite, el dispositivo que estimé correspondía y que a continuación reproduzco.

El art. 19 de la ley de actuación ante el Tribunal (ley 402) dispone: "La acción declarativa de inconstitucionalidad se presenta por escrito, en tres (3) ejemplares y debe contener... *5)* la firma de quien demanda, del letrado patrocinante, y, en su caso, del representante legal o de mandatario designado".

En tanto corresponde al tribunal ante el cual se inicia la demanda verificar el cumplimiento de las formalidades procesales necesarias para dar curso al escrito de la parte actora, debo señalar que no se advierte en este caso, cuál es la condición que justifica el patrocinio letrado del señor Defensor General de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 de la ley de Ministerio Público (ley 1903).

Por ello, en forma previa a efectuar el análisis de admisibilidad de la acción, hubiera correspondido requerir al presentante la acreditación del carácter que legitima la intervención oficial o, en su caso, la suscripción del escrito de inicio por un abogado de la matrícula.

No obstante, por haber quedado en minoría y toda vez que la disposición impugnada constituye una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA), trataré a continuación la admisibilidad formal de las demandas acumuladas.

4. En primer término debo señalar que resulta evidente, en todas las demandas que obran acumuladas, la existencia de un componente de interés individual, aun cuando en algunas resulta más difuso y en otras, como las causas 5908/08 y 5923/08, se patentiza la situación particular al punto de que ello determina la inadmisibilidad de la acción. Esta característica, resulta de la circunstancia inescindible de que, quienes impugnan, lo hacen únicamente desde el punto de vista del contribuyente, sin ponderación del carácter de política pública de las normas cuestionadas.

Resulta claro que para evaluar por esta vía una cuestión de tal naturaleza, que fuera debatida en la Legislatura y finalmente aprobada sobre un diseño fiscal determinado, se requiere una argumentación sólida que sustente firmemente el planteo, especialmente desde el punto de vista constitucional, lo que no ocurre en las presentaciones de autos en las cuales los actores pretenden establecer la alegada inconstitucionalidad a partir de criterios imprecisos como los mecanismos meramente comparativos entre diferentes situaciones concretas.

Por otra parte debe observarse que, como ocurre por regla, una política pública no queda referenciada a una cláusula o a un inciso de la ley que la contiene. Por el contrario, su articulado debe entenderse en forma sistémica ya que es el conjunto interrelacionado de sus disposiciones el que dará cuenta —finalmente y a partir de su concreta aplicación— de la existencia o no de una situación de afectación constitucional.

En este sentido, es menester señalar que el inc. 4º de la impugnada cláusula transitoria segunda dispone que el importe anual a ingresar por los gravámenes inmobiliarios "…nunca podrá ser superior al 1 % del valor de mercado del inmueble", dando cuenta, además, de la existencia de un recurso administrativo para el caso de que el particular estimare violentado tal parámetro. Estas garantías a favor del contribuyente complementan el sistema de determinación tributaria establecido a partir del mecanismo que se formula en el inc. 1º, conformando una unidad que cierra el diseño impositivo del gravamen aplicable a los inmuebles de la Ciudad a partir de la interconexión de las diversas pautas que se establecen en los seis incisos de la citada norma y que es más compleja que la mera formula de cálculo que ha sido objetada por los demandantes.

A tal punto no han reparado los demandantes en esta condición sistémica de la norma cuya constitucionalidad cuestionan, que —pese a objetar en su totalidad la cláusula transitoria segunda— dirigen sus críticas específicamente sobre el inc. 1º, lo que deja huérfano de sustento el planteo con respecto al resto de los puntos incluidos en la disposición que impugnan. Esta falta de correspondencia entre la disposición cuya inconstitucionalidad persigue la acción y la argumentación tendiente a demostrar su procedencia resulta determinante al momento de juzgar la posibilidad de dar trámite a la acción intentada.

No debe perderse de vista que el control de constitucionalidad no faculta a los jueces a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas públicas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (CSJN, *Fallos,* 308:2246), sin que ello obste al ejercicio del control de constitucionalidad del mecanismo empleado y de las bases normativas que deben aplicarse para determinar los gravámenes inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires si las objeciones se encuentran suficientemente fundadas en argumentos de índole constitucional, carácter del que adolecen los planteos formulados que se limitan a descalificar, en forma vaga y genérica, una política tributaria que, en principio y hasta tanto no se demuestre lo contrario, goza de presunción de legitimidad.

5. El Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, ha señalado "que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicia precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999).

Asimismo, este estrado ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 366/00, resolución del 20/6/2000 y "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4884/06, resolución del 1º/11/2006).

Los accionantes, pese a señalar en forma concreta la norma impugnada e identificar aquellas otras reglas constitucionales con las cuales entienden que colisiona, no han conseguido formular un claro desarrollo que demuestre que el mecanismo establecido por la ley 2568 para componer el impuesto inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires, se oponga o desvirtúe alguna norma o principio de la Constitución local. En este sentido, las afirmaciones vertidas en los escritos de demanda no pasan de ser meras opiniones que no encuentran fundamento suficiente en las enunciaciones de los actores acerca de la confiscatoriedad o falta de razonabilidad de la norma objetada. La línea argumental seguida por el actor no logra establecer cuál es la vulneración constitucional que surgiría de la confrontación de las normas analizadas.

En síntesis, la exposición de los actores no ha logrado —mediante la argumentación que sostiene el planteo impugnativo— superar el plano de la disconformidad. Tampoco han brindado fundamentos serios para sostener la irrazonabilidad de la norma transitoria cuestionada, limitándose a poner de manifiesto su discrepancia con la regla establecida por el órgano legislativo.

6. En consecuencia, el planteo que motiva esta acción, tal como ha sido formulado, se exhibe insuficiente para adentrarse en la consideración de la inconstitucionalidad de la norma que se pretende poner en crisis. No basta, para dar curso a la tramitación de una acción de estas características que los demandantes invoquen la afectación de garantías constitucionales si los fundamentos que la sostienen no presentan la razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza.

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 a partir del cual sea posible canalizar un debate serio acerca de una cuestión de notable trascendencia para la comunidad.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar inadmisible las demandas de inconstitucionalidad acumuladas en estas actuaciones.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde acumular las demandas entabladas, en los términos del art. 113, inc. 2º de la CCBA, para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda de la ley tarifaria 2568 y de su Anexo I, a la más antigua de ellas que tramita por expte. nº 5726. Ello así, porque todas se encuentran en el mismo estado procesal y desarrollan objeciones constitucionales de similar contenido y, fundamentalmente, cuestionan las mismas normas generales. En tales condiciones, su trámite conjunto atiende con mayor eficacia al cumplimiento de los fines para los cuales ha sido instituida la acción declarativa de inconstitucionalidad.

2. En materia de legitimación, corresponde señalar que la intervención inicial del señor Defensor General se circunscribió a partir de fs. 69 al patrocinio letrado que brinda a los señores Ernesto Pérez, Manuel Álvarez y Omar Héctor Boschiazzo. Las personas mencionadas, así como los señores Martínez Carlos Eduardo, De Giacomo Juan Carlos, Laferrère de Elia Mariana, Brik Daniel Jorge y Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera, están legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad que promueven (art. 18 de la ley 402).

Por su parte, aunque en las demandas entabladas, los accionantes ejemplifican con las consecuencias que la normativa impugnada proyectaría sobre inmuebles de su propiedad, la pretensión esgrimida en ellas se restringe a obtener la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados. Además, las cláusulas constitucionales que los accionantes estiman vulneradas, sin perjuicio de las consideraciones que al respecto formularé oportunamente, no vienen invocadas de un modo que conduzca a la protección individual de las garantías en juego.

Ello así, corresponde recordar que, si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad no requiere que el promotor del proceso ostente la condición de titular de la situación jurídica involucrada en la norma de alcance general cuestionada, tampoco excluye del universo de legitimados a quienes se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, en la medida que estos últimos circunscriban su pretensión a requerir la declaración de inconstitucionalidad como requiere el art. 113, inc. 2º de la CCBA (conf. TSJBA, "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/01, y su acumulado "Héctor Villegas c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1276/01, sent. del 26/12/2001). En tales condiciones, por lo menos en este aspecto, los procesos entablados satisfacen las exigencias previstas en la normativa aplicable (art. 113, inc. 2º de la CCBA y art. 17 de la LPT).

3. Las demandas bajo estudio también cumplen con el requisito de objetar una norma de alcance general, emanada de las autoridades de la CABA (art. 113, inc. 2º de la CCBA y art. 17 de la LPT).

4. Sin embargo, las acciones incoadas no pueden ser admitidas por cuanto no cumplen con el recaudo de fundamentación exigible para esta clase de procesos.

Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha exigido que el promotor de la acción declarativa de inconstitucionalidad cumpla con explicar "de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resol. del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, entre otros). Por su parte, el art. 19, inc. 2º de la ley 402 establece que la acción debe contener "los fundamentos que motivan la pretensión, indicando los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados".

Como expresé en otras oportunidades, la exigencia de fundamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada a este Tribunal por el art. 113.3, CCBA, pues la actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley (conf. art. 17 de la ley 402), lo que implica que el vigor con que esta acción es esgrimida resulta vital para que un debate, organizado con formato judicial, rinda sus mejores frutos o, mejor aún, no arroje resultados no queridos, exigencia que no queda satisfecha si los argumentos sobre los que pretende apoyar la impugnación no se hacen cargo, al menos, de los argumentos que previsiblemente puedan oponerse a los reparos respecto de la compatibilidad o coherencia de las normas objetadas con los preceptos de la C.N. y de la CCBA que se aducen vulnerados (conf. mi voto *in re* "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3725/2004, 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.

El desarrollo argumental de las demandas en cuestión no logra conectar las objeciones constitucionales que postula con la normativa impugnada y tampoco brinda respuesta en relación con motivos previsibles para postular la compatibilidad del régimen cuestionado con los preceptos constitucionales que se aducen vulnerados.

5. El sistema impugnado establece un nuevo mecanismo para determinar los gravámenes inmobiliarios de la CABA a partir de enero de 2008. Dentro de ese

esquema, el avalúo total por partida matriz resulta de sumar la valuación total de lo edificado, con el valor actualizado del terreno en el que se asienta. Este último guarismo, a su vez, se obtiene luego de multiplicar la valuación total de lo construido (VTE, valor total edificado) por el coeficiente de valor zonal (CZ) determinado en el Anexo I de la ley 2568. Por su parte, cuando el valor total del terreno así actualizado resultare inferior al que surge del valor unitario de cuadra (VUC) multiplicado por la superficie de cada parcela de terreno, se mantendrá este último que representa el valor vigente (conf. cláusula transitoria segunda, apart. 1).

Aunque los accionantes sostienen que la normativa analizada vulnera el principio de reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad, razonabilidad y propiedad, no muestran cómo los segmentos atacados de la ley 2568 afectan las cláusulas constitucionales invocadas en apoyo de sus objeciones.

6. No se explica en la demanda cómo puede estimarse que el principio de legalidad esté en juego cuando el régimen impositivo cuestionado surge de una ley, fuente frente a la cual no constituye objeción que el nuevo diseño se aparta de la matriz que con anterioridad regulaba la contribución por ABL. Esto es una obvia consecuencia de la regla *lex posterior derogat prior* que gobierna las relaciones entre leyes. Así, la eventual invalidez constitucional, si la hubiera, no existiría por violación del principio de legalidad.

Por otro lado, la postulada violación de la reserva de ley no se apoya en que el legislador hubiera omitido definir elementos esenciales del tributo analizado. En realidad, las demandas sostienen que el mecanismo de actualización elegido para establecer el valor del terreno que, a su vez, es parte integrante de la base de cálculo de la obligación fiscal, carece de razonabilidad en desmedro del resto de las garantías constitucionales enumeradas en el punto anterior.

7. El modo en que aparecen invocados los principios de capacidad contributiva, igualdad, razonabilidad y propiedad tampoco brinda soporte al debate planteado por los accionantes.

En primer término, no es dudoso que la normativa impugnada opta por establecer el valor de los terrenos a partir de una base que no esta relacionada de modo manifiesto o visible con el justiprecio que busca establecer. Sin embargo, ello no basta para desechar, en los términos exigibles para una descalificación a la luz de la CCBA o la C.N., que el mecanismo escogido por el legislador sirva para captar de un modo razonablemente proporcional la capacidad contributiva tenida en mira. No hay que descuidar a este respecto que el margen de construcción habilitado proyecta sus efectos sobre la cotización del terreno. Al mismo tiempo, la magnitud de lo construido depende en una medida significativa de la modificación de la legislación aplicable en el curso de la historia así como de las excepciones a esa legislación hechas más de una vez en nuestra Ciudad. En el plano abstracto, propio del análisis que permite la acción declarativa de inconstitucionalidad, las relaciones que vinculan el valor de lo edificado con el de la tierra no aparecerían, pues, privadas de todo sustento.

Además, la base queda, en el régimen bajo estudio, ligada a un patrón objetivo, el valor unitario por cuadra (valor más ceñido a cada terreno que el coeficiente por zona del anexo I) que puede suministrar un correctivo hacia arriba que redunde en mayor equilibrio de las cargas tributarias resultantes. A su vez, el tope anual de contribución por ABL que el legislador fijó en el 1 % del valor de mercado del inmueble (conf. ley 2568, cláusula transitoria segunda, aparts. 1 y 4) opera como un límite máximo. Estos aspectos al igual que sus consecuencias en la determinación concreta del tributo aparecen soslayados por las demandas sin que en ellas se indique cuál es el impacto que el sistema en su conjunto (régimen de actualización y sus límites) proyectaría en relación con las cláusulas constitucionales invocadas.

Por su parte, el coeficiente por zona, determinado en el Anexo I de la ley 2568 sobre la base de lo previsto en la Ley de Comunas, utilizado dentro del sistema de ABL como parte de la fórmula de actualización (VTE x CZ), pretende reflejar la influencia que proyecta la pertenencia a un barrio o una subzona (véase Anexo I y tabla de coeficientes de la ley 2568) sobre el valor de los terrenos. Nuevamente, las demandas no muestran por qué el método seleccionado por la ley —con las variantes que resultan del VUC y el tope del 1 % (ley 2568, cláusula transitoria segunda, apart. 4)—, al margen de su conveniencia o idoneidad, asuntos que no integran la discusión de autos, excedería el espectro disponible para el órgano legislativo en tanto no se ha postulado una interpretación de las cláusulas constitucionales que lo excluya.

8. La perspectiva que brindan las consideraciones formuladas, permite advertir que el modo en que se han formulado los argumentos orientados a demostrar la inconstitucionalidad de la normativa atacada, no permitirá debatir si el sistema de valuación impugnado distribuye el peso del tributo sin respetar el equilibro que imponen las garantías de igualdad ante la ley y capacidad contributiva.

Para que argumentos de esa especie pudieran progresar no basta con señalar que las circunscripciones en que la ley 1777 divide a la CABA no fueron originalmente pensadas como pauta para conformar la base de cálculo de la contribución por Alumbrado, Barrido y Limpieza. Sería necesario, en cambio, mostrar u ofrecer prueba para acreditar que el método impugnado conduciría sistemáticamente a que un barrio quedara alcanzado por una presión tributaria mayor que otro, sin que ello derivara de la proporcionalmente mayor capacidad contributiva que pudiera inferirse de los datos elegidos para obtener la base de cálculo.

En este sentido, mostrar que el incremento de la contribución fiscal supera el 300 % si se lo compara con la obligación tributaria anterior del inmueble tomado como referencia (expte. nº 5968/08, fs. 21, por ejemplo), no satisface la exigencia de enfocar el debate al confronte abstracto entre la norma impugnada, la C.N. y la CCBA. Tampoco logra ese objetivo mencionar asimetrías de valuación entre inmuebles lindantes, si no se intenta mostrar que la diferencia de trato provenga directamente de la fórmula usada para arribar a la base de cálculo del impuesto y no pudiera resultar una consecuencia, por ejemplo, de la diversa capacidad cons-

tructiva que fue tolerada por la autoridad competente en cada uno de los terrenos considerados.

9. En definitiva, quien promueve el proceso constitucional regulado por el art. 113, inc. 2º de la CCBA, debe suscitar un debate a partir del cual el Tribunal defina si la inteligencia atribuible a los preceptos constitucionales en juego impone el ámbito de protección requerido en la demanda, que se traduce, sentencia mediante, en una limitación al modo en que el Poder Legislativo o Ejecutivo ejercieron sus atribuciones. Las demandas bajo análisis no conducen, por las razones ya expuestas, a ese debate. Por lo tanto, ellas no podrían provocar el ejercicio de los poderes que emanan del control de constitucionalidad abstracto y se expresan bajo los diversos formatos que admiten las sentencias estimativas (conf. mi voto *in re* "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4973/06, sent. del 6/11/2007). El respeto a la división de poderes exige que el progreso de una acción declarativa de inconstitucionalidad se apoye necesariamente en la existencia de un mandato constitucional que proscriba la elección formulada por la Legislatura, o el órgano emisor de que se trate, cuando se impugna otra norma de alcance general.

Por todo ello, voto por declarar formalmente inadmisibles las demandas aquí analizadas.

Por ello, por mayoría, y concordemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* el desistimiento formulado por el señor Defensor Oficial a fs. 69.

2º. *Acumular* a este expte. nº 5726 las causas "Martínez, Carlos Eduardo y otra c/GCBA s/Acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5908), "De Giacomo, Juan Carlos c/GCBA s/Acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5921), "Laferrère de Elia, Mariana de c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5923), "Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5967) y "Brik, Daniel Jorge c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (nº 5968).

3º. *Declarar* inadmisibles las demandas de inconstitucionalidad planteadas por Ernesto Pérez, Manuel Álvarez, Omar Héctor Boschiazzzo, Carlos Eduardo Martínez y Norma Susana Solís de Martínez, Juan Carlos De Giacomo, Mariana de Laferrère de Elia, Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera, y Daniel Jorge Brik.

4º. *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.*

CLXI

"PARTIDO DEMÓCRATA CRISTIANO S/INFR. 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. nº 5997/08 - 16/7/2008

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 *a gastos de campaña* - Período Bajo Examen: abril - junio 2007", observó a la Alianza Frente Más Buenos Aires por diversos incumplimientos a la ley 268 (véase fs. 80 de la investigación preparatoria 1316/08 que, en fotocopias certificadas, se encuentra reservada en Secretaría conforme a lo ordenado a fs. 25)

2. Con motivo de la investigación preparatoria —véase fs. 119/126 del legajo reservado, aludido *supra*— ordenada por el Fiscal General en orden a la presunta infracción a los capítulos II y III de la ley 268, se procedió a citar en los términos del art. 41 de la ley 12 a los partidos integrantes de la alianza (véase fs. 237 del expediente citado). En tales condiciones compareció en la causa el señor Horacio Oyhanart, presidente del partido Demócrata Cristiano —conforme a la documentación agregada a fs. 1 del presente legajo— y propuso la suspensión del proceso a prueba (véase acta de audiencia del art. 41, CPC, que obra a fs. 257/258 de las actuaciones reservadas).

3. El pedido de suspensión del juicio a prueba se materializó mediante el acuerdo pertinente suscripto por el nombrado y el señor Fiscal General, en los términos del art. 45 del Código Contravencional (véase fs. 15/16 del presente legajo), por el que el Partido Demócrata Cristiano se compromete a: *i*) Establecer en el ámbito del partido medidas tendientes a capacitar a sus autoridades a fin de evitar en el futuro posibles infracciones a la ley 268, sugiriendo en tal sentido la realización de un seminario bimestral compuesto por ocho (8) sesiones de dos (2) horas de duración aproximadamente cada una, a cargo de especialistas en la materia, a realizarse una vez homologado el acuerdo, dentro del período del año se suspensión del proceso que se propone; *ii*) mantener la sede social en la oportunamente denunciada y comunicar a la Fiscalía General cualquier cambio de ésta; *iii*) cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere;

iv) hacer entrega de cien (100) ejemplares del libro titulado "Barracas, un poco de ayer y de hoy", a razón de cinco (5) ejemplares por cada establecimiento educativo dependiente del GCBA detallado a fs. 14 del presente legajo y *v)* abrir la biblioteca partidaria a toda la comunidad los días lunes, miércoles y viernes en el horario de 14 a 18.30 horas. El plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas será de un año con excepción de la prevista en el punto iv) que deberá cumplirse dentro del término de sesenta (60) días a partir de la notificación de la homologación del acuerdo por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

4. A fs. 17/21 el señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que resuelva 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. 15/16 del presente legajo entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Demócrata Cristiano —representado por el presidente del partido el señor Horacio Oyhanart— se ajusta a las pautas requeridas por art. 45 del Código Contravencional para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, el hecho imputado al partido político encartado fue enmarcado por el Ministerio Público Fiscal como una posible infracción a obligaciones establecidas en la ley 268 —de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales—, cuyo incumplimiento tiene previstas las sanciones contempladas en su capítulo VI (arts. 8º y 19, ley 268).

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 (véase art. 13, sobre imputación y consecuencias relativas a personas de existencia ideal).

4. Asimismo, conforme se desprende de las constancias de fs. 13, 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. 15/16 del presente legajo debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a

prueba por el plazo de un (1) año; imponer al Partido Demócrata Cristiano las reglas de conducta convenidas; hacer saber al Partido Demócrata Cristiano 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; tener como parte integrante de la resolución al acuerdo referido, a cuyo efecto se agregará copia certificada de fs. 14/16, y remitir las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El acuerdo obrante a fs. 15/16, celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Demócrata Cristiano —representado por su presidente, señor Horacio Oyhanart— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

Por lo expuesto, voto por aprobar el acuerdo presentado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 15/16—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 Demócrata Cristiano, por el plazo de *un* (1) año.

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

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

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

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

CLXII

"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)'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caso constitucional. RECURSO DE QUEJA. AMPARO: Naturaleza. Requisitos. Idoneidad de la vía elegida.

SUMARIOS:

1. Es un requisito mínimo para la concesión del recurso de inconstitucionalidad, que contenga una crítica concreta y razonada de la sentencia cuestionada, que no puede ser reemplazada por la pretensión de que por esta vía el Tribunal revise la interpretación de las circunstancias fácticas y del contexto real del caso ponderadas por los jueces de mérito para emitir su decisión, que son cuestiones de hecho y prueba ajenas a la competencia de este estrado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Marcelo Vázquez).*

2. Las expresiones críticas vertidas en el recurso sobre la interpretación y aplicación de la normativa del amparo en la Ciudad de Buenos Aires efectuadas en la sentencia de Cámara, resultan insuficientes para constituir un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues no se logra relacionarlas con el agravio de una manera concreta y clara, que desvirtúe la conclusión principal del fallo respecto de la inexistencia de una lesión actual en los derechos de la accionante, susceptible ser remediada en forma inmediata. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Marcelo Vázquez).*

3. No se expone fundadamente un caso constitucional cuando la argumentación de la accionante remite a una discrepancia con la solución a la que arriba la sentencia con relación al rechazo del amparo por no encontrarse presentes los requisitos que hacen viable su procedencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Marcelo Vázquez).*

4. La validez de la sentencia de Cámara atacada en el recurso de queja como acto jurisdiccional por falta de mayoría, resulta de la correspondencia de los votos que la integran en lo sustancial que decide, acordando sobre un mismo núcleo argumental básico. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Marcelo Vázquez. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

5. La causal relativa a la arbitrariedad de la sentencia no puede prosperar ya que el planteo enunciado es una apreciación puramente genérica que intenta obtener una revocación de lo decidido en la anterior instancia sin que exista una fundamentación constitucional suficiente, y la discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por

ende, arbitraria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Marcelo Vázquez. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

6. Cabe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad cuando no se logra criticar desde una perspectiva constitucional la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida y se advierte que los reproches de la recurrente giran en torno a la doctrina de la arbitrariedad y remiten a la ponderación de circunstancias de hecho y prueba. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Ha sido correctamente concedido el recurso de inconstitucionalidad, al estar en juego la interpretación de una cláusula constitucional, en el marco de un debate en el que la actora ha logrado conectar sus reproches a la sentencia impugnada con la mención de las disposiciones constitucionales sobre la acción de amparo. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. Permitir la aplicación de las reglas del amparo en pleitos 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 del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. En el amparo, la ilegitimidad del acto debe surgir desde un comienzo como evidente o manifiesta, conforme a su misma finalidad —reparar de inmediato la lesión o evitar que se produzca aquella amenaza de modo inminente—, razón por la cual ese procedimiento resulta una vía inidónea para resolver aquellos problemas que suponen un proceder reglado, ordinario, que impone el debate amplio de argumentos y hechos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5516/07 - 16/7/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Vanesa Giselle Maida Bertelegni, por derecho propio, promovió una acción de amparo contra el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, con el objeto de obtener la declaración de nulidad de lo actuado en el concurso nº 25/05, convocado para seleccionar Secretarios del fuero contencioso administrativo y tributario a partir del dictado de la Resolución Plenaria nº 296/06. Manifiesta que tanto la forma de integración del tribunal examinador como la designación de nuevos miembros trasgreden el principio de legalidad. En subsidio, solicita la nulidad de lo actuado a partir del examen de oposición, por considerar que se violó el principio de

igualdad, y para el caso de que fueran rechazados ambos planteos, solicita que se declare la nulidad del criterio de calificación empleado por el jurado examinador, por considerar que ha incurrido en arbitrariedad (fs. 1/9 vta.).

El Consejo de la Magistratura, al contestar la demanda solicitó su rechazo (fs. 316/327 vta.).

2. El juez de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la acción de amparo, y declaró la nulidad de la resol. CM-570/06, y de todo lo actuado en consecuencia en el concurso nº 25/05, imponiendo las costas a la demandada.

3. Contra esa decisión, el Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación, cuestionando la vía del amparo, y sosteniendo que se vulneró su derecho de defensa en juicio y que se violó el principio de congruencia.

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso y revocó la sentencia apelada, rechazando el amparo, con costas en el orden causado.

5. La actora, Vanesa Giselle Maida Bertelegni, interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 457/468), el que fue declarado parcialmente admisible por la cámara, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA (fs. 549/551). Contra la resolución que rechazó los restantes agravios, la actora interpuso recurso de queja (fs. 552/557)

6. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició declarar mal concedido el recurso y rechazar la queja interpuesta (fs. 563/568).

7. Ante la excusación del juez Luis F. Lozano, el Tribunal quedó finalmente integrado con el juez Marcelo Vázquez.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora fue concedido sólo con relación a la interpretación del art. 14, CCBA y rechazado en cuanto al resto de los agravios. La inadmisibilidad parcial motivó, entonces, que la actora planteara ante este Tribunal el recurso de queja previsto en el art. 33, LPTSJ, el que pese a haber sido interpuesto en tiempo y forma, no puede prosperar.

II. A fin de que este pronunciamiento resulte autosuficiente y con el objeto de lograr un mejor orden expositivo de las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal, ante las falencias que ostenta el recurso de inconstitucionalidad de fs. 457/468 en cuanto a su estructura y argumentación, creo necesario efectuar una breve reseña de los antecedentes de la causa, en lo que ahora interesa para la resolución de ambos recursos.

La actora —participante en un concurso para seleccionar secretarios de primera instancia—, cuestionó la validez del examen en relación a: *1)* las califi-

caciones obtenidas en la prueba de oposición y el criterio utilizado por el jurado para puntuar las pruebas de los candidatos y *2)* la falta de apego del procedimiento concursal a la reglamentación prevista por el Consejo de la Magistratura. En ambas instancias el planteo relacionado con los puntajes y el criterio de calificación fue desestimado por prematuro; el relativo a los vicios del procedimiento, en cambio, fue admitido en primera instancia, declarándose por ello la nulidad del concurso. Apelada esta decisión, la Cámara revocó la sentencia en este aspecto y rechazó el amparo, pronunciamiento éste que motivó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la accionante.

III. El recurso deducido por la actora carece, en relación con el agravio por el cual se lo concede parcialmente, de la claridad explicativa que permita relacionar los agravios que dice causarle la decisión de la Cámara con los fundamentos concretos de la sentencia recurrida.

Es un requisito mínimo para la concesión del recurso de inconstitucionalidad, que éste contenga una crítica concreta y razonada de la sentencia cuestionada. Ello no ocurre en el recurso de la actora, que no logra explicar con precisión cuál es el agravio que le produce la interpretación del art. 14, CCBA efectuada por los jueces de la Cámara, más allá de que sí resulta clara su discrepancia con la solución a la que se arriba en la sentencia. Lo que pretende la recurrente no es, en verdad, que este Tribunal revise la aplicación e interpretación de la norma constitucional regulatoria del amparo, sino obtener que —mediante esa vía— se revise la interpretación de las circunstancias fácticas y del contexto real del caso ponderadas por los jueces de mérito para emitir su decisión, sin reparar que estas cuestiones de hecho y prueba resultan ajenas a la competencia de este estrado.

Por otra parte, el agravio relativo a lo que expresa el voto del segundo juez interviniente sobre el plazo al que sujeta la acción de amparo la ley 16.986, no tiene ninguna incidencia desde el punto de vista de la decisión de la causa, ya que —más allá de su acierto o error— es un mero argumento ampliatorio que no desvirtúa ni modifica la solución coincidente conformada por el voto del juez preopinante y la adhesión del juez que vota en segundo término, lo que torna el agravio en superfluo a los fines del recurso.

IV. La accionante considera, y así lo expresa en su recurso de inconstitucionalidad como motivo de agravio, que la normativa que regula la acción de amparo en la Ciudad de Buenos Aires ha sido mal interpretada e incorrectamente aplicada en relación con lo previsto en los arts. 10 y 14, CCBA, art. 2º de la ley 2145, art. 43, C.N. y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Entiende asimismo, que uno de los votos le aplica, en forma indebida el plazo de caducidad de la acción que prevé la ley nacional 16.986.

Sin embargo, estas alegaciones resultan insuficientes para constituir un caso constitucional tal como lo requiere el art. 27 de la ley 402 pues no logra relacionarlas con el agravio de una manera clara y concreta. En efecto, la falta de precisión del

recurso es tal que, mientras la actora sostiene que el agravio estaría conformado por la inadmisibilidad de la vía del amparo, de la lectura de la sentencia de Cámara se desprende que lo que no se consideró probado es que la accionante padezca una lesión actual en sus derechos que requiera ser remediada en forma inminente y, por ello, se rechazó la acción de amparo. En este punto, también debe destacarse que la actora nada alegó —bajo la forma de un perjuicio actual y concreto— para desvirtuar esta conclusión que sostiene centralmente la sentencia que impugna.

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).

De lo expuesto se desprende que toda la argumentación de la accionante remite, en última instancia, a una discrepancia con la solución a la que arriba la sentencia de Cámara con relación al rechazo del amparo por no encontrarse presentes los requisitos que hacen viable su procedencia.

En suma, la actora no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional que sólo constituyen un fundamento aparente, por lo que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

V. El recurso de queja interpuesto por la actora se sostiene básicamente en dos planteos: *a)* la invalidez de la sentencia de Cámara como acto jurisdiccional por falta de mayoría y *b)* la arbitrariedad de la decisión. En ninguno de ambos casos, la accionante logra efectuar una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

a) En efecto, con relación a la validez de la sentencia, el escrito en estudio no se hace cargo del argumento central que motivara el rechazo de su recurso, esto es la correspondencia de los dos votos que integran la sentencia en lo sustancial que decide, más allá de la ampliación de fundamentos del segundo de ellos. Es decir, su argumentación, aunque esforzada y compleja, no rebate en momento alguno la contundencia de esta premisa: hay decisión válida puesto que ambos votos acuerdan sobre un mismo núcleo argumental básico.

Ninguna relevancia tiene, tampoco, que la Cámara manifestara su coincidencia con la decisión del juez de primera instancia respecto del planteo sobre el criterio utilizado por el jurado para valorar los exámenes y las calificaciones que este cuerpo otorgara a los participantes. Ello por cuanto, si bien la accionante sostiene no haber objetado su desestimación por tratarse de "una cuestión prematura", toda vez que *no existe acto ad-*

ministrativo de designación, ningún perjuicio ni agravio le causa que la sentencia de Cámara haya expresado que consideraba correcta la decisión del magistrado de grado.

b) La causal relativa a la arbitrariedad de la sentencia de Cámara tampoco puede prosperar ya que, en este caso, se trata de una apreciación puramente genérica de la recurrente, que intenta por este medio obtener una revocación de lo decidido en la anterior instancia sin que exista una fundamentación constitucional suficiente para ello.

Que la parte 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).

En este caso, la sentencia de Cámara revocó el pronunciamiento del juez de primera instancia por entender que las irregularidades relacionadas con la falta de publicación de los suplentes en el jurado y la manera en que se resolvió el inconveniente suscitado por un momentáneo corte de electricidad, no fueron graves ni tuvieron entidad como para anular el concurso. Esta decisión se encuentra adecuadamente fundada y las cuestiones de hecho y prueba que la sustentan han sido detalladas y ponderadas en forma razonable, más allá del distinto parecer de la actora.

Por otra parte, acierta la Cámara al señalar que resulta difícil comprender la postura de la accionante cuando ella misma, pudiendo hacerlo, no cuestionó oportunamente las medidas adoptadas durante la tramitación del examen, ni recusó o protestó en forma alguna por la conformación del jurado sino hasta después de conocer su calificación en la prueba de oposición.

Por las consideraciones expuestas y las que en forma concordante surgen del dictamen del Fiscal General Adjunto, corresponde rechazar la queja interpuesta por la parte actora. Costas por su orden, art. 14, CCBA).

El juez MARCELO VÁZQUEZ dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido en cuanto a la interpretación y aplicación en el caso del art. 14 de la CCBA.

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto concluye que el recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora fue incorrectamente concedido por la Cámara.

En efecto, la interesada no ha logrado criticar desde una perspectiva constitucional la sentencia de la Sala II que rechazó la acción de amparo deducida —más allá de la abundante referencia a diversos preceptos contenidos en la CCBA y en la C.N. incluida en la pieza recursiva—. Por el contrario, se advierte que los reproches de la recurrente giran en torno a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y remiten a la ponderación de circunstancias de hecho y prueba.

En suma, tal como se expresa en los puntos III y IV del voto de la señora jueza de trámite y en el punto III del dictamen del señor Fiscal General Adjunto (obrante a fs. 563/568), la parte actora no ha rebatido de manera razonada los fundamentos de la sentencia de la Cámara que pusieron de resalto que, en el caso de autos, no se había logrado acreditar las condiciones constitucionales exigidas para la procedencia de la vía del amparo. En este sentido, creo oportuno destacar que la Cámara en su sentencia ha dado argumentos puntuales orientados a poner de manifiesto que la actora en este juicio se ha limitado a objetar ciertos trámites desplegados en el marco de un procedimiento de selección para cubrir cargos de secretarios del fuero contencioso administrativo y tributario —del cual participa como postulante—, sin lograr demostrar su arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y mucho menos anudar a las apuntadas objeciones algún tipo de perjuicio concreto (actual o inminente) a los derechos que le asisten.

Así las cosas, toda vez que los aludidos desarrollos efectuados por la Cámara —que dan cuenta de los defectos básicos de la presentación amparista— no han sido rebatidos de manera idónea en el recurso de inconstitucionalidad deducido, la vía intentada no puede prosperar.

Las costas del recurso deben imponerse en el orden causado (art. 14, CCBA).

II. Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

Con respecto a los agravios mantenidos ante el Tribunal mediante la respectiva queja por la denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad, en homenaje a la brevedad, hago propios los argumentos brindados por la señora jueza de trámite en el punto V de su voto y por el señor Fiscal General Adjunto en el punto III de su dictamen (fs. 563/568) para concluir que el remedio intentado tampoco puede tener favorable acogida.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Vanesa Maida Bertelegni promueve acción de amparo contra el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires [CM], con el fin principal y los planteos secundarios de que da cuenta la señora jueza de trámite en su voto. El juez de primera instancia le concede razón y la ampara. La Cámara revoca el pronunciamiento apelado por la demandada y rechaza el amparo.

Contra esa decisión se alza la actora, 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). En el recurso bajo análisis, el agravio se expresa en los siguientes términos: "La lesión constitucional alegada se vio plasmada con el dictado de la sentencia de la segunda instancia ya que ésta transgredió abiertamente los derechos contemplados en los arts. 10, 11, 12 y 14, CCBA, arts. 14, 16, 18, 19, 28, 33 y 43 de la C.N. y las cláusulas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos (art 75, inc. 22) en tanto prevén el acceso a la jurisdicción mediante la acción de amparo y garantizan la tutela judicial 'efectiva'" (fs. 457 vta.).

La inadmisibilidad parcial del RI no está firme, dado que la actora interpuso recurso de queja respecto de la denegación de los restantes agravios.

2. Frente al reproche esgrimido por el CM en el recurso de apelación, en el sentido de que la acción intentada resulta palmariamente improcedente, la actora, en oportunidad de contestar el traslado del memorial de agravios, replica que "...resulta completamente desacertado asegurar que la decisión que dirima la cuestión debía ser abordada previamente en la esfera administrativa, ya que tal decisión avasallaría mi derecho a una tutela judicial efectiva en salvaguarda del adecuado y oportuno ejercicio de los derechos constitucionales. // Previamente cabe recordar, que Augusto Morello, afirma que ve en esta formidable garantía un mecanismo directo y principal, de uso inmediato, cuando con arbitrariedad o manifiesta ilegalidad se amenazan o lesionan derechos fundamentales (...). // Es decir que en tales supuestos, lejos de operar como una vía excepcional, subsidiaria, residual, cargada de notas obturadoras, se despliega con generosa aptitud a un uso directo, serio y responsable" (fs. 401). Más adelante, la actora remarca que el magistrado de grado no ordenó la producción de prueba informativa y emitió su opinión "teniendo [sólo] a la vista copia certificada del expediente administrativo del cuestionado concurso", circunstancias a partir de las cuales sugiere, o más bien infiere la falta de necesidad de mayor debate y prueba (véase fs. 404 y ss.). Sin embargo, y como lo sintetiza la Alzada, "[N]o surge de autos, ni de las constancias administrativas acompañadas, que la actora hubiera cuestionado oportunamente la falta de publicación de la resolución cuestionada, por la que se designó a uno de los miembros del jurado, ni tampoco la extensión en el horario concedida a los participantes afectados por la caída del sistema informático. // Destaca que la actora se habría presentado a rendir un examen presumiblemente ignorando la composición del jurado y aún así no manifestó objeción alguna" (fs. 441).

Por razones de brevedad, haré a un lado desarrollos *prima facie* plausibles y más exhaustivos, ofrecidos por la ahora recurrente, con el objeto de fundar la configuración, en el pleito que analizamos, de un verdadero caso constitucional, conforme lo requiere el art. 27 de la ley 402. Sin embargo, yo estimo que aquello expuesto hasta aquí, y de lo que he dado cuenta, constituye una respuesta aceptable y suficiente para concluir que la Cámara concedió correctamente el recurso, al estar en juego —insisto— la interpretación de una cláusula constitucional. No es otro el

fundamento requerido para la concesión del RI, y no es otro el fundamento del que se vale la amparista en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, al sostener que "...en él se plantea un caso constitucional al discutirse la interpretación otorgada por la Cámara del fuero a la norma que regula la acción de amparo en la Ciudad (arts. 14 de la Constitución local...) y por cuestionarse el verdadero alcance de los requisitos de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta" (fs. 457 vta.).

Con otras palabras, no advierto que en el *sub examine* la recurrente se haya constreñido a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida, o haya incurrido en la mera mención de disposiciones constitucionales, sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional. De tal manera, como lo expuso el señor juez Muñoz, voto al que yo adherí, en la causa "Vera, Miguel Ángel c/GCBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 843/01, sent. del 4/5/2001: "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" (en el mismo sentido, y más próximos en el tiempo, véase 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, sent. 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; y "Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5442/07, 20/2/2008, entre múltiples otros casos).

3. Así las cosas, corresponde examinar el sustento de este único agravio esgrimido por la amparista, en razón del cual se le concede el recurso. Yo estimo que el centro del problema que presenta el caso, jurídicamente, está constituido por aquello que significa o debe significar la proposición normativa "todo acto u omisión de una autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional o la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires".

Mi preocupación inmediata respecto del caso bajo análisis, expresada con frecuencia e inquietud crecientes en controversias análogas, se resume del modo que sigue: permitir la aplicación de las reglas del amparo en pleitos 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.) —en el presente caso, se trataría del menoscabo a sus derechos sufrido por el Consejo de la Magistratura, como lo entendió la Alzada al revocar la sentencia de primera instancia que amparaba a Maida Bertelegni—. Por lo demás, cabe inquirir si en el caso existe, respecto de los actos, decisiones y criterios legitimados por las resoluciones y el proceso mismo del concurso que la actora impugna en su demanda, un genuino "acto de autoridad pública" o si sólo se trata, hasta el momento de resolver las impugnaciones, de una verdadera expresión de "voluntad administrativa".

Nótese que la sentencia de la Cámara impugnada en estas actuaciones, para concluir como concluyó, ha propuesto una solución más o menos acertada, más o menos justa, pero ciertamente *elegible* a los fines de decidir respecto de las circunstancias supuestamente anómalas del concurso impugnado, como la constitución del jurado, los criterios de evaluación aplicados y las calificaciones otorgadas, la incidencia del corte temporal del sistema informático durante la concreción del examen en el desarrollo de la prueba en igualdad de condiciones para la actora, etcétera, en razón de lo cual no existe otro camino que valorar prueba y el problema se presenta, por ello, idéntico en su catalogación para el amparo: la ilegitimidad no resultaba manifiesta desde un comienzo. Hasta aquí, sólo pretendo fundar claramente por qué no es éste un caso de *inexistencia de otro medio judicial más idóneo* (CCBA, 14, I).

4. Sin abundar en ejemplos, los problemas que se ventilan en un amparo, toda vez que la ilegitimidad del acto debe surgir desde un comienzo como evidente o manifiesta, conforme a su misma finalidad —reparar de inmediato la lesión o evitar que se produzca aquella amenaza 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 impone 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.

5. 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 per-

sonas, 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).

Por lo demás, es cuando menos conveniente tomar 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 quedan pospuestos (entre estas cuestiones, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales).

6. Este litigio 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 de los actos y resoluciones que son materia de impugnación principal y en subsidio de la amparista —lo actuado en el concurso nº 25/05 de Secretarios del fuero CAyT, la resolución plenaria nº 296/06 y, finalmente, lo actuado con posterioridad al examen de oposición—, no surge algún planteo "ilegítimo o arbitrario" de las normas y actos allí contenidos en perjuicio de la actora, que pueda caracterizarse como evidente o manifiesto y que, por ello, deba ser reparado inmediatamente por una decisión judicial.

A propósito, tengo dicho también (véase 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 del actor, acogida por el juez de primera instancia, a pesar de la protesta del de-

mandado, que no consintió esa aplicación, según estimo, con razón evidente, pues la ilegitimidad que pretende la actora no resulta manifiesta, ni mucho menos.

7. Con respecto a la queja articulada por la amparista frente a la denegación parcial del recurso de inconstitucionalidad, me sumo a las consideraciones expuestas por la señora jueza de trámite en el punto V de su voto y a aquellas articuladas por el señor Fiscal General Adjunto en el punto III de su dictamen, a las que remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

8. Por las consideraciones que anteceden, propongo un dispositivo que propicie: *a)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 457/468; y *b)* rechazar el recurso de queja de fs. 552/557; sin costas (art. 14, CCBA).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora fue concedido únicamente en relación a la interpretación del art. 14, CCBA. Respecto de los demás agravios la Sala I ingresó en aspectos de la fundabilidad de la impugnación para concluir en que esa presentación no había logrado exponer con claridad y precisión un caso constitucional. La recurrente, entonces, plantea en tiempo y forma un recurso de queja (art. 33, LPTSJ), que contiene una crítica concreta del auto denegatorio, por lo que resulta admisible.

2. A fin de fundar con precisión el alcance de mi voto, comienzo por advertir que la recurrente se equivoca cuando introduce como agravio su afirmación de la procedencia del amparo, y que también la Cámara incurre en confusión cuando concede parcialmente el recurso en ese punto con fundamento en la existencia de una supuesta cuestión constitucional.

La admisibilidad del amparo aparece mencionada en el considerando 7 del voto conjunto de los dos jueces que suscriben la sentencia en estos términos: "Que reseñadas las constancias relevantes de la causa, cabe, en primer lugar, tener en cuenta, que la admisibilidad de la acción de amparo se encuentra de modo suficientemente circunscripta por el texto constitucional y legal. En tal sentido, su procedencia depende de la actualidad o inminencia del acto u omisión lesivo que se invoque y de que la invalidez jurídica de la conducta objetada sea manifiestamente arbitraria o ilegal (art. 14 de la CCBA, y 2º de la ley 2145). [//] A tal efecto, es necesario recordar que dicha acción sólo es procedente si se interpone con el objeto de restablecer derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, y siempre que no exista para ello otro medio jurídico más idóneo (Fallos, 326:2150). [//] En ese orden de ideas, tal como lo sostuvo la Corte en Fallos, 306:1254; 307:747; 310:576, entre otros, el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparables por esta vía urgente y expedita".

La cita precedente no va más allá de la caracterización de los requisitos básicos que hacen procedente el amparo, sin que el tribunal arribe a ninguna decisión en cuanto a si la vía prevista en el art. 14, CCBA es o no admisible en el caso. De ahí que los camaristas entraran al fondo del asunto para resolver el recurso, y que ese tema no fuera abarcado por la parte dispositiva de la sentencia.

Las reflexiones reproducidas arriba, son irrelevantes en el marco del fallo dictado y esa irrelevancia fija los límites de la concesión del recurso.

Otro tanto sucede con la ampliación de fundamentos que suscribe únicamente el doctor Centanaro, en la cual trata la idoneidad de la vía y entiende aplicable el plazo de caducidad del dec. ley 16.986. Ahora bien, ese texto carece de efecto jurisdiccional, como sucede por ejemplo con un voto en disidencia.

Desde esta perspectiva, los denominados primer y segundo agravio en el recurso de inconstitucionalidad no son tales. Y por ende carece de sentido que la actora los incluya, como también carece de sentido que la Cámara los admita al conceder parcialmente aquel recurso. La conjunción de ambos equívocos genera un resultado absurdo. Es como si, volviendo a la analogía enunciada, alguien apelara una sentencia por los fundamentos de un voto en disidencia que está desprovisto de fuerza decisoria y jurídica y por ello no puede generar agravio, y la apelación fuera concedida.

Dado que el Tribunal sólo tiene competencia por vía extraordinaria para revisar decisiones jurisdiccionales, el recurso de inconstitucionalidad en lo que fuera parcialmente concedido es inadmisible.

3. Me limitaré en lo que sigue a tratar los agravios tercero a séptimo del recurso de inconstitucionalidad. Por razones de claridad y de orden anticipo mi opinión en cuanto a que ninguno de tales agravios logra introducir una cuestión constitucional.

a) En el tercero de sus agravios, la recurrente expresa que la sentencia violentó el principio de congruencia al tratar cuestiones que no fueron materia de agravio.

La actora objetó desde el escrito de inicio el criterio de calificación del jurado del concurso al que se presentara. El juez de primera instancia calificó la introducción de ese punto como prematuro.

La Sala I coincide con ese argumento del magistrado que la accionante no apeló, aun cuando hubiera podido hacerlo. Es evidente que si bien se trata de una actividad sobreabundante de la Sala no viola el principio de congruencia, toda vez que nada decide sobre el tema.

b) El cuarto agravio tacha la sentencia de arbitraria y es producto de la errada lectura que la presentante hace del fallo. Si bien es correcta su afirmación de que la sentencia en recurso dice que ella no introdujo la nulidad de la resol. CM-570/06, esa resolución fue declarada nula de oficio por el juez de primera instancia con apoyo en el art. 14 del dec. 1510/97.

La Cámara no revocó la decisión del magistrado en razón de que la actora no planteara la mentada cuestión sino porque según entiende, el juez "se basó en un examen parcial de los antecedentes administrativos..." (consid.

11 de la sentencia de Cámara). De aquí no puede inferirse, como lo intenta el recurso, que la decisión recurrida sea arbitraria.

c) En el quinto agravio, la recurrente denuncia la arbitrariedad de la sentencia por apartarse de los hechos, pruebas y sustento normativo del caso al ponderar la supuesta lesión al principio de igualdad. El eje de este agravio gira en torno a un desperfecto técnico que afectó el sistema informático durante la prueba de oposición y que, según la perspectiva de la actora, redundó en que algunos participantes tuvieran unos minutos más para completar el examen (algunos, según dice la actora cerca de media hora más). En mi opinión aunque resulte exacto el yerro de la sentencia que denuncia (en el fallo se alude a un corte de luz, cuando con más exactitud se trataba de la caída del sistema informático sin pérdida de energía), el tema central es otro y consiste en definir si ese acontecimiento y las diligencias adoptadas por el Consejo lesionaron el principio de igualdad en el trámite del concurso.

Bien mirado, todo el asunto remite a la ponderación del tribunal superior de la causa para apreciar la situación en que se desarrolló el examen y en la que no observó ninguna violación al principio de igualdad por el simple hecho de que algunos participantes reiniciaran su prueba escrita pocos minutos después de solucionado el inconveniente. No hay elementos empíricos en autos que demuestren que esos minutos "de más" hayan resultado determinantes para mejorar el rendimiento o para "pensar el examen". Por el contrario, hasta podría inferirse que ese lapso de interrupción distrajo a los concursantes afectados y les generó algún grado de incertidumbre acerca de si podían o no recuperar su examen. Las manifestaciones de la recurrente no alcanzan a demostrar la lesión que denuncia ni una actividad de la Cámara que violente garantías constitucionales.

d) Los agravios sexto y séptimo refieren a cuestiones procesales extrañas al campo del recurso en análisis, las referencias que formula la impugnante son insuficientes, remiten —sin explicarlo debidamente— a presentaciones anteriores, y por fin no se vinculan con principios constitucionales.

Por lo expuesto, *voto* por admitir la queja y declarar improcedente el recurso. Costas por su orden.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Vanesa Giselle Maida Bertelegni y *rechazar* el recurso de queja deducido por ella. Costas por su orden.

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

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

CLXIII

"MENÉNDEZ, HÉCTOR NELSON C/GCBA Y OTROS S/RESPONSABILIDAD MÉDICA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS EXPTE. Nº 4300/05 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MENÉNDEZ, HÉCTOR NELSON C/GCBA Y OTROS S/RESPONSABILIDAD MÉDICA'" Y EXPTE. Nº 4301/05 "DEL CERRO NAÓN, JUAN PEDRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MENÉNDEZ, HÉCTOR NELSON C/GCBA Y OTROS S/RESPONSABILIDAD MÉDICA'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES: Actuación conjunta. Cálculo.

SUMARIOS:

1. Es razonable regular los honorarios de los letrados de la parte actora en un importe equivalente al 30 % del fijado en primera instancia (art. 14, ley 21.839), correspondiendo distribuir esa suma en partes iguales a cada profesional, atento su actuación conjunta en el mismo carácter de letrados patrocinantes (art. 10, ley 21.839). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. No corresponde discriminar individualmente el importe de los honorarios regulados conjuntamente a los letrados del actor por su actuación ante este Tribunal, pues tal discriminación no sólo no ha sido solicitada, sino que, además, de los escritos por los cuales se requiere la regulación parece desprenderse todo lo contrario, el pedido de regulación única para los letrados de la parte actora, según lo dispone, por regla general, la ley de aranceles (art. 10, primera parte, ley 21.839 y su modif.). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 4314/05 - 16/7/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El doctor Alejandro Bouquet Roldán solicita se regulen los honorarios profesionales de la representación legal de la parte actora, por su intervención ante el Tribunal Superior de Justicia (fs. 1270, 1272 y 1280).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. A fs. 1093/1114 el Tribunal resolvió declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA y por el doctor Juan Pedro del Cerro Naón contra la sentencia de fecha 15/3/2005, con costas.

2. Conforme el art. 10 de la ley de aranceles (ley 21.839), atento que los escritos de contestación de los recursos de inconstitucionalidad han sido suscriptos por el doctor Bouquet Roldán y el doctor Gastaldi (fs. 713/716 y 719/722), debe considerarse que ha existido un solo patrocinio, y por lo tanto deben regularse los honorarios de ambos firmantes en conjunto.

3. En atención al monto del proceso ($ 70.000) y a la forma en que fueron regulados los honorarios de los letrados en las instancias anteriores, existe una base firme sobre la cual cabe regular los honorarios profesionales de los doctores Bouquet Roldan y Gastaldi por su actuación ante este Tribunal.

Asimismo, de acuerdo a las pautas establecidas en los, incs. b), e), f), y en especial, c) y d) del art. 6º de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432), se tiene en cuenta el mérito de los trabajos realizados y el resultado favorable a la postura planteada por los letrados de la parte actora.

Por esos motivos, considero razonable regular los honorarios de los letrados de la parte actora en la suma de $ 2.556 (pesos dos mil quinientos cincuenta y seis), importe equivalente al 30 % del fijado en primera instancia (art. 14, ley 21.839) correspondiendo distribuir esa suma en partes iguales a cada profesional, atento su actuación conjunta en el mismo carácter de letrados patrocinantes (art. 10, ley 21.839).

A las sumas resultantes deberá adicionarse el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535), y el 1 % determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, en cuanto concierne a los puntos 1, 2 y 3 (este último parcialmente) de su voto. La excepción de la adhesión se refiere a la discriminación individual del importe de los honorarios regulados conjuntamente a los letrados del actor por su actuación ante este Tribunal, pues tal discriminación no sólo no ha sido solicitada, sino que, además, parece desprenderse de los escritos por los cuales se requiere la regulación todo lo contrario, el pedido

de regulación única para los letrados de la parte actora, según lo dispone, por regla general, la ley de aranceles (art. 10, primera parte, ley 21.839 y su modif.).

Por lo tanto, propongo regular conjuntamente los honorarios de los abogados Bouquet Roldán y Gastaldi, que intervinieron por el actor ante el TSJBA, en la suma de $ 2.556, sin discriminar entre ambos, labor que deberíamos emprender tan sólo si ellos lo requieren.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, jueza Ana María Conde, en cuanto propicia regular los honorarios de los profesionales que actuaron ante este Tribunal en la suma de $ 2.556 por dirección letrada. A ese importe, regulado en conjunto, deberá adicionarse el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535), y el 1 % determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1881.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios de los abogados Alejandro Bouquet Roldán y José María Gastaldi, en conjunto, en la suma de $ 2.556. (pesos dos mil quinientos cincuenta y seis), 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.*

CLXIV

"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: Desistimiento.

Expte. nº 5966/08 - 16/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Indutrab S.R.L., por intermedio de su representante, interpuso 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.

2. El 13/6/2008 el recurrente informó al Tribunal su voluntad de desistir de la queja planteada, en tanto la firma que representaba había sido absuelta en este proceso de faltas. Para fundar sus dichos, aportó copia de la decisión judicial correspondiente (fs. 92/93).

3. Previamente, el Fiscal General Adjunto (fs. 83) había solicitado que se declarara abstracto el recurso de queja "y se lo rechace en consecuencia" debido a que la firma había sido absuelta, según certificó telefónicamente (fs. 82).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Frente a aquello que manifiesta el representante de la firma Indutrab S.R.L. a fs. 93, basado en que el juez de primera instancia absolvió a su representada en este proceso (fs. 92), corresponde declarar desistido el recurso de queja agregado a fs. 62/75.

El modo en que decido torna innecesaria cualquier resolución sobre el planteo de inconstitucionalidad del depósito previsto en el art. 34 de la ley local 402, formulado por el representante de Indutrab S.R.L. en su queja.

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

Adherimos al voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja interpuesto por Indutrab S.R.L.

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.*

CLXV

"GELABERT, SERGIO CLAUDIO Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GELABERT, SERGIO CLAUDIO; SPANGENBERG, HUGO HERNÁN S/INF. ARTS. 116 Y 117 LEY 1472'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Principio de inmediación. Derecho común. Cuestiones de hecho y prueba. CÓDIGO PENAL: Principios aplicables al derecho contravencional.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja es improcedente en cuanto pretende una nueva revisión judicial sobre los hechos y sobre el derecho común (infraconstitucional), puesto que no se ha logrado desvirtuar el argumento básico brindado por la Cámara para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado, pero debe ser admitido en relación con el correcto planteo de un caso constitucional vinculado al modo en que debe ser llevado adelante un proceso contravencional, en particular respecto de la inmediación entre los imputados y los jueces que deciden el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La negativa de la Cámara frente a la oportuna solicitud de la defensa para obtener la celebración de una audiencia ante quienes debían revisar la condena impuesta a los acusados, significó el desconocimiento de la regla constitucional (principio *de inmediación*, art. 13.3, CCBA) que impone la necesidad de que, si el imputado lo desea, los jueces deban recibirlo en audiencia pública antes de resolver su situación procesal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La CCBA, art. 13, inc. 3º, que conoce la competencia de legislación contravencional de la Ciudad, repite la exigencia de "inmediatez" (defensa en juicio) y la LPC —reglamentaria en este aspecto de la Constitución—, consecuentemente, ratificó estos principios al imponer la asistencia del acusado como condición de la sentencia de condena (LPC, 46), de modo que esta garantía es exigible en materia contravencional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Dado que el legislador porteño (art. 3º de la ley 1472) decidió hacer aplicables todas las garantías penales constitucionales y previstas en tratados internacionales a las contravenciones del CC, y la inmediación a que se refiere el art. 13.3, CCBA dispone que todos los jueces que dicten sentencia sobre cuestiones de hecho tienen la obligación de establecer en forma previa, un contacto directo con el imputado, la denegatoria al pedido de audiencia formulado por la defensa, justifica admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando ninguno de los agravios que componen la crítica a la sentencia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad logran demostrar la alegada existencia de un caso constitucional por afectación al

debido proceso o la defensa en juicio. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

6. Debe ser rechazado el agravio relacionado con la alegada falta de inmediación, pues si no logra configurar una cuestión constitucional, pues el recurrente no ha confrontado la garantía invocada con lo ocurrido en la causa, la sala de la Cámara estaba llamada a resolver respecto de los agravios generados por la decisión anterior de la otra sala y la cuestión relativa a la determinación de la pena en realidad no mereció cuestionamiento alguno de su parte. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5877/08 - 17/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Luego de que los imputados fueran absueltos en el juicio finalizado el 18/7/2006 (fs. 49/63), la fiscalía interpuso recurso de apelación (fs. 65/71). En consecuencia, la Sala I de la Cámara CyF resolvió, con fecha 3/11/2006 y en lo que aquí interesa: "[...] I. Revocar el punto dispositivo 1º de la sentencia obrante a fs. 727/748 en cuanto absuelve a Sergio Claudio Gelabert y condenar al nombrado por ser autor de la contravención de promover y ofrecer juegos en los que se prometen premios en dinero y dependen en forma exclusiva o preponderante del *alea*, la suerte o la destreza, sin autorización, en Suipacha 845 de esta ciudad, los días 6/5/2005 y 4/8/2005, a la pena de multa de veinte mil pesos ($20.000) e inhabilitación por cinco (5) años para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar sorteos, apuestas o juegos (arts. 26, 34 y 117, CC). Con costas (art. 14, LPC) [...] *IV.* Revocar el punto dispositivo 4º de la sentencia obrante a fs. 727/748 en cuanto absuelve a Néstor Marcelo De Beláustegui y condenar al nombrado por ser partícipe secundario de la contravención de promover y ofrecer juegos en los que se prometen premios en dinero y dependen en forma exclusiva o preponderante del *alea*, la suerte o la destreza, sin autorización, en Suipacha 845 de esta ciudad, el día 4/8/2005, a la pena de multa de trece mil trescientos treinta y cuatro pesos ($ 13.334), cuyo cumplimiento se deja en suspenso e imponiendo como regla de conducta la realización de tareas comunitarias por el término de dos meses a razón de un día por semana, en jornadas de cuatro horas por día, a cumplirse el día y en el establecimiento que deberá determinar la señora Juez de grado, e inhabilitación por cinco (5) años para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar sorteos, apuestas o juegos (arts. 12, 26, 34, 45, 46 y 117, CC). Con costas (art. 14, LPC)" (fs. 84/96).

2. Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 98/110), sustentado en distintos motivos de agravio. El Tribunal, con fecha

18/7/2007, decidió hacer lugar a dicho remedio —con respecto a la lesión de la garantía de la doble instancia— y, en consecuencia, ordenar la remisión del expediente a la Cámara CyF para que jueces diferentes a los que emitieron la sentencia de condena resuelvan como tribunal de mérito (apelación) los agravios del recurrente que no fueron tratados por el TSJBA (fs. 135/145).

3. Una vez cumplida la remisión, el defensor presentó un memorial ante la Sala II de la Cámara, a fin de mejorar los argumentos de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 147/158). Asimismo, solicitó la celebración de una audiencia (fs. 219) a fin de que los jueces que iban a revisar la condena conocieran personalmente a los imputados, como condición previa al dictado de la sentencia (art. 41, C.P., de aplicación supletoria en razón del art. 20, ley 1472).

Los magistrados rechazaron dicha solicitud y confirmaron la condena impuesta por la Sala I (fs. 160/168). Ante esa decisión, la defensa articuló un nuevo recurso de inconstitucionalidad (fs. 173/185) en el que expuso los siguientes motivos de agravio: *a)* arbitrariedad en la valoración de la prueba en relación con el imputado Néstor Marcelo De Beláustegui, dado que la Cámara, a juicio del recurrente, habría incurrido en graves alteraciones de la verdad; *b)* aplicación de derecho penal de autor —violación del art. 13.9 de la CCBA— porque la condena a De Beláustegui se basó en sus acciones previas al momento de los hechos y no en pruebas que demostraran la comisión de la conducta reprochada el día 4/8/2005; *c)* falta de fundamentación —arbitrariedad— respecto del planteo de la defensa sobre el modo inválido en que se interpretaron los arts. 116 y 117, CC porque la Sala II se limitó a transcribir los párrafos de la sentencia de la Sala I y otros precedentes que, según la defensa, no fueron aplicados; *d)* interpretación forzada, extensiva y *contra legem* de los arts. 116 y 117, CC; *e)* arbitrariedad tanto en la sentencia de la Sala I, como en la de la Sala II debido a la falta de respuesta respecto al planteo vinculado a las contradicciones y vaguedades del fallo condenatorio; *f)* desconocimiento del principio de lesividad porque no se discriminó cuál fue el bien jurídico afectado por la conducta, ni se consideró que la clase de juego ofertado en el local no competía con los que se ofrecen en el casino —ausencia de competencia con el Estado— y sólo se transcribió, como fundamento, un párrafo del resolutorio de la Sala I (en este sentido, mantuvo los argumentos que había presentado en el recurso de inconstitucionalidad intentado contra aquel fallo); *g)* violación al "principio de inmediatez" porque no se celebró la audiencia peticionada y, por lo tanto, como los imputados no estuvieron presentes en el momento en que la Sala II dictó su sentencia, no se pudieron considerar adecuadamente las pautas de medición de la pena, tal como lo indica el C.P., aplicable supletoriamente en este punto.

4. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, porque entendió que el escrito de la defensa sólo reedita los argumentos expuestos contra la condena dictada por la Sala I. Sólo con relación a la supuesta vulneración del principio de "inmediatez" aclararon que, aunque ese motivo de agravio sí se dirige contra el fallo de la Sala II, esa impugnación no constituye un caso constitucional.

Asimismo, agregaron que el recurso de la defensa sólo remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional. Por último, indicaron que el recurrente menciona la doctrina de la arbitrariedad de sentencias formulada por la CSJN pero no menciona cuáles fueron las deficiencias lógicas o la ausencia total de fundamento que denuncia (fs. 187/189).

5. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen agregado a fs. 223/225, propició el rechazo de la queja porque —según su entender— carece de una crítica pormenorizada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad al que se vincula, y porque, además, sólo reitera los cuestionamientos que formuló contra la condena decidida por la Sala I, basados —por otra parte— en discrepancias con el modo en que los jueces interpretaron las pruebas, fijaron los hechos y encuadraron el caso en las normas infraconstitucionales en juego. En el mismo sentido, consideró que el principio de "inmediatez" tampoco tiene relevancia constitucional en el caso porque la solicitud de audiencia debía haberse formulado ante los jueces que condenaron y no frente a los que revisaron esa decisión. Por último, consideró que no se advertía la existencia de un supuesto excepcional de arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja cumple con los requisitos extrínsecos básicos que establece la ley local 402, reglamentaria del recurso interpuesto. Sin embargo, sólo demuestra la existencia de un caso constitucional vinculado con la violación del principio de *inmediación* (según yo lo denomino), previsto expresamente en el art. 13.3 de la CCBA.

2. Con relación a los motivos de agravio individualizados en el punto 3, desde la a) hasta la f) inclusive, del capítulo anterior, considero que la defensa —en esta queja— sólo expresa su mera discrepancia con el modo en que los jueces de mérito comprendieron el caso y aplicaron la ley local 1472. Esas cuestiones, pese a las reiteradas menciones de normas constitucionales, no surten la competencia del Tribunal. Por esa razón, las afirmaciones de la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad son correctas y, por ese mismo motivo, fundamentan adecuadamente el cierre de la instancia extraordinaria local sobre estos aspectos. Según se observa, las manifestaciones de la defensa constituyen, precisamente, aquello que el Tribunal Superior ya ha aclarado hasta el cansancio que no puede surtir su competencia constitucional, pues "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

Más allá del acierto o desacierto de la decisión cuestionada, es claro que el recurrente parece creer tener derecho a una nueva revisión judicial sobre los hechos y sobre el Derecho común (infraconstitucional). Ya desde este punto de vista el recurso es improcedente, puesto que resulta claro que el recurrente no ha logrado desvirtuar el argumento básico brindado por la Cámara para declarar inadmisible el recurso intentado ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mancuso, Marcela Lidia c/GCBA —apelación'", expte. nº 4106/05, resolución del 21/12/2005).

Por último, mi opinión acerca de la arbitrariedad en tanto motivo de los recursos extraordinarios, como única explicación de la atinencia constitucional del recurso —voz utilizada en el sentido general de *agravio* o *injusticia* según el punto de vista del recurrente—, 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.

3. Sin embargo, como ya adelanté, entiendo que la queja presentó correctamente un caso constitucional vinculado al modo en que debe ser llevado adelante un proceso contravencional, en particular, respecto de la inmediación entre los imputados y los jueces que deciden el caso.

La defensa solicitó oportunamente la celebración de una audiencia ante quienes debían revisar la condena impuesta a los acusados. Basó ese pedido en una regla del Código Penal (art. 41) que, correctamente, entendió aplicable a este caso. En pocas palabras, el defensor requirió a los jueces que debían resolver su recurso, que conocieran personalmente a las personas imputadas en este proceso, a efectos de aplicar adecuadamente las pautas de medición de la pena establecidas en la ley material. La negativa de los integrantes de la Sala II frente a esta sencilla solicitud significó el desconocimiento de la regla constitucional (principio *de inmediación*, art. 13.3, CCBA) que impone la necesidad de que, si el imputado lo desea, los jueces deban recibirlo en audiencia pública antes de resolver su situación procesal. En el mismo sentido (tal como indiqué al fallar en la causa "Tissot, Marta s/inf. art. 83, CC, ley 1472 —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4382 y su acumulado "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tissot, Marta s/inf. art. 83, CC, ley 1472 —apelación'", expte. nº 4411/05, resolución del 6/6/2006) considero que el meollo de la cuestión se vincula a la existencia de una lesión constitucional primaria: me refiero al art. 75, inc. 12, de la C.N., cuando ordena establecer el *juicio público* en materia penal, verdadera cláusula de garantía del acusado (conf. también, C.N., 24 y 118). No es que yo crea que esta garantía sea necesariamente exigible en materia contravencional sino que, en primer lugar, la propia, CCBA, art. 13, inc. 3º, que conoce la competencia de legislación contravencional de la Ciudad, repite esta exigencia ("inmediatez",

defensa en juicio) y, además, la LPC —reglamentaria en este aspecto de la Constitución—, consecuentemente, ha ratificado estos principios al imponer la asistencia del acusado como condición de la sentencia de condena (LPC, 46).

Por ese motivo, corresponde revocar la condena sólo en cuanto confirma la medida de la pena aplicada por la Sala I y, en consecuencia, reenviar las actuaciones a la Cámara para que, integrada por otros jueces distintos a aquellos que dictaron sentencia, resuelva respecto de la pena que debe aplicarse frente a las contravenciones objeto de condena en este proceso, una vez celebrada la audiencia que solicitó el señor defensor.

4. Por otro lado, bien cabe acotar que esta es la única impugnación sostenible para los condenados y su defensor. En primer lugar, se les concedió el derecho de una "segunda instancia" para que se defendieran allí de los múltiples agravios que denuncian, que no fueron admitidos por el TSJBA, pues él no representa un tribunal de mérito. La reiteración de "arbitrariedades" de todo tipo, que parecen tomar como objeto de impugnación a la sentencia condenatoria de "primera instancia", carece de sentido. En segundo lugar, resulta expreso que, conforme a su propio pedido, la realización del principio de inmediación quedó reducida al conocimiento personal de los imputados para valorar mejor la sanción aplicable, extensión fijada por la misma defensa para el eventual agravio.

5. Por lo tanto, voto por: *a)* admitir el recurso de queja en cuanto a la violación del principio de inmediación (art. 13.3, CCBA) y rechazarlo respecto de los restantes motivos de agravio; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en cuanto al principio de inmediación; *c)* revocar la condena sólo en cuanto confirma la medida de la pena aplicada por la Sala I y, en consecuencia, reenviar las actuaciones a la Cámara para que, integrada por otros jueces distintos a aquellos que dictaron sentencia, resuelva respecto de la pena que debe aplicarse frente a las contravenciones objeto de condena en este proceso, una vez celebrada la audiencia que solicitó el señor defensor; y *d)* reintegrar el depósito cuya constancia de integración se encuentra agregada a fs. 192.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite Julio B. J. Maier.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en cuando dispone parcialmente hacer lugar a la queja, admitir el recurso de inconstitucionalidad y reenviar la causa para que se dicte nueva sentencia.

2. El recurrente solicitó "...que previo al dictado de la correspondiente sentencia se designen audiencias a fin de que esta Sala tome conocimiento directo y personal de mis [sus] defendidos..." (fs. 219, copia del escrito de "solicita se designe audiencia"). Para ello, buscó sustento en el art. 13.3 de la CCBA y en el art. 41 del C.P., que entiende de aplicación supletoria a las contravenciones, en virtud de lo dispuesto en el art. 20 del CC.

3. Si bien entiendo que el art. 41 C.P. no resulta aplicable a las contravenciones, la previsión de la CCBA antes destacada brinda elementos suficientes como para resolver la cuestión traída por el recurrente. Como sostuve en "Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3910/05, resolución del 5/8/2005, el legislador porteño, por intermedio del art. 3º de la ley 10 (ahora, art. 3º de la ley 1472), decidió hacer aplicables todas las garantías penales constitucionales y previstas en tratados internacionales a las contravenciones del CC.

4. Así las cosas, toda vez que la inmediación a que se refiere el art. 13.3, CCBA citado más arriba dispone, al menos, que todos los jueces que dicten sentencia sobre cuestiones de hecho tienen la obligación de establecer, en forma previa, un contacto directo con el imputado y que esa fue la petición realizada por la defensa cuya denegatoria lo agravia, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, anular la sentencia impugnada y reenviar la causa para que jueces distintos dicten un nuevo pronunciamiento, conforme a derecho, acerca de todos los puntos pendientes de solución.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja presentado por la defensa de los señores De Beláustegui y Gelabert fue interpuesto en término y conforme a las exigencias formales del art. 33 de la ley 402. Sin embargo, la queja debe ser rechazada, pues la defensa no ha logrado demostrar en el caso la existencia de una cuestión constitucional que pueda habilitar la intervención de este Tribunal.

2. La defensa denuncia, centralmente, la arbitrariedad de la decisión de la Sala II de la Cámara CyF, en tanto sus integrantes habrían confirmado la condena impuesta a sus defendidos sin dar respuesta a los agravios adecuadamente introducidos en el recurso de apelación.

Sin embargo, en el caso, ninguno de los agravios que componen la crítica a la sentencia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad logran demostrar la alegada existencia de un caso constitucional por afectación al debido proceso o la defensa en juicio. Por el contrario, se advierte que la Cámara abordó el examen relativo a los argumentos centrales del recurso, dándoles tratamiento (véase fs. 160/168), para concluir que correspondía confirmar la condena impuesta por la Sala I. Así las cosas, más allá del acierto o desacierto de la decisión puesta en crisis y de que el recurrente coincida o discrepe con su contenido, la decisión objeto de reproche se encuentra razonada y fundada. Al respecto, debe recordarse que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *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, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido

que "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

3. Por otra parte, las restantes argumentaciones de la defensa, que reiteran las cuestiones alegadamente constitucionales en base a las cuales la defensa recurrió la condena impuesta por la Sala I —arbitrariedad en la valoración de la prueba; aplicación de derecho penal de autor; vulneración del principio de legalidad por interpretación extensiva y *contra legem* de los arts. 116 y 117, CC; existencia de contradicciones y vaguedades en el fallo condenatorio; y la afectación del principio de lesividad—, tampoco tendrán acogida favorable.

Tal como lo ha expuesto en su voto el señor juez Julio B. J. Maier, puede afirmarse que estas argumentaciones dan cuenta de la mera discrepancia de la defensa en torno a cuestiones relativas a la valoración de elementos de prueba y a la interpretación del derecho infraconstitucional local, aspectos que, por regla, resultan ajenos a la competencia constitucional de este Tribunal. En suma, más allá de su disconformidad, el recurrente no ha logrado demostrar la irrazonabilidad del criterio de los jueces de la causa al fallar sobre estos puntos, ni conectar las garantías que menciona con las cuestiones resueltas en el caso.

4. Finalmente, también estimo que, en este caso, debe ser rechazado el agravio relacionado con la alegada falta de inmediación, pues, tal como ha sido planteado, no logra configurar una cuestión constitucional. En efecto, el recurrente no ha confrontado la garantía invocada con lo ocurrido en la causa, donde la Sala II de la Cámara estaba llamada a resolver respecto de los agravios generados por la decisión anterior de la Sala I y la cuestión relativa a la determinación de la pena en realidad no mereció cuestionamiento alguno de su parte. Tampoco la interesada ha dado cuenta del perjuicio concreto que pudo haberle generado el rechazo de la solicitud de audiencia en cuestión a la luz del restante grupo de agravios efectivamente planteados en el recurso. A ello se suma que, en definitiva, *la Sala II se limitó a confirmar la sentencia impugnada* en cuanto había condenado a los señores Gelabert y De Belaustegui *al cumplimiento del mínimo de la sanción de multa e inhabilitación previstas para el caso* (dejando, incluso, su ejecución en suspenso respecto del señor De Belaustegui). Por lo tanto, considero que los agravios planteados por el quejoso en este punto, en atención a las particularidades procesales detalladas, tampoco pueden prosperar, con lo que así resolver no importa desatender la doctrina del Máximo Tribunal, citada por la defensa en el recurso de hecho.

5. Por las razones expuestas, estimo que corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 193/211 y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja en cuanto a la violación del principio de inmediación (art. 13.3, CCBA) y *rechazarlo* respecto de los restantes motivos de agravio.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad en relación con el principio de inmediación.

3º. *Revocar* la condena sólo en cuanto confirma la medida de la pena aplicada por la Sala I y, en consecuencia, *reenviar* las actuaciones a la Cámara CyF para que, integrada por otros jueces distintos a aquellos que dictaron sentencia, resuelva respecto de la pena que debe aplicarse frente a las contravenciones objeto de condena en este proceso, una vez celebrada la audiencia que solicitó el señor defensor.

4º. *Reintegrar* el depósito cuya copia constancia de integración se encuentra agregada a fs. 192.

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.*

CLXVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ROJAS CHERO, JUAN CARLOS S/INF. ART. 83, CC —APELACIÓN'"

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. En sentido concordante véase voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

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. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

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. Si no se presentó el interesado, el Ministerio Público de la Defensa no puede recurrir —autónomamente— la decisión impugnada, pues carece de la capacidad legal para hacerlo, de conformidad con las normas específicas que establecen el momento a partir del cual los jueces, o eventualmente los fiscales, pueden y deben darle inmediata intervención, y que por regla, debe coincidir con la primera presentación, espontánea o no, de quien ha sido imputado de una contravención, ocasión en la que 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 5786/08 - 16/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General interpuso recurso de queja (fs. 25/34) contra la decisión de la Cámara CyF (fs. 20/22) que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/17), deducido, a su vez, contra la resolución de la Sala II (fs. 13) que rechazó el recurso de apelación (fs. 4/9) que la defensa había presentado, en subsidio, contra la sentencia de primera instancia, cuya copia obra a fs. 2/3. A través del fallo mencionado, el juez interviniente 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". 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.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisible por la Sala II por entender que la decisión cuestionada no resultaba una sentencia definitiva —o una resolución equiparable a tal—, ni se exponía una crítica concreta y razonada a su respecto que involucrara un planteo constitucional.

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. No obstante, coincidió con la defensa "en cuanto a que el recurso de apelación deducido contra la resolución jurisdiccional que convalidó la medida cautelar dispuesta, debió haber sido tratado" y no rechazado *in limine*, pues la cuestión, sin constituir un caso constitucional, genera un gravamen a la parte, "circunstancia que convierte a dicha resolución en arbitraria pero no en sentencia definitiva". A su vez, agregó que los agravios vinculados al supuesto efecto gravoso que supone la remisión a sede administrativa —al igual que la presunta violación 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. 45/48).

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 (véase, *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, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

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 reposición con apelación en subsidio, 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 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. 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. 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 si 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 presenta tiene poder suficiente para obrar en nombre del sujeto titular de esa relación, debate acerca de la personería. El tema que nos ocupa

es uno 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 del señor Rojas Chero, cuya condición de imputado no se discute. El punto es si la defensa podía serle 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 el juez de mérito resulta violatoria de las previsiones del arts. 3 de la ley 12 y 29 del Código Procesal Penal de la Ciudad (señala que el citado art. 3 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 el juez de primera instancia. Dicho magistrado, también dio intervención a la Defensa Oficial al notificarle el pronunciamiento que origina los planteos de autos. Más allá de su acierto o error, lo cierto es que no fue objetada por la señora Fiscal interviniente en oportunidad de contestar la vista del recurso de reposición y apelación en subsidio que fuera deducido por la defensa oficial (fs. 10/10 vta.) contra ella, por lo que no cabe, como principio, 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 1903 resignó el interés jurídico que podía asistirle con relación a dicha cuestión; y quien detentaría a la fecha ese interés, esto es, el señor Rojas Chero, 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 oficial).

Por lo demás, no han sido invocadas ni concurren razones para revisar de oficio la personería 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 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 II 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 contra 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* que efectuó la Cámara al remitirse a varios precedente, y cuya constitucionalidad no cuestiona el recurrente— no procedía recurso frente a la Alzada.

2.2. 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, el supuesto de excepción mencionado en el punto 2.1, primer párrafo, de este voto tiene lugar cuando se encuentran conculcados derechos consagrados en las fuentes indicadas en dicho punto 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 Rojas Chero se le labró un acta por la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 83 del CC, y le secuestraron 15 potes de plástico descartable que contenían mazamorra morada, 16 bandejas descartables que contenían postres helados, 2 dos porciones de biscochuelo en bolsas de nylon, 2 cajas de cartón y 2 bolsas una de nylon y la otra de cartón. 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, ordenó remitir las actuaciones a la fiscalía que intervino. Contra esa decisión la defensa oficial interpuso un recurso de reposición con apelación en subsidio porque, a su criterio y en lo que ahora importa, 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 de 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'") (la negrita corresponde al original) (fs. 7 vta.). A su turno, la Cámara rechazó *in limine* dicho recurso sobre la base de lo resuelto en otros precedentes.

2.3. 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 2.2, 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. 4.1.2 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 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. 29), 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 Rojas Chero 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.

2.4. 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.

3. 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. 31 vta.). 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.

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 al haber sido formulado por vez primera en la queja, el Tribunal lo estaría tratando en instancia originaria.

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. 25/34 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. 45/48, 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 el juez de la causa al disponer la intervención de la Defensoría Oficial (en copia, fs. 3), 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 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. 25/34 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 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, 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 nºs 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. 25/34.

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. 25/34.

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.*

En similar sentido se resolvió en las causas 5833/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Castro Zumeran, Waldo Franklin s/inf. art. 83, CC'" y nº 5835/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González de Anchirayco, Zoila s/inf. art. 83, CC'", del 16/7/2008.

CLXVII

"PARTIDO MOVIMIENTO POR LA DIGNIDAD Y LA INDEPENDENCIA S/INFR. ART. 17, INC. B), 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. nº 5985/08 - 18/7/2008

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 *A gastos de campaña* - Período Bajo Examen: abril - junio 2007" agregado a fs. 1/84, observó al Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia por no haber presentado el informe final de cuentas previsto por el art. 17 de la ley 268 (fs. 33).

2. Con motivo de la investigación preparatoria —véase fs. 119/126 y 135— ordenada por el Fiscal General en orden a la presunta infracción al art. 17, inc. b) de la ley 268, compareció en la causa el señor Alejandro José Bonacci en su calidad de interventor del partido político de mención —conforme a la documentación agregada a fs. 140/143— y propuso la suspensión del proceso a prueba (véase Acta de Audiencia del art. 41, CPC de fs. 145/146).

3. El pedido de suspensión del juicio a prueba se materializó mediante el acuerdo pertinente suscripto por el nombrado y el señor Fiscal General, en los términos del art. 45 del CC (véase fs. 169/170), por el que el Partido Movimiento

por la Dignidad y la Independencia se compromete a: *i*) establecer en el ámbito del partido medidas tendientes a capacitar a sus autoridades a fin de evitar en el futuro posibles infracciones a la ley 268; *ii*) mantener el domicilio legal del partido en el oportunamente denunciado y comunicar a la Fiscalía General cualquier cambio de éste; *iii*) cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere; *iv*) comprar rollos de membrana asfáltica ormiflex con geotextil de 4 mm de espesor - geotextil de 170 gramos, por la suma de pesos dos mil ciento treinta y cinco con noventa y cuatro ($ 2.135,94), y *v*) entregar dichos rollos al Centro de Atención Familiar Nº 8 (CAF Nº 8), dependiente de la Dirección General de Niñez y Adolescencia del GCBA, ubicado en la calle Piedra Buena nº 3741 en su intersección con la calle 2/4/esta ciudad. En el acuerdo se hace constar que el plazo para el cumplimiento de las condiciones establecidas es de un (1) año, salvo para las detalladas en los puntos *iv*) y *v*) que se fija en 60 días, ambos términos a contabilizarse a partir de la homologación del convenio por el Tribunal Superior de Justicia.

4. A fs. 171/175 el señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que resuelva la suspensión del juicio a prueba e imponga las condiciones de conducta acordadas.

5. A fs. 178 el Fiscal General acompañó un "acta complementaria" del acuerdo de suspensión de juicio a prueba —agregada a fs. 177— en la cual el Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia aclara que la suma de dinero referida en el punto *iv*) del acuerdo de fs. 169/170, corresponde a fondos propios del partido y no a los percibidos como aporte público de campaña.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs. 169/170 —y complementado a fs. 177—entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia —representado por el interventor del partido, señor José Alejandro Bonacci— 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, el hecho imputado al partido político encartado fue enmarcado por el Ministerio Público Fiscal como una posible infracción a obligaciones establecidas en la ley 268 —de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales—, cuyo incumplimiento tiene previstas las sanciones contempladas en su capítulo VI (arts. 17, inc. b], y 20, ley 268).

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 (véase art. 13, sobre imputación y consecuencias relativas a personas de existencia ideal).

4. Asimismo, conforme se desprende de las constancias de fs. 151, 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. 169/170 complementado a fs 177 debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año; imponer al Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia las reglas de conducta convenidas; hacer saber al Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del CC; tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de fs. 169/170 y su complemento de fs. 177, a cuyo efecto se agregará copias certificadas; y remitir las actuaciones a la Fiscalía General, a sus efectos.

Así lo voto.

Los jueces 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 obrante a fs. 169/170 y complementado a fs. 177, celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia —representado por el interventor del partido, señor José Alejandro Bonacci— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

Por lo expuesto, voto por aprobar el acuerdo presentado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 169/170 complementado a fs. 177 —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 Movimiento por la Dignidad y la Independencia, por el plazo de un (1) año.

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

3º. *Hacer* saber al Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia 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, párrafo 5, *in fine*, del CC.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique al Partido Movimiento por la Dignidad y la Independencia, y se remitan las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

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

CLXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. LEY 255'"

RECURSO DE QUEJA. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja porque el planteo de la defensa carece de actualidad desde que el Tribunal rechazó la queja relativa a la prescripción de la acción contravencional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. No corresponde exigir el pago del depósito cuando el recurso de queja procede de la defensa oficial. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor Jueces Luis F. Lozano).*

3. Debe rechazarse el recurso de queja cuando la pretensión se dirige a la revisión del efecto dado a la queja tramitada por ante este Tribunal, cuyos alcances se rigen por las previsiones de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5853/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Por resolución del 10/12/2007 (fs. 2/3 vta.) el juez de primera instancia, a requerimiento del fiscal interviniente (fs. 1), dispuso "tener por firme la resolución que dispone la ejecutoriedad de la pena" de arresto efectivo que fue impuesta al señor Carlos Alberto Oniszczuk (punto I) y ordenar el comparendo por la fuerza pública para que se haga efectiva (punto III).

2. La decisión fue apelada por la defensa con el argumento central de que "al encontrarse aún vigentes recursos deducidos por esta parte en torno a la prescripción de la acción penal en los autos principales" no es posible dar ejecutoriedad a la sentencia (fs. 5/9, en particular 6 vta.).

La Sala I de la Cámara CyF rechazó *in limine* el recurso de apelación por considerar que la resolución impugnada no era recurrible. Afirmó que lo decidido por el juez de primera instancia no generaba gravamen irreparable alguno y que los planteos efectuados por la defensa se refieren a la ejecutoriedad de la pena impuesta, cuestiones que ya resolvió el tribunal en el incidente 018-05-CC/06, sin que el cuestionamiento actual agregue nuevos argumentos (fs. 10 y vta.).

3. La defensora contravencional interpuso recurso de inconstitucionalidad. Los agravios alegados por la defensa fueron los siguientes: *a)* afectación de la garantía del debido proceso (art. 13, inc. 3º, CCBA), al no haber tratado la alzada los agravios formulados contra la sentencia de primera instancia y por no haber fundado su decisión, ya que, a su juicio, la remisión a lo expresado en otra sentencia no cumple con el requisito de fundamentación; *b)* 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 *c)* 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. 12/18 vta.).

La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad debido a que: *a)* no ha logrado demostrar la existencia de los extremos que tornan admisible la impugnación por arbitrariedad; *b)* no se formula en forma adecuada un caso constitucional; *c)* los argumentos planteados no efectúan una crítica de la resolución que impugna; y *d)* se realiza una invocación genérica de normas constitucionales (fs. 19/21).

4. El Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja en favor de Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 24/34 vta.).

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. Agregó que el TSJBA, por resolución del 1º/4/2008, rechazó la queja relativa a la prescripción de la acción articulada en el expte. nº 5514/07, por lo cual la decisión jurisdiccional original debe cumplirse (fs. 39/40).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 24/34 vta. fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. El argumento central de la defensa, tal como sostiene el señor Fiscal General Adjunto, carece de actualidad porque este Tribunal rechazó con fecha 1º/4/2008 la queja (expte. nº 5514/07) que —a criterio de la defensa— impedía ejecutar la pena impuesta al señor Oniszczuk, por lo que la queja debe ser rechazada.

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. 189 bis C.P.'".

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero al voto de la jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, sin perjuicio de señalar —tal como lo he hecho en las otras dos oportunidades en que la defensa oficial controvirtió la denegatoria del pedido de suspensión de la ejecución de la pena— 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.

No conmueve lo señalado en el párrafo que antecede el agravio que la defensa construye sobre la base de que el juez de primera instancia omitió notificar a su parte el pedido del Ministerio Público Fiscal relativo a que se ordenase la comparecencia del señor Carlos Alberto Oniszczuk mediante la fuerza pública. Ello así, puesto que cualquiera fuera el mérito que cupiere asignarle a los argumentos mediante

los cuales el *a quo* rechazó el mencionado planteo, lo cierto es que el recurso de inconstitucionalidad no se hace cargo de ellos.

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.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 24/34 vta.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo propone la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, la queja interpuesta a fs. 24/34 debe ser rechazada. En efecto, la presentación no critica en forma desarrollada y fundada las razones por las cuales la Cámara declaró inadmisible su recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re*: "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005). En síntesis, el recurrente ha omitido controvertir en sus presentaciones la razón expuesta por los jueces para rechazar el recurso de apelación oportunamente interpuesto; esto es, que su pretensión se dirige, en definitiva, a la revisión del efecto dado a la queja que tramitara por ante este Tribunal (expte. nº 5514/07), cuyos alcances se rigen por las previsiones de la ley 402.

A mayor abundamiento, cabe agregar que, más allá de los replanteos que pretendan formularse volviendo sobre la misma cuestión por vías oblicuas, lo cierto es que los cuestionamientos llevados a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la defensa del señor Oniszczuk no fueron atendidos, pues el Tribunal cimero declaró inadmisible la queja interpuesta contra la denegatoria del recurso extraordinario federal deducido en el expte. nº 4859/05 de este Tribunal (O. 38. XLIII. "Recurso de hecho en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —causa 4859'", resolución de fecha 22/5/2007).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presentación de fs. 24/34.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja de fs. 24/34.

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 la causa 5817/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Zorrilla, Miriam Judith y Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. arts. 116 y 117', del 13/8/2008.

CLXIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ALARCÓN ZEBALLOS, EMILY JACKELYN S/INF. ART. 83, CC'"

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. 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).*

2. 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).*

3. 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).*

4. 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).*

5. 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).*

6. 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". *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. 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).*

8. 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).*

9. 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).*

10. 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. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. 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).*

Expte. nº 5834/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

1. El Defensor General interpuso recurso de queja (fs. 27/37) contra la decisión de la Cámara CyF (fs. 24/26) que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/22), deducido, a su vez, contra la resolución de la Sala I (fs. 13) que rechazó

el recurso de apelación (fs. 4/8) que la defensa había presentado contra la sentencia de primera instancia, cuya copia obra a fs. 2/3. A través del fallo mencionado, el juez interviniente 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, porque la Cámara habría basado su sentencia en un único argumento, esto es, que la decisión cuestionada era irrecurrible porque no causaba gravamen) 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 (porque se ordenó inválidamente continuar la persecución de la conducta y se convalidó la medida cautelar adoptada, que la defensa consideró irrazonable y violatoria de su derecho de propiedad y trabajo) y su derecho a obtener un pronunciamiento que ponga fin al proceso debido a que, si tanto la fiscal como el juez de primera instancia concluyeron que "desapareció toda sospecha de responsabilidad [contravencional] por parte de [su] asistido (*sic*) (...), la única solución posible es el archivo de las actuaciones". 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, a las que vinculó —en el caso— con la vigencia del principio acusatorio.

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.

4. El Fiscal General Adjunto entendió que correspondía rechazar esta queja, por un lado, porque la defensa oficial carecía de legitimación, toda vez que la imputada 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. No obstante, coincidió con la defensa "en cuanto a que el recurso de apelación deducido contra la resolución jurisdiccional que convalidó la medida cautelar dispuesta, debió haber sido tratado [...] y no haberse rechazado *in limine*", pues la cuestión, sin constituir un caso constitucional, genera un gravamen a la parte, "circunstancia que convierte a dicha resolución en arbitraria pero no en sentencia definitiva". A su vez, agregó que los agravios vinculados al supuesto efecto gravoso que supone la remisión a sede administrativa —al igual que la presunta violación 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. 47/50).

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 presenta tiene poder suficiente para obrar en nombre del sujeto titular de esa relación, debate acerca de la personería. El tema que nos ocupa es uno 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 de la señora Emily Jackelyn Alarcón Zeballos, cuya condición de imputada no se discute. El punto es si la defensa podía serle adjudicada en ausencia de la referida imputada.

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 el juez de mérito resulta violatoria de las previsiones de los arts. 3º de la ley 12 y 29 del CPP de la Ciudad (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 similar 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 el juez de primera instancia. Dicho magistrado, dio intervención a la Defensa Oficial al notificarle el pronunciamiento que origina los planteos de autos. Más allá de su acierto o error, lo cierto es que esa decisión, no fue objetada por el Ministerio Público (véase dictamen del Fiscal de Cámara obrante a fs. 9/10, y resolución de fs. 24/26). Ello así, no cabe 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 1903 resignó el interés jurídico que podía asistirle con relación a dicha cuestión; y quien detentaría a la fecha ese interés, esto es, la señora Alarcón Zeballos, 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 oficial).

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 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).

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 la recurrente plantea sus agravios respecto de la resolución de Cámara que rechazó la apelación contra la de primera instancia, que decidió mantener la medida cautelar adoptada y remitir las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, 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.

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 la 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, el supuesto de excepción que mencioné en el primer párrafo de este punto 2.1 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 verificado alguno de los supuestos que darían lugar a la violación de esa garantía, es decir, que se haya perseguido a la imputada dos veces por el mismo hecho, o que el riesgo de ser condenada al que fue sometida, haya sido uno que excede el definido por el legislador (conf. mi voto *in re* "Montero Montero", ya citado).

2.2. La sentencia del *a quo*, en lo que ahora importa, resolvió rechazar el recurso de apelación deducido por el señor Defensor Oficial contra la decisión de primera instancia que había ordenado devolver las actuaciones a la Fiscalía interviniente para que ésta, a su vez, las remitiera a la Unidad Administrativa de Control de Faltas.

Para comprender los alcances de esa decisión resulta necesario repasar las constancias de la causa. A la señora Alarcón Zeballos se le labró un acta por la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 83 del CC, y se le secuestraron cuatro perchas con treinta breteles y sesenta y seis pares de medias, un canasto de plástico y un cajón de verdura de madera. La fiscal entendió que la conducta imputada podía constituir, en lugar de una contravención, una violación al régimen de faltas, y decidió remitir la causa a la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Con carácter previo a ello, tomó intervención el juez de primera instancia que convalidó la medida cautelar dispuesta y ordenó luego, en línea con la postura del Ministerio Público, devolver las actuaciones a la fiscalía a sus efectos. Esa decisión fue confirmada por la Sala I de la CCyF.

2.3. 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 de remitir las actuaciones a la Unidad de Faltas resulta violatoria de 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 2.2, párrafo segundo, 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 resultaba pertinente, como lo había propiciado la Fiscal, 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 1.217 prevé la posibilidad de que la imputada 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, la imputada nunca estuvo sometida al proceso que regula la ley 12. La presentación que efectuó el Ministerio Público Fiscal, 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 la 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. 4.1.2, de la ley 451— es el primer proceso al que va a estar sometida la imputada. En segundo término, porque los motivos señalados impiden adentrase al análisis de un posible incremento del riesgo en el proceso al que estaba sometida, 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 "...en 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. 31 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 sometida la señora Alarcón Zeballos 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.

2.4. 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.

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 tampoco muestra que se pretenda mantener abierto un proceso contravencional contra la señora Alarcón Zeballos, puesto que se resolvió remitir las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Por su parte, la recurrente también omite acreditar que este proceso haya estado sometido a dilaciones injustificadas, o 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. Respecto del agravio relativo a la supuesta violación del principio acusatorio, la 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. 34 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.

5. 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.

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. 27/37 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. 47/50, 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 el juez de la causa al disponer la intervención de la Defensoría Oficial (en copia, foja 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 de la imputada 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 de la imputada.

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. 27/37 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 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, 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 1.217) 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. 27/37.

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 (véase, *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. 189 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. 27/37.

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 5832/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gerez, Clara Rosa s/inf. art. 83, CC —apela-

ción'", del 13/8/2008 y 5850/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alvarado Terazona, Teresa Fabiola s/infr. art. 83, CC'", del 20/8/2008.

CLXX

"CAMINITI, VIRGINIA BEATRIZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CAMINITI, VIRGINIA BEATRIZ C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Recusación de juez. Garantía de imparcialidad. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. La resolución que rechaza la recusación con causa articulada respecto de uno de los vocales de la Sala no constituye una sentencia definitiva, salvo que se demuestre que el trámite seguido para definir la integración del tribunal presenta vicios que vulneran el derecho de defensa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

3. Cuando en el ánimo de la recurrente queda severamente en duda la imparcialidad de un magistrado llamado 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

4. En efecto, el término de cinco días previsto para invocar causales de recusación sobrevinientes, no puede computarse (art. 12 *in fine*, CCAyT) a partir de la presunción *iure et de iure* que la excusación del juez, al tomar estado público mediante la página web del fuero CAyT, daba inicio, en esa fecha, al consumo del plazo en cuestión, si el pronunciamiento omitió indicar cuál es la norma que permitiría asignar, si cupiera, efectos de notificación general y obligatoria a esa publicación, o bien aquella que impusiera al recurrente la carga de controlar diariamente todos los expedientes en los que no es parte, para tomar conocimiento de una excusación, si pretende usar ese antecedente para fundar, en otro expediente, un pedido de recusación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

5. La excusación que el juez 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 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 y José O. Casás).*

6. 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

7. Si bien por regla, en tanto el progreso o rechazo de las recusaciones constituye una cuestión procesal, y un pronunciamiento a su respecto excedería la competencia de este estrado en la vía intentada, teniendo en cuenta el motivo en que la recurrente funda la recusación pretendida y dado que se trata de una proceso de amparo corresponde hacer lugar a la recusación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

8. La resolución que culmina un incidente de recusación no es una sentencia definitiva, condición necesaria para la procedencia del recurso interpuesto ante el TSJBA. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5918/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Virginia Beatriz Caminiti interpuso queja (fs. 22/39) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 21) articulado por ella (fs. 7/19) para cuestionar la resolución de la Sala I de la Cámara CAyT, que había rechazado la recusación oportunamente formulada por la actora contra uno de sus vocales, doctor Esteban Centanaro (fs. 1).

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 Caminiti mediante la cual 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. 36/41 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 en el que participó y que la habilita, según sostiene para lo que ahora importa, conforme al orden de mérito definitivo al que se arribó, a acceder al puesto reclamado en función de la ampliación de la Unidad Administrativa de Control de Faltas establecido por la ley 2128 "cuyo espíritu y sentido (...) fue integrar la unidad administrativa de

faltas respetando el orden de mérito emergente del concurso sustanciado mediante dec. 942/04" (fs. 1/4 del incidente).

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. 115 del incidente).

El planteo fue rechazado por la Sala I (fs. 118/119) que, por un lado, sostuvo que la fecha en la que la recurrente denunció haber tomado conocimiento del motivo en que fundaba su pedido de recusación "no encuentra respaldo sólido en las constancias de la causa ni en la documental presentada por la recusante". A criterio del *a quo,* la fecha en la que el dato relativo a la excusación del juez recusado tomó estado público, mediante la página web del fuero, era el punto de partida del plazo previsto por el art. 12 *in fine* que, así computado, estaba vencido al momento de formular la recusación en cuestión. Por otro, también consideró extemporáneo al planteo porque "fue deducido después de que la causa había sido elevada al acuerdo de Sala". Sin perjuicio de ello, sostuvo que la recusación resultaba, de todos modos, improcedente 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. Además, el *a quo* señaló que el magistrado recusado "ha afirmado que no tiene ningún interés en el resultado de este pleito" condiciones en las cuales estimó preciso concluir que el planteo de recusación debía ser desestimado.

3. Para denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, los jueces de la Sala I habilitados para intervenir, sostuvieron que no estaba dirigido contra una sentencia definitiva y que "(...) en el caso, el recurrente no ha logrado vincular de manera estrecha y directa la interpretación que este Tribunal ha efectuado del régimen procesal y la garantía de la defensa en juicio" (fs. 143 del incidente).

4. En el recurso de hecho, la actora, solicitó que se suspenda "el proceso mientras se tramita la presente queja en virtud de estar en juego la integración del tribunal, el principio de debido proceso y de imparcialidad" (fs. 39). 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. 42 este Tribunal requirió la remisión del incidente en el que tramita la apelación contra la cautelar otorgada en primera instancia. Esas actuaciones fueron recibidas a fs. 44 y surge de su compulsa que, a fs. 166 del incidente, se suspendió "la elevación de los autos al acuerdo de sala".

6. 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. También señala 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" y que "el fallo impugnado cuenta con suficientes fundamentos en cuya virtud no encuentro que lo resulto resulte irrazonable". Finalmente, explica las diferencias que existirían entre el supuesto de autos y el precedente del TSJBA que cita (fs. 46/48 vta.).

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 I, 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 su derecho de defensa. En tales condiciones, 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 cons. 3 y sus citas).

En estas actuaciones, la interpretación y aplicación 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 322:1941).

Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas, y dado que en la controversia de autos ha quedado, en el ánimo de la recurrente, severamente en duda la imparcialidad de un magistrado llamado 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. Establecido que el pronunciamiento impugnado compromete derechos constitucionales cuya protección reclama el recurrente, resulta necesario verificar, con carácter previo a un eventual análisis de esos agravios constitucionales, si aquel pronunciamiento encuentra, en el resto de los motivos esgrimidos por la Sala I para

rechazar la recusación formulada por la actora, respaldo suficiente. Cabe señalar que, aunque esos fundamentos también remiten al análisis de una cuestión procesal, por regla, ajena a la vía intentada (v. gr. interpretación atribuida por el *a quo* al art. 12 del CCAyT), el recurrente ha logrado mostrar que la aplicación de esa norma adjetiva llevaría, en autos, a frustrar los derechos constitucionales invocados por la recurrente. Con ello, entonces, el TSJBA se encuentra habilitado a formular las consideraciones que a continuación expongo (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).

2.1. En efecto, el término de cinco días previsto para invocar causales de recusación sobrevinientes, no puede computarse como pretende el *a quo* (art. 12 *in fine*, CCAyT). La Sala I presumió *iure et de iure* que la excusación del juez Centanaro, al tomar estado público mediante la página web del fuero CAyT, daba inicio, en esa fecha, al consumo del plazo en cuestión. Sin embargo, el pronunciamiento omitió indicar cuál es la norma que permitiría asignar, si cupiera, efectos de notificación general y obligatoria a esa publicación, o bien aquella que impusiera al recurrente la carga de controlar diariamente todos los expedientes en los que no es parte, para tomar conocimiento de una excusación, si pretende usar ese antecedente para fundar, en otro expediente, un pedido de recusación.

2.2. A su vez, la cámara sostuvo que la recusación era, de todos modos, extemporánea por haber sido deducida "después de que la causa había sido elevada al acuerdo de Sala". Este argumento brinda un fundamento aparente a lo decidido, por cuanto, más allá del acierto o error de la inteligencia atribuida al art. 12 *in fine*, lo cierto es que la compulsa del incidente acredita que a fs. 110 se sacaron los autos del acuerdo para sustanciar un planteo de nulidad ajeno al tema que nos ocupa. En ese estadio se formuló la recusación del juez Centanaro, circunstancia que llevó a elevar los autos al acuerdo por ese tema. Frente a ello, la afirmación del *a quo*, según la cual el expediente estaba, al formularse la recusación, en "estado de sentencia" pierde sustento.

Por otra parte, el pronunciamiento también omite indicar por qué la inteligencia que atribuyó al precepto analizado, permitiría asimilar el llamado de autos al acuerdo relativo a una decisión interlocutoria (en el caso relativa a una recusación) con el "estado de sentencia" aludido en la norma adjetiva, identificado pacíficamente en doctrina y jurisprudencia, con el llamado de autos para dictar la sentencia de fondo que dirime la controversia suscitada en el pleito cuando se trata de un proceso ordinario, o para los juicios sumarios y sumarísimos con aquella resolución que declara la cuestión de puro derecho, o en su caso, al verificarse el último hecho probatorio (conf. Falcón, Enrique M.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado, comentado,* t. I, p. 262, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Fenochietto, Carlos E.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales,* t. 1, p. 104, Astrea, Buenos Aires, 1999, y Palacio, Lino E., y Alvarado Velloso, Adolfo:

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, t. 1, p. 460, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997).

3. Despejado lo anterior y en relación con el planteo de fondo, vale recordar que la recurrente había argumentado que el juez Centanaro, 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 I 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. Los vocales Balbín y Corti entendieron que aclarado el equívoco y "(...) teniendo en cuenta que no se han alegado otras circunstancias susceptibles de configurar la causal en que se sustenta la recusación (y tampoco surgen del expediente) y ponderando, asimismo, que el doctor Centanaro ha afirmado que no tiene ningún interés en el resultado de este pleito, preciso es concluir que el planteo debe ser desestimado" (fs. 118/119 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. 30).

La excusación que el juez Centanaro, en un juicio análogo al planteado por la actora, fundó en la existencia de interés en el pleito, sin que conste en autos cuál era el motivo del referido interés, no puede quedar neutralizada, como afirmó la Cámara, por una rectificación posterior de ese magistrado en la que traduce la cuestión como circunscripta al vínculo de amistad que lo uniría al actor de aquel pleito.

Más allá del error 'material' al que alude el *a quo* en la sentencia impugnada (v. gr. equivocación al consignar el inciso del art. 11 usado para fundar la excusación), no es posible prescindir del significado que ella adquiere (en los términos en que fue formulada originariamente) para la accionante, que la invocó para recusar al vocal en cuestión. La extensión de la garantía de imparcialidad, además de cubrir los supuestos en los que ella está ausente, también otorga protección al litigante cuando no logra mostrar la ausencia, pero sí suministra un motivo objetivo para suscitar dudas razonables acerca de su imparcialidad. Máxime cuando, como en el caso, el motivo es, sencillamente, lo expresado por el propio juez que, en un juicio análogo, manifestó su "interés" en el resultado del proceso. El alcance que al derecho en juego acuerda una recta interpretación de la garantía analizada, coincide con la postura que en el derecho comparado exhibe, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, para lo que aquí importa, ha dicho que no basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de falta de imparcialidad, pues "incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia", en razón de que "lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática" (caso "Piersack vs. Bélgica", serie A, nº 53, 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.

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. 19).

Por regla, en tanto el progreso o rechazo de las recusaciones constituye una cuestión procesal, pronunciarse a su respecto excede la competencia de este estrado en la vía intentada. Sin embargo, teniendo en cuenta el motivo en que la recurrente funda la recusación pretendida y dado que se trata de un proceso de amparo corresponde expedirse en el sentido requerido.

En tales condiciones, 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 Caminiti 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. En este punto, 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.

5. Finalmente, resulta innecesario expedirse en relación con el pedido de suspender el proceso hasta tanto se resuelva esta queja, formulado a fs. 39 por cuanto —más allá del resultado al que pudiera arribar esta sentencia, según el criterio que adopten los votos que conformen la mayoría— a fs. 166 del incidente surge que a pedido de la parte actora, la Sala I suspendió el trámite de la causa.

En consecuencia, oído el señor Fiscal General Adjunto, voto por: *a)* admitir la queja; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 120/133 (del incidente); *c)* revocar la decisión de fs. 118/119 de rechazar la recusación articulada a fs. 115 del incidente; *d)* hacer lugar a la recusación planteada a fs. 115 del incidente (art. 31 de la ley 402) y devolver las actuaciones con esta queja a la Sala I a sus efectos.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como expresé en "Sanz, Ana María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sanz, Ana María c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5784, resolución del 18/4/2008, con cita de mis opiniones anteriores, la resolución que culmina un incidente de recusación no es una *sentencia definitiva*,

condición necesaria para la procedencia del recurso interpuesto ante el TSJBA. La lectura del fallo citado proporciona mayores criterios sobre la razón de ser de este voto, entre los cuales debo poner de manifiesto que el proceso seguirá su curso, cualquiera que fuera el acierto o desacierto de la resolución impugnada y que es posible que, si ella contiene algún error, tal vicio no afecte la sentencia final, esto es, aquella que es definitiva. El incidente de recusación debe ser resuelto en última instancia por los tribunales de mérito: si han resuelto mal y el vicio continúa y afecta la sentencia, entonces el recurrente tendrá oportunidad de impugnarla por ese motivo.

El error de *equiparar* algunos autos interlocutorios a la calificación de sentencia definitiva consiste en concebir el procedimiento como un proceso con etapas preclusivas, esto es, compuesto por muchas sentencias definitivas hasta llegar a la única que lo es.

Por las razones expuestas, voto en el sentido de rechazar la queja.

Por ello, oído el señor Fiscal General Adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja planteada por Virginia Beatriz Caminiti.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Virginia Beatriz Caminiti, *revocar* lo resuelto a fs. 118/119 (incidente, rechazo de la recusación de fs. 115) y *hacer lugar* a la recusación planteada por la actora en contra del juez Esteban Centanaro.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y se devuelva a la Sala I a sus efectos.

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.*

CLXXI

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Prescripción.

SUMARIOS:

1. La decisión que rechaza la excepción de prescripción y dispone la continuación del juicio en primera instancia no es una sentencia definitiva, ni cabe asimilarla

a ella si no se acredita que esa circunstancia ocasione un gravamen de imposible o insuficiente remedio ulterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazare el recurso de queja si el recurrente no cumple con la carga de demostrar el supuesto error en que incurrieron los jueces al considerar insatisfecho el recaudo de admisibilidad formal relativo a la ausencia de sentencia definitiva o asimilable. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Sólo es admisible equiparar a sentencia definitiva una resolución que no lo es cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiere que el tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5741/08 -13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. José Varela inició una demanda contra Ariel Delfino Natalio Battezzati, Anneris Luisa Colomba Battezzati y/o quien resulte propietario del inmueble sito en Nicaragua 4346, Capitán Black S.R.L. y/o quien fuera propietario del local —en el que funciona un salón de baile clase C indebidamente habilitado— y contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que se ordene su cierre definitivo y la reparación por los daños y perjuicios ocasionados desde noviembre de 1988. Luego amplió la demanda contra Silverman S.R.L. y Sergio Máximo Aisenstein, por ser los locatarios del local (fs. 1/5).

En lo que interesa a los fines de la presente queja, el GCBA opuso excepción de prescripción y contestó demanda (fs. 70/74).

El juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de prescripción (fs. 18/21 vta.), e impuso las costas por su orden.

2. La parte actora apeló la sentencia (fs. 22/28 vta.). El GCBA contestó los agravios (fs. 29/32 vta.).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió revocar parcialmente la sentencia apelada, en cuanto admitió las excepciones de prescripción, con costas por su orden. Los jueces Daniele y Russo consideraron que "el plazo de cinco años como término de prescripción de la acción es aplicable a estas actuaciones, porque aquel respeta las atribuciones locales de la Ciudad de Buenos Aires de tener sus propias normas en materia de responsabilidad, dado que ante un vacío legislativo se acudió para integrarlo con sus leyes y por otro lado, resulta un lapso de tiempo razonable". El juez Centanaro coincidió con la solución pero consideró que era

aplicable el plazo de prescripción decenal conforme lo establece el art. 4023, del Cód. Civil (fs. 34/38).

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 39/45), que previa contestación por el actor (fs. 59/61), fue denegado por la Cámara, entre otras razones, por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable a ella, con costas (fs. 46 y vta.).

4. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 47/55. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo del recurso, por no cuestionarse una decisión definitiva (fs. 79/81).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja planteada por el GCBA para rebatir la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad no puede prosperar ya que éste no se dirige contra una sentencia definitiva, ni equiparable a tal, en los términos del art. 27, LPTSJ.

Como ha sido correctamente señalado por la Sala II y por el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen la decisión que rechazó la excepción de prescripción y dispone la continuación del juicio en primera instancia no es una sentencia definitiva (en similar sentido para el recurso extraordinario federal *Fallos,* 327:836, entre otros). Tampoco cabe asimilarla a ella ya que el GCBA no ha acreditado que esta circunstancia le ocasione un gravamen de imposible o insuficiente remedio ulterior.

La orfandad argumentativa del recurso de queja sobre esta cuestión es ostensible. El GCBA ha pretendido obviar este impedimento para la admisibilidad de su recurso mediante una transcripción parcial del art. 27 de la ley 402, omitiendo consignar la parte del artículo que establece expresamente que el recurso se dirija contra una "sentencia definitiva" (véase fs. 48 vta.).

2. El defecto de fundamentación es relevante pues —de acuerdo con el fallo de la Cámara— corresponde que en primera instancia se dicte una nueva sentencia que considere la totalidad de las defensas planteadas por el GCBA en su contestación de demanda, cuestiones sobre las que nada se ha dicho todavía en las instancias de grado, y que, en la eventualidad de prosperar pondrían fin al proceso con un pronunciamiento favorable al GCBA. En tanto la posibilidad de que el demandado obtenga un pronunciamiento favorable no puede ser descartada *a priori,* es claro que la suerte del proceso no ha sido todavía definida en las instancias de mérito con un pronunciamiento definitivo.

En caso contrario, los agravios emergentes de la sentencia que da lugar a esta queja, si revisten naturaleza constitucional, podrán ser replanteados en oportunidad

de recurrirse la sentencia que ponga fin al proceso, si ella resultara adversa al GCBA y así correspondiere.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja planteado por el GCBA a fs. 47/55.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 47/55 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 revocó la decisión de grado que había admitido la excepción de prescripción opuesta por la Ciudad.

Los magistrados expresaron *i)* que el pronunciamiento atacado no era definitivo 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. 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 nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. 865, resolución del 9/4/2001).

Sin embargo, el quejoso no dedica una sola línea a fin de rebatir el primer fundamento reseñado de la resolución denegatoria: la ausencia de sentencia definitiva o asimilable. En otros términos: el recurrente no cumplió con la carga de demostrar el supuesto error en que incurrieron los jueces de la Sala II al considerar insatisfecho el apuntado recaudo de admisibilidad formal. Esta circunstancia define el rechazo de la presentación del Gobierno y me impide avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por lo tanto, voto por rechazar la queja que luce a fs. 47/55.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja deducida a fs. 47/55 no puede tener acogida favorable. Ello es así por dos razones: la primera remite a los graves defectos de fundamentación que exhibe el escrito recursivo. En efecto, el GCBA, demandado en el caso, no formula una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni se ocupa de rebatir seriamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, en especial por demostrar que el objeto recurrido es una sentencia definitiva o, al menos, que —en la versión amplia que no comparto— la decisión es equiparable a una sentencia de esas características. Por lo contrario, el recurso de queja que obra a fs. 47 y ss. parece confundir la mera discrepancia con los fundamentos de la decisión impugnada, esto es, la negativa a aceptar su contenido, como suficiente para validar la queja. El escrito consiste, en parte, en afirmaciones genéricas respecto de la arbitrariedad, definida en abstracto

y sin indicación alguna acerca del contenido concreto del juicio, y, en parte, en la reproducción del recurso de inconstitucionalidad.

2. Sin embargo, no sólo esa razón sella la suerte del recurso. Tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA cuestiona la decisión de la Cámara que, en el marco de un litigio por daños y perjuicios, rechazó una excepción de prescripción, interpuesta como de previo y especial pronunciamiento, y dispuso la continuación del juicio en primera instancia. En consecuencia, la Ciudad impugna una sentencia interlocutoria y no dirige su impugnación contra una sentencia que revista el carácter de definitiva, emitida por el tribunal superior de la causa, a la que hace referencia el art. 27 de la ley local 402, como presupuesto del recurso de inconstitucionalidad. Por lo demás, el recurso tampoco toma a su cargo el acreditar que la decisión de Cámara genera un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión como la criticada en el *sub lite* a una sentencia definitiva.

Mi opinión al respecto, ya expresada *in re* "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente clausura— apelación'", expte nº 1215/01, resolución del 19/12/2001, no consiente, en principio —tan siquiera para la interpretación del requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal (ley nacional 48, art. 14)—, la conocida teoría de la CSJN acerca de la existencia de decisiones que no constituyen sentencia definitiva pero que, analógicamente, deben ser tenidas por tales. Por razones que he expuesto múltiplemente, yo no comparto el criterio conducente a reconocer una tercera categoría en función de la idea de "equiparabilidad", sobrepuesta al binomio 'sentencia definitiva' / 'sentencia no definitiva' (véase mi voto *in re* "Propietario Figueroa Alcorta 3590/5/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, resolución del 9/11/2005, punto 2).

Mi misma opinión sólo admite una equiparación tal, cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiere que el tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica (el ejemplo de la Constitución italiana y la privación de libertad). La invocación y prueba de un precepto de tal índole no resulta expresada por el recurrente en la causa (conf. mi voto *in re* "Asoc. Civil Golf Club Lagos de Palermo", expte. nº 2778/03, sent. del 16/6/2004).

3. Aunque quien recurre no lo exprese —y, antes bien, produzca confusión—, el recurso no puede referirse a otra de las decisiones de la sentencia recurrida, v. gr., aquella que rechaza la demanda en contra del demandado Aisenstein por falta de legitimación pasiva, puesto que la Ciudad, demandada, no sufre agravio alguno por esa decisión (a contrario: sí lo ha sufrido el actor, demandante, que no recurre esa decisión, ya firme). La Ciudad tampoco fue quien, sobre la base de alguna regla jurídica, citó al señor Aisenstein a juicio. Esas razones bastan para rechazar

el recurso en relación a todo lo decidido —según lo expone la Ciudad—, esto es, a la pretensión de que se revoque totalmente la sentencia de la Cámara.

4. Tampoco existe cuestión constitucional relacionada con el agravio, pero la solución que adopto sobre los otros presupuestos del recurso me exime de mayor referencia a los demás. Baste decir que, otra vez, se utiliza libremente la palabra *arbitrariedad* para denotar mera discrepancia con la solución del caso y pretensión de una tercera instancia de mérito.

5. Las consideraciones que anteceden me llevan a coincidir sustancialmente con la opinión del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano y, de este modo, a rechazar el recurso de queja planteado por el GCBA a fs. 47/55.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, y a las consideraciones que en sentido concordante efectúa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs.79/81), dado que ponen adecuadamente de resalto que tanto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA como la queja que lo sostiene no se dirigen contra una sentencia definitiva, tal como lo exige el art. 27 de la ley 402. Además, en este punto se advierte que la demandada no ha esgrimido fundamentos para respaldar la equiparación del decisorio recurrido a uno de tal naturaleza.

Resulta oportuno recordar que nuestra 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; también en este punto, remito a mi reciente voto *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bargiela, Juan Carlos c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'", expte. nº 5593/07, sent. del 30/6/2008).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto.

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. 47/55.

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.

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.*

CLXXII

"BOTTINI, CARMEN BEATRIZ C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN 'BOTTINI, CARMEN BEATRIZ C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)' S/INCIDENTE DE REGULACIÓN DE HONORARIOS"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES: Admisibilidad parcial del recurso de inconstitucionalidad. Base de cálculo. IVA.

SUMARIOS:

1. Dado la admisibilidad parcial del recurso de inconstitucionalidad, la imposición de costas por su orden en el fallo dictado por el tribunal, y las pautas establecidas en los arts. 6º (en especial, incs. b], c], d] y f]) y 14 de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432), corresponde fijar los honorarios por la actuación en el recurso de inconstitucionalidad y la queja, en un importe levemente superior al 30 % del fijado en primera instancia en relación con el monto de la condena incrementado a raíz del éxito obtenido ante este Tribunal, suma a la que debe adicionársele el IVA de encontrarse el profesional inscripto frente al tributo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Francisco Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 4245-1/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Carlos Alfredo Mazzulla, letrado apoderado de la señora Carmen Beatriz Bottini, actora en autos, solicita la regulación de sus honorarios por la labor desarrollada ante estos estrados (fs. 75 y 82, de este incidente).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La intervención del letrado Carlos Alfredo Mazzulla mediante el recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/21 vta.) y la queja (fs. 30/40 vta.) estuvo dirigida a obtener un reconocimiento indemnizatorio más elevado que el que fuera fijado en la sentencia de Cámara, que fijó el monto de la condena al GCBA en *$ 347.000,* por todo concepto y para el conjunto de los accionantes.

La suma discutida ante el Tribunal y respecto de la cual debía decidirse en la sentencia estuvo, pues, limitada a aquella por la que la actora recurrió y expresó agravios.

2. El recurso de inconstitucionalidad, aunque consideró que no fueron indemnizados "el daño material y el daño moral producto de las lesiones psicológicas" ni "el tratamiento psicológico [al] que los actores deben someterse para evitar el agravamiento de sus dolencias" (fs. 486, expediente principal; y en similar sentido fs. 487 vta.: "petitorio"), no estableció las sumas pretendidas por la parte actora.

La decisión del Tribunal fue parcialmente favorable a los actores y, de acuerdo a lo peticionado en el recurso, dispuso que la Cámara debía adicionar a la sentencia condenatoria el monto necesario para atender los gastos que irrogue el tratamiento psicológico de los actores (véase fs. 57, punto 3.b. y fs. 72). Posteriormente, la Sala I —como consecuencia de lo dispuesto por el Tribunal— amplió la condena en la suma total de *$ 72.800,* más sus intereses (fs. 603/604, expediente principal). La regulación practicada en primera instancia en la suma de *$ 151.000* tuvo en cuenta el total de la condena, más los intereses devengados de acuerdo a las pautas señaladas por la Cámara de Apelaciones (*$ 774.318,46*: véase liquidación a fs. 610, regulación en primera instancia a fs. 81 de este incidente —corresponde a fs. 619/620, expediente principal— y confirmación por la Cámara a fs. 81 de este incidente —corresponde a fs. 703 del expediente principal—).

El porcentaje de la suma obtenida como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal en relación al monto total de la condena finalmente resultante fue el *16,98 %.* Aplicando ese porcentaje a la regulación de primera instancia (151.000 x 16,98 %), los honorarios fijados en primera instancia por la suma adicionada mediante el recurso de inconstitucionalidad fueron *$ 25.639,80.* Ésa es la base de cálculo firme a considerar a los fines del art. 14, LA.

3. Como ya señalé, el recurso de inconstitucionalidad prosperó, únicamente, en cuanto al pago de los tratamientos psicológicos que deben realizarse los integrantes del grupo familiar demandante. Por el contrario, el recurso fue rechazado en relación con la pretensión tendiente a que se incorpore en la cuantía de la indemnización el daño moral y las incapacidades psicológicas causadas a cada uno de los actores (véase fs. 57, punto 3.a.).

Teniendo en cuenta esas circunstancias, la imposición de costas por su orden en el fallo dictado por el tribunal, y las pautas establecidas en los arts. 6º (en especial, incs. b], c], d] y f]) y 14 de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432) voto por que se fije los honorarios del abogado Carlos Alfredo Mazzulla, por su actuación en el recurso de inconstitucionalidad y la queja, en la suma de *$ 7.700 (pesos siete mil setecientos),* importe levemente superior al 30 % del fijado en primera instancia en relación con el monto de la condena incrementado a raíz del éxito obtenido ante este Tribunal. A esa suma se deberá adicionar el IVA de encontrarse el profesional inscripto frente al tributo (*Fallos,* 316:1535).

Los jueces JULIO B. J. MAIER y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a la regulación de honorarios practicada por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que la solución que aquí se propicia no importa convalidar el criterio adoptado en primera instancia para la determinación de la base regulatoria —diverso al sostenido en la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de la Nación de *Fallos,* 317:1378; 325:242; entre muchos otros; y más recientemente *in re*: "Autolatina Argentina S.A. v. Dirección General Impositiva" (*Fallos,* 330:704), sent. del 13/3/2007—, en tanto tal cuestión no ha sido motivo de agravio de la Procuración General de la CABA ante este Tribunal, lo que condiciona su competencia para expedirse al respecto.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios del abogado Carlos Alfredo Mazzulla en la suma de $ 7.700 (pesos siete mil setecientos), más el IVA, si correspondiere.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva a la Cámara remitente junto con el principal.

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.*

CLXXIII

"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: Cuestión federal. Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Metrovías. Contrato de concesión. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La pretensión de que se revise la interpretación de la ley 210, a efectos de obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos local, ente contemplado en el art. 138 de la CCBA, es una cuestión claramente ajena al ámbito del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal frente al desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción cuestionada y reclamar la competencia federal, que no se funda en norma federal alguna, sino en la mera invocación del contrato de concesión o en la cláusula en que las partes acordaron llevar sus disputas al fuero federal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando se omite transcribir ciertas normas jurídicas a las que se alude que no están publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina y no se indica su período de vigencia (art. 8º, Acordada 4/07 CSJN). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando no se satisface el requisito del inc. e) del art. 3 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).*

5. Es inadmisible el recurso extraordinario federal que, mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad pretende suplir la ausencia de cuestión federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5501/07 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 445/464 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 14/5/2008 por la que el Tribunal admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

2. El recurso es contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, que solicita su rechazo (fs. 467/473 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

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

2. Para justificar la existencia de una cuestión federal la recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas —sostiene que la sentencia recurrida le ocasiona "un agravio constitucional irreparable, en tanto se lo priva de una tutela judicial efectiva, al no poder tener acceso a sus jueces naturales y al no autorizarse a tiempo la citación del Estado nacional como tercero, todo ello en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 452 vta.)—. Agrega que la controversia de autos

compromete "un servicio público de Carácter Nacional" (fs. 450) por tanto, a su criterio, "la competencia federal deriva de la propia naturaleza del conflicto" (fs. 450) pues para ejercer las potestades sancionatorias cuestionadas "hay que indefectiblemente interpretar y aplicar lo que prevé sobre el particular el *contrato de concesión* de conformidad a las disposiciones que conforman el marco normativo de la *concesión*" (fs. 457 vta.) cuyo control se encuentra a cargo del Estado nacional. En apoyo de esa posición, Metrovías reitera que el art. 23 del apuntado contrato de concesión establece que, a los efectos derivados del mismo, las partes se someten a la jurisdicción contencioso administrativa federal de la Capital. También cita, por considerarlo aplicable al caso de autos, el precedente "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Vecinal Belgrano C. Manuel Belgrano y otro c/GCBA y otro s/amparo'" —*Fallos,* 328:2716—, resuelto por la CSJN con fecha 28/7/2005.

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

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

El desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción cuestionada y reclamar la competencia federal, *no viene fundado en norma federal alguna,* sino en la mera invocación del contrato de concesión o, en el mejor de los casos, en la cláusula en que las partes acordaron llevar sus disputas al fuero federal. Sin embargo, la recurrente no propone una interpretación que explique por

qué razón la mera existencia de un contrato de concesión, cuyo concedente es la Nación, importaría, por sí mismo, la exclusión de las competencias locales, según lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la C.N., del cual tampoco se hace cargo la recurrente. En tal contexto, el pronunciamiento impugnado, depende exclusiva o, cuanto menos, primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (*Fallos,* 324:4349).[27] Ello así, el recurso extraordinario federal no ha logrado poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

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

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

4. El agravio planteado a fs. 453 vta., 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'", soslaya que el planteo deducido no justifica la apertura de la vía

[27] El encuadre de la ley 24.240, como norma dictada en ejercicio de las competencias previstas en el art. 75, inc. 12 de la C.N., se completa con el precedente de *Fallos*, 324:1740 que atribuye carácter federal a las disposiciones de esa norma "en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional".

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, es dable advertir que existen diferencias entre la cuestión debatida en aquel caso y la planteada en este expediente y al mismo tiempo el recurso deducido no contiene ningún esfuerzo argumental para intentar salvarlas. En aquella oportunidad, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que la acción de amparo promovida por una asociación vecinal para obligar a Metrovías a realizar obras para que el servicio de transporte subterráneo sea inocuo al sistema auditivo de los usuarios debía tramitar ante la justicia federal. En el *sub examine*, como se dijo, debe resolverse la impugnación de un acto administrativo del ente regulador de la Ciudad.

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

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

Por lo demás, el recurso tampoco satisface el recaudo señalado en el art. 8º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN —lo que bastaría por sí solo para desestimarlo— ya que ha omitido transcribir la ley local 373 (mencionada a fs. 449 vta.), los "arts. 84, ss. y concs." del CCAyT (ley 189), a los que alude (fs. 452) y la ley 747 (fs. 458 vta.), y expresarse respecto de su vigencia.

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto común que antecede y afirmo también que la impugnación no se dirige contra una sentencia definitiva, según lo indiqué en el recurso de queja previo (por rechazo del de inconstitucionalidad local), posición allí suficientemente fundada y fundamento que no vale la pena repetir específicamente, ante el rechazo del recurso ahora interpuesto por otras razones también válidas y compartidas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 446/464 vta. 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.

En efecto, no hay ninguna cuestión federal que amerite la apertura del recurso. La lectura del escrito de fs. 446/464 vta. 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, 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.463 vta./464, 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, con costas a la vencida (art. 62, primer párrafo, CCAyT). Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 440, punto 3.

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.*

En similar sentido se resolvió en las causas 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 Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" y 5568/07 *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*, del 13/8/2008.

CLXXIV

"SANTIAGO, ALICIA NOEMÍ 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. Reglamentación de ley local.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal si no se refutan pormenorizadamente los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada ni se demuestra que haya relación directa e inmediata entre la sentencia recurrida y las normas federales invocadas. (art. 3º, incs. d] y e] de la Acordada 4/07 CSJN). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal que no cumple con el requisito establecido en el art. 1º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, referido a la extensión del escrito, ni satisface la exigencia señalada en el art. 8º, al omitir la transcripción de las normas citadas en el escrito, y la referencia respecto de su vigencia. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. El recurso extraordinario federal debe denegarse pues no satisface la carga de efectuar una crítica concreta, razonada y suficiente del argumento central del fallo cuestionado ni aporta argumentos que permitan apartarse del principio según el cual las cuestiones relativas a la admisibilidad de recursos locales no son revisables en esta instancia extraordinaria, ya que por su índole no exceden el marco de las facultades propias de los jueces de la causa. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. El agravio vinculado con la presunta incompetencia de CASSABA para reglamentar la ley 1181 además de omitir criticar el sustento argumental del decisorio atacado, tampoco trae a debate cuestión federal alguna, pues la cuestión se dirime mediante la interpretación del art. 102 de la CCBA y no por reglas de derecho federal. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5535/07 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Alicia Noemí Santiago interpuso recurso extraordinario federal (fs. 264/280, carátula a fs. 283/284) contra la decisión del 30/4/2008 (fs. 243/256), por la que el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

Corrido el traslado pertinente, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 288/303).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso fue interpuesto en el plazo legal, por escrito y ante el tribunal superior de la causa, pero no puede ser admitido en atención a las razones que se exponen a continuación.

2. La presentación cumple sólo parcialmente con los requisitos establecidos en el art. 1º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, aunque se adecua a los previstos en su art. 2º.

3. Sin embargo, el recurrente no refuta pormenorizadamente los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada ni demuestra que haya relación directa e inmediata entre la sentencia recurrida y las normas federales invocadas, conforme lo exige el art. 3º, incs. d] y e] del reglamento referido.

4. Por ello, voto por declarar inoficioso el recurso extraordinario federal interpuesto por Alicia Noemí Santiago. Costas por su orden.

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

1. La recurrente ha cumplido con el requisito temporal exigido por la ley para la interposición del recurso extraordinario federal. Sin embargo, él no resulta procedente.

2. En primer término, el recurso no cumple con el requisito establecido en el art. 1º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, referido a la extensión del escrito. Específicamente, el número de renglones empleados en cada

una de las páginas que integran ese escrito superan claramente el de veintiséis (26), autorizado por esa reglamentación.

La recurrente tampoco satisface la exigencia señalada en el art. 8º de ese reglamento, ya que ha omitido transcribir los arts. 120 y 131 y la cláusula transitoria de la ley 1181, así como el texto de la resol. 002-D/04 de CASSABA, citados en el escrito, y expresarse respecto de su vigencia. Además, la actora no refuta de manera pormenorizada los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión recurrida.

Por último, el recurso no logra demostrar la relación directa e inmediata entre lo resuelto y ciertas normas federales invocadas (la recurrente cita los arts. 4º y 52 de la C.N., disposiciones referidas exclusivamente al Gobierno federal), como lo exige el art. 3º, inc. e).

De este modo, el escrito de interposición del recurso extraordinario reproduce, casi en su totalidad, la fundamentación del recurso de inconstitucionalidad local. Ello configura un cuadro jurídico dentro del cual no se aprecia o advierte la existencia de una cuestión federal que deba ser atendida.

3. La sentencia contra la que se plantea el recurso de inconstitucionalidad no es pasible de ser cuestionada por el recurso intentado por la actora. Cabe recordar que la mayoría del Tribunal (voto conjunto de los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás), al rechazar el recurso de inconstitucionalidad, señaló que "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 [fallo del TSJBA *in re:* 'Fornasari', al que remitió la Cámara] 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".

Sobre este punto de la sentencia, que resultó el fundamento principal del rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el recurrente sólo expresa que son "fundamentos aparentes" (fs. 275 vta., primer párrafo), genéricos (fs. 275 vta., segundo párrafo), y que "[P]or consiguiente, se ha incurrido en un exceso ritual manifiesto, desestimándose el recurso de inconstitucionalidad con sustento formal, sin expedirse sobre el fondo de la cuestión" (fs. 275 vta., sexto párrafo). No hay argumentación adicional: las restantes manifestaciones sólo son transcripciones de fallos y de doctrina (fs. 275 vta./276). Se advierte, entonces, que el recurso no satisface la carga de efectuar una crítica concreta, razonada y suficiente del argumento central del fallo cuestionado ni aporta argumentos que permitan apartarse

de la doctrina de nuestra Corte Suprema de la Nación que en forma reiterada ha establecido que las cuestiones relativas a la admisibilidad de recursos locales no son, en principio, revisables en esta instancia extraordinaria, ya que por su índole no exceden el marco de las facultades propias de los jueces de la causa (*Fallos,* 302:1134; 308:1253; 311:519 y 926, entre otros).

En realidad, el planteo remite a la doctrina de la "arbitrariedad", mas pierde de vista que la admisibilidad del recurso por esta causal, establecida por la CSJN 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); circunstancias que no cabe atribuir al pronunciamiento atacado.

4. Por otra parte, el agravio que introduce la actora en el recurso, vinculado con la presunta incompetencia de CASSABA para reglamentar la ley 1181 ("*a.-* Derecho al debido proceso legal. *a.-1.* Incompetencia del órgano que dictó la reglamentación atacada", fs. 269 vta., desarrollado a fs. 271/273), además de omitir criticar el sustento argumental del decisorio atacado, tampoco trae a debate cuestión federal alguna, pues la cuestión se dirime mediante la interpretación del art. 102 de la CCBA y no por reglas de derecho federal. No es, por ende, una cuestión que habilite la competencia de la CSJN. Aunque los votos de los jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier admitieron que se presentaba una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27 de la ley 402, ello no trae aparejado, directamente, que en el caso también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la ley 48.

5. El carácter *extrapetita* y autocontradictorio que el recurrente atribuye a la sentencia mediante la crítica al voto del juez Julio B. J. Maier (fs. 274/275) y al agregado singular que efectuó el juez Luis. F. Lozano (fs. 276 y vta.), pierde de vista que el núcleo de la decisión estuvo dado en el voto conjunto que definió el sentido de la decisión (señalado en el punto 3 precedente) que, como se dijo, no autoriza la habilitación de la jurisdicción de la CSJN. Por lo demás, uno y otro voto se han expedido en forma fundada y suficiente sobre los presupuestos de la actuación judicial (la existencia de "caso" en el voto del juez Lozano; y los presupuestos del amparo, en el voto del juez Maier), condicionante de la aptitud del Tribunal para resolver el posterior recurso de inconstitucionalidad.

6. La denunciada "ausencia de pronunciamiento de cuestión litigiosa" (fs. 273 y vta.), vinculada con la incompetencia de la CASSABA para reglamentar la ley, no es un agravio autónomo y remite a lo señalado en los puntos 3 y 4 que anteceden. El Tribunal no se expidió sobre ese punto debido a la insuficiencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora.

Igual consideración merecen las referencias a la afectación del derecho a la propiedad (art. 17, C.N.), a la justa retribución (art. 14 bis, C.N.) y a la superposición de aportes (art. 14 *bis*, C.N.) (fs. 276 vta./278).

7. Finalmente, el agravio referido a la falta de razonabilidad en la reglamentación de la ley 1181, particularmente señalada en el art. 5º de ese reglamento, y que afectaría —de verificarse— el principio de legalidad que regula la contribución previsional, tampoco se vincula con lo decidido por la sentencia del Tribunal que el actor ahora recurre. Además, 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 de la Cámara de Apelaciones, sin hacerse debidamente cargo de los diversos fundamentos desarrollados en la sentencia de ese 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.

8. Por lo expuesto, el recurso debe ser denegado, con costas a la parte vencida (art. 68, CPCCN).

El juez José O. Casás agregó:

En relación a los fundamentos expresados precedentemente, sólo deseo acotar que considero suficientes para sustentar la solución que se propicia todos aquellos que encuentran apoyo legal y se reflejan en la constante doctrina de la CSJN. Por lo demás, en tanto el Tribunal ya se ha desprendido de la competencia para resolver el fondo de la cuestión debatida en las presentes actuaciones, resultan inatingentes las consecuencias que pudieran derivarse de la ley 2811, vigente a partir del 1º de agosto del corriente año (véase art. 18 de la misma), por la que se dispone la disolución e inicio del proceso de liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CASSABA— (conf. *BOCABA*, nº 2988, del 7/8/2008).

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Alicia Noemí Santiago, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 256, punto 2.

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.*

CLXXV

"HERRERA, NATALIA JULIANA C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caso constitucional. Agravio extemporáneo.

SUMARIOS:

1. Dado que no se ha acreditado el desarrollo de alguna defensa ante los jueces de mérito dirigida, como lo hace ante esta instancia, a sostener la razonabilidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 en cuanto definió qué debía entenderse por "profesional recientemente recibido", el planteo propuesto por el recurrente es producto de una reflexión tardía, formulado por vez primera ante esta instancia, situación que impide su tratamiento, puesto que el Tribunal intervendría en instancia originaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El TSJBA no es competente para recursos referidos a la correcta o incorrecta interpretación del derecho común (infraconstitucional), de modo que la interpretación dada por el tribunal de mérito, correcta o incorrecta, finaliza el litigio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Cabe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad cuando las objeciones planteadas por el recurrente no se vinculan con cuestión constitucional alguna en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, y sólo trasuntan una discrepancia con la interpretación de normas infraconstitucionales efectuada por el *a quo. (Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La mera mención de que se afectan principios y derechos de índole constitucional no es suficiente para habilitar la vía recursiva extraordinaria intentada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5792/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La doctora Natalia Juliana Herrera promueve acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), con el objeto de que "se *ordene a CASSABA que [le] permita ejercer la opción prevista en el segundo párrafo del art. 5º de la ley 1181*..." (el subrayado pertenece al original) (fs. 2) y que, una vez ejercida dicha opción, no se la considere afiliada al régimen previsto por la mencionada ley. A tales fines, solicita *i)* que se declare la nulidad de la reglamentación del art. 5º de

la ley 1181 (conf. resol. 004-A/05), en cuanto definió como "...'profesional recientemente recibido', a los fines del art. 5º, segundo párrafo de la ley 1181, a quien ha finalizado sus estudios de abogacía o procuración antes de la publicación de la ley 1181 (2/12/2003) y no se le haya expedido el título respectivo al 1º/1/2005"; y *ii)* que el plazo de 90 días consignado en el art. 5º de la ley 1181 se comience a contar desde la matriculación en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y no "...a partir del día siguiente al de la fecha de expedición del título" (fs. 1/17) como pretende la reglamentación de dicho artículo.

2. Corrido traslado de la demanda, la CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 (fs. 80/98 vta.), 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 pretensión de no considerar a la actora como afiliada a CASSABA.

3. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y declaró "...con relación a la actora, su derecho a ejercer la opción prevista en el art. 5º de la ley 1181 y la inconstitucionalidad e inoponibilidad [*sic*] de la reglamentación del artículo mencionado, efectuada por conducto de la resol. 004-A/05 de la Asamblea de la entidad demandada" (fs. 126 vta.). Fundó su decisión, principalmente, en que "... la entidad demandada carece de competencia para dictar una reglamentación de las características de la que aquí se cuestiona..." (fs. 123 vta.). A su vez, aun cuando reconoció que ese argumento era suficiente para hacer lugar a la pretensión de la actora, sostuvo que la reglamentación vino a apartarse de los fines perseguidos por la ley al omitir "...regular el régimen que debe aplicarse al caso de los profesionales recibidos con posterioridad a la entrada en vigencia de ella" (fs. 124 vta.), supuesto contemplado, a juicio de dicho magistrado, en el art. 5º de la ley 1181. Por último, señaló que la reglamentación resultaba violatoria del principio de reserva de ley.

4. CASSABA apeló la sentencia de primera instancia (fs. 135/163). El actor contestó el traslado del memorial de agravios solicitando su rechazo (fs. 166/168).

5. La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia de primera instancia, únicamente, en cuanto posibilitó a la actora ejercer la opción prevista en el art. 5º de la ley 1181. Para así decidir, sostuvo que "...no puede considerarse 'profesional recientemente recibido' sólo a quienes se encontrasen en la situación pretendida por la reglamentación atacada —esto es, recibidos con anterioridad al 2/12/2003 y sin título expedido al 1º/1/2005— puesto que con ello se restringe abiertamente y sin ningún tipo de justificación la excepción legalmente prevista. Y si bien es la propia norma la que dispone '...la acreditación de los extremos requeridos debe ser establecida por la reglamentación...' (véase art. 5º, *in fine*), ello se topa con un talud de razonabilidad que funciona como límite clásico al ejercicio de la facultad conferida. Es decir, la aludida reglamentación jamás podrá alterar o modificar la

prescripción legal, cosa que evidentemente sucede con la aquí cuestionada en tanto limita a un determinado período de tiempo la existencia de una 'categoría jurídica' que, por sus características, tiende a perdurar renovándose constantemente..." (la cursiva corresponde al original) (fs. 180 vta.). Asimismo, y ante la eventualidad de que la opción del art. 5º sea ejercida por la actora, entendió que resultaba pertinente expedirse acerca de la legitimidad de la resol. 004-A/05 en cuanto establece que quienes ejerzan la opción quedaran exentos, únicamente, de cubrir el aporte mínimo anual obligatorio (AMAO). En este orden de ideas, y sobre la base de lo resuelto 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, revocó la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la resol. 004-A/05 de la Asamblea de CASSABA.

6. CASSABA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 187/207 vta.), que previa contestación por el actor (fs. 212), fue declarado parcialmente admisible por la Sala II (fs. 214/215 vta.).

7. A fs. 223/225 vta. obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, quien propicia que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Asiste razón a la parte actora en cuanto sostiene —en la contestación del traslado conferido que obra a fs. 212— que el planteo que pretende traer la demandada a conocimiento de este Tribunal es fruto de una reflexión tardía, por lo que el recurso de inconstitucionalidad debe ser declarado mal concedido.

2. CASSABA controvierte la interpretación que la Cámara le asignó al art. 5º de la ley 1181 (conf. punto 5 de los resultas). Señala que "[l]a disposición en análisis [esto es, el art. 5º, segundo párrafo, de la ley 1181], no puede suponerse como una cláusula que perdura en el tiempo, sino que ha sido prevista como una norma temporal, de plazo estrictamente determinado, a fin de paliar las circunstancias derivadas de la transición de un sistema de seguridad social al otro" (subrayado en el original) (fs. 203 vta.). En este orden de ideas, afirma que esa previsión legal tenía por único fin contemplar la situación "...de aquellos abogados que se encontraban recibidos al momento de entrada en vigencia de la norma (2/12/2003) y [...] efectivamente aportando a otro sistema provisional, público o privado o, en su defecto, que al momento de instaurarse el sistema poseían una simultaneidad inicial y potencial de afiliación en distintos sistemas provisionales" (fs. 203/203 vta.). En dicho contexto, aduce que la reglamentación vino a evitar que aquellos profesionales que hubieran terminado sus estudios antes del 2/12/2003, pero a los que por motivos administrativos no se les había expedido el título se encontrarán en una situación menos favorable que la que aquellos abogados que, a esa fecha, se encontraban habilitados para ejercer la profesión.

3. Constituye una carga de quien recurre mostrar que sus agravios vienen formulados contra los fundamentos de la sentencia recurrida o, en su defecto, que dicho pronunciamiento omitió tratarlos no obstante haber sido puesto el tribunal emisor en el deber de hacerlo, a cuyo fin debe acreditar que los introdujo oportunamente y los mantuvo; situación que no se halla acreditada en autos.

En el caso, el *a quo* en ningún momento trató la cuestión hoy propuesta por la demandada para arribar a la decisión que luce en el punto 5 de los resultas y, menos aún, señaló la existencia de un planteo con tal alcance al relatar las constancias de la causa y los argumentos esgrimidos por las partes.

A su vez, la recurrente no propuso a la Cámara en el memorial de agravios, una versión del agravio que pusiera a dicho tribunal en el deber de pronunciarse a ese respecto, y en línea con ello en su recurso de inconstitucionalidad no trata el punto relativo a la adecuada introducción del asunto. Por lo demás, tampoco surge del relato efectuado por el juez de primera instancia que la cuestión le hubiera sido propuesta. En este orden de ideas, dicho magistrado resumió las defensas de la parte demandada del siguiente modo:

En su escrito argumenta en torno a la improcedencia sustancial de la pretensión. En primer lugar, se refiere al fundamento constitucional del sistema previsional creado por la ley 1181. A continuación examina la relación del afiliado con la Caja y observa que, cuando se trata de la realización de aportes, el obligado es el afiliado, y cuando se trata de contribuciones, su exigibilidad se extiende al obligado al pago de los honorarios judiciales o la tasa de justicia. // Sentado ello, introduce una serie de consideraciones en torno al régimen previsional local y a la necesidad de su financiamiento. Postula así una serie de principios que deben ser tenidos en cuenta para la interpretación del régimen, entre los cuales menciona el de solidaridad social y el de universalidad. De ellos infiere que, con prescindencia de la obtención de un beneficio, los miembros de la sociedad deben aportar los medios necesarios para el suministro de las prestaciones. Además, señala que admitir la no realización de aportes, pese a los trabajos realizados, atentaría contra el principio de obligatoriedad de los seguros sociales. // Luego efectúa lo que entiende que es una interpretación razonable del régimen previsional local, citando párrafos de la obra de Vázquez Vialard. A su entender, aun los exceptuados de aportar al régimen de la CASSABA, están obligados a abonar las contribuciones previstas en la reglamentación, en la medida en que ejercen su actividad profesional en esta jurisdicción. Sostiene que las excepciones previstas en el art. 67 de la ley 1181 sólo se refieren al aporte mínimo anual obligatorio, pero no se extienden a los aportes previstos en los arts. 62 y 72 de la ley. // Por otro parte, argumenta en torno a las potestades reglamentarias de la Asamblea. Al respecto, afirma que la reglamentación de la ley compete a la CASSABA, sin intervención del Poder Ejecutivo. Ello, en tanto este último no tiene a su cargo la aplicación de esa normativa. // Por último, se refiere a la improcedencia del cauce procesal elegido por el actor" (fs. 120/120 vta.).

De lo expuesto, surge que la demandada dirigió sus alegaciones, desde un primer momento, a defender la legitimidad del sistema instaurado por la ley 1181 en cuanto exime a quienes ejercen la opción que prevé el art. 5º, únicamente, del pago

del AMAO. Empero, no se halla acreditado que haya desarrollado alguna defensa ante los jueces de mérito dirigida, como lo hace ante esta instancia, a sostener la razonabilidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 en cuanto definió qué debía entenderse por "profesional recientemente recibido".

En tales condiciones, tal como señalé, el planteo propuesto por el recurrente es producto de una reflexión tardía, dado que fue formulado por vez primera ante esta instancia, situación que impide su tratamiento, puesto que de hacerlo este Tribunal lo haría en instancia originaria.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por, declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 191/207.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite y advierto que, tras el planteo del recurrente, no existe ninguna cuestión constitucional a dilucidar sino, tan sólo, un problema de interpretación del art. 5º, párrafo dos, de la ley local 1181.

El TSJBA no es competente para recursos referidos a la correcta o incorrecta interpretación del derecho común (infraconstitucional), de modo que la interpretación dada por el tribunal de mérito, correcta o incorrecta, finaliza el litigio. El recurso interpuesto sólo representa la discordancia del demandado con la interpretación de los jueces de mérito.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Comparto la solución que propicia el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, consistente en declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA a fs. 191/207 vta. Ello así, puesto que, en mi concepto, las objeciones planteadas por el recurrente no se vinculan con cuestión constitucional alguna en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, en tanto sólo trasuntan una discrepancia con la interpretación de normas infraconstitucionales efectuada por el *a quo* (véase punto III del dictamen del señor Fiscal General Adjunto obrante a fs. 223/225, cuyos términos comparto).

Por lo demás, en tanto el Tribunal no ha habilitado su competencia para conocer en el proceso, resultan inatingentes las consecuencias que pudieran derivarse de la ley 2811, vigente a partir del 1º de agosto del corriente año (véase art. 18 de la misma), por la que se dispone la disolución e inicio del proceso de liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CASSABA— (conf. *BOCABA*, nº 2988, del 7/8/2008).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por CASSABA a fs. 191/207 vta. (concedido parcialmente por la Sala II de la Cámara CAyT a fs. 214/215 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 recurso produce un agravio irreparable a mi parte, de naturaleza federal, en tanto implica el desconocimiento de

facultades expresamente previstas en la Constitución Nacional, por medio de una interpretación descalificada y contraria a la validez de normas federales (arts. 1º, 5º, 7º, 17, 18, 28, 33, 121, 122, 125, 129, C.N., art. 8º de la ley 24.588, Acordada CSJN 6/05). Asimismo, el Tribunal *a quo*, se ha arrogado facultades legislativas y de reglamentación que no le competen" (fs. 191 vta.). También denuncia la situación desigualitaria en que la sentencia recurrida colocaría a abogados que se desempeñan en el ámbito de la Ciudad Autónoma (fs. 206).

Una lectura atenta del escrito de fs. 213/233 pone en evidencia que la mención de los derechos contenidos en la Constitución Nacional 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 intentar, siquiera, 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. 191/207, con costas.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 191/207.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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.*

CLXXVI

"NESPRIAS, CLAUDIA MARCELA 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. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal cuando se controvierte el sentido que corresponde asignarle a una ley local (la ley 1181), cuestión que resulta ajena a la competencia de la CSJN por la vía del art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. No cabe introducir la cuestión federal mediante la invocación de la arbitrariedad pues ella es estricta, y 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).*

3. Cabe admitir el recurso extraordinario federal interpuesto que cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente tanto por la ley 48, el CPCCN y la Acordada 4/07 de la CSJN, si el escrito refiere los hechos relevantes de la causa, cuenta con fundamentación suficiente, la sentencia de este Tribunal es definitiva y fue dictada por el superior tribunal de la causa, pues la legislación local no prevé ningún recurso contra la sentencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Cabe admitir el recurso extraordinario federal interpuesto en tanto el pronunciamiento del Tribunal se expidió a favor de la validez de la norma local cuestionada y desestimó el planteo constitucional (local y federal) efectuado por la recurrente, pues presenta una cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 2º de la ley 48. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5533/07 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Claudia Marcela Nesprias interpuso recurso extraordinario federal (fs. 277/293, carátula a fs. 274 y vta.) contra la decisión de fecha 14/5/2008 (fs. 254/269) por la que el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

Corrido el traslado pertinente, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 296/311).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente tanto por la ley 48, el CPCCN y la Acordada 4/07 de la CSJN.

En tal sentido, corresponde consignar que el escrito refiere los hechos relevantes de la causa, cuenta con fundamentación suficiente, la sentencia de este Tribunal es definitiva y fue dictada por el superior tribunal de la causa, pues la legislación local no prevé ningún recurso contra la sentencia.

2. Como fue señalado en la sentencia recurrida, el problema central que se discutió en el recurso de inconstitucionalidad —cuyo rechazo motiva la apelación extraordinaria— fue si el art. 5º de la resol. 004-A/05 de la CASSABA, reglamentario de la ley 1181, vulnera el principio de legalidad en materia tributaria, establecido tanto en la Constitución Nacional como en la Constitución local.

En tal sentido, señala la actora que "En el *sub lite* se observa que las normas federales invocadas (arts. 5º y 17 de la C.N.) tienen directa relación con lo debatido y resuelto en el caso, ya que la creación de una obligación de naturaleza tributaria a través de un reglamento contradice la exigencia de que ese tipo de obligaciones provenga de la ley (art. 17 de la C.N.), lo que a su vez constituye un principio del que las provincias no pueden apartarse (art. 5º y doctrina del caso 'Doncel de Cook')" (fs. 283). Y que la sentencia, objeto del recurso, "...legitima un acto administrativo (la res. 004-A-05 de CASSABA) que ha extendido una obligación de naturaleza tributaria a personas que no estaban alcanzadas por la misma en virtud de la exención prevista en el art. 5º, parr. 2º de la ley 1181 de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 283 y vta.).

En tanto el pronunciamiento del Tribunal se expidió a favor de la validez de la norma local cuestionada y desestimó el planteo constitucional (local y federal) efectuado por la abogada Claudia Marcela Nesprias, el recurso extraordinario presenta una cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 2º de la ley 48. Por lo demás, tal cuestión fue introducida oportunamente al debate y mantenida en todas las instancias y los agravios que ahora se invocan guardan directa relación con el planteo de constitucionalidad efectuado.

3. Por las razones expuestas, corresponde conceder el recurso extraordinario federal incoado por la actora. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El recurso extraordinario debe ser denegado porque el agravio en el que busca apoyo la recurrente, violación del principio de reserva de ley, carece de relación directa con lo resuelto en el *sub examine*. En efecto, si bien es cier-

to que en la interpretación de la ley 1181 que propone la actora, el art. 5º de la resol. 04-A/05 (dictada por la Asamblea de Representantes de CASSABA) vendría a conculcar el mencionado principio, no lo es menos que no ocurre lo mismo si se adoptase aquella otra interpretación que para igual norma adoptó este Tribunal, circunstancia que determina que lo estrictamente controvertido es el sentido que corresponde asignarle a una ley local (en el caso, la ley 1181), cuestión que, a su turno, resulta ajena a la competencia de la CSJN por la vía del art. 14 de la ley 48.

Lo expuesto no se ve enervado porque la recurrente afirme, sobre la base de lo resuelto por la CSJN *in re* "Doncel de Cook c/Provincia de San Juan", que "…no impide que la Corte Suprema analice si [el art. 5º de la resol. 04-A/05] es […] compatible con el art. 17 de la C.N.…" (fs. 281 vta.) el hecho de que este Tribunal haya interpretado normas locales para resolver en contra de sus pretensiones. Ello así, porque la situación acaecida en el precedente que cita la recurrente para abonar su postura difiere de la ocurrida en el *sub lite*. Esa causa, a diferencia de ésta, tramitó en instancia originaria de la Corte Suprema. Ello llevó a que ese tribunal no se encontrase, para resolver como lo hizo, en la obligación de tener que revisar y desechar por arbitraria una interpretación de la normativa local, que le viniese dada por los jueces provinciales, según la cual la reglamentación no había desbordado el alcance del tributo previsto en la ley. Por el contrario, para concluir que en el presente caso la reglamentación resulta violatoria del principio de reserva de ley, habría que demostrar, con carácter previo, que la interpretación dada por este Tribunal de la ley 1181 resulta insostenible por ser fruto de su mero arbitrio. Dicha circunstancia da cuenta, por una parte, de las diferencias entre el precedente invocado y la situación que nos ocupa. Por el otro, de la falta de relación directa entre lo resuelto y la garantía invocada.

Con el objeto de ilustrar, desde otro ángulo, la cuestión desarrollada *supra*, vale la pena efectuar la siguiente reflexión: si lleváramos la tesis de la recurrente —esto es, aquella según la cual cuando se ha invocado la violación del principio de legalidad la interpretación de las normas realizada por los tribunales locales resulta revisable por la CSJN— al campo del derecho penal, toda interpretación que realizasen los jueces del Código Penal constituiría una cuestión federal susceptible de ser tratada por la CSJN por encontrarse controvertido el principio *nullum crimen sine lege*. La adopción de una regla con tal alcance conllevaría desconocer el contenido del art. 14 de la ley 48 y la doctrina en sentido coincidente sentada por la CSJN en virtud de la cual la interpretación del derecho común es, por regla, una cuestión propia de los jueces de la causa y ajena a su competencia (*Fallos,* 123:375; 189:182, entre muchos otros).

Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario deducido a fs. 274/293 vta. Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del doctor Luis F. Lozano, en tanto pone de resalto que la cuestión que la recurrente intenta someter a decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no guarda relación directa con el principio de reserva de ley que se aduce vulnerado. Antes bien, como correctamente señala mi aludido colega, se pretende que el Alto Tribunal revise en la instancia extraordinaria la exégesis efectuada por los tribunales de esta jurisdicción sobre una norma local, sin demostrar de manera concreta el desvío de la ley de la interpretación brindada en este Estrado para sustentar que el plexo normativo objeto de examen daba apoyo acabado al recaudo conforme al cual no puede haber imposición sin representación. En este sentido, también cabe recordar la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que reiteradamente ha sostenido que la hermenéutica de las normas locales —incluidas las tributarias— resulta, por regla, ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 114:42; 273:347; 303:769; 308:1577; 316:842; entre muchos otros).

Por lo demás, en tanto el Tribunal ya se ha desprendido de la competencia para resolver el fondo de la cuestión debatida en las presentes actuaciones, resultan inatingentes las consecuencias que pudieran derivarse de la ley 2811, vigente a partir del 1º de agosto del corriente año (véase art. 18 de la misma), por la que se dispone la disolución e inicio del proceso de liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CASSABA— (conf. *BOCABA*, nº 2988, del 7/8/2008).

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por Claudia Marcela Nesprias, con costas (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso extraordinario federal, interpuesto por la actora con relación a los agravios que —según aduce— le ocasiona la sentencia del TSJBA que, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el GCBA, no resulta procedente.

2. En oportunidad de resolver acerca del recurso de inconstitucionalidad, yo entendí que éste interesaba, según su propia articulación, al poder de reglamentar las leyes que dicta el Parlamento local y al principio de legalidad de las contribuciones y tributos (CCBA, 51, 80, inc. 2º, punto a) y, más allá de ello, sin desarrollo y tan sólo como mera invocación, al derecho individual de ejercer una industria, oficio o profesión lícitos. En razón de estas consideraciones, concluí que la Cámara había concedido acertadamente el recurso.

Sin embargo, yo también consideré que la vía empleada por la actora para tramitar el litigio (amparo) resultaba ilegítima e inidónea para resolver el conflicto suscitado y que, además, aquella limitaba la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

Por lo demás, en el punto 4 de mi voto desarrollo cinco argumentos centrales que, a mi juicio, resultan suficientes para tornar plausible que la ilegitimidad constitucional demandada por la actora en su recurso no resulta evidente, ni manifiesta.

3. El escrito de interposición del recurso extraordinario reproduce básicamente la fundamentación del recurso de inconstitucionalidad. Todo ello configura un cuadro jurídico dentro del cual no se aprecia o advierte la existencia de una cuestión federal que deba ser atendida, según lo exponen los señores jueces Lozano y Casás. Si bien la actora logró articular una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27 de la ley local 402, no lo logró respecto de una cuestión federal suficiente en el recurso extraordinario federal intentado.

4. Finalmente, la 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).

5. Por las razones expuestas corresponde denegar el recurso extraordinario federal bajo análisis, con costas a la vencida.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Claudia Marcela Nesprias, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 269, punto 3.

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.*

CLXXVII

"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)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja cuando más allá de la enunciación genérica de preceptos constitucionales que se dicen vulnerados en el caso, los agravios 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). *(Voto de los señores jueces José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

2. El recurso de queja no puede prosperar si las objeciones que se levantan contra la sentencia de la Cámara se relacionan, básicamente, con la distinta interpretación sobre el alcance de los planteos contenidos en la pretensión amparista y con la discrepancia acerca de la valoración de diversos actos, hechos y pruebas realizada en la causa para corroborar la existencia y entidad de la deuda invocada por la Ciudad para declarar la caducidad del permiso de uso oportunamente otorgado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5781/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo (en adelante: ACGCLP) interpuso una demanda de amparo contra el GCBA (en adelante GCBA) dirigida a que se deje sin efecto el dec. 590-GCBA/03, por el cual el Jefe de Gobierno dispuso: 1) la caducidad del permiso de uso sobre el campo de golf "Juan B. Segura", que fuera otorgado a la accionante mediante la resol. 10-IGCV/98; 2) la intimación al pago de lo adeudado en concepto de cánones y cualquier otro derivado de la ocupación del predio; 3) la desocupación del inmueble en el plazo de 30 días, bajo apercibimiento de proceder a su desalojo administrativo. ACGCLP afirmó que el acto impugnado está viciado en su causa y su motivación y es contrario a la normativa aplicable, lo que convierte al acto en nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 7º, incs. b), c), e) y 14 de la LPACBA (fs. 1/27 vta., autos principales).

El GCBA produjo el informe establecido en la legislación de amparo entonces vigente (art. 8º, dec. ley 16.986). Se opuso a la procedencia de la demanda ya que la actora no dio cumplimiento al pago íntegro y oportuno del canon establecido en la resolución que concedió el permiso (resol. 10-IGCV/98, dictada por el Interventor del Golf), y porque tratándose de un bien de dominio público el derecho de la actora sobre el predio era de carácter precario, y podía ser revocado (fs. 747/760 vta., autos principales).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda (fs. 765/769 vta., autos principales). Sostuvo en la sentencia que la facultad de la Administración para otorgar permisos de uso sobre bienes de dominio público es de carácter discrecional y que el título así otorgado es de carácter precario. Afirmó que la declaración de caducidad del permiso por falta de pago del canon correspondiente expone una razón aceptable que se ha comprobado en el juicio y no puede, en consecuencia, considerarse una conducta manifiestamente ilegítima o arbitraria.

2. ACGCLP apeló la sentencia (fs. 779/790, autos principales). El GCBA contestó los agravios (fs. 792/796, autos principales). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "(r)echazar en todas sus partes el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Sin costas (art. 14, CCBA)" —fs. 805/810 vta., autos principales.

El voto conjunto de los jueces Horacio G. Corti y Esteban Centanaro consideró que el planteo referido a la invalidez del acto del interventor (resol. 10-ICGV/98) por carecer de competencia para establecer el canon, no fue una cuestión sometida a decisión de primera instancia. También desestimó el planteo de ACGCLP dirigido a que se considere que el canon exigible era el que su parte propuso el 6/7/2001. Descartó también que el obrar del GCBA hubiese afectado las reglas de la buena fe y la teoría de los actos propios al dictar el dec. 590-GCBA/03, que declaró la caducidad del permiso. En ese sentido desestimó el argumento de ACGCLP consistente en que el Acta-Acuerdo del 11/6/2002 restringió la vigencia de los cánones indebidamente fijados a través de la resol. 10-GCV/98 y que la obligación de llevar a cabo negociaciones de buena fe y en base a criterios de evaluación objetivos se hubiera visto vulnerada por el referido decreto. Los jueces consideraron que no existió una conducta anterior de la Administración que entrara en colisión con la declaración de caducidad del permiso, ya que la decisión de negociar "el marco fáctico y normativo al que las partes ajustarán sus conductas" y "establecer con criterios objetivos y de buena fe el saldo de la deuda existente" (expresiones del acta en cuestión) no implicó que se autorizara al actor a dejar de pagar el canon al cual se había comprometido (que quedó establecido en la resol. 10-IGCV/98), monto que no fue modificado, no obstante el planteo de la ACGCLP en tal sentido. Luego los jueces abordaron el agravio referido a que la jueza de primera instancia no tuvo en cuenta la suma que ACGCLP consignó judicialmente en concepto de cánones adeudados en la acción declarativa de certeza iniciada en forma previa a interponer la acción de amparo, y el cuestionamiento de la recurrente al valor asignado en primera instancia a la liquidación administrativa obrante a fs. 438/439, practicada

sobre la base de los cánones que ACGCLP considera inválidos. La Sala reiteró que por no haberse cuestionado oportunamente la legitimidad de la resol. 10-IGCV/98, el argumento del actor consistente en que no existían cánones vigentes debía ser desestimado. Agregó que aunque se admitiera que la sentencia apelada no tuvo en cuenta el depósito efectuado en consignación, la suma depositada por ACGCLP el 24/4/2003 ($ 203.481) "no resultaba suficiente para regularizar la totalidad de la deuda que el amparista había reconocido mantener, a ese entonces, con el GCBA", ya que "de la liquidación obrante a fs. 438/439, al 30/9/2002 —esto es, más de 6 meses antes de que se efectuase la consignación— el accionante adeudaba al GCBA, en concepto de canon, la suma de $ 759.573". Los jueces destacaron que la liquidación incorporada al expediente a través de la providencia de fs. 534 no fue cuestionada oportunamente por la recurrente. También señalaron que —en el marco del acuerdo de negociación ya referido— el día 27/6/2002 los representantes de ambas partes manifestaron que se había dado cumplimiento a la determinación del saldo de deuda y que dicha determinación fue entregada el día 13 de ese mes a la Asociación (fs. 144). La liquidación administrativa (fs. 141) establecía que al 31/3/2002 la deuda ascendía a la suma de $ 698.980 y no consta que esa liquidación fuera cuestionada por el accionante. Finalmente, los jueces Corti y Centanaro consideraron los agravios referidos al carácter precario del permiso, que la actora puso en tela de juicio por haber transcurrido más de 30 años desde que se le otorgó el uso del predio. Los jueces, luego de señalar el carácter discrecional de la concesión y de la revocación del permiso, el carácter precario del derecho a un uso especial y singular de los bienes del dominio público, recordar lo dispuesto por el art. 18, LPA, y consignar que el demandante ha incumplido con su obligación principal —el pago del canon—, concluyeron en que "éste carece de un derecho adquirido al mantenimiento de la autorización que detentaba", y que aunque la "precariedad apuntada no autoriza a la Administración a revocar la autorización en forma arbitraria, intempestiva o carente de fundamentos, sino que en todo caso ha de efectuarlo mediante acto motivado, en el que deben exponerse los fundamentos de interés público que dan lugar a ese proceder", en el caso, el dec. 590-GCBA/03 "aparece como razonable y debidamente fundado y, en consecuencia, no adolece de una arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que justifique su declaración de nulidad en esta instancia" (fs. 810, autos principales).

Por su parte, el juez Carlos F. Balbín en su voto concurrente afirmó que "más allá del carácter precario o no del permiso otorgado, la falta de pago en término del canon constituye, por sí solo, causal suficiente para decretar la caducidad del permiso de uso del que gozaba la actora. En consecuencia, esta circunstancia torna innecesario expedirse sobre la naturaleza del permiso" (fs. 810, vta., autos principales).

3. ACGCLP interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia (fs. 814/30 vta.), que previo traslado y contestación por el GCBA (fs. 836/47 vta., autos principales) no fue concedido por la Sala I (fs. 849/850, autos principales).

El tribunal sostuvo que "la actora señala a fs. 829 vta. pto. 5., primer párrafo, el agravio constitucional respecto a los derechos reconocidos por los arts. 1º, 14, 17, 18, 28 y 33 de la C.N. y expone en su escrito que la sentencia recurrida ocasiona un perjuicio a su derecho de propiedad, pero dichas exposiciones no explicitan una crítica concreta y pormenorizada de los argumentos jurídicos que contiene la sentencia, sino sólo devienen una mera discrepancia con la valoración efectuada por este Tribunal para resolver. (...) Lo que se verifica, en cambio, es una deficiente fundamentación que, por ello, no logra exponer debidamente un genuino caso constitucional". En cuanto a la impugnación bajo la doctrina de la arbitrariedad la Sala sostuvo: "Con respecto a la pretendida arbitrariedad de la sentencia (véase fs. 814, pto. I, tercer párrafo, 818 *in fine*, 818 vta., pto. III.iii, 826 vta., quinto párrafo, 827 vta., segundo párrafo, 829 vta., pto. 5, primer párrafo y 830, segundo y cuarto párrafos) (...) no puede tratarse de una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio excepcional para que el tribunal superior conozca sobre decisiones manifiestamente carentes de fundamentos y que, de esa manera, lesionen el derecho de defensa, en cuanto éste incluye el derecho a obtener una sentencia fundada en el derecho positivo aplicable a los hechos de la causa.(...) Estas situaciones, sin embargo, no se verifican en el caso, pues la sentencia, puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica".

4. Denegado el recurso, ACGCLP articuló la queja contemplada en el art. 33 de la ley 402 (fs. 27/29) Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propició el rechazo del recurso de hecho por no plantearse adecuadamente un caso constitucional y no presentarse un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 38/40, queja).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque la queja planteada por ACGCLP satisface los recaudos formales de interposición, ella no puede prosperar.

2. La recurrente tacha de arbitrario el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (obrante a fs. 849/850 de los autos principales).

Por un lado, afirma que la Sala I, para descartar la existencia de un caso constitucional, utilizó "formulas genéricas" y no efectuó "un análisis pormenorizado de los agravios expuestos por mi parte" y, por otro, insiste en que se han planteado agravios que "no se circunscriben a una mera discrepancia con la valoración efectuada por el tribunal, como pretende el auto denegatorio, sino que da cuenta de graves falencias de fundamento tanto fáctico como jurídico en la sentencia recurrida y una grave desinterpretación de los hechos emanados del GCBA".

En cuanto a la causal de arbitrariedad introducida, también entiende la actora que la alzada la consideró inadmisible mediante "una fórmula rutinaria, de extrema vaguedad e inaplicable a la especie, que no puede justificar la omisión de tratar los agravios que mi parte, circunstanciadamente, hubo de desarrollar en

el recurso así denegado". En cuanto a los argumentos de índole constitucional que dieron fundamento a su demanda y al recurso de inconstitucionalidad, la interesada se remite al escrito en que interpuso ese recurso y solicita que se considere como parte integrante de la queja.

3. En primer término, corresponde expresar que, más allá de la utilización de fórmulas más o menos estandarizadas por parte de los tribunales (en general y no sólo la Cámara) y también por los litigantes para tratar cuestiones que se presentan con cierta frecuencia, es dable advertir en el auto denegatorio de la Sala I fundamentos suficientes para justificar la decisión adoptada. En efecto, el aludido auto denegatorio ha precisado e indicado cuáles fueron, centralmente, los motivos del recurso de inconstitucionalidad planteados por ACGCLP, y las razones de su insuficiencia.

4. Sin perjuicio de lo expuesto en el punto precedente, la integración del escrito de queja con el de inconstitucionalidad permiten advertir que la parte recurrente considera: *a)* que el canon fijado por la resol. 10-IGCV/98 estuvo viciado por la incompetencia de la autoridad que dictó el acto; *b)* que el canon así establecido perdió vigencia con el fin de la intervención del Golf; *c)* que el canon que ella considera vigente es el que ACGCLP propuso pagar al Estado el 6/7/2001, una vez finalizada la intervención del Golf; *d)* que la suscripción del Acta-Acuerdo del 11/6/2002 implicó la apertura de una instancia para establecer el marco fáctico y normativo al que las partes debían ajustarse a la que debe reconocérsele consecuencias jurídicas, y *e)* que las liquidaciones del GCBA que establecen la deuda de ACGCLP parten de la base del valor del canon establecido en la resolución 10-IGCV/98, lo que es incorrecto. También entiende la recurrente que la naturaleza de la relación que vinculó a su parte con el Estado, que se prolongó por treinta años, no podía revertirse sin más por la mera invocación del carácter precario del derecho otorgado. Como consecuencia de ello, la afirmación que se efectúa en el dec. 590-GCBA/03 en cuanto a la falta de pago del canon como causa suficiente para declarar la caducidad del permiso sería falsa y vicia de nulidad la motivación del acto.

El detalle precedente permite afirmar que los agravios de la recurrente se vinculan, como fue correctamente advertido por la Sala, con la interpretación acerca de: *a)* el alcance de la pretensión amparista (para determinar si dentro de las peticiones formuladas se había demandado o no la nulidad de la resol. 10-IGCV/98); *b)* el alcance de los actos dictados por las autoridades administrativas (para precisar la validez y vigencia temporal del canon fijado en la resolución consignada precedentemente); *c)* el alcance del Acta-Acuerdo celebrada entre las partes con fecha 11/6/2002 (para dilucidar si conllevó o no que el canon fijado en la ya referida resolución quedara sin efecto); *d)* si las negociaciones en el marco del Acta-Acuerdo fueron desarrolladas de buena o mala fe por el GCBA; *e)* si la decisión de llevar adelante esas negociaciones era un obstáculo para que el GCBA declarara la caducidad del permiso de uso, o si esas negociaciones implicaban que los cánones fijados con anterioridad no podían considerarse plenamente vigentes y

aplicables; *f)* si los cánones fijados por la resol. 10-IGCV/98 fueron modificados con posterioridad, y *g)* si la suma de dinero depositada en la acción de certeza iniciada con anterioridad al amparo —posteriormente desistida por la actora— satisfizo o no la deuda de ACGCLP con el GCBA en concepto de cánones.

5. Desde esta perspectiva, entonces, es posible advertir que, más allá de la enunciación genérica de preceptos constitucionales que se dicen vulnerados en el caso, los agravios propuestos por la actora 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). Ello así, dado que las objeciones que se levantan contra la sentencia de la Cámara se relacionan, básicamente, con la distinta interpretación sobre el alcance de los planteos contenidos en la pretensión amparista y con la discrepancia acerca de la valoración de diversos actos, hechos y pruebas realizada en la causa para corroborar la existencia y entidad de la deuda que invocó la Ciudad para declarar la caducidad del permiso de uso oportunamente otorgado.

6. Además, es posible afirmar que el decisorio dictado por la Cámara cuenta con fundamentos suficientes para respaldar sus afirmaciones, en relación con todas las cuestiones planteadas por el ACGCLP que se consideraron relevantes para resolver la controversia.

En cuanto resultan coincidentes (al poner de resalto la falta de pago íntegro y oportuno del canon establecido por la resol. 10-IGCV/98), los tres votos de los jueces que integran la Sala I han brindado razones atendibles para sostener que el canon antes consignado se mantuvo vigente, no fue modificado con posterioridad, los pagos efectuados por la actora fueron insuficientes para paliar la deuda (computando incluso el depósito efectuado en otro juicio) y el acto administrativo que dispuso la caducidad (dec. 590/03), en consecuencia, no aparece como manifiestamente ilegítimo o irrazonable.

7. La apuntada suficiencia de tales fundamentos para validar lo decidido torna innecesario que me pronuncie en relación con los agravios referidos a la naturaleza del derecho que el permiso de uso confirió a la actora, pues, cualquiera que sea mi opinión al respecto, no variará la suerte de esta queja.

8. Sentado lo expuesto, entiendo que asiste razón a la Sala I y al señor Fiscal General Adjunto (conf. dictamen de fs. 38/40 de la queja) en cuanto sostienen que la parte exterioriza, bajo la invocación de garantías constitucionales, su mera discrepancia con la valoración que ha efectuado la alzada de cuestiones que no corresponde revisar por vía del recurso de inconstitucionalidad por resultar propias de los jueces de la causa. Consecuentemente, el recurso de queja deducido por ACGCLP debe ser rechazado.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución propuesta por el juez de trámite José O. Casás en el sentido de que corresponde rechazar el recurso de queja (fs. 27/29) que dedujera la Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo (ACGCLP).

2. La queja no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebate la resolución de la Cámara de fs. 2/4 (auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad), respecto de la cual sólo dice que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad mediante "…un escueto resolutorio en el que se utilizaron fórmulas genéricas (…) sin un análisis pormenorizado de los agravios…" (fs. 28).

En lo demás, la presentación reenvía al recurso denegado, lo que resulta insuficiente para sostener el recurso directo que intenta. En efecto, ACGCLP afirma que "[b]asta una lectura del recurso (…) intentado [cuyos fundamentos dio por reproducidos en la queja] para verificar que los agravios expuestos (…) [contrariamente a lo que sostuviera la Cámara] no se circunscriben a una mera discrepancia con la valoración efectuada [en la sentencia]…" (fs. 28) sino que traducen efectivamente un planteo de índole constitucional.

3. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 27/29 por la Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo.

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 la Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo.

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

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.*

CLXXVIII

"LÓPEZ, ENRIQUE GABRIEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LÓPEZ, ENRIQUE GABRIEL C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja que no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución atacada ni satisface la carga

procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Los recursos extraordinarios, tales como el de inconstitucionalidad en el orden local, no importan una nueva instancia de mérito, reservada sólo para el litigio en primera y segunda instancia, pues no constituyen una tercera instancia de revisión amplia de la sentencia definitiva, sino que se trata de una vía excepcional, para detectar errores básicos en la administración de justicia y la lesión efectiva de una regla constitucional, supraordinada a aquellas que fueron aplicadas en la solución del litigio, demostración a cargo de quien recurre. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5802/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Enrique Gabriel López promovió demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) con el objeto de que se declare la nulidad del art. 1º de la resol. 598/02 del Secretario de Hacienda que desestimó el recurso jerárquico que había interpuesto respecto del pedido de equiparación salarial del cargo de Jefe General de Taller-Educación Artística, con el de Jefe General de Enseñanza Práctica. Solicitó también, en dicha oportunidad, una indemnización por los daños y perjuicios morales y materiales producidos, más intereses y costas (fs. 1/6 vta.).

2. La jueza de primera instancia rechazó el pedido de nulidad, desestimó el reclamo por daños y perjuicios e impuso las costas a la actora vencida. Fundó su decisión en la afirmación de que el cargo que desempeñaba el actor (Jefe General de Taller-Enseñanza Artística) no estaba previsto en el Estatuto Docente (ordenanza 40.593) a la fecha en que operó la transferencia —momento a tener en cuenta para analizar la pretensión del actor— y de que ese cargo tampoco estaba equiparado a otros cargos mencionados por el actor (v. gr. regente); en este sentido consideró también que para admitir esa equiparación, además del puntaje acordado para cada cargo (índice de asignación de cargo), debía tenerse en cuenta la similitud de funciones, la carga horaria, etc., pautas objetivas que no fueron acreditadas en el expediente (judicial y administrativo) y ni siquiera fueron alegadas. Agregó además que el dec. 1567/04, dictado con posterioridad, no lograba conmover los fundamentos expuestos en los puntos precedentes (fs. 7/11 vta.).

3. A su turno, la Sala ll de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario desestimó el recurso de apelación articulado por la parte actora con fundamentos semejantes a los de primera instancia, y confirmó la sentencia recurrida.

4. Contra dicha decisión el actor planteó recurso de inconstitucionalidad (15/16 vta.) con sustento en la arbitrariedad de la sentencia y la afectación del derecho de defensa. A su entender, ella no toma a su cargo rebatir las alegaciones formuladas por su parte, ni la valoración de las pruebas producidas, lo que lesiona gravemente la garantía constitucional de la defensa en juicio establecida en el art. 18 de la C.N.

Contestado el traslado del recurso por el GCBA (fs. 38/39 vta.), la Sala denegó su concesión, por una parte, por no plantearse un caso constitucional, y, por la otra, por inexistencia de los supuestos excepcionales que autorizan la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Por lo demás, consideró extemporánea la introducción de la cuestión constitucional por afectación de la defensa en juicio, por no haber sido articulada en las etapas anteriores, ni advertirse alguna de las hipótesis de configuración sorpresiva (fs. 18/20).

5. Ante el rechazo, el actor interpuso la queja correspondiente (fs. 21/23). Él centró sus agravios en: *a)* la sentencia recurrida (la de fs. 12/14 vta.) "...exhibe una ausencia palmaria de fundamentos, que impide calificarla como un acto jurisdiccional válido"; *b)* "...la carga del planteamiento oportuno de la cuestión federal no es exigible cuando ésta surge sorpresivamente con motivo de los términos de la sentencia recurrida"; y *c)* "no se trata de expresar una mera disconformidad con la interpretación de las normas que aplicó la Sala ll (...) sino una lisa y llana falta de valoración de los agravios que expresó la parte actora...".

6. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 48/50).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Enrique Gabriel López a fs. 21/23 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, y aun cuando —en la mejor de las hipótesis— se considerase introducida la cuestión constitucional federal en tiempo oportuno, el recurso articulado igualmente no hubiera podido ser admitido.

2. Cabe precisar que la queja no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución de fs. 18/20. Ella no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada

del fundamento mínimo tendente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

En efecto, el escrito de fs. 21/23 no hace más que reiterar los defectos que ya contenía, por cierto, el recurso de inconstitucionalidad. Éste sostiene, de modo genérico, la violación de derechos de raigambre constitucional —el derecho a la defensa en juicio, tutelado por el art. 18 de la C.N.— pero no logra establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que se invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Ello equivale a decir que aquél no alcanza a exponer una cuestión constitucional.

La arbitrariedad alegada de la sentencia impugnada no puede considerarse debidamente demostrada —como pareciera pretenderlo el recurrente— con la manifestación que él efectúa en el sentido de que el pronunciamiento "...exhibe una ausencia palmaria de fundamentos, que impide calificarla como acto jurisdiccional válido" (fs. 22 vta., punto 2.2.2.1), afirmación que, en lo sustancial, es el único fundamento de su queja, a tal punto que, con otras palabras, repite la afirmación en el punto 2.2.2.3.

En este sentido, he señalado múltiplemente, con recurrencia y énfasis crecientes, que sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo que *no* autoriza el recurso de inconstitucionalidad (conf., por todos, "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 2585/03, resolución del 12/8/2004, y sus citas, que explica con extensos fundamentos esta situación; también 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).

Como manifesté ya en otras ocasiones "la mera discrepancia del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente (...). Al requisito señalado deben sumarse otros: la interposición en tiempo oportuno y la introducción de un caso constitucional" (conf. "Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y su acumulado expte. nº 2578 "GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" ambos en "Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]", expte. nº 2567/03, resolución de 20/4/2004).

3. Ciertamente, como afirma la Sala ll de la Cámara CAyT a fs. 18/20 "la recurrente tan sólo se limita a disentir con la interpretación efectuada en la sentencia de normas legales de naturaleza infraconstitucional". A ello conduce siempre su

reclamo genérico de arbitrariedad. En efecto, la interpretación dada por la Cámara de Apelaciones a los hechos, a las pruebas aportadas y a las normas aplicables (en el caso, ley 24.049) y a las implicancias que para el caso podía traer aparejado la aparición posterior del dec. 1567/04, que difiere de la pretendida por el actor, no transforma sin más en infundada la sentencia objeto del recurso, ni importa la afectación de principios constitucionales (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: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.). Por lo contrario, las dos sentencias de las instancias de mérito aparecen con fundamentos suficientes y no representan la mera expresión subjetiva de los jueces que dictaron las sentencias frente al caso. Cabe entonces apuntar que, aun con la interpretación más amplia de un eventual motivo de *arbitrariedad*, según lo sostiene la mayoría del Tribunal, los recursos extraordinarios, tales como el de inconstitucionalidad en el orden local, no importan una nueva instancia de mérito, reservada sólo para el litigio en primera y segunda instancia, esto es, no constituyen una tercera instancia de revisión amplia de la sentencia definitiva. Por lo contrario, se trata de una vía excepcional, para detectar errores básicos en la administración de justicia y, en nuestro caso, la lesión efectiva de una regla constitucional, supraordinada a aquellas que fueron aplicadas en la solución del litigio. Es precisamente por esta razón que queda a cargo del recurrente la demostración y verificación de ese error básico, hipótesis no comprobada en la ocasión.

4. De tal modo, los recursos de inconstitucionalidad y de queja se limitan a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida, y a la mención de disposiciones constitucionales (art. 18, C.N.). En consecuencia, los supuestos agravios que invoca el recurrente no alcanzan a presentar un caso constitucional que conmueva la sentencia de mérito (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; "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).

5. Por las razones señaladas, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto la solución propuesta por el juez de trámite con apoyo en los fundamentos que expresa en los aparts. 1 y primer párrafo del 2 de su voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como señala el juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, la queja deducida a fs. 21/23 no rebate los argumentos dados por la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad, por lo que debe ser rechazada.

El recurrente insiste en sostener que la sentencia de Cámara resulta arbitraria porque omitió tratar planteos formulados en la apelación ante esa instancia. Manifiesta que la principal omisión sería no haber analizado el agravio que construyó sobre la base de lo dispuesto en el dec. 1567/04. Ello así, porque, a su juicio, su dictado implicó "…un verdadero allanamiento del GCBA a la demanda presentada en autos porque estableció la equiparación de los sueldos básicos de los cargos de Regente y Jefe General de Taller del Área de Educación Artística" (fs. 21 vta.).

En la denegatoria que obra a fs. 18/20, el *a quo* expresó con relación a esos planteos que "…no es necesario que el decisorio se exprese sobre todos los argumentos esgrimidos, tal como señalara en el fallo recurrido…". En ese orden de ideas, recordó la doctrina sentada por este Tribunal según la cual "[l]os tribunales no se encuentran obligados a tratar todos los argumentos presentados por las partes, siempre que consideren aquellas cuestiones pertinentes para la decisión de la causa y las conclusiones a las que arriben puedan ser derivadas de los vertidos en la sentencia…". Concluyó su razonamiento afirmando que "…en el *sub lite,* tampoco se demuestra que se haya omitido tratar cuestiones oportunamente planteadas que hubieran podido modificar la solución" (fs. 19). En tales condiciones, el actor debió demostrar, en su presentación directa ante esta instancia, de qué manera los argumentos que afirma omitió la Cámara analizar eran susceptibles de modificar la decisión final de la controversia; sin que baste, a tales fines, el hecho de que exprese que el *a quo* no explicitó los motivos de por qué el dictado del dec. 1567/04 "'no logra conmover los fundamentos expuestos'" en la sentencia. Ello así, porque, a diferencia de lo que entiende el recurrente, para que exista un allanamiento de la parte demandada a las pretensiones formuladas en la causa, debe mediar una manifestación con tal alcance en el expediente (conf. art. 257 del CCAyT), manifestación que, a diferencia de lo que entiende el recurrente, no puede extraerse del contenido del dec. 1567/04 (que estableció, principalmente, un aumento de la escala salarial del personal docente dependiente de la Secretaría de Educación). Consecuentemente, fueron los propios argumentos del recurrente los que no pusieron al *a quo* en la necesidad de tener que explicitar con mayor profundidad los motivos de por qué este agravio no resultaba conducente para "conmover los fundamentos expuestos" (fs. 14).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por, rechazar la queja interpuesta a fs. 21/23.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propicia el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, consistente en rechazar el recurso de hecho interpuesto a fs. 21/23, por las consideraciones que se expondrán a continuación.

2. La parte actora acude en queja ante este Estrado a fin de cuestionar la resolución de la Sala II que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el pronunciamiento de fecha 3/5/2007, confirmatorio de aquel de primera instancia que había decidido rechazar la demanda incoada tendiente a obtener un reconocimiento de equiparación salarial del cargo de Jefe General de Taller —Nivel Medio Artística— que revestía el señor Enrique G. López con el de Jefe General de Enseñanza Práctica —Nivel Medio Técnica— y su consiguiente indemnización por daños y perjuicios.

3. Ahora bien, tal como lo sostienen mi aludido colega y el doctor Luis F. Lozano en sus respectivos votos, resultaba indispensable que la recurrente efectuase una crítica sólida del auto denegatorio a fin de habilitar esta instancia de excepción, exigencia que no se comprueba en el *sub examine*.

En efecto, si bien la recurrente ensaya algunas argumentaciones para cuestionar la resolución aludida, para lograr con suficiencia tal fin era menester que demostrara ante este Estrado de qué modo los planteos que a su criterio habría dejado de valorar la Cámara hubiesen sido determinantes para variar la solución del litigio. Ello así, por cuanto es sabido que la invocada doctrina de la arbitrariedad de sentencia no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos 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, el *a quo* resaltó —al dictar sentencia y luego al denegar la vía recursiva intentada— que no se expediría sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes sino sólo sobre aquellos conducentes a la resolución del litigio, por lo que la diferente valoración que efectúa el actor sobre las pruebas colectadas y las normas infraconstitucionales aplicables —en particular, sobre el dec. 1567/04— no permiten colegir que el pronunciamiento de la Cámara constituya un acto inválido, más allá del acierto o error de lo efectivamente decidido.

Por ello, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora a fs. 21/23.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Enrique Gabriel López a fs. 21/23.2. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala interviniente para que sea agregado a los autos principales.

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.*

CLXXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'RÍO CUARTO S.A. C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN RÍO CUARTO S.A. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Medida cautelar. Sentencia definitiva. Revalúo inmobiliario. Retención de impuesto. Renta pública.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir sentencia definitiva, salvo que la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características sea de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, en cuyo caso que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. Las medidas cautelares no revisten, por regla, el carácter de sentencias definitivas exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, salvo que la decisión cuestionada entorpezca la normal percepción de la renta pública, si el *a quo* omitió explicar adecuadamente cuál sería la relación instrumental que guarda la medida cautelar que dispone sobre importes retenidos y manda depositarlos en el Banco Ciudad de Buenos Aires, a la orden del Juzgado con una acción de amparo orientada a que se rectifiquen o supriman los datos e informes brindados por la Dirección General de Rentas consistentes en la existencia de una deuda por diferencias en el pago de ABL. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5801/08 - 13/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Río Cuarto S.A. (en adelante, "RC") interpuso acción de amparo contra el GCBA (en adelante, "GCBA") a efectos de que se ordenara rectificar y/o suprimir los datos e informes brindados por la Dirección General de Rentas consistentes en la existencia de una deuda tributaria ($ 50.258,02) en concepto de revalúo sobre el inmueble sito en Zelada 4938 de la Ciudad de Buenos Aires por los períodos fiscales comprendidos entre el 1º/1/1992 y el 31/12/1996. La amparista manifestó que la deuda informada se encontraba cancelada y prescripta, por lo que el reclamo del Fisco vulneraba su derecho de propiedad.

Asimismo, la actora requirió el dictado de una medida cautelar de no innovar, a fin de que se ordenara a la escribana interviniente en una operación de compraventa

sobre el inmueble indicado, que se abstuviera de ingresar las sumas retenidas a RC por la supuesta deuda, en las cuentas bancarias de la Ciudad.

2. En primera instancia, se rechazó la medida cautelar solicitada (fs. 18/20).

3. Apelado tal decisorio por la accionante (fs. 65/70 vta.), la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad hizo lugar al recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y concedió la medida cautelar (fs. 22/22 vta.). Así, los magistrados ordenaron a la escribana Nora V. Alpern de Pollack que en el caso que aún no hubiera depositado a favor del GCBA la suma retenida a RC, en el plazo de tres días la ingresara en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires a la orden del juzgado de grado y como perteneciente a los actuados principales.

4. Contra el pronunciamiento de la Cámara, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/43 vta.), que fue declarado inadmisible (fs. 45/46). Los jueces señalaron que la resolución cuestionada no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. Destacaron (fs. 45 vta.) que "no se advierte ni se demuestra que el fallo ponga fin al pleito, impida su continuación o cause un agravio de imposible o insuficiente reparación por la decisión final que se dicte en la causa".

Por otra parte, los camaristas rechazaron el planteo de arbitrariedad intentado por el demandado en el escrito de fs. 23/43 vta. Resaltaron que dicha doctrina es de carácter excepcional y que no puede fundarse en la mera disconformidad con la interpretación normativa efectuada por el tribunal recurrido.

5. Contra el auto denegatorio, el Gobierno dedujo el recurso directo que tramita en autos (fs. 48/59).

6. Al dictaminar, el señor Fiscal General Adjunto propuso al Tribunal el rechazo de la queja por no dirigirse el recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia definitiva (fs. 78/80 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 48/59 cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. En efecto, el pronunciamiento de la Cámara atacado mediante el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motivara la presentación directa en examen, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. Tal decisorio revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la medida cautelar solicitada por Río Cuarto S.A. en el marco de una acción de amparo.

Así, tal como tiene dicho el Tribunal respecto de recursos de inconstitucionalidad y de queja por denegatoria de tales recursos articulados contra decisiones que versan sobre medidas cautelares, "[e]s regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no

son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva* (bastardilla en el original), excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza (*in re*: "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* "Clínica Fleming s/art. 72, CC, incidente de clausura-apelación", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001). Por esa razón, 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". (Del voto de la doctora Ana M. Conde y del doctor José O. Casás al que adhiriera con excepción del último párrafo del apart. 4 en el expte. nº 2570/03, "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y expte. nº 2641/03 "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'").

En el escrito de fs. 48/59, el quejoso no consigue demostrar que la decisión de la Sala II le provoque un gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior que permitiera equiparar tal resolución a una sentencia definitiva.

En efecto, el Gobierno transcribe parcialmente una serie de fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Tribunal (fs. 51/54), pero no explica cuál es la similitud entre tales antecedentes y el caso en examen ni tampoco expresa por qué a su criterio dicha jurisprudencia debería aplicarse en autos.

Por lo demás, pese a los intentos del recurrente por fundar en qué medida la decisión cuestionada afecta la percepción de la renta pública, no se advierte cuál es el daño que le causaría al GCBA aguardar a la terminación del proceso de amparo para percibir la suma reclamada, en caso que no le asistiera razón a la accionante.

Por lo tanto, la ausencia de sentencia definitiva o equiparable define el rechazo de la presentación directa del GCBA.

3. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la doctora Alicia E. C. Ruiz, sin perjuicio de reiterar que mi criterio, desarrollado en múltiples *Fallos,* es aún más estricto respecto del significado de "sentencia definitiva" (véase, por ejemplo, mis votos en "Jockey Club Argentino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Jockey Club Argentino s/ejecución fiscal —otros'", expte. nº 4590/06, resolución del 13/9/2006; y "J. Walter Thompson Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'J. Walter Thompson Argentina S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. nº 4629/06, sent. del 20/9/2006, entre múltiples otros casos).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en su voto por la señora jueza de trámite doctora Alicia E. C. Ruiz. Así, entiendo que, aunque interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable, y propicio su rechazo por ausencia de un presupuesto esencial para su admisibilidad. En efecto, como ya lo ha señalado reiteradamente este Tribunal en los diversos pronunciamientos de que da cuenta el referido voto, las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares no constituyen, por regla general, sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. Por lo demás, cabe señalar que el recurrente no ha logrado acreditar que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— le genere un gravamen que le cause un perjuicio inminente de imposible reparación ulterior —excepción que permitiría equiparar la resolución a definitiva e incitar la intervención del Tribunal en este estado del proceso—, más aun cuando a tenor de las manifestaciones de la amparista, contenidas en la pieza en que promueve la acción, interpuesta el 29/9/2006, "la deuda supuestamente existente es por los períodos fiscales desde 1º/1/1992 a 31/12/1996, por un importe de $. 10.492,28, cuyo monto actualizado es de $ 50.259,02" (conf. fs. 1 vta.).

Es que, en el caso, no basta para admitir la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado la genérica invocación de preceptos de tal índole o el gravamen que implicaría la postergación en el tiempo de la percepción de créditos fiscales (conf. fs. 26 vta., donde puede leerse: "Con la decisión de la Sala II se posterga el interés general de la comunidad de la Ciudad de Buenos Aires y se privilegia el interés particular de una empresa de origen privado"), dilación que, por lo demás y tal como se consigna en el pronunciamiento atacado, solo se dará "por el breve plazo del trámite de esta acción de amparo" (véase fs. 22 vta.) y, más aún, cuando los planteos efectuados, al menos para la Cámara, resultaron suficientes para acreditar el *fumus boni iuris* —apariencia de buen derecho— en cabeza de la amparista y obtener, por tanto, la medida cautelar solicitada.

3. Por las razones antecedentes y los argumentos brindados en su voto por la señora jueza de trámite, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las medidas cautelares no revisten, por regla, el carácter de sentencias definitivas exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, en el caso que nos ocupa podría verse configurado un supuesto de excepción, porque la decisión cuestionada entorpece la normal percepción de la renta pública (conf. 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 y para casos análogos, CSJN, *in re* "Fisco nacional c/Pemihual S.R.L. s/ejecución fiscal", sent. del 21/10/2003).

2. A su vez, el examen de la queja junto al de las copias aportadas al legajo sugiere que el *a quo* omitió explicar adecuadamente cuál sería la relación instrumental que guarda la medida cautelar otorgada —que dispone sobre importes retenidos en la operación inmobiliaria allí identificada y manda depositarlos en el Banco Ciudad de Buenos Aires, a la orden del Juzgado que interviene en los autos principales— con una acción de amparo orientada a que se rectifiquen o supriman los datos e informes brindados por la Dirección General de Rentas consistentes en la existencia de una deuda por diferencias en el pago de ABL.

Aunque la accionante sostiene, dicho ello siempre con la limitada base indicada en el párrafo anterior, que la deuda informada se encontraría cancelada y prescripta (fs. 1), ella misma afirma que no ha pedido en autos la declaración de prescripción (fs. 72 vta.), y tampoco aclara qué efectos proyectaría su pretensión principal en relación con la estabilidad del acto que habría determinado la deuda en cuestión (fs. 17). Por su parte, la decisión de la Cámara omite despejar tales puntos, así como explicar por qué estimó que "la prueba colectada en autos no puede considerarse concluyente para resolver la cuestión de fondo debatida, pero, sin embargo, se presenta como suficiente para conceder la cautelar requerida" cuando la sentencia de primera instancia había dicho que "resulta imposible determinar si las posiciones debidas se encuentran canceladas" porque "no es factible establecer que las cuotas presumiblemente abonadas respondan a las posiciones adeudadas e incluidas en los planes mencionados, en atención a que éstos no han sido incorporados a los presentes actuados" (fs. 19 y 22).

En tal contexto, la medida cautelar no aparece vinculada con la protección de lo que, por lo menos a esta altura del proceso, podría identificarse con el ámbito propio de la sentencia de fondo de este amparo.

3. Un pronunciamiento acerca de estos puntos demandaría, normalmente, requerir los autos principales antes de resolver el recurso del GCBA, pero en tanto mi voto constituye, conforme al resultado que surge del acuerdo, una posición de minoría, carece de sentido práctico avanzar en la línea anunciada cuando ya se han emitido votos suficientes para rechazar la queja articulada por la parte demandada. Así voto.

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 interpuesta por el GCBA.

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

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.*

CLXXX

"ASOCIACIÓN DE PSICÓLOGOS DEL GCBA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caracteres. Norma de alcance general. Control abstracto de constitucionalidad.

SUMARIOS:

1. Cabe admitir formalmente la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Psicólogos del GCBA legitimada para ello, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402, pues impugna la validez de un decreto emanado del Jefe de Gobierno local, por entender que se opone a las previsiones contenidas en la ley 448 de Salud Mental, desarrollando los argumentos que respaldan dicha aseveración. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida si la demanda no identifica normas específicas, en pugna con las constituciones nacional o local, y pretende la declaración de inconstitucionalidad *in totum* del dec. 2075 y de su anexo 2, que contiene reglas de las más diversas características, la mayor parte de las cuales constituyen actos de organización. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. En el marco de la acción dcelarativa de inconstitucionalidad la falta de precisión de la o las reglas, o los segmentos de ellas, que lesionan la Constitución constituye una delegación de esa tarea en el Tribunal, labor inadmisible frente a una consecuencia tan grave como la que se solicita y para una acción "sin caso" (abstracta y concentrada), esto es, sin la necesidad de que se identifique un interés personal vulnerado concretamente. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No puede admitirse una acción declarativa de inconstitucionalidad donde la demanda no permite decidir con certeza acerca de si aquello que se tacha por inconstitucional es una norma general o un acto particular, en el sentido de su irrepetibilidad en cuanto a la ocasión (ausencia de generalidad objetiva). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5942/08 - 15/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La "Asociación de Psicólogos del GCBA" promueve demanda de inconstitucionalidad (fs. 99/104) en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que se "declare la inconstitucionalidad del dec. 2075 del 2007 y de su anexo 2, (...) por ser ellos contrarios a los arts. 19, 28 y 31 de la C.N., y 1º, 10 y 102 de la CCBA". (fs. 99).

Sostiene que las modificaciones establecidas con relación a la jerarquía funcional y la responsabilidad primaria de la ex Dirección General de Salud Mental —hoy Dirección Adjunta de Salud Mental— configura un exceso reglamentario, toda vez que "recorta" (fs. 101 vta.) o elimina (fs. 102) las "funciones" específicas de la autoridad de aplicación en materia de Salud Mental de acuerdo a lo establecido por la ley 448, y las deriva irrazonable e ilegalmente a "otros órganos que se encuentran fuera de su esfera" (fs. 100 vta.).

2. A fs. 116/117 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 Asociación de Psicólogos del GCBA (en adelante APGCBA) está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402, e impugna la validez de un decreto emanado del Jefe de Gobierno local, por entender que se opone a las previsiones contenidas en la ley 448 de Salud Mental, desarrollando los argumentos que respaldan dicha aseveración en su escrito de fs. 99/104. Afirma, en definitiva, que la regulación cuestionada vulnera los arts. 1º, 10 y 102, CCBA, y 19, 28 y 31, C.N. Cumple, en consecuencia, con lo dispuesto por el art. 17 de la ley 402.

2. En efecto, la APGCBA postula que el dec. 2075/07 y su anexo 2, que delinean el nuevo esquema orgánico funcional dentro del Poder Ejecutivo local, lo hacen contrariando previsiones contenidas en la ley 448, en relación a la organización y funciones que dicha norma prescribe para la autoridad de aplicación en materia de Salud Mental.

En apoyo al fundamento propuesto, realiza un detalle comparativo de las atribuciones encomendadas por los arts. 4º y 5º de la ley 448 a la autoridad de aplicación (véase fs. 100 vta./101 vta.), y las funciones fijadas por el decreto cuestionado para la Dirección General Adjunta de Salud Mental. Afirma que dichas atribuciones —las cuales encuentran su correlato en el decreto reglamentario de la mentada ley 635/04— habían sido receptados por la regulación de la estructura orgánico funcional de la Ciudad, vigente hasta el dictado del dec. 2075/07 —dec. 350/06, que, en lo que ahora importa, las concentraba en la Dirección General de Salud Mental que instituía.

Considera que el desdoblamiento de funciones (es decir, el reparto de funciones en cabeza de diversas reparticiones dependientes del Ministerio de Salud) resulta contrario al principio de especificidad que debe regir los aspectos relativos a la conducción en materia de salud mental (fs. 99 vta.).

En suma, sostiene que las mencionadas disposiciones normativas, por oponerse a criterios específicos de la ley 448, vulneran indirectamente el art. 102 de la CCBA, que establece que "[e]l Jefe de Gobierno [...] reglamenta [las leyes] sin alterar su espíritu...".

3. Por ello, corresponde admitir la acción de inconstitucionalidad promovida por la APGCBA, respecto del dec. 2075/07 y su anexo 2, en cuanto se oponga a las previsiones formuladas por la ley 448 de Salud Mental.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto propone declarar formalmente admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta con el alcance allí señalado, sin perjuicio del examen acerca de la procedencia de la acción que pueda efectuarse tras escuchar el debate que las partes habrán de sustanciar en este proceso (conf. mis votos *in re*: "Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4627/06, sent. del 12/7/2006 y "Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5851/08, pronunciamiento del 18/6/2008).

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Anticipo mi opinión en el sentido de que la acción intentada resulta formalmente inadmisible. De este modo, comparto el criterio expuesto en su dictamen por el señor Fiscal General (véase fs. 116/117 vta.).

En primer término, la demanda 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 *in totum* del dec. 2075 y de su anexo 2, emanado del Poder Ejecutivo de la Ciudad el 10/12/2007, que contiene reglas de las más diversas características, la mayor parte de las cuales constituyen actos de organización. A través de este instrumento legal, el Jefe de GCBA aprobó una nueva estructura orgánico-funcional, dependiente del Ejecutivo local, y redefinió los objetivos y responsabilidades primarias de las llamadas "Unidades de Organización" que integran el organigrama aprobado por el art. 1º del decreto, según se detalla en el Anexo 2. Asimismo, el decreto impugnado en su totalidad en esta demanda incluye disposiciones relativas a la delegación de ciertas facultades en la Vicejefatura de Gobierno, a la retribución de funcionarios y al fondo para las "Plantas de Gabinete", descriptas en el art. 5º del mismo dispositivo legal.

De este modo, la demanda no cumple con la carga de identificar, con la debida especificidad, cuáles son las normas de alcance general que la actora pretende que el Tribunal invalide, y cuáles son las razones por las cuales cada una de ellas es puesta en crisis a través de la *ultima ratio* del orden jurídico, esto es, de la pretensión de que se declare su falta de adecuación constitucional y, por ello, se las expulse del orden jurídico local.

Como sostuvo este Tribunal en la causa "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 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. nº 2660/03, resolución del 11/2/2004, "Rodríguez Simón, Fabián c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3055/04, decisión del 15/5/2004, primer considerando, y "Asociación Argentina de Compañías de Seguros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2953/04, resolución del 12/4/2004, mi voto, primer considerando). Si bien todo el decreto o reglamento incluye a todas las reglas contenidas en él, no precisar la o las reglas, o los segmentos de ellas, que lesionan la Constitución constituye, en la práctica, una delegación de esa tarea en el Tribunal, labor inadmisible frente a una consecuencia tan grave como la que se solicita y para una acción "sin caso" (abstracta y concentrada), esto es, sin la necesidad de que se identifique un interés personal vulnerado concretamente.

Al resolver la demanda en "Oliveto", ya citado, el TSJBA, por unanimidad, estableció que la descalificación *in totum* de la legislación emanada de la segunda legislatura local a partir del 9/12/2001, no cumple con la carga de indicar correctamente cuáles son las normas de alcance general que los actores pretenden que el Tribunal invalide. De tal forma, se deja en manos del Tribunal la formulación misma de la pretensión que él debería acoger o rechazar, lo que no puede ser admitido (consid. 2, segundo párrafo; conf., asimismo, la doctrina del Tribunal en las causas "Rodríguez Simón, Fabián c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3055/04, decisión del 15/5/2004, primer considerando, y "Asociación Argentina de Compañías de Seguros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2953/04, resolución del 12/4/2004, mi voto, primer considerando).

2. Los defectos consignados tampoco permiten decidir con certeza acerca de si aquello que se tacha por inconstitucional —con prescindencia del motivo— es una norma general o un acto particular. Debo expresar que, a juzgar por el texto literal del decreto impugnado, y aun si admito dudas o discrepancias como posibles, reputo que la probabilidad mayor se halla del lado de categorizarlo como acto de alcance particular, en el sentido de su irrepetibilidad en cuanto a la ocasión (ausencia de generalidad objetiva).

3. Las razones que anteceden resultan, a mi juicio, suficientes para rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por la Asociación de Psicólogos del GCBA, decisión que no obsta a la interposición de otra demanda formalmente procedente.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la "Asociación de Psicólogos del GCBA" a fs. 99/104 contra el GCBA, con el alcance que surge del punto 3 del voto del juez Luis F. Lozano.

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.

La jueza Ana María Conde no firma por estar con licencia.

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

CLXXXI

"CIPULLO, BEATRIZ EMILIA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

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 véase voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

4. 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 5774/08 - 20/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Beatriz Emilia Cipullo interpuso demanda contra el GCBA a fin de que se incluyera en su remuneración y dentro del rubro sueldo básico, los complementos que se liquidan como no remunerativos (códigos 094, 095, 096 y 097), asimismo, solicitó que se efectuará el correspondiente reajuste y liquidación de los rubros que se toman como referencia al rubro sueldo, requiriendo que, a partir de tal importe, se calcularan las retroactividades que por ley le corresponden, por las cantidades de todos los haberes desde la incorporación de cada una de las asignaciones mencionadas, con más sus intereses y costas. También solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los decs. 4937/91 y 5261/91.

2. El juez de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo establecido en los decs. 4937/91 y 5787/91 respecto de la actora e hizo lugar al reclamo por diferencias salariales imponiendo las costas a la demandada. También el magistrado dispuso que "[l]as diferencias que puedan resultar a favor de la actora, en concepto de aportes y contribuciones de la ley, serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia y calculadas desde los cinco años anteriores, contados desde la fecha de presentación del respectivo reclamo administrativo (art. 4027, Cód. Civil)".

La demandada interpuso contra tal decisión recurso de apelación. La Sala I de la Cámara CAyT rechazó la totalidad del recurso de apelación interpuesto y impuso las costas en ambas instancias en el orden causado.

En lo que aquí interesa, por ser la materia concreta de los agravios traídos por el recurrente, la Cámara al decidir la apelación concluyó que el Gobierno debía presentarse ante el órgano previsional competente y regularizar la deuda en concepto de contribuciones; y, del mismo modo, entendió que dado que la irregular situación previsional se debió exclusivamente a la conducta del Estado, la solución más justa era que el demandado se hiciera cargo de la regularización de la deuda previsional en concepto de aportes.

Contra tal decisión el demandado interpuso recurso de inconstitucionalidad. Entendió que la decisión de la Cámara era arbitraria porque: *1)* se lo condenaba a realizar aportes previsionales que no integraron la *litis*; *2)* omitió expedirse sobre cuestiones planteadas oportunamente —en la apelación— referida a la falta de

legitimación de su parte para cumplir con la condena a regularizar la situación previsional de la actora y; 3) la ausencia de fundamentación suficiente de la sentencia en imponerle el cumplimiento de las obligaciones previsionales. En ese orden de ideas, el recurrente consideró violados el derecho de defensa en juicio, garantía consagra en los arts. 18 de la C.N. y 10 y 13 de la CCBA.

El recurso de inconstitucionalidad, previa sustanciación, fue concedido por el tribunal superior de la causa.

A fs. 272/274 expidió su dictamen el Fiscal General Adjunto que consideró que se debía admitir el recurso de inconstitucionalidad y revocar la decisión impugnada en cuanto se condena al Gobierno a regularizar la situación previsional de la actora.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso se interpuso en tiempo y forma y logra plantear un caso constitucional.

La cuestión guarda estrecha relación con la decidida 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.

Por lo expuesto voto por: *1)* Hacer lugar al recurso interpuesto; *2)* Revocar parcialmente la sentencia impugnada en cuanto impone al GCBA la obligación de regularizar la situación previsional de la actora; *3)* Imponer las costas en el orden causado en atención a que la cuestión objeto de los agravios fue introducida oficiosa e inopinadamente por los jueces de primera y segunda instancia.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, en tanto resalta que el asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado 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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, decisorio 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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4304/05, resolución del 31/5/2006; más recientemente: "Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4748/06 y su acumulado

"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4739/06, resolución del 8/11/2006; "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, resolución del 29/11/2006 y "Valente, María del Carmen y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4872/06, resolución del 14/2/2007.

La insistencia del Gobierno demandado sólo puede justificarse ante la modificación parcial de la sentencia lograda en las causas citadas. Esa modificación tiene por centro la condena a integrar aportes y contribuciones previsionales a la Caja del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, dispuesta aquí por el fallo de primera instancia, punto II *in fine* (fs. 208 vta.), confirmada por la sentencia de la Cámara (fs. 247), único agravio que ante el Tribunal ofrece este recurso (punto III, 3, fs. 250 vta.).

2. Respecto de ese deber impuesto por las sentencias judiciales de la Ciudad, si coincidimos en dejar de lado problemas semánticos como la denominación del motivo de impugnación —la *arbitrariedad*, especie genérica de cualquier tacha contra una decisión judicial que se produce en esta Ciudad, o, incluso, el acudir a la división de los poderes de una República—. Las sentencias citadas revocan esta parte de las condenas, sobre la base de los siguientes fundamentos materiales: *a)* La parte actora en este proceso no resulta legitimada para pedir que otra persona cumpla con obligaciones que a ella presuntamente le competen respecto de un tercero. Adicionalmente, cabe indicar que, frente a un salario mayor, también le correspondería al actor demandante un deber similar, para cuyo cumplimiento nada dice el hecho de que suceda mediante un agente de retención, su empleador. *b)* Por lo demás, el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires carece de competencia para decidir acerca de obligaciones frente a un órgano nacional de carácter previsional. Estos dos fundamentos avalaban la tesis que revocaba la condena al GCBA relativa a este punto. *c)* Desde el punto de vista formal, aquellas sentencias también aclaraban que la condena a esta obligación era poco menos que introducida de oficio por los tribunales, en tanto no formaba, ni podía formar parte, de la demanda.

3. He de disponer que las costas del recurso de inconstitucionalidad sean soportadas por ambas partes y por su orden, dado que la cuestión fue prácticamente introducida por la sentencia del tribunal de mérito y que, aun cuando fue sostenida por el actor en la contestación del recurso, ello puede justificar que el actor, racionalmente, haya estimado tener derecho a contestar el recurso (art. 65, CCAyT). Por lo demás, en el fondo se trata de una cuestión de salarios laborales.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la solución propuesta en el voto de mi colega, jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz. En tal sentido, considero que son admisibles y deben ser acogidos los agravios invocados por la recurrente en relación con la afectación

del principio de congruencia. Ello así, porque la sentencia impugnada —que en el punto confirmó la de primera instancia— ordenó al GCBA regularizar la situación previsional de la actora, condenándolo a integrar las diferencias en concepto de aportes y contribuciones de ley ante la Caja del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, sin que esa pretensión hubiera sido requerida en la demanda.

2. Para la Alzada el pronunciamiento cuestionado no resolvió *extra petita* debido a que la cuestión habría sido planteada oportunamente por la actora. Sin embargo, la demanda bajo el título "Hechos", se limitó a consignar que "(...*)* los rubros calificados como 'no remunerativos' y establecidos en virtud de la política salarial oportunamente propuesta por la Secretaría de Cultura y Educación (...) no pueden legalmente existir como tales debiendo integrar el sueldo y efectuarse los aportes jubilatorios correspondientes sobre los mismos a fin de evitar futuros perjuicios derivados de la consiguiente merma en el haber jubilatorio" (véase fs. 2/3).

Por su parte, esa presentación al describir el objeto de la acción, había señalado que se accionaba contra el GCBA para obtener una sentencia que "(...) lo condene a integrar el rubro 001 de mi sueldo básico con los rubros 094, 095, 096 y 097 calificados como 'no remunerativos', efectuando en consecuencia también el reajuste y reliquidación de los rubros que se toman con referencia al rubro sueldo, y a partir del nuevo importe obtenido en legal forma, calcular las retroactividades que por ley me corresponden, por las cantidades de todos los haberes desde su incorporación de cada una de las asignaciones referidas, con más sus intereses y costas" (*sic* fs. 2).

3. En tal contexto, aunque 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), corresponde señalar que las manifestaciones aludidas por el *a quo*, en modo alguno, hacen posible considerar que la actora haya introducido en términos claros y positivos una pretensión orientada a obtener la regularización previsional dispuesta en la sentencia atacada. Las referencias en cuestión, formuladas en términos genéricos y abstractos, no pueden invocarse, como lo hace la Cámara (fs. 245 vta. y 246 vta.) para fundar la sentencia en lo que resulta materia de agravio (conf. mi voto *in re* "Tortosa, Marta Margarita y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4714/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tortosa, Marta Margarita y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4715/06, sent. del 1º/11/2006).

Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA y revocar la sentencia impugnada en cuanto ordena al GCBA

regularizar la situación previsional de la actora. En cuanto a las costas adhiero a la solución propuesta por el juez Maier, por los fundamentos que expone en su voto a los que remito en honor a la brevedad.

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión planteada en el *sub examine* resulta sustancialmente análoga a la resuelta 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; y "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, sent. del 29/11/2006, entre otros.

2. Sobre la base de lo expresado por el suscripto en los precedentes mencionados y la doctrina expuesta en sus fundamentos —a los que me remito por razones de brevedad—, considero que el agravio relativo a la alegada violación al principio de congruencia, por haberse pronunciado los jueces de grado sobre una cuestión no planteada en la demanda, no puede prosperar.

En mi concepto, no se ha resuelto el proceso con alcance *extra petita*, pues, como lo sostuve en el precedente "Farías" (citado anteriormente), 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. Por ello, es mi parecer que todo lo que hace al esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional, se encontraba dentro de los términos en los que fue trabada la *litis*, por más que el GCBA, a lo largo del proceso, manifieste lo contrario; lo cual importa en la presente causa desatender las manifestaciones explícitas vertidas en ella (véase, en especial, fs. 1 vta. del escrito de demanda y fs. 45/ vta. y 168 del alegato de la parte actora; fs. 65/ vta. del escrito de contestación de demanda y resolución de fs. 52/ vta. en la que se puntualizó el objeto de la acción incoada por la actora).

Entonces, decidido que los suplementos son remunerativos y se deben tomar como base *a todos los efectos previsionales*, las acciones, operaciones y parámetros que deberán seguirse para cumplir aquella directiva (y los eventuales problemas que se pueden llegar a generar) deberán ventilarse en el proceso de ejecución de sentencia.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA a fs. 249/256 vta. y *revocar* parcialmente la sentencia impugnada en cuanto impone al GCBA la obligación de regularizar la situación previsional de la actora. Costas por su orden.

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

La jueza Ana María Conde no participa del acuerdo por estar con licencia.

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

CLXXXII

"FUNGUEIRO, NANCY FABIANA Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'FUNGUEIRO, NANCY FABIANA Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Cobro de diferencias salarias. Adicional: intereses. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: Pronunciamiento *extra petita*. Derecho común. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. SALARIO: Carácter alimentario. Intangibilidad de la remuneración. PROCEDIMIENTO LABORAL: Principio protectorio. Pronunciamiento *ultra petita*. Principio *iura novit curia*.

SUMARIOS:

1. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, en principio, es privativa de los jueces de la causa, salvo que excedan toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja pues es privativo de los jueces de mérito y ajeno a la instancia del Tribunal establecer el alcance de la pretensión de la actora y, a ese fin, en el sentido que en el lenguaje jurídico, coloquial o en los usos forales

se asigna a la expresión “adicionales” para determinar si esas acepciones incluyen o no los intereses de un capital reclamado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja cuando los cuestionamientos efectuados no logran demostrar que en el caso haya mediado un apartamiento inequívoco de las constancias de la causa o una absoluta carencia de fundamentación que impida considerar el pronunciamiento recurrido 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).*

4. Es tarea propia de los tribunales de mérito examinar la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz *adicionales* desde el punto de vista de la legislación común (*infraconstitucional*), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La tutela efectiva del salario, en atención a su carácter alimentario, involucra una cuestión constitucional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Del principio de intangibilidad de la remuneración laboral y de su carácter alimentario (art. 43 de la CCBA y art. 14 bis de la C.N.) deriva que, en materia de reclamos salariales está legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. La flexibilización del principio de congruencia y la consagración del principio protectorio se extiende al ámbito del proceso, tal como ocurre con el art. 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral que autoriza a los jueces a fallar *ultra petita*. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Los intereses que derivan de un reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio del principio de *iura novit curia*. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Cabe hacer lugar al recurso de queja cuando se evidencia la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, que con una visión formalista y estrecha exigió a los actores una carga a la que no estaban obligados, y provocó con ello la lesión al principio constitucional de tutela efectiva e integral del salario, desde que por vía de una interpretación en contra del trabajador, condujo a que el Estado se quedara con una porción del salario (los intereses) que debe garantizar. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5800/08 - 20/8/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Nancy Fabiana Fungueiro, Graciela Andrea Zanellato Noble, Carmen Amelia Cardaci, Ofelia Aída Cavanna, Nora Estela Graciela Scholz, Aristóbulo

Ignacio Márquez, María Teresa Carmen Macías, María Sara Figueroa y Claudia Alejandra Procopio, quienes se desempeñan como jefe de preceptores, preceptores y ayudantes de clases prácticas en distintas escuelas de esta Ciudad, transferidas en cumplimiento de la ley 24.049, plantearon una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) por cobro por diferencias salariales (fs. 15/20 vta.). Reclamaron la aplicación del "...haber municipal de Preceptor —índice 904— (dec. 858/94), más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 19).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y, en lo que aquí importa, condenó, al GCBA "...a pagar a los actores las diferencias salariales existentes entre el servicio educativo local y el fijado para el personal transferido desde la órbita nacional por la ley 24.049, con más los intereses que deberán liquidarse conforme lo expuesto en el considerando V." (fs. 29/36).

2. En lo que interesa a los fines de esta queja, el GCBA apeló la condena al pago de intereses por no haber sido ellos pedidos en la demanda (fs. 37/46, punto II, apart. 11).

La Sala II de la Cámara CAyT, a su turno, revocó —en lo que a este aspecto se refiere— el fallo de primera instancia (fs. 47/51 vta.).

3. Disconforme la parte actora, interpuso contra dicha decisión recurso de inconstitucionalidad por considerar que ella "...resulta confiscatoria —violando el derecho de propiedad del art. 17, C.N.— y la protección de los derechos del trabajador consagrado en el art. 14 bis, C.N." (fs. 1/5). Centró sus agravios en que: *a)* la Cámara de Apelaciones no tuvo en cuenta la frase "más sus adicionales" inserta en la demanda y tampoco que "...Los términos 'adicionales' o 'accesorios' como género incluyen a la especie 'intereses', pero son más abarcativos ya que incluirían actualizaciones o desvalorizaciones monetarias como existían en otros momentos históricos..." (fs. 1/5, punto IV); *b)* resulta claro que la demanda contiene la petición de adicionales, es decir, intereses, depreciación monetaria o actualización "*...en términos claros, precisos y positivos*" (el resaltado se corresponde con el original, fs. 2); *c)* la hipótesis de autos difiere de la planteada en la causa "Pereyra Loizaga, Nidia Angélica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3138/04, fallada el 24/11/2004 por este Tribunal, dado que la cuestión atinente a los intereses fue introducida al momento de la liquidación de la sentencia; en este caso, en cambio, la solicitud de los adicionales surge de la demanda; solicitud que fue reiterada luego en los alegatos; *d)* la demandada reconoció —debido a la interposición de reclamos administrativos— la situación de mora, tal circunstancia justificaba la fijación de intereses; *e)* es la interpretación del término "adicionales" y no la falta de reclamo en la demanda lo que produce

que no se les reconozca a los actores el derecho a cobrar las diferencias salariales devengadas desde hace más de doce años, manteniendo el valor de la cosa adeudada; *f)* no reconocer los intereses compensatorios importaría un enriquecimiento ilícito de la demandada; *g)* es evidente que hubo un perjuicio para cada uno de los actores, pues se vieron privados de disponer de esas sumas de carácter alimentario; y *h)* sólo se cumpliría con el principio de indemnidad del salario si se reconocen los adicionales (o accesorios o intereses) solicitados en la demanda.

Contestado el traslado por la demandada (fs. 53/56), el recurso fue denegado por la Cámara (fs. 57/58 vta.). El rechazo se sustentó principalmente en que: *a)* se trataba de cuestiones de hecho y de índole procesal (la no petición de intereses en el escrito de inicio); *b)* la impugnación efectuada no lograba demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional; y *c)* la recurrente se limitaba a disentir con la interpretación efectuada en la sentencia de normas legales de naturaleza infraconstitucional.

4. Ello motivó la interposición de la presente queja por parte de la actora (fs. 6/11 vta.).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto postula el rechazo del recurso de hecho (fs. 70/72).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja planteado por los actores no puede ser admitido, pues no somete a decisión del Tribunal cuestión constitucional alguna.

2. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, en principio, es privativa de los jueces de la causa. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

En el caso que nos ocupa, está en discusión la interpretación que corresponde asignar a la demanda cuando requiere el pago de "diferencias salariales (...) más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador".

La sola enunciación de la cuestión pone de resalto que el Tribunal, para decidir el punto, no debería elucidar ninguna de las cuestiones para las que tiene asignada jurisdicción, sino sólo adentrarse en establecer cuál fue el alcance de la pretensión de la actora y, a ese fin, en el sentido que en el lenguaje jurídico, coloquial o en los usos forales se asigna a la expresión "adicionales" para determinar si esas acepciones

incluyen o no los intereses de un capital reclamado, asunto que es privativo de los jueces de mérito y ajeno, en cambio, a esta instancia .

3. La decisión recurrida ha considerado, al acoger el agravio planteado por el GCBA contra la sentencia de primera instancia, que "ninguna petición en ese sentido [pago de intereses] contiene el escrito de inicio" (fs. 50 vta., punto 13).

Los actores sostienen en el recurso de queja y en el de inconstitucionalidad que la expresión "más sus adicionales" inserta en la demanda incluye "el rubro intereses, actualización o desvalorización monetaria si hubiere correspondido y cualquier otra forma que representase el mantenimiento del valor de lo adeudado" (fs. 1 vta. y fs. 7). Sin embargo, su actuación anterior en el juicio contradice esa afirmación. Al contestar el memorial de agravios de la apelación planteada por el GCBA contra la decisión de primera instancia los actores nada dijeron en relación con ese concreto agravio, mas al formular su conclusión expresaron "se solicita que V.E. confirme la sentencia de primera instancia, ordenando liquidar con el haber municipal, más sus adicionales y demás características individuales, desde 5 años antes de la interposición del reclamo hasta la total equiparación, *con intereses aplicando la tasa activa en el periodo enero/septiembre 2002 —según pacífica jurisprudencia— y costas, atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador*" (fs. 46 y vta., sin destacar en el texto original). Se ve, entonces, que la mención a los "intereses" recién se efectúa en el escrito de contestación de agravios, como algo distinto a los "adicionales". Huelga decir que la parte demandada, el GCBA, nada pudo responder a ese respecto, en atención a la actuación procesal en que la cuestión fue introducida.

Tampoco abona la posición de los recurrentes que en el escrito de demanda se refirieran a la "mora" de la Administración en efectivizar la ley, pues en el contexto en que se ha empleado el término (véase transcripción en el punto 2, segundo párrafo) no se vincula con la exigencia implícita del pago de intereses. Antes bien, parece aludir al retraso o demora del GCBA en instrumentar la ley, cuestión relevante para fijar la fecha a partir de la cual los actores tenían derecho al cobro de las diferencias salariales reclamadas en la demanda.

Por lo dicho, aunque la queja pretende una decisión del Tribunal sobre el alcance de las expresiones utilizadas en el escrito de demanda, no ha logrado demostrar que la interpretación efectuada por la Cámara resulte absurda o arbitraria. Lo resuelto encuentra sustento en una interpretación posible de los actos del proceso y de las normas locales que los rigen, cuya aplicación priva a lo decidido de relación directa con las cláusulas constitucionales que se dicen violadas.

4. No desconozco la especial tutela que la retribución de los servicios personales ejecutados en relación de dependencia tiene a la luz de lo dispuesto en el art. 43 de la CCBA y las normas que lo reglamentan; y es probable que de haberse expresado en la demanda con claridad y de forma íntegra la pretensión de condena abarcando la exigencia de intereses —como sí se efectuó al contestar los agravios de la apelación del GCBA— nada se habría podido objetar al pago de ellos. Pero, ello

no ha sucedido en el caso y la especial tutela del crédito del empleado no permite a los jueces sustituir la voluntad de las partes expresada en la concreta formulación de su pretensión, adicionando aquello que consideren insuficientemente reclamado.

Por tanto, corresponde rechazar el recurso de queja planteado por los actores.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a los puntos 1 a 3 del voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, y a las consideraciones que en sentido concordante expresa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 70/72), pues la parte recurrente no ha logrado exponer un caso constitucional susceptible de habilitar esta instancia de excepción en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. En efecto, los planteos esgrimidos en el recurso de queja se circunscriben a dilucidar el alcance de lo pretendido en el escrito de inicio —puntualmente, para decidir si la expresión "adicionales" comprende los "intereses" del capital reclamado—; determinación que, por regla, corresponde a los jueces de la causa (conf. doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

Por lo demás, incluso de asumir que el planteo de arbitrariedad de sentencia ha sido introducido de manera oportuna por la parte actora, se advierte que los cuestionamientos efectuados no logran demostrar que en el caso haya mediado un apartamiento inequívoco de las constancias de la causa o una absoluta carencia de fundamentación que impida considerar el pronunciamiento recurrido como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. Así entonces, resulta oportuno recordar que este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/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 las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja incoado por la parte actora a fs. 6/11 vta.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El único agravio del recurrente resulta del punto 13 de la sentencia recurrida (fs. 50 vta., voto del señor juez Centanaro, al que se adhieren en el punto sus colegas). Se trata de la revocación de la condena de primera instancia a pagar intereses compensatorios de la deuda reconocida. Tal determinación constituye, efectivamente, un agravio para el actor, puesto que disminuye para él los efectos de la condena establecida en primera instancia. El recurso pretende que el Tribunal revoque la sentencia de segunda instancia (Sala II, Cám. CAyT) y confirme el pronunciamiento de primera instancia (fs. 5).

2. El problema reside, para la Cámara, en que el recurso que pretende sostener la queja no invoca ni pide la declaración de inconstitucionalidad de alguna regla o acto, sino que, por lo contrario, revela su discrepancia con la interpretación de su demanda —¿contiene o no contiene la petición de intereses compensatorios?— o de sus términos —¿integra el concepto de *intereses* el más vasto de *adicionales*, o no resulta ser un concepto concéntrico respecto de aquel conjunto mayor?—. Ésta es la razón, precisamente, por la cual se configura el escenario que antes indicábamos: tachar la sentencia de segunda instancia y dejar vigente la de primera instancia, que le reconocía a la recurrente los intereses compensatorios.

3. Planteado en estos términos, resulta claro, a mi juicio, que lo que se pretende con el recurso es una ampliación de aquella labor que, por su competencia, le corresponde al Tribunal. Él no debe ocuparse, como una tercera instancia, de examinar la sentencia para arribar a una solución justa según todas las reglas del orden jurídico, sino que, a diferencia de los tribunales de mérito, la labor del TSJBA está constreñida a examinar el caso para advertir si a su solución se ha arribado mediante una regla que no se adapta a las condiciones de validez que fijan reglas de rango superior (constitucionales) o, de manera contraria, cuando se ha excluido una regla de la solución del caso por entenderla repugnante a otra constitucional, caso en el cual el TSJBA verifica la solvencia de esa conclusión, esto es, verifica si el juicio es correcto o erróneo y, en este último supuesto, incluye o manda incluir la regla en la solución del caso (control difuso). Una extensión de esta tarea, para casos excepcionales, consiste en verificar los graves errores de principios fundamentales (constitucionales) que el procedimiento adoptado para arribar a la solución pudiera contener.

4. Como lo indica el señor juez de trámite en su voto, la sentencia recurrida ha concluido, por interpretación de los términos de la demanda, que ella no contenía la petición de intereses compensatorios y, por ende, no favorecía la necesidad de defensa (contradicción) del demandado. Si bien en purismo el definir el alcance de los conceptos no constituye un hecho, sino, tan sólo, un juicio acerca de su referencia semántica —que, en este caso, se proyecta sobre el contenido de la demanda—, el problema se comporta, para el recurso interpuesto, de la misma manera. Sólo a través de una decisión absurda —aquí llamada, con una ampliación casi indefinida, *sentencia arbitraria*— puede arribarse a la descalificación de la sentencia impugnada como acto jurisdiccional válido, desde el estrecho punto de vista que rige al recurso interpuesto. En cambio, no se llega a ese resultado a través de la simple proposición de una interpretación diferente de los términos de la demanda, o del alcance de esos términos. Si la sentencia está fundada, y su fundamento no reside en una discriminación prohibida —equivalente: no permitida—, lo que se opone a ella es una mera interpretación diferente, como lo explica con mayor enjundia el voto del señor juez de trámite al que, en general, me adhiero.

Cualquiera que sea mi opinión sobre la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz *adicionales* —y en este sentido tendría mucho para decir

que no quiero expresar por mi falta de competencia—, no estoy autorizado a examinar tal hecho desde el punto de vista de la legislación común (*infraconstitucional*), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos. Ésta es una tarea propia de los tribunales de mérito.

5. Sólo menciono aquí mi posición sobre el motivo 'arbitrariedad', mucho más estricta que la comprensión genérica de mis colegas del Tribunal y que la doctrina de la CSJN, creadora del instituto (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito (Sala II, Cám. CAyT) y afirmar como válida la de otro tribunal de mérito que se pronunció con anterioridad a él.

6. En razón de lo expuesto hasta aquí, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 6/11 vta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta por los actores en legal tiempo y forma formula una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, lo que habilita la consideración del recurso de fs. 6 a 11 vta. de la queja.

2. El eje del recurso consiste en resolver si la tutela efectiva del salario, en atención a su carácter alimentario, involucra o no una cuestión constitucional. Anticipo que en mi opinión, la respuesta es afirmativa.

La presentación muestra que la cuestión constitucional reside en la lesión de un derecho social: el derecho del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias (conf. art. 7º, PIDESC), derecho que goza de la protección de las leyes en todos sus formas (art. 14, bis, C.N. y art. 43, CCBA) y cuya efectividad se encuentra garantizada por el propio Estado, demandado aquí como empleador (conf. art. 2º, PIDESC y art. 28 —cláusula federal—, CADH).

Tal como refieren los recurrentes, la Cámara violentó el principio de indemnidad, a partir del alcance que asigna a la expresión "adicionales" y dictó una sentencia arbitraria que viola la tutela constitucionalmente consagrada del salario. En efecto, resulta insostenible que bajo aquella voz —"adicionales"—, no se consideren incluidos y reclamados los intereses derivados de la deuda reconocida a favor de los actores y que llega firme a esta instancia extraordinaria.

La interpretación de la Cámara respecto de lo que se dijo en la demanda con la expresión "adicionales" restringe inconstitucionalmente la tutela de un crédito laboral, en tanto afirma que los intereses moratorios correspondientes a la deuda, ahora reconocida judicialmente, no estaban incluidos en la pretensión deducida.

Ahora bien, se deriva del principio de intangibilidad de la remuneración laboral y de su carácter alimentario (art. 43 de la CCBA y art. 14 bis de la C.N. ya citados) que, en materia de reclamos salariales está legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia. La protección del salario y de los créditos laborales, a su vez, está consagrada en la Ley de Contrato de Trabajo a través de numerosas disposiciones, de las que menciono apenas el art. 137 o el art. 260, las normas sobre inembargabilidad del salario, su forma de pago y las que regulan el salario mínimo, vital y móvil.

Asimismo y con igual fundamento, la flexibilización del principio de congruencia y la consagración del principio protectorio se extiende al ámbito del proceso. Un ejemplo de ello es el art. 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral que autoriza a los jueces a fallar *ultra petita*.

De lo dicho se sigue que, los intereses que derivan de ese reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio justamente del principio de *iura novit curia.*

Cuando en un proceso se discute acerca de derechos laborales, una recta aplicación de la Constitución (en el caso del principio protectorio) exige tomar en cuenta los fines del derecho procesal y su conexión con el derecho material evitando caer en un puro formalismo hermenéutico que acaba en el desconocimiento de preceptos constitucionales.

Agrego, en apoyo de la posición que sustento que también otros sujetos protegidos de modo particular a nivel constitucional, gozan de tutelas jurisdiccionales especiales que habilitan a los jueces ir más allá de lo pedido. Así, el art. 37 de la ley 24.240 (conf., mod. ley 26.361) establece que "[c]uando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario". Por fin, me remito al fallo que hace más de cuarenta años dictara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual sostuvo que no resultaba inconstitucional el uso razonable del ejercicio de la facultad de los jueces laborales de fallar *ultra petita* (*Fallos,* 291:416).

Desde esta perspectiva de análisis, se evidencia la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, que con una visión formalista y estrecha exigió a los actores una carga a la que no estaban obligados, y provocó con ello la lesión al principio constitucional de tutela efectiva e integral del salario. La sentencia de Cámara, por vía de una interpretación en contra del trabajador, conduce a que el Estado se quede con una porción del salario (los intereses) que debe garantizar. Por otra parte, carece de toda razonabilidad imponerles a los trabajadores el inicio de un nuevo proceso para reclamar los intereses que supuestamente no solicitaron, alternativa que conspira contra el principio de economía procesal, incrementa los costos de la litigiosidad al desdoblar el reclamo y su percepción e impone una espera innecesaria a los accionantes.

La cuestión bajo análisis difiere sustancialmente de la que fue motivo de decisión en el expte. nº 3138/04 "Pereyra Loizaga, Nidia Angélica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (sent. del 24/11/2004),

lo que explica la diferencia de mis votos en ambas causas. En el referido expte. nº 3138/04 la existencia de cosa juzgada impedía modificar los efectos de la ejecución de sentencia e integrar a esa ejecución los correspondientes intereses, mientras que ahora la decisión recurrida carece de firmeza y se trata de definir qué rubros integran la condena, es decir, si sólo el capital o también sus accesorios.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso y revocar la sentencia del tribunal superior de la causa. Costas a la vencida.

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 interpuesta por Nancy Fabiana Fungueiro, Graciela Andrea Zanellato Noble, Carmen Amelia Cardaci, Ofelia Aída Cavanna, Nora Estela Graciela Scholz, Aristóbulo Ignacio Márquez, María Teresa Carmen Macías, María Sara Figueroa y Claudia Alejandra Procopio.

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.

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.*

CLXXXIII

"TOREA, DOMINGO NAZARIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'TOREA, DOMINGO NAZARIO C/GCBA S/OTRAS CAUSAS DONDE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA ES ACTORA'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Es requisito necesario del recurso de queja que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso de queja es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso de queja es inadmisible cuando no enuncia un caso constitucional que habilite la competencia de este Tribunal, en los términos previstos por los arts. 113.3, CCBA y 27 de la ley 402, ni introduce razones conducentes que den sustento a la arbitrariedad alegada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

4. Cabe rechazar el recurso de queja cuando no se postulan razones que permitan conectar las disposiciones constitucionales citadas con las cuestiones debatidas en la causa, que remiten a la valoración de circunstancias de hecho y prueba, y del alcance que la Cámara otorgó a la pretensión, materia que involucra una facultad privativa de los jueces de mérito, competencia en cuyo ejercicio no se ha demostrado exceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

5. La interpretación de los términos usados en la demanda y en el dispositivo requerido para la decisión es una labor de los jueces de mérito a la que sólo puede ingresar el Tribunal en caso de un absurdo notorio de la decisión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5497/07 - 20/8/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Domingo Nazario Torea promovió demanda contra la Ciudad de Buenos Aires a fin de solicitar la tasación del inmueble sito en Av. San Pedrito 1104 (fs. 60). En la demanda relata que "fijada que fuera la traza de la autopista 25 de mayo la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ordenó la expropiación del referido inmueble", que "si bien no estuvo afectado a construcción, serviría como espacio libre parquizado", y que "[l]a titularidad del dominio se transfirió por sentencia judicial, dictada el 24 de junio del año 1981, por entonces Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 24, a cargo del doctor Germán Alberto Voss, Secretaría Nº 48" (*sic*, fs. 60 vta.).

Continúa diciendo que "derogada que fuera la ordenanza 36.737, por la que se dispuso la expropiación del inmueble que nos ocupa, me presenté y solicité por escrito el pedido de retrocesión" (fs. 61). A continuación describe las vicisitudes del trámite de retrocesión en sede administrativa la que, según dice, fue otorgada y se encuentra firme. En consecuencia, sostiene que "lo que debe resolverse y es lo que peticiono es la instrumentación de la retrocesión, es decir, *la tasacion del inmueble*" (fs. 64, en mayúsculas en el original).

2. El Gobierno de la Ciudad interpuso excepción de prescripción (fs. 93/96) y al contestar la demanda sostuvo que el expropiado no había efectuado la intimación fehaciente necesaria para iniciar la retrocesión. Asimismo, afirmó que "al no haber acto administrativo alguno que declare la retrocesión del inmueble (...) no hay, hasta

la fecha suma alguna que devolver a mi representada, y por esta sencilla razón, es que la acción entablada por la contraria, debe ser rechazada (fs. 120 vta.).

3. El juez de grado, luego de decretar que resultaba aplicable la ley local de expropiaciones nº 238, consideró en base a las pruebas aportadas a la causa y a los principios generales del derecho, que la retrocesión había sido perfeccionada y que la acción incoada por la actora no se encontraba prescripta. En cuanto a la suma que debía abonar la parte actora al GCBA por la retrocesión, estableció que correspondía estar a la determinada por la perito tasadora a fs. 188/188 vta., "toda vez que si bien la demandada realizó diversas objeciones respecto al modo de arribar a dicha suma no ha impugnado la misma, y por el contrario la actora ha prestado conformidad se fija la misma en la suma de pesos ciento cincuenta y seis mil ($ 156.000), la que se encuentra establecida al 12/11/2002 (véase fs. 189 vta.) y devengará intereses a la tasa pasiva que utiliza el Banco Central de la República Argentina, desde esa fecha hasta el momento del efectivo pago" (fs. 291 vta.).

4. En el memorial obrante a fs. 308/316, el GCBA consideró que debía realizarse una nueva tasación en razón de que "el valor del inmueble fijado en la sentencia presupone un enriquecimiento incausado del retrotrayente" (fs. 313/314). Asimismo, sostuvo que la sentencia impugnada resolvía cuestiones no planteadas afectando el principio de congruencia, en tanto "entra a evaluar si ha existido aceptación o no de la retrocesión, cuando no ha sido un capítulo propuesto en el objeto de la demanda" (fs. 308 vta.). Por su parte, el actor se agravió de los intereses impuestos y de que no se indicaba en la sentencia a que concepto respondía su fijación (fs. 318/320).

5. La Sala II de la Cámara CAyT revocó la sentencia de grado y rechazó la acción en razón de que "el pleito no se encuentra en condiciones de decidirse por la procedencia o no de la retrocesión dado los términos de la propia demanda, que sellan de tal forma su suerte" (fs. 334/337). La Sala señala que el juez de primera instancia al advertir que no había acuerdo en cuanto a si se había otorgado o no la retrocesión decide fallar sobre este punto, cuando esta cuestión, en razón de una demanda que sólo solicitaba la tasación, excedía los términos en los que había sido trabada la litis "fallando *ultra petita* y violando el derecho de defensa de la reclamada" (fs. 336 vta.).

6. Contra esa resolución, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerar que se encontraban violados su derecho de propiedad, igualdad y defensa en juicio. Asimismo, sostuvo que la sentencia impugnada incurría en arbitrariedad (fs. 340/359). El recurso fue contestado por la parte demandada a fs. 355/360.

7. La Sala II denegó el recurso de inconstitucionalidad a fs. 362/363 vta., lo que motivó la interposición por parte de la actora del recurso directo obrante a fs. 34/40 vta.

8. El Fiscal General Adjunto en su dictamen propició el rechazo de la queja (fs. 66/68 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso directo interpuesto por los actores a fs. 34/40 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 que "[e]n el *sub lite*, los propios términos de la sentencia cuestionada establecen que los temas principales tratados en ella versaron sobre: *a)* el objeto al que el propio actor circunscribió su acción. *b)* La conducta y peticiones del mismo en distintas etapas del proceso. *c)* Las constancias emergentes de la prueba aportada por el accionante. (...) *e)* La improcedencia de la mera tasación cuando se carece del presupuesto intrínseco de la retrocesión de la que depende aquella (...)". Asimismo, consideraron que "[l]a evaluación realizada para adoptar la decisión plasmada en el fallo fue producto del análisis de las constancias de la causa, de la prueba producida, así como de los planteos y defensas articuladas por las partes". Por lo que concluyeron que "[e]n tal contexto, los argumentos expuestos para fundar el recurso interpuesto aparecen como genéricos. (...) [L]a 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. 362/363 vta.).

3. En la queja que obra a fs. 34/40 vta., la actora en ningún momento intenta desvirtuar los argumentos que da la Sala II en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. La accionada se limitó a describir la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad como un acto procesal más, de tantos otros que ocurrieron en esta causa. 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. 34/40 vta. debe ser rechazada en términos similares a los que empleé en el expte. 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.

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/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el escrito de fs. 34/40 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 Torea 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 planteada por la parte actora, si bien lo fue en tiempo oportuno y forma adecuada, no puede prosperar, pues el recurrente no enuncia un caso constitucional que habilite la competencia de este Tribunal, en los términos previstos por los arts. 113.3, CCBA y 27 de la ley 402, ni introduce razones conducentes que den sustento a la arbitrariedad que alega.

2. Si bien el recurrente sostiene que la sentencia de la Sala II interviniente que, al revocar la de primera instancia, rechazó su demanda tendente a obtener la tasación del inmueble sito en la Av. San Pedrito 1104 —cuya retrocesión, afirmó, fue oportunamente otorgada—, cercenó su derecho a peticionar (arts. 14, C.N. y 12, inc. 6º, CCBA), e incurrió en arbitrariedad pues "...importó ignorar actos y hechos administrativos, plasmados en pruebas documentales..." (fs. 36 vta./ 38), tales aseveraciones, como indicó el *a quo* al denegar el recurso de inconstitucionalidad (véase fs. 29/30 vta.) no involucran un caso constitucional, ya que dicho tribunal se basó para arribar a la decisión cuestionada en que la pretensión de la actora se ceñía al mero pedido de tasación, sin que se encuentre involucrada la valoración de la procedencia de la retrocesión. Sostuvo, concretamente, que "...no puede prosperar la acción intentada, solicitando la mera tasación, cuando está en discusión, claramente, los presupuestos de los que depende intrínsecamente, esto es, si la retrocesión en que se funda aquélla, tuvo o no lugar y si, en el último supuesto, se reúnen o no las condiciones para su procedencia...", agregando luego que "...toda solución contraria, estaría, en definitiva, fallando *ultra petita* y violando el derecho de defensa de la reclamada..." (fs. 15 vta.), interpretación que —por lo demás— no fue cuestionada por la recurrente, quien, incluso, afirmó que "[e]l actor no ejerció la 'acción de retrocesión'" (véase fs. 27 vta.).

En tales condiciones, el recurrente no postula razones que permitan conectar las disposiciones constitucionales que cita con las cuestiones debatidas en la causa, que —como quedó expuesto— remiten al análisis de la valoración de circunstancias de hecho y prueba, y del alcance que la Cámara otorgó a su pretensión, materia que involucra una facultad privativa de los jueces de mérito, competencia en cuyo ejercicio, como se dijo, el recurrente no demuestra exceso.

Por ello, voto por rechazar el recurso de queja deducido a fs. 34/40 vta.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en el sentido de que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora.

2. La presentación directa que motiva la intervención del Tribunal en estas actuaciones no logra conmover al auto denegatorio dictado por la Cámara a fs. 362/363, toda vez que los agravios planteados se dirigen a cuestionar la forma en que los jueces de la Sala II CAyT, a la luz del derecho público local que regula el instituto de la expropiación, valoraron los hechos y las pruebas considerados relevantes para desechar la línea argumental sostenida por la accionante, orientada a dar por acreditada una retrocesión en sede administrativa respecto del inmueble sito en la Av. San Pedrito nº 1104 de esta Ciudad y, a partir de ello, solicitar su tasación en sede judicial para determinar la suma a reintegrar al Estado.

En virtud de lo señalado, tal como lo expresó la Cámara al rechazar el recurso de inconstitucionalidad, es posible afirmar que el planteo propuesto al Tribunal por la vía intentada no resulta idóneo para demostrar la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues remite al conocimiento de cuestiones propias de los jueces de la causa, vinculadas a la valoración de hechos y pruebas, a la interpretación de preceptos de derecho infraconstitucional, así como a la determinación del alcance de las pretensiones de las partes (conf. doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 296:712; 297:140; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 892, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; 316:424, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Por lo demás, tampoco se ha logrado exponer con suficiencia motivos que den fundamento a la arbitrariedad de sentencia que se alega, en tanto la decisión de la Cámara objeto de reproche se encuentra razonada y fundada, más allá de su acierto o error y de que el recurrente coincida o discrepe con sus contenidos. Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros). También 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 las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja obrante a fs. 34/40 y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El caso planteado en el recurso, desde el punto de vista jurídico, remite a una situación idéntica a la que hace alusión mi posición *in re* "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5800/08, resolución del 20/8/2008.

Más allá de las deficiencias del recurso de queja que señala con razón la señora jueza de trámite, lo cierto es que lo único expuesto en el recurso de inconstitucionalidad —y, de nuevo, en el de queja— es una discrepancia con la sentencia emitida por los jueces de Cámara, discrepancia que versa sobre la interpretación de la demanda con relación a los límites de la decisión. Sobre el particular, el recurrente no muestra un argumento constitucional serio que invalide la valoración de los jueces de mérito, con lo cual no ha ingresado en el presupuesto de la competencia concedida al TSJBA por la ley (local nº 402, art. 27 y concs.). Regularmente, la interpretación de los términos usados en la demanda y en el dispositivo requerido para la decisión es una labor de los jueces de mérito a la que sólo puede ingresar el Tribunal en caso de un absurdo notorio de la decisión, por ejemplo, si esta última fundara su sentido en discriminaciones prohibidas o, de la misma manera, en argumentaciones no permitidas (concepto equivalente).

No es lo que sucede en el caso, razón por la cual subsiste la regla general mencionada antecedentemente, en el sentido de que la interpretación de la demanda es labor de los jueces de mérito que, para el caso del recurso por inconstitucionalidad, funciona como una cuestión de hecho o de derecho común (puramente procesal).

Por esta misma razón, la sentencia no es *arbitraria*, como lo propone el recurrente, única manera de reconducir su diferencia con la sentencia y su agravio que refiere a un caso constitucional. Mi opinión sobre este motivo —un motivo bastardo de admisibilidad del recurso—, es sustancialmente limitada respecto tanto de mis colegas del Tribunal, como de la aplicación que hace de él la CSJN, creadora de la teoría (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), razón por la cual, en el caso, debo coincidir con los señores jueces preopinantes acerca del cumplimiento por parte de la Cámara de la obligación de fundar la sentencia y, por tanto, de la inexistencia de cualquier caso de *arbitrariedad*.

La queja, entonces, debe ser rechazada por los mismos motivos que informan tanto el auto denegatorio del tribunal cuya sentencia se recurre, como el dictamen del señor Fiscal General Adjunto.

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 señor Domingo Nazario Torea.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 52.

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

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.*

CLXXXIV

"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: Requisitos. Sentencia definitiva.
Excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva.
Competencia: denegatoria del fuero federal. Establecimiento de utilidad nacional.
RÉGIMEN DE FALTAS: Obstrucción de inspección. Multa. Poder de policía local.
LEY 24.588: Intereses del Estado federal en la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. La decisión que rechazó las excepciones de incompetencia y falta de legitimación pasiva, atacada por recurso de inconstitucionalidad, no puede ser cuestionada ante el Tribunal porque ordena la continuación del proceso hacia la decisión que, precisamente, tendrá el carácter de sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Si bien 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 que amplían el significado de sentencia definitiva a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Las resoluciones que no tienen el carácter de sentencias definitivas no son pasibles de recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 27, ley 402), de modo que la defensa debe desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que logren demostrar la excepción a la regla, para admitir el recurso de queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Cabe denegar el recurso de queja cuando no se esgrimen razones para equiparar el pronunciamiento apelado que no es sentencia definitiva a uno definitivo, en tanto no sustrae la causa de la jurisdicción local ni supone denegatoria del fuero federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*.

6. La determinación de la legitimidad de la multa impugnada impuesta por obstrucción de inspección, se debe interpretar de conformidad con la normativa local que regula el poder de policía, tarea que se encuentra reservada a los jueces de la jurisdicción en la que fue emitido el acto impugnado, y que escapa a la competencia prevista en el art. 116 de la C.N*. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Las defensas orientadas a mostrar la contradicción que existiría entre la normativa local que involucra la sanción de multa por obstrucción de inspección y la ley 24.588, carecen de entidad para calificar al objeto del juicio como una cuestión de naturaleza exclusiva o predominante federal, con la consecuencia de excluir la intervención de los jueces locales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. En el sistema federal el resguardo de la preeminencia de la Constitución y las leyes nacionales es inherente a la función judicial cualquiera sea el sujeto que la ejerce (CABA, provincia o Nación), sin perjuicio de que las cuestiones federales que comprometan las sentencias locales deben poder suscitar la intervención de la CSJN en ocasión de revisar el pronunciamiento definitivo por vía del recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Dentro del esquema federal diseñado por la Constitución Nacional 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 (cláusula transitoria séptima de la C.N.), salvo que un poder esté 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El art. 3º de la ley 24.588 no puede entenderse en el sentido de reservar exclusivamente para el orden federal todos los poderes sobre los bienes propiedad del Estado nacional que se encuentre en la CABA, incluidos los propios de las esferas locales, pues la regla constitucional que impide interpretar extensivamente las potestades del gobierno central en los enclaves federales prohíbe ampliar las facultades de la autoridad nacional sin demostrar que su ensanchamiento resulta imprescindible para el logro del fin que tiene a su cargo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. La decisión que rechazó las excepciones de incompetencia y falta de legitimación pasiva no pueden ser equiparadas a una sentencia definitiva por sus efectos, toda vez que, si bien la defensa ha alegado la incompetencia del fuero penal, contravencional y de faltas local para intervenir en el juicio, esa expresión no se ha

traducido correctamente en una afirmación de la competencia de la justicia federal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5821/08 - 27/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Hipódromo Argentino de Palermo S.A. (HAPSA) fue condenada por la Unidad Administrativa de Control de Faltas (UACF) a la pena de $ 10.000 de multa en razón de que —según lo entendió el controlador administrativo— el 23/3/2007 había cometido la infracción prevista en el art. 9.1.1 de la ley local 451 (obstrucción de inspección). El condenado sometió esa decisión a control judicial, en los términos del art. 24 de la ley local 1217. Cuando el legajo fue asignado al Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 30, HAPSA planteó —en lo que aquí interesa— una excepción por falta de jurisdicción del fuero local y, asimismo, por ausencia de legitimación pasiva de la firma para intervenir en la causa y discutir la validez del ejercicio del poder de policía por parte del GCBA. Dichos planteos fueron rechazados tanto por el magistrado asignado a este proceso, como por la Cámara de Apelaciones, que resolvió el recurso del condenado administrativamente.

2. El representante de HAPSA interpuso, entonces, un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala II cuya copia obra a fs. 7/12. En esa presentación, expresó que los jueces de la causa habían desconocido normas federales que asignarían a las autoridades nacionales el ejercicio del poder de policía respecto del predio del Hipódromo de Palermo. Sostuvo, en pocas palabras, que el Poder Judicial local no resulta competente para sancionar la supuesta infracción que originó el proceso, ni tampoco para resolver el conflicto de intereses entre el Estado nacional y el GCBA vinculado a quién es el titular del poder de policía dentro del Hipódromo de Palermo (predio de propiedad nacional que se encuentra dentro del ámbito geográfico de la Ciudad, concesionado a HAPSA antes de que se consagrara la autonomía local). A su vez, y vinculado al planteo de falta de legitimación pasiva, señaló que la concesionaria no resulta habilitada para discutir este conflicto entre el Estado federal y el local.

Según lo entendió, la sentencia de Cámara resultó arbitraria —porque los magistrados omitieron la consideración de sus argumentos— y, además, violatoria del derecho a ejercer industria lícita (C.N., art. 14), de propiedad (C.N., art. 17), de defensa en juicio y debido proceso legal (C.N., art. 18), de las disposiciones federales que protegen los intereses del Estado nacional (C.N., arts. 3º, 75, incs. 15 y 30, 116 y 129; leyes 24.588 y 24.620) y de aquellas vinculadas a la concesión otorgada a

HAPSA para la explotación del Hipódromo de Palermo. A su vez, mencionó que la sentencia atacada tenía entidad suficiente para configurar un caso de gravedad institucional.

3. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad al considerar que la decisión atacada no constituye la sentencia definitiva del proceso (ni resulta equiparable a aquella) y que, por otra parte, tampoco se había logrado exponer un caso constitucional.

4. El Fiscal General (fs. 99/105) propició el rechazo de la presente queja. Para fundar esa conclusión, expresó que la firma recurrente no había atacado una sentencia definitiva ni equiparable a tal, en tanto los argumentos planteados no alcanzaban a demostrar la existencia de un agravio de imposible o insuficiente reparación posterior, en los términos delineados por la CSJN. Asimismo, señaló que el recurrente no presenta un conflicto de intereses entre el Estado nacional y el GCBA (que, en todo caso, debería estar acompañado de un pedido de remisión del legajo al fuero federal) sino que sólo intenta el archivo de las actuaciones.

Sobre el fondo de los planteos, consideró que la invocada falta de legitimación pasiva no resulta tal porque, como se mencionó, en este proceso no existe un conflicto de intereses, sino "la clara intención [de HAPSA] de sustraerse de toda potestad jurisdiccional" (fs. 103). Respecto de la incompetencia del fuero local, defendió —con apoyo en jurisprudencia de la CSJN y del Tribunal y en el criterio general de actuación aprobado por ese mismo Ministerio Público Fiscal en la resol. 92/07— la potestad de la Ciudad para ejercer el poder de policía en el caso. Por último, descartó que se hubiera configurado un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos extrínsecos básicos que establece la ley local 402 para el remedio interpuesto. Sin embargo, él debe ser rechazado porque defiende un recurso de inconstitucionalidad que no impugna la sentencia definitiva del proceso (art. 27, ley 402).

2. La decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no es una de aquellas que puede ser cuestionada ante el Tribunal porque, sencillamente, ordena la continuación del proceso hacia la decisión que, precisamente, tendrá el carácter de definitiva. Es más, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 *bis* tercer párrafo del C.P.'", expte. nº 4170, sent. del 5/6/2006), 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 local nº 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. Ni siquiera una supuesta denegatoria del fuero federal sería un argumento plausible para la admisión del recurso de inconstitucionalidad local.

Tal como sostuve recientemente —al fallar en "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.'", expte. nº 5568, resolución del 10/6/2008— 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 (véase mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal", expte. 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 está 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.

4. Si no se trata de una sentencia definitiva (sentencia que resuelve sobre la responsabilidad de HAPSA en los hechos sucedidos el 23/3/2007), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley local 402) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde rechazar la queja y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 95.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. Si bien 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, no puede prosperar.

El recurso de hecho tiene por finalidad controvertir el rechazo de un recurso de inconstitucionalidad que fuera interpuesto contra una resolución que no posee el carácter de definitiva. Dado que por regla tales resoluciones no son pasibles de recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 27, ley 402), la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla. Al respecto la defensa sólo se limita a afirmar aquello que debía fundamentar, v. gr. "respecto a la equiparación de la sentencia atacada con una sentencia definitiva, más allá de ser ello patente, debe tenerse en cuenta el perjuicio que la misma causa a mi representada y su imposible reparación ulterior" (fs. 47).

2. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada por HAPSA cuestiona la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que esa parte planteó contra el rechazo de las excepciones de incompetencia y falta de legitimación pasiva oportunamente opuestas en autos. La decisión cuya revisión aspira lograr la recurrente no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 por cuanto no pone fin al proceso sino que, por el contrario, permite su continuidad.

2. Tampoco hay razones para equiparar el pronunciamiento apelado a uno definitivo, en tanto no sustrae la causa de la jurisdicción local ni supone denegatoria del fuero federal (conf. TSJBA, *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001 y "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, sent. del 9/4/2008, entre otras). En relación con esto último, tal como afirma el señor Fiscal General en su dictamen, "(...) no ha mediado denegatoria del fuero federal

(...) pues (...) no se ha reclamado la intervención de la justicia de excepción" sino que "(...) lejos de propiciar el recurrente la competencia de la justicia federal para conocer respecto del accionar del Gobierno de la CABA, lo que HAPSA solicitó fue que se proceda al inmediato archivo de las actuaciones" (fs. 102 vta.).

La incompetencia del Poder Judicial de la CABA para intervenir en estas actuaciones obedece, según la recurrente, a que la multa resistida alcanza a un establecimiento de propiedad del Estado nacional afectado al uso del sector público nacional que, por su condición de tal, resultaría inmune a cualquier pretensión de ejercer potestades locales a su respecto y, consecuentemente, también excluiría la posibilidad de quedar sometido a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad para dirimir la disputa de autos (fs. 24 y ss.). A criterio de HAPSA, por aplicación directa de las normas federales que cita (v. gr. art. 75, inc. 15, 116, 129, C.N. y art. 3º de la ley 24.588), el fuero Contravencional y de Faltas no resulta competente "(...) pues se encuentra[n] en juego derechos y atribuciones concernientes al Estado nacional". Además en el pleito postula que el acta de infracción "contiene vicios que la tornan nula de conformidad con lo dispuesto por el propio art. 3º del Código de Procedimiento Administrativo de Faltas" (fs. 40 vta., 41 vta. y 65 vta.).

Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, "corresponde atender en primer término, a los hechos que se relatan en la [causa] y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de su pedido" (*Fallos,* 324:2031, entre muchos otros). En autos se discute la validez de una multa mediante la cual se sancionó a HAPSA como responsable de la infracción prevista en el art. 9.1.1 del Código de Faltas de la CABA (obstrucción de procedimiento, ley 451).

Ello así, y aun cuando se entendiera que el planteo de la recurrente pudo incluir la pretensión de que el pleito se sustancie en sede federal, la postulada incompetencia del fuero local, o la consecuente del fuero federal, debe ser rechazada. Esa solución se impone por la diversidad de ordenamientos legales involucrados (de orden local y nacional) y por la inexistencia de materia exclusiva o aun predominantemente federal en el supuesto que nos ocupa.

2.1. En efecto, la recurrente cuestiona un acto emitido por autoridades locales y la decisión en torno a su validez involucra, de modo necesario, el análisis de normas locales (v. gr. CCBA y ley 1217), sin perjuicio de que las defensas articuladas por HAPSA también incorporan al pleito la consideración de leyes federales y preceptos de la Constitución Nacional (v. gr. art. 75, inc. 15, 116, 129, C.N. y art. 3º de la ley 24.588). Frente a situaciones de esta especie, la CSJN tiene dicho que la jurisdicción federal procede cuando la acción se basa directa y exclusivamente en normas federales y, en cambio, ella resultará improcedente si el pleito, además, incluye cuestiones de índole local propias de los jueces locales (*Fallos,* 330:4055 entre muchos otros) como son las concernientes al ejercicio del poder de policía

en materia de seguridad de acuerdo a las normas que rigen el punto (art. 129, C.N., CCBA y leyes 451 y 1217).

Para determinar la legitimidad de la multa impugnada habrá que interpretar la normativa local que regula el poder de policía que viene resistido por la recurrente, tarea que se encuentra reservada a los jueces de la jurisdicción en la que fue emitido el acto impugnado, y que escapa a la competencia prevista en el art. 116 de la C.N. Asignar la revisión de los actos de los gobiernos locales, que aplican el derecho público respectivo, a la justicia de esas jurisdicciones responde a un principio elemental de nuestro sistema federal, y también encuentra apoyo en la válida presunción de que, como resultado del examen referido, la demandante podría encontrar satisfacción a su pretensión en la jurisdicción local, sin necesidad de instar —aunque sí, por supuesto, con la potestad de hacerlo— el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (doctrina CSJN *in re* "Edenor S.A. c/Corrientes, provincia de s/acción declarativa", sent. del 9/10/2007). Sólo bajo la estricta observancia de estas condiciones se respetan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal dentro de su normal jerarquía (*Fallos,* 315:448 y 323:3279).

Todo lo anterior justifica que las defensas orientadas a mostrar la contradicción que existiría entre la normativa local que involucra la sanción impugnada y la ley 24.588, carezcan de entidad para calificar al objeto del juicio como una cuestión de naturaleza exclusiva o predominante federal, con la consecuencia de excluir la intervención de los jueces locales. En el sistema federal el resguardo de la preeminencia de la Constitución y las leyes nacionales es inherente a la función judicial cualquiera sea el sujeto que la ejerce (CABA, provincia o Nación), sin perjuicio de que las cuestiones federales que comprometan las sentencias locales deben poder suscitar la intervención de la CSJN en ocasión de revisar el pronunciamiento definitivo por vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 311:2478). En otras palabras, el interés federal que pudiera involucrar esta causa no confiere a la recurrente tutela inmediata por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En línea con lo anterior, parece evidente que quien suspende los efectos de un acto local utilizando los remedios procesales previstos en el ordenamiento propio de la jurisdicción en la que fue emitido, suscita necesariamente la intervención del Poder Judicial local, a quien también corresponde resolver las cuestiones federales involucradas, las que luego, en su caso, podrán justificar el control previsto por el art. 14 de la ley 48.

2.2. Por su parte, la pretendida jurisdicción federal exclusiva que se reclama en relación con el predio que ocupa el Hipódromo tampoco encuentra respaldo en las cláusulas de la Constitución Nacional ni en las leyes federales invocadas.

El argumento de la sociedad recurrente no desconoce, en verdad, la competencia de ninguno de los poderes del GCBA para intervenir, cada uno desde la perspectiva que la CCBA le confía, en el ejercicio del poder de policía (fs. 40/41).

La auténtica postulación consiste en sostener la inmunidad del inmueble respecto del GCBA.

Dentro del esquema federal diseñado por la Constitución Nacional los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio,[28] 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).

La tesis de la jurisdicción compartida, como contracara de la postura exclusivista que invoca la recurrente, además de coincidir con lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la C.N., encuentra amplio respaldo en los fundamentos desarrollados por la jurisprudencia de la CSJN que brindó al tópico un profundo estudio a raíz de las posturas contradictorias asumidas en la materia. El mandato constitucional encuentra en la doctrina judicial aludida la más adecuada explicación y justifica rechazar el planteo de incompetencia del Poder Judicial de la CABA para intervenir en autos. Las razones dadas para fijar el alcance que corresponde otorgar a las potestades del gobierno nacional sobre los establecimientos de utilidad nacional, quedan sintetizadas en las premisas establecidas por la CSJN —votos de mayoría cuando triunfaba la postura de los poderes compartidos y disidencias cuando prevalecía la tesis exclusivista— aun antes de que un texto expreso como el del art. 75, inc. 30, C.N. fuere incorporado para despejar la polémica, según ellas: "todo lo que encierra el riesgo de cercenar las autonomías provinciales debe ser manejado con suma cautela a fin de no evadirse del contexto de los arts. 104 a 107 de la Constitución que trasuntan, en esencia, el sentido histórico que preside nuestra organización política"; el ejercicio de poderes locales en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en estos, la pauta no es la incidencia sino su compatibilidad con lo inherente a esa utilidad nacional; si la actividad local no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él; no cabe una interpretación extensiva del 75, inc. 30, C.N. (ex art. 67, inc. 27, C.N.) no autorizada claramente por su texto ni exigida por la naturaleza misma de la facultad en él otorgada al Congreso nacional; en cada caso debe determinarse la compatibilidad o incompatibilidad del ejercicio de poderes locales pues si el gravamen que emana de él no constituye un obstáculo, real y

[28] *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".

efectivo, que condiciona, menoscaba o impida la consecución de los fines propios del establecimiento de utilidad nacional resulta ilegítimo su desconocimiento; el obstáculo debe ser probado y no constituir una mera hipótesis (*Fallos,* 301:1122); la existencia de un establecimiento de utilidad nacional en jurisdicciones locales no importa una federalización al extremo de que la Nación atraiga, por ello, toda potestad legislativa, administrativa y judicial, de manera exclusiva y excluyente (*Fallos,* 293:287); es también de interés nacional que las provincias desenvuelvan con plenitud los servicios territorialmente divisibles que constituyen su normal competencia (*Fallos,* 299:442, voto en disidencia del juez Frías).

En tal contexto, el art. 3º de la ley 24.588 no puede entenderse en el sentido de reservar exclusivamente para el orden federal todos los poderes sobre los bienes propiedad del Estado nacional que se encuentre en la CABA, incluidos los propios de las esferas locales. La regla constitucional que impide interpretar extensivamente las potestades del gobierno central en los enclaves federales prohíbe ampliar las facultades de la autoridad nacional sin demostrar que su ensanchamiento resulta imprescindible para el logro del fin que tiene a su cargo. También es ella la que obstaría a admitir leyes nacionales que, al margen del interés federal involucrado, cercenaran sin motivo potestades locales porque debe prevalecer la interpretación que permite armonizar las normas que integran el ordenamiento y no aquella que las pone en pugna neutralizando unas con otras (*Fallos,* 255:192; 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460, 302:1600; 312:111 entre otros). Aplicar la tesis exclusivista a partir del precepto invocado, además de quebrar el régimen federal previsto en la Constitución Nacional, conduciría a soluciones absurdas. Es que como el art. 3º de la ley 24.588 postula que existe jurisdicción federal respecto de los bienes, es decir, tanto en relación con los inmuebles como respecto de los bienes de propiedad de la Nación que se encuentren en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la tesis de la parte quejosa llevaría a que cualquier vehículo cuyo titular de dominio fuera el EN resultaría inmune aún respecto de competencias locales primarias, porque en realidad se pretende una inmunidad absoluta —v. gr. policía de tránsito para el ejemplo— (en sentido concordante con lo dicho en este punto 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, sent. del 20/12/2006).

A su vez, la recurrente no acreditó que un control que suplante el ejercido por la Ciudad haya sido o pueda ser ejecutado por autoridades nacionales de modo que garanticen las condiciones de seguridad en el inmueble alcanzado por la sanción resistida.

3. En cuanto a la defensa de falta de legitimación pasiva, corresponde señalar, tal como lo hace el señor Fiscal General en su dictamen a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad, que el pronunciamiento que rechazó esa excepción no es una sentencia definitiva ni equiparable.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General, voto por rechazar la queja planteada por HAPSA y dar por perdido el depósito de fs. 95.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo afirman mis colegas en los votos que anteceden, la queja presentada por la defensa de Hipódromo Argentino de Palermo S.A. debe ser rechazada.

Coincido en destacar la falta de fundamentación del recurso de hecho a la hora de demostrar que la decisión atacada constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal por los efectos que genera en cabeza de la recurrente.

En primer lugar, el pronunciamiento impugnado a través del recurso de inconstitucionalidad declarado inadmisible por la Cámara no posee carácter de sentencia definitiva pues, en pocas palabras, al rechazar las excepciones formuladas, sólo provoca la continuidad del proceso.

Tampoco la decisión que se cuestiona podría ser equiparada a una sentencia definitiva por sus efectos, toda vez que, si bien la defensa ha alegado la incompetencia del fuero penal, contravencional y de faltas local para intervenir en el juicio, esa expresión no se ha traducido correctamente en una afirmación de la competencia de la justicia federal. En efecto, el núcleo de los planteos del recurso mediante el cual, en definitiva, se solicita el archivo de las actuaciones, se orienta a remarcar una cuestión distinta, como es la necesidad de determinar cuál es la *autoridad administrativa* competente para ejercer el *poder de policía en materia de seguridad edilicia* dentro del predio en el cual despliega su actividad el Hipódromo Argentino de Palermo, ubicado en el territorio de la Ciudad. A los mismos fines, también resultan insuficientes los argumentos vinculados a la excepción de falta de legitimación pasiva desestimada por los jueces de la causa (conf. punto VI del dictamen del señor Fiscal General).

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Fiscal General a fs. 99/105, corresponde rechazar el recurso de queja deducido y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 35/52.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 95.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala 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.*

CLXXXV

"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 EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal cuando los agravios se vinculan a una sentencia que no es definitiva, ni se dirige a criticar la decisión del TSJBA que rechazó el recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. 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 del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal carece de la fundamentación exigida por la ley (art. 257, CPCCN), y se limitan a reiterar los argumentos expuestos en el recurso de queja sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión ahora recurrida para desestimar sus planteos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5688/07 - 27/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa del imputado José Omar Chaparro y la que asistió a César Moisés Ríos interpusieron, separadamente (fs. 96/109 y 111/124), recurso extraordinario federal contra la decisión de este Tribunal de fecha 11/6/2008 (fs. 85/91) que rechazó los recursos de queja agregados a fs. 22/28 y 66/76.

Sintéticamente, alegaron la existencia de las siguientes cuestiones federales: *a)* vulneración de la garantía de imparcialidad del juzgador, en tanto la jueza que conocerá en el debate fue quien proveyó la prueba que se deberá producir en dicho

acto procesal; *b)* afectación del derecho de defensa en juicio y de la garantía de debido proceso, porque los camaristas confirmaron el rechazo de la recusación sin la previa celebración de la audiencia regulada en el art. 25 del CPPCABA; y *c)* desconocimiento de la garantía de tutela judicial efectiva, por entender que se denegaron las vías de impugnación planteadas con simples argumentos formales que, a criterio de los recurrentes, no resultan válidos.

2. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado conferido, dictaminó que corresponde denegar los recursos intentados, por un lado, porque los defensores no cuestionaron una decisión definitiva y, por otra parte, debido a que ambas presentaciones omiten desarrollar una crítica suficiente a la decisión impugnada (fs. 127/129).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Los recursos extraordinarios federales deducidos en favor de los señores Chaparro y Ríos fueron interpuestos en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y cumplen con los requisitos impuestos por la Acordada CSJN 4/2007. No obstante, tal como sostiene el señor Fiscal General Adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. El Tribunal, en su decisión del 11/6/2008, decidió rechazar las quejas presentadas por ambas defensas debido a que la decisión que intentaban cuestionar por vía de recurso de inconstitucionalidad —rechazo de un planteo de nulidad formulado antes de la celebración del juicio— no era revisable en esta instancia por no tratarse de la "sentencia definitiva" a la que refiere la ley local 402 (art. 27), ni podía ser equiparada a tal.

3. En verdad, el objeto de agravio de los defensores sigue siendo aquella decisión que impugnaron por inconstitucionalidad y por queja posterior, al ser denegado aquel remedio. Ello plantea dos defectos capitales de procedencia respecto de los recursos extraordinarios federales ahora intentados: *a)* los agravios siguen estando vinculados a una sentencia que no es *definitiva*, al punto de que uno de ellos es meramente eventual, futuro en todo caso, realidad que indica el mismo idioma utilizado por los recurrentes para describirlo (verbo en tiempo futuro: lesión al principio de imparcialidad, porque *intervendrá* una jueza que ya decidió sobre la prueba); y *b)* los recursos no se dirigen ni critican la decisión del TSJBA de rechazar las quejas (véase punto 5).

4. Por lo demás, 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).

5. Por otra parte, los recursos federales intentados carecen de la fundamentación exigida por la ley (art. 257, CPCCN), ya que las presentaciones recursivas se limitan a reiterar los argumentos expuestos en ambas quejas —aunque bajo distintos títulos—, sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión ahora recurrida para desestimar sus planteos. Por ello, ante la ausencia de una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida, 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).

6. Por las razones brevemente expuestas, solo resta denegar los recursos extraordinarios federales agregados a fs. 96/109 y 111/124.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Coincidimos con la solución propuesta por el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, ya que los argumentos expuestos en los puntos 2, 4 y 5 de su voto alcanzan para denegar los recursos extraordinarios federales agregados a fs. 96/109 y 111/124.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Los recursos extraordinarios federales interpuestos a fs. 96/109 y 111/124 en favor de los señores Chaparro y Ríos, si bien fueron interpuestos en tiempo oportuno y de conformidad con lo prescripto en la Acordada CSJN nº 4/2007, deben ser denegados.

En efecto, tal como se señala en el punto 5 del voto del juez de trámite, los recursos carecen de fundamentación adecuada dado que se limitan a reiterar el contenido de ambas quejas sin dar cuenta ni rebatir los diferentes argumentos en virtud de los cuales el Tribunal decidió desestimarlos.

Voto en consecuencia por denegar los recursos extraordinarios federales.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* los recursos extraordinarios federales agregados a fs. 96/109 y 111/124.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 91, punto 2.

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.*

CLXXXVI

"PÉREZ MOLET, JULIO CÉSAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PÉREZ MOLET, JULIO CÉSAR C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional.
AMPARO: Medida cautelar. Requisitos. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. Si bien el art. 22 de la ley 2145 establece la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, el esquema adoptado por la ley 402 no fue modificado, en tanto dicho precepto mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El art. 22 de la ley 2145, cuando establece que se consideran definitivas las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa, debe interpretarse a la luz de las características propias de la acción de amparo, desde cuya perspectiva, no cabe asumir que el legislador haya usado el concepto de sentencia definitiva para abarcar a todos los pronunciamientos que la ley de amparo declara apelables. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no al menos mientras no hubiera razones para equipararlos excepcionalmente a definitivas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la "sentencia definitiva" y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad "se consideran definitivas" todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa que, en una interpretación sistemática de la ley son aquellas a las que el art. 20 del considera como decisiones apelables, a saber, las que disponen el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en el marco de un proceso de amparo en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El recurso de queja deducido, más allá de dirigirse contra una sentencia definitiva, no logra delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues de acuerdo con la Constitución de la Ciudad, el nombramiento de los funcionarios y agentes de la administración es —al menos por regla— una atri-

bución del Poder Ejecutivo (art.104, CCBA) por lo que la arbitrariedad o ilegitimidad requerida para la procedencia de una medida cautelar en un juicio de amparo con tal objeto debería aparecer manifiestamente verosímil, y descartar cualquier grado de potestad discrecional en el órgano ejecutivo para dictar el acto y establecer su contenido. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Cabe rechazar el recurso de queja pues la declaración de inconstitucionalidad de las normas, *ultima ratio* del sistema de control judicial, requiere un marco de debate que no parece compatible con la sumaria cognición del procedimiento cautelar. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. El actor logra introducir una cuestión constitucional en tanto funda la procedencia del recurso de queja en lo dispuesto en el art. 22 de la ley 2145 y en los perjuicios irreparables que devendrían de confirmarse el decisorio de la Cámara que revocó la medida cautelar dictada por la magistrada de primera instancia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. El art. 22 de la ley 2145, que establece que las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, es una ley procesal especial —regula el proceso de amparo— posterior a la ley 402, por lo que en principio tiene aptitud para modificarla. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Dictada la sentencia en un juicio de amparo, no pueden ser materia de otro proceso los aspectos vinculados a la existencia o inexistencia de una lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o ilegal de un derecho o garantía constitucional provocada por acto u omisión de autoridades públicas o particulares, ni la obligación estatal de otorgar tutela efectiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La ley de amparo de la Ciudad califica, en principio, como "sentencias definitivas" recurribles por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior, a aquellas decisiones que deciden sobre el mérito o fondo del asunto. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. Siempre que se esté ante una situación que, en principio, afecte la tutela efectiva o el derecho de defensa en juicio y que de no ser considerada en tiempo oportuno tornaría inútil el proceso, la resolución impugnada (cualquiera fuera) habilita el recurso extraordinario local, en tanto éste propone una cuestión constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. La medida cautelar innovativa dictada tiende a garantizar la efectividad del proceso y el anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión es coherente con la vía del amparo, con la efectividad de la vía judicial elegida y con los aspectos fácticos y jurídicos que presenta la causa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5872/08 - 27/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Julio César Pérez Molet promovió acción de amparo contra el GCBA, con el objeto de que se lo designe en el cargo de Controlador de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, como consecuencia del resultado del concurso para la selección de Controladotes Administrativos —cuyo reglamento fue aprobado por dec. 942/04— del que participó y en cual resultó incluido en el orden de mérito definitivo. Afirmó que ese orden de mérito debió ser tenido en cuenta para efectuar las designaciones resultantes de la ampliación de la Unidad Administrativa de Control de Faltas establecido por la ley 2128 (fs. 89/106).

Solicitó, también, que se declarase la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria tercera de la ley 2128, en tanto dispuso que el Gobierno de la Ciudad designara a los agentes con acuerdo de la Legislatura; de la resol. 826-LCABA que incorporó a treinta y ocho (38) abogados como Controladores Administrativos de Faltas; del dec. 340/07 que derogó el dec. 942/04 y aprobó el Reglamento de Concurso para la Selección de Controladores Administrativos de Faltas y de Agentes Administrativos en Atención de Faltas Especiales y de la resol. 1315-MGGC, pues viola el principio de igualdad prescripto en los arts. 11 de la CCBA y 16 de la C.N.

Con la demanda, el actor requirió el dictado de una medida cautelar innovativa que dejase sin efecto la resol. 117-MGGC/07, que declarase la inconstitucionalidad de las normas antes apuntadas, que prohibiese que el puesto que —según afirma— le corresponde sea declarado vacante a los efectos del concurso llamado por el decreto en cuestión; y finalmente, que lo designase e incorporase en forma efectiva como Controlador Administrativo de Faltas de la Unidad Administrativa de Control de Faltas del GCBA. Subsidiariamente, solicitó que se ordenase al Gobierno de la Ciudad reservar a su favor un cargo de Controlador Administrativo de Faltas de la Unidad Administrativa de Control de Faltas del Gobierno de la Ciudad a resultas de esta acción.

2. La jueza de primera instancia ordenó al GCBA que —hasta tanto se resolviese la cuestión principal— incorporase en el cargo de controlador administrativo de faltas al actor (fs. 1/6 vta.).

Para ello, tuvo en cuenta que el amparista se encontraba en el puesto número sesenta y seis (66) del orden de mérito definitivo del concurso sustanciado conforme el dec. 942/04. En este sentido, señaló que parecía razonable interpretar que la cláusula transitoria tercera de la ley 2128 no pretendió avasallar el concurso sustanciado a tenor del dec. 942/04. Concluyó que, al ocupar la posición antes apuntada en el orden de mérito, hubiera correspondido que, como resultado de la ampliación dispuesta por la ley 2128, se designase primero a las personas que atravesaron las exigencias legales impuestas. Destacó que dichos concursantes tienen prelación frente a quienes no integraren un orden de mérito en ese, ni en ningún otro concurso. Afirmó que este grupo de personas podrían ser designadas en forma transitoria hasta un nuevo llamado a concurso en dicho carácter.

3. Contra dicha decisión se alzó el GCBA (fs. 108/111). Contestado el memorial por la parte actora (fs. 112/117 vta.), la Cámara de Apelaciones —en atención

al estrecho marco cognoscitivo propio de medidas como la solicitada y en mérito a los elementos de juicio obrantes hasta ese momento en autos— admitió el recurso de apelación interpuesto y revocó la sentencia apelada (fs. 8/11).

Para así decidir consideró que: *a)* la medida requerida en estas actuaciones era de carácter innovativa, es decir, pretendía una modificación de la situación jurídica existente y no un mantenimiento; *b)* no se advertían fundamentos suficientes —frente al complejo marco normativo que reseñó— para acceder a la tutela solicitada; *c)* más allá de las interpretaciones que pudiesen formularse en torno al art. 31 del dec. 942/04, lo cierto es que, en todo caso, los controladores que debían nombrarse en ese contexto legal eran cincuenta; *d)* el dictado del dec. 340/07 tendió a regularizar la situación planteada con la sanción de la ley 2128, que en principio pareció admitir un proceso discrecional de designación de controladores; *e)* la eventual determinación de quiénes serían las personas que accederían a tales cargos se hallaba supeditada al desarrollo de un concurso público de oposición y antecedentes, en los términos exigidos por la Constitución de la Ciudad, por lo que *prima facie* no cabía afirmar que la ley 2128 afectaba en forma manifiesta un derecho adquirido del actor; *f)* la vía para acceder a tales cargos consistiría en la participación en el nuevo concurso regulado por el dec. 340/07.

4. El actor planteó recurso de inconstitucionalidad contra lo decidido por la alzada (fs. 125/141). Adujo que tratándose de una resolución emanada del tribunal superior de la causa, debía considerársela definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, en virtud de lo establecido por el art. 22 de la ley 2145. Sostuvo, también, que la sentencia recurrida: *a)* resultaba equiparable a definitiva, pues al no ser susceptible de ser revisada mediante recurso ordinario alguno, le provocaba un perjuicio irreparable insusceptible de ser evitado; *b)* había convalidado lo actuado por el Gobierno de la Ciudad, situación que agraviaba sus legítimos derechos constitucionales, tales como el de igualdad, de no discriminación negativa, de la idoneidad como único requisito para el acceso a los cargos públicos, el de propiedad, el de trabajar y la garantía institucional de ingreso y promoción en el empleo público y el principio de razonabilidad en la interpretación, aplicación y sanción de normas y actos por las autoridades públicas, así como el debido proceso.

Tachó de arbitraria la sentencia porque, según afirmó en dicha oportunidad, ella: *a)* incurrió en el error de considerar que el concurso (dec. 942/04) fue llamado para cubrir cincuenta cargos; *b)* entendió que el dec. 340/07 *prima facie* tendía a regularizar la situación planteada con la sanción de la ley 2128; y *c)* no daba ninguna explicación, ni siquiera hacía mérito de los motivos por los que las treinta y ocho (38) personas designadas tenían derecho a un nombramiento transitorio y él —que había acreditado su idoneidad— no tenía derecho a ningún tipo de resguardo.

Acto seguido, y dado que la demandada había procedido a deshabilitar la Unidad Administrativa de Control de Faltas Nº 44, a cargo del actor, éste requirió a la Sala interviniente la reincorporación inmediata a su puesto de trabajo (fs. 153/154 vta. de los autos principales). Sin embargo, la Cámara de Apelaciones rechazó —sin más— dicho pedido.

5. La Sala II, previo traslado del recurso de inconstitucionalidad deducido por el actor a la parte contraria (el que fue contestado a fs. 162/163 de los autos principales), denegó la concesión del recurso en atención a que *a)* el pronunciamiento impugnado no constituía sentencia definitiva; y *b)* tampoco el actor había logrado justificar el carácter irreparable del perjuicio que alegaba.

6. Contra dicha denegatoria, el actor interpuso el presente recurso de queja que tramita en autos (fs. 31/47).

En apretada síntesis sostiene que la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad resulta arbitraria en tanto: *a)* se aparta abiertamente de la norma del art. 22 de la ley 2145 que considera definitivas —a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal— a todas las resoluciones emanadas de los tribunales superiores de la causa, inclusive las referidas a medidas cautelares dictadas en los procesos de amparo; *b)* entiende que no se ha invocado ni acreditado el perjuicio irreparable, cuando la resolución objeto del recurso de inconstitucionalidad lo privó de seguir ejerciendo el cargo de Controlador Administrativo de Faltas, así como del ingreso consecuente y provocó la vacancia de este cargo.

7. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto se pronunció por el rechazo de la queja, en tanto el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva ni la parte ha demostrado la existencia de un gravamen irreparable (fs. 147/149 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurrente postula que el pronunciamiento impugnado constituye una sentencia definitiva en virtud del significado que, a su entender, la ley de amparo atribuye a esa categoría. La normativa en cuestión, art. 22 de la ley 2145 prevé, para lo que ahora importa, que "[l]as sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad". Es cierto, entonces, que esa norma establece cuál es la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, pero también lo es que no fue modificado el esquema adoptado por la ley 402, en tanto el precepto mencionado, mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas.

El matiz que presenta la normativa aludida, cuando establece que se considerarán definitivas las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa, debe interpretarse a la luz de las características propias de la acción de amparo. Desde esa perspectiva, no cabe asumir que el legislador haya usado el concepto de sentencia definitiva para abarcar a todos los pronunciamientos que la ley de amparo declara apelables. Antes bien, resulta lógico concluir que la noción aludida estuvo orientada a superar el debate que pudiera suscitarse en torno al carácter de

cosa juzgada formal que la ley atribuye a las sentencias que contempla el art. 18 de la ley 2145 —aquellas que dejan "subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo"— y su condición de pronunciamiento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad; solución ésta destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo, si el recurrente demuestra que la decisión compromete la interpretación y/o aplicación de cláusulas de la C.N. y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de la LPT).

La opción legal adoptada, entendida con ese alcance, también logra equilibrar la necesidad de imprimir un trámite veloz al amparo, sin excluir toda revisión de la instancia extraordinaria prevista en el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, para admitirla en relación con la sentencia que resuelve el amparo, y negarla, como principio, respecto del resto de los pronunciamientos apelables durante el proceso de amparo. Al respecto, el significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no al menos mientras no haya razones para equipararlos excepcionalmente a definitivas.

Aclarado el significado que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145, resulta evidente que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar otorgada en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva.

2. En efecto, el actor sostiene que la sentencia recurrida le provoca "dos perjuicios irreparables, consistente, *el primero,* en la *pérdida de su trabajo, único medio de subsistencia con que cuenta el actor*" y "El *segundo perjuicio irreparable* consiste en que la resolución de Cámara al separarme del cargo que ocupara (...) como Controlador Administrativo de Faltas provoca la vacancia del mismo. Esta circunstancia permite al Gobierno de la Ciudad designar a otra persona en el cargo que esta parte sostiene le corresponde por derecho, (lo cual ha sido reconocido por la resolución de primera instancia), lo cual haría imposible el cumplimiento de una sentencia final favorable a la pretensión de esta parte debido a que *la designación de terceras personas como controladores administrativos de Faltas en el cargo que ocupo tornaría ilusoria, atemporal e ineficaz la decisión jurisdiccional favorable*, puesto que generaría un derecho subjetivo de la persona nombrada" (fs. 31 vta./32 expediente de queja, el destacado corresponde al texto transcripto).

En este sentido, cabe señalar que con anterioridad al inicio de la acción de amparo el actor no revistaba en el cargo de Controlador Administrativo de Faltas, sino que fue la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia la que ordenó su incorporación, hasta tanto se resolviese la cuestión principal. Dicha incorporación —en la mejor de las hipótesis para el actor— tampoco fue efectuada

con carácter definitivo (como lo peticionó en su cautelar) sino en forma provisoria, limitada en el tiempo y sujeta al resultado de la acción principal. Sumado a ello, la decisión judicial no se encontraba firme al momento en que el quejoso renunció al cargo de Controlador de Eventos Masivos del que era titular para poder hacer efectiva la designación provisoria concedida por la medida cautelar (fs. 142 de las actuaciones principales). En tal contexto, por un lado, el curso de acción seguido por el accionante no resulta ajeno al perjuicio que invoca, y por otro, tampoco brinda el recurrente motivos que permitan atribuir al obrar de la administración una injerencia preponderante para originar las consecuencias que el actor postula como de insuficiente reparación ulterior.

3. Ello así, los agravios constitucionales articulados por el recurrente podrán, si subsisten y se verifican el resto de los recaudos pertinentes, ser analizados por el Tribunal en ocasión de revisar la sentencia definitiva.

En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja articulada por Julio César Pérez Molet.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

1. El art. 27 de la ley 402 sólo permite cuestionar ante el Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad "las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa", entendiéndose por tales, por regla, aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida. El art. 22 de la ley 2145 que regula la acción de amparo en la Ciudad, por su parte, expresa que "[l]as sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad".

Así, la expresión "*las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa*" no parece referirse únicamente a las sentencias definitivas (en el sentido más usual señalado en el párrafo anterior), ya que, a ese respecto, hubiera bastado con la previsión del art. 27 de la ley 402 y, como lo ha dicho la CSJN, no es dable suponer la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Algo más, y distinto, quiere decir la ley amparo de la Ciudad.

El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la "sentencia definitiva" y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad "se consideran *definitivas*" todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa. ¿Cuáles son, entonces, esas sentencias? Una interpretación sistemática de la Ley de Amparo me inclina a pensar que son aquellas a las que el art. 20 del apuntado plexo legal considera como decisiones *apelables*, a saber, las que disponen "el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares".

Independientemente de la opinión que me merezca la solución legal adoptada, sobre todo a partir de la caracterización de la vía en el art. 14, CCBA como rápida y expedita, el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones, reguló de esa forma especial el recurso de inconstitucionalidad para la acción de amparo.

Por otra parte, debe recordarse que la Constitución de la Ciudad al regular el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal establece que procederá en "casos" que "versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución" (art. 113, inc. 3º). No hay entonces en la Constitución referencia alguna al tipo de sentencia en la cual se produce tal interpretación o se practica la aplicación de esas normas constitucionales.

Además, las partes en este juicio no han formulado planteos contrarios a la validez de las normas procesales involucradas sino que, por el contrario, el actor ha invocado en su favor la regulación contenida en el art. 22 de la ley de amparo.

En consecuencia, entiendo que en este caso la sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

2. El problema central que aquí se plantea es determinar si —en este estado del proceso y por haber obtenido el actor el puesto número sesenta y seis (66) en el orden de mérito definitivo del concurso sustanciado conforme el dec. 942/04— puede ordenársele al GCBA como medida precautoria innovativa que incorpore al recurrente en el cargo de controlador administrativo de faltas hasta que se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión debatida. Para lograr lo pretendido por el actor debería prescindirse de la aplicación de distintas normas vigentes que gozan de presunción de legitimidad e impiden el acceso, incluso provisorio, al cargo de controlador al que se aspira.

3. Así las cosas, entiendo que el recurso de queja deducido, más allá de dirigirse contra una sentencia que estimo definitiva, no logra delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

En primer término, de acuerdo con la Constitución de la Ciudad, el nombramiento de los funcionarios y agentes de la administración es —al menos por regla— una atribución del Poder Ejecutivo (art.104, CCBA) [este Tribunal, *in re*: "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja pro recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5860/08, sent. del 7/7/2008], por lo que la arbitrariedad o ilegitimidad requerida para la procedencia de una medida cautelar en un juicio de amparo con tal objeto —que pretende, aún en forma provisoria, sustituir al Jefe de Gobierno en la designación de un empleado— debería aparecer manifiestamente verosímil, y descartar cualquier grado de potestad discrecional en el órgano ejecutivo para dictar el acto y establecer su contenido.

En segundo lugar, la declaración de inconstitucionalidad de las normas, *ultima ratio* del sistema de control judicial, requiere un marco de debate que no parece compatible con la sumaria cognición del procedimiento cautelar.

Por último, en tanto la medida peticionada no persigue el mero mantenimiento de una situación de hecho preexistente —para impedir que los cambios puedan frustrar el resultado del pleito—, sino lisa y llanamente la modificación del *status quo*, se impone una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que la tornan procedente. En el caso, el actor pretende —ni más ni menos— que cautelarmente se lo "designe e incorpore en forma efectiva (...) como Controlador Administrativo de Faltas de la Unidad Administrativa de Control de Faltas del GCBA" (fs. 2 de los autos principales, punto 4).

Bajo estos parámetros pasaré a considerar los planteos del apelante.

4. El recurrente argumenta que la verosimilitud del derecho (y la existencia de un caso constitucional) estaría dada "por la abierta y manifiesta contradicción existente entre el actuar del Gobierno y la Legislatura de la Ciudad, a través de las resols. 131- MGGC, 826-LCABA/06, 117-MGGC y la cláusula transitoria tercera de la ley 2128 y la Constitución Nacional (art. 16), la Constitución de la Ciudad (art. 43, acceder a la carrera administrativa mediante concurso público abierto), el art. 2º de la ley 471, el art. 4º del anexo de la ley 591, y el art. 4º del anexo 1 de la propia ley 2128" (fs. 14 vta./15 de los autos principales).

Sin embargo, en momento alguno refiere qué norma lo habilitaría a peticionar, en el sentido en el que lo hace, su designación como Controlador Administrativo de Faltas.

a) No podría considerarse —en principio y más allá de lo que se decida en su hora luego de sustanciarse debidamente el proceso— que el dec. 942/04 sea esa norma, pues el concurso se hallaba destinado a seleccionar *treinta (30) titulares y veinte (20) eventuales reemplazantes* para cubrir los cargos de Controladores Administrativos de Faltas, y el actor obtuvo el puesto número *sesenta y seis (66)* en el Orden de Mérito Definitivo del apuntado procedimiento de selección.

Si el GCBA —con el objeto de cubrir la ampliación hasta un máximo de noventa (90) Controladores Administrativos de Control de Faltas, autorizado por la ley 2128— optó mediante resol. 1315-MGGC/06 por designar a dieciocho (18) personas que habían resultado seleccionadas como eventuales reemplazantes, tal decisión —contrariamente a lo sostenido por actor— no aparece *prima facie* valorada, al menos a los fines de decidir la medida cautelar, como manifiestamente arbitraria o ilegal, si se tiene en cuenta que el recurrente —al haber obtenido el puesto número sesenta y seis (66) en el concurso sustanciado por el dec. 942/04— no se encontraba dentro de esa categoría (la de los eventuales reemplazantes).

b) Por otra parte, en relación con los agentes designados mediante resol. 117-MGGC/07, y aun cuando se entendiese que el actor se encontraba en igualdad de condiciones para ser incorporado a tales cargos, tampoco se advierte, en este estado liminar del proceso, una manifiesta arbitrariedad en tales designaciones, que, como se adelantó, tuvieron *sustento legal en la cláusula transitoria tercera de la ley 2128*, y se realizaron con *carác-*

ter transitorio; es decir, hasta tanto se designase a los agentes en *forma definitiva,* conforme a los resultados del *Concurso convocado por el dec. 340/07,* en los términos del art. 4º del Anexo de la ley 591 (fs. 78/79 de las actuaciones principales).

Este actuar de la Administración se compadecería con la normativa general que rige el ingreso a la carrera administrativa, en tanto difiere la designación definitiva de los agentes al resultado del concurso convocado por dec. 340/07. La suspensión de la evaluación convocada en tal procedimiento de selección —que el actor estima relevante para que se decida en su favor—, tampoco posee la gravitación pretendida en esta fase cautelar, en tanto no se advierte que provoque por sí sola la falta de "seriedad" (*sic*) del concurso, de acuerdo con los fundamentos expresados en la resol. 1129-MGGC/07 que no han sido controvertidos (fs. 118 vta., expediente de queja).

5. Desde otro ángulo, el actor sostiene que la sentencia recurrida le provoca "dos perjuicios irreparables, consistente, *el primero*, en la *pérdida de su trabajo, único medio de subsistencia con que cuenta el actor*" y "El *segundo perjuicio irreparable* consiste en que la resolución de Cámara al separarme del cargo que ocupara (...) como Controlador Administrativo de Faltas provoca la vacancia del mismo. Esta circunstancia permite al Gobierno de la Ciudad designar a otra persona en el cargo que esta parte sostiene le corresponde por derecho (lo cual ha sido reconocido por la resolución de primera instancia), lo cual haría imposible el cumplimiento de una sentencia final favorable a la pretensión de esta parte debido a que *la designación de terceras personas como controladores administrativos de Faltas en el cargo que ocupo tornaría ilusoria, atemporal e ineficaz la decisión jurisdiccional favorable*, puesto que generaría un derecho subjetivo de la persona nombrada" (fs. 31 vta./32 expediente de queja, el destacado corresponde al texto transcripto).

En este sentido, cabe señalar que, con anterioridad al inicio de la acción de amparo, el actor no revistaba en el cargo de Controlador Administrativo de Faltas, sino que fue la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia la que ordenó su incorporación, hasta tanto se resolviese la cuestión principal. Dicha incorporación —en la mejor de las hipótesis para el actor— tampoco fue efectuada con carácter definitivo (como lo peticionó en su cautelar) sino en forma provisoria, limitada en el tiempo y sujeta al resultado de la acción principal. Sumado a ello, la decisión judicial no se encontraba firme al momento en que el quejoso renunció al cargo de Controlador de Eventos Masivos del que era titular para poder hacer efectiva la designación provisoria concedida por la medida cautelar (fs. 142 de las actuaciones principales). De modo que, si el recurrente optó por renunciar al cargo del que era titular (como en el caso ocurrió) y asumió el riesgo que la falta de firmeza de la cautela ordenada implicaba, fue él quien se colocó en la situación de la que hoy se agravia.

Por lo demás, de las constancias obrantes en el expediente no se desprende una inminente designación de controladores que vaya a completar de manera definitiva y final el total de las vacantes en juego.

6. En cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado (fs. 116/132 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 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

Por las razones expuestas, propicio rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido planteado en legal tiempo, forma y dirige una crítica concreta y razonada contra el auto interlocutorio que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

2. El actor logra introducir una cuestión constitucional en tanto funda la procedencia del recurso que impetra en lo dispuesto en el art. 22 de la ley 2145 y en los perjuicios irreparables que devendrían de confirmarse el decisorio de la Cámara que revocó la cautelar dictada por la magistrada de primera instancia. El recurrente indica que los perjuicios a los que alude consisten en la pérdida de su trabajo —único medio de subsistencia con el que cuenta— y agrega que su separación del cargo, en este estadio del proceso, haría imposible el cumplimiento de una eventual sentencia final favorable a la pretensión deducida, toda vez que el Gobierno podría mientras tanto designar a otra persona en su lugar. Destaca el limitado número de cargos y la eventualidad de derechos en conflicto si otro agente fuera designado en el cargo que él ocupa hasta ahora, como consecuencia de la cautelar dictada en primera instancia.

Anticipo que la resolución recurrida es definitiva y que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por las razones que expongo en lo que sigue.

3. La interpretación del art. nº 22 de la ley 2145 me lleva, para fundamentar la postura que voy a sostener en el caso concreto, a formular algunas precisiones acerca de qué se entiende por "sentencia definitiva" que van más allá de la materia estricta del amparo. En el apartado que sigue incluiré consideraciones respecto de los diversos sentidos que se atribuyen a la expresión "sentencia definitiva". Luego trataré aspectos referidos directamente al juicio regulado por la ley 2145. Por fin, daré mi opinión acerca de la procedencia de la medida cautelar que pretende la actora.

4. Algunos problemas de la acepción "sentencia definitiva".

a) La expresión "sentencia definitiva" caracterizada por su ambigüedad y su vaguedad, no es unívoca, varía según el contexto y tiene límites imprecisos. No es lo mismo hablar de sentencia definitiva en materia de recurso extraordinario federal que hacerlo en materia de recurso de inconstitucionalidad de la ley o, en el proceso transnacional previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado, desde

antiguo en materia recursiva —y en especial en materia de recurso extraordinario federal— se han asimilado cierto tipo de resoluciones, que sin poner fin a un pleito ni decidir sobre el merito del asunto o impedir la continuación del debate por otra vía, resultan asimilables a la noción de sentencia definitiva. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la base de que son sentencias definitivas las que ponen fin a la cuestión debatida en forma tal que ésta no pueda renovarse (*Fallos,* 242:260; 248:402, entre muchos) y que no son sentencias definitivas las que no causan estado ni privan al recurrente de los medios legales para obtener la tutela de su derecho porque autorizan a plantear nuevamente en otro juicio la cuestión discutida, ha considerado a estas últimas equiparables a sentencia definitiva cuando producen un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior (*Fallos,* 257:187; 312:2348, entre muchos).

b) La relevancia que se reconozca a las cuestiones relativas a la competencia y a la tutela efectiva inciden directamente en la construcción del concepto de "sentencia definitiva". Este concepto aparece involucrado en un complejo entramado de relaciones procesales-constitucionales con múltiples dificultades interpretativas. El problema puede ser encarado desde distintos ángulos.

Desde el primero de ellos, el eje reside en las facultades cognitivas del juez que debe resolver. Pronunciada la "sentencia definitiva", el juez pierde competencia respecto del objeto del juicio y sólo la conserva para aclarar su decisión o para ejecutarla (conf. art. 149, CCAyT). En principio, pues, la sentencia definitiva (conf. art. 145 del CCAyT) decide sobre "las pretensiones deducidas en juicio" (conf. art. 145, inc. 6º, CCAyT), o sea resuelve el mérito o fondo del asunto, lo que usualmente importa examinar las causas jurígenas en las que se fundan tanto la pretensión como la oposición. Sin embargo, hay situaciones en que una sentencia con forma de definitiva, no lo es. Cuando se resuelve, por ejemplo acerca de la falta de legitimación, la resolución es definitiva respecto de ese tema, pero no lo es en cuanto a la controversia de fondo. También puede suceder que, antes de la sentencia definitiva (art. 145 del CCAyT) el juez pronuncie una interlocutoria con los mismos efectos que aquella (p. ej., la que hace lugar a la excepción de prescripción), con lo que el magistrado pierde su competencia cognitiva. O bien, está el caso de la sentencia pronunciada en un proceso ejecutivo que nunca sería definitiva, en tanto el mismo juez podría entender luego en un proceso de conocimiento (art. 6º, inc. 6º, CPCCN).

Desde un segundo ángulo, el uso de la voz "sentencia definitiva" remite a la impugnabilidad, con especial referencia a los sistemas recursivos.

Según una sentencia sea o no definitiva difieren los medios de impugnación que pueden ser deducidos, y por tanto los órganos revisores y la medida de su competencia.

Una tercera dimensión de la expresión "sentencia definitiva" aparece al tiempo de considerarse sus efectos.

Cuando una decisión no puede ser modificada ni dentro ni fuera de un proceso es definitiva en el sentido de que es inmutable, y es más adecuado caracterizar esa resolución expresando que ha pasado en autoridad de cosa juzgada material. Llegados a este punto, no puede perderse de vista la multiplicidad de excepciones y de situaciones peculiares que sólo de manera parcial encuadran en la regla indicada. Véase, por caso, lo que sucede en el juicio ejecutivo: suele decirse que la sentencia de trance y remate –en su denominación más común– sólo hace cosa juzgada formal. Sin embargo, los temas discutidos o que pudieron discutirse en el juicio ejecutivo ya no podrán ser objeto de un proceso de conocimiento posterior, con lo cual respecto de ellos la sentencia de trance y remate es "definitiva".

Por fin, y en cuarto lugar, la relevancia que se reconozca al principio constitucional de "tutela efectiva" (conf. art. 25, CADH) incide en la definición que se adopte de "sentencia definitiva"

Aquí se trata de pensar en el proceso como garantía de acceso a la justicia, lo que obliga a preguntarse cuándo y bajo qué circunstancias las contingencias que preceden a la conclusión formal del proceso, los caminos que se escojan o los que se desechen y el transcurso del tiempo, inciden implacablemente en la posibilidad de otorgar o denegar al justiciable la tutela efectiva que reclama y a la que la norma constitucional obliga.

5. La noción de "sentencia definitiva" en la ley 2145.

En primer término, es oportuno y necesario despejar los alcances con los que debe ser interpretado el art. 22 de la ley 2145, que en lo pertinente, dice: "[l] as sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad".

La norma transcripta es una ley procesal especial —regula el proceso de amparo— posterior a la ley 402, por lo que en principio tiene aptitud para modificarla.

Considero asimismo, que la redacción del art. 22 de la ley 2145, al enfatizar que lo que se decide en un amparo tiene calidad de "sentencia definitiva", vuelve inaplicable aquella desafortunada hermenéutica ajena al marco constitucional vigente que tuviera cierto reconocimiento nuestro país, referida a los efectos de las sentencias recaídas en este tipo de procesos.

Como tengo dicho en numerosos votos, el amparo es siempre un proceso de conocimiento y su sentencia final tiene efecto de cosa juzgada material.

Esta lectura del art. 22 lleva a entender que el art. 18 de la ley 2145 está referido a posibles resarcimientos o pretensiones (v. gr., daño moral, daño material, desalojo, repetición, etc.) que son ajenos al proceso de amparo. De ahí que el citado art. 18 disponga que "[l]a sentencia firme..., hará cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo".

En síntesis, de lo indicado arriba se infiere que dictada la sentencia en un juicio de amparo, no pueden ser materia de otro proceso los aspectos vinculados a la existencia o inexistencia de una lesión, restricción, alteración o amenaza

arbitraria o ilegal de un derecho o garantía constitucional provocada por acto u omisión de autoridades públicas o particulares, ni la obligación estatal de otorgar tutela efectiva.

Es decir, el art. 18 citado no alude a lo que es objeto del amparo, sino otras consecuencias derivadas o no, de la constatación de una "...lesión, restricción, alteración o amenaza en las condiciones establecidas por el art. 14 de la Constitución de la Ciudad" (art. 18, ley 2145), las que eventualmente podrían ser reclamadas y tratadas en otro proceso.

Lo manifestado en el párrafo anterior no agota la cuestión traída a decisión.

Con lo dicho en el apart. 4º, y en particular en el parágrafo d), estoy ahora en condiciones de afirmar que, en mi opinión, la ley de amparo de la Ciudad califica, en principio, como "sentencias definitivas" recurribles por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior, a aquellas decisiones que deciden sobre el mérito o fondo del asunto. Si así no fuera, el Tribunal debería intervenir en decisiones durante el trámite del juicio, en cualquier resolución interlocutoria e incluso en providencias simples ninguna de las cuales ponen fin al proceso.

6. El criterio interpretativo que sustento por una parte presupone los diversos aspectos que fueron tratados en los apartados anteriores.

Por otra, es coherente con la labor de un tribunal constitucional y con la excepcionalidad de su intervención.

Y por último, por vía de esta interpretación no se crean obstáculos para que el Tribunal Superior de Justicia evalúe, en un caso concreto y frente a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, cuando está en juego la efectividad del proceso. Quiero decir: siempre que se esté ante una situación que, en principio, afecte la tutela efectiva o el derecho de defensa en juicio y que de no ser considerada en tiempo oportuno tornaría inútil el proceso, la resolución impugnada (cualquiera fuera) habilita el recurso extraordinario local, en tanto éste propone una cuestión constitucional. Y eso es lo que ocurre en la presentación en análisis.

7. La medida cautelar innovativa dictada por mi colega de primera instancia tiende a garantizar la efectividad del proceso. El anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión es coherente con la vía del amparo, con la efectividad de la vía judicial elegida y con los aspectos fácticos y jurídicos que presenta esta causa.

El derecho invocado tiene verosimilitud, si se atienden las manifestaciones del accionante en sus presentaciones. Por otro lado, vale recordar que conceder una cautelar no importa una declaración de certeza jurídica sobre ninguno de los aspectos de la disputa.

Ahora bien, si se denegara al recurrente la medida cautelar, se vaciaría de toda efectividad la acción de amparo interpuesta aun cuando al final del proceso el derecho que invoca le fuera reconocido, porque es fundado su temor de que tal vez ya no podría disfrutar de él.

Una situación como la que expongo amerita mantener la cautelar que se ordenara en primera instancia, para asegurar la vigencia de los derechos constitucionales de tutela efectiva y el derecho de defensa en el caso de autos.

Por lo expuesto, es admisible la queja y procedente el recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia, corresponde revocar la decisión recurrida y confirmar la medida cautelar dictada en primera instancia, con costas a la demandada. Así voto.

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 Julio César Pérez Molet.

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

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.*

CLXXXVII

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

AUDIENCIA DE DEBATE: Suspensión.

SUMARIOS:

1. No puede hacerse lugar a la solicitud para que el Tribunal ordene la suspensión de la audiencia de debate, pues ello no importa evitar la ejecución de una sentencia definitiva (art. 27, ley 402), único objeto de la previsión contenida en el art. 33, 4º párrafo, de la ley 402, sino, por lo contrario, pretende detener el desarrollo del proceso hasta tanto se decida sobre un recurso que no está vinculado a la decisión que resuelve el pleito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Toda vez que las razones argüidas por la defensa resultan insuficientes para disponer en este estado del proceso la suspensión de la audiencia de debate peticionada, corresponde no hacer lugar a esa solicitud. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6061/08 - 27/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

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

La jueza de primera instancia resolvió rechazar tanto las recusaciones como el pedido de suspensión del debate y, además, elevar las actuaciones a la Cámara para que diera trámite a la apelación (fs. 70/73). Los miembros de la Sala I decidieron rechazar *in limine* la apelación y, en lo que aquí importa, también rechazaron la recusación de la magistrada (fs. 32/33).

Ante ello, la defensora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/9), que fue denegado por los camaristas (fs. 11/15). Frente a esta decisión, la defensora acudió en queja ante este Tribunal (fs. 16/28).

2. Posteriormente, en su presentación agregada a fs. 75, la recurrente sostuvo que "toda vez que el Juzgado Contravencional ha fijado audiencia de debate oral y público para el próximo 9, 10 y 11 de septiembre, vengo a solicitar se ordene su suspensión hasta tanto se resuelve el presente recurso de queja de conformidad con lo preceptuado por el art. 33 in fine de la ley 402".

El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 77).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

La recurrente solicitó al Tribunal que suspenda la audiencia de debate fijada por la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 26 (fs. 75), esto es, intenta impedir que la justicia contravencional prosiga el trámite de la causa hacia la sentencia.

Claramente, entonces, no se trata de evitar la ejecución de una sentencia definitiva (art. 27, ley 402), único objeto de la previsión contenida en el art. 33, 4º párrafo, de la ley 402, sino, por lo contrario, de detener el desarrollo del proceso hasta tanto se decida sobre un recurso que no está vinculado a la decisión que resuelve el pleito. A tal comprensión de la cláusula legal citada me conduce la reflexión siguiente: si el recurso de inconstitucionalidad sólo procede contra las sentencias

definitivas, resulta imposible para el Tribunal interrumpir el curso de un proceso en el que aquella aún no ha sido dictada.

Por ello, voto por no hacer lugar a la petición incluida en el punto IV del escrito agregado a fs. 75.

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

Toda vez que las razones argüidas por la defensa resultan insuficientes para disponer en este estado del proceso la suspensión peticionada, corresponde no hacer lugar a la solicitud.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición efectuada por la defensora en el punto IV del escrito agregado a fs. 75.

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 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.*

CLXXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VILLAR, VALERIA - ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO Y TAPIA, LUISA S/INF. ARTS. 116, 117 Y 118, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Juez natural. Agravios extemporáneos. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja del Defensor General que no desarrolla crítica alguna contra el auto denegatorio, al cual casi ni menciona en toda su presentación, y no pretende rebatir las razones que empleó el *a quo* para concluir que no se había planteado un verdadero caso constitucional, sino que —una vez más— el quejoso se propuso impugnar de manera independiente la decisión de

la Cámara que confirmó la condena de su prohijado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. El agravio relacionado con la garantía del juez natural esconde una mera disconformidad con la inteligencia acordada a una norma procesal (art. 376, CPPN) que no ha sido apropiadamente controvertida sobre la base de una afectación de corte constitucional y que, además, se sustenta en una interpretación razonable según la cual las denuncias y objeciones referidas a la "constitución del tribunal" deben formularse, una vez abierto el debate oral y público, como cuestión preliminar bajo pena de caducidad, por lo cual si la defensa no las efectuó en tiempo oportuno, con ello, consintió y dejó firme la asignación de competencia y no puede pregonar la nulidad del debate luego de haberse sustanciado íntegramente aquél. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si se pretende introducir y discutir en torno a cuestiones totalmente novedosas en el marco del juicio, relativas a la calificación legal otorgada a los hechos investigados, la forma en que fueron concursadas las contravenciones imputadas y la incidencia de estas cuestiones y de la valoración de la prueba para la determinación de la modalidad y graduación de la pena impuesta en el caso, que no fueron planteadas en las instancias ordinarias, ni luego en el recurso de inconstitucionalidad que aquí se viene a defender, pues son producto de una reflexión tardía que no permite habilitar la intervención de este Tribunal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El recurso de queja debe contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad dado que no se trata de una mera reedición de aquel recurso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. Al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Cuando el recurso de queja procede de la defensa oficial, no corresponde el pago del depósito. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. 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. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5858/08 - 28/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Defensor General, ejerciendo la representación del imputado Carlos Alberto Oniszczuk, interpuso un recurso de queja (fs. 56/70) contra la resolución de

la Sala I de la Cámara CyF (fs. 52/55) que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 45/50) intentado, a su turno, contra la sentencia de Cámara (fs. 37/44) que confirmó la decisión de primera instancia (fs. 1/6), en cuanto condenó al imputado a la pena de sesenta (60) días de arresto de cumplimiento efectivo, a la clausura del comercio ubicado en la calle Elcano 3498, de esta Ciudad, por el término de ciento sesenta (160) días y a una inhabilitación por el término de cinco (5) años, para obtener cualquier tipo de autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar cualquier clase de sorteo, apuesta o juego, todo ello, por considerarlo autor responsable de las contravenciones previstas en los arts. 116, 117 y 118 de la ley 1472.

Resumidamente, en la presentación directa el recurrente denuncia: *1)* la violación del principio de legalidad como consecuencia de la existencia de defectos concretos en la valoración de la prueba y en la calificación legal; *2)* la afectación del principio de lesividad porque en las sentencias de mérito no se habría fundamentado adecuadamente "de qué manera se vio lesionado el patrimonio de los particulares o del Estado y, de eso modo, como se produjo el análisis adecuado a fin de justificar la imposición de una pena de arresto, inhabilitación y clausura" (fs. 65); y, *3)* la arbitrariedad de las dos sentencias de mérito por falta de fundamentación.

Por su parte, en su recurso de inconstitucionalidad la defensora oficial de primera instancia había presentado los siguientes agravios: *1)* violación al principio de razonabilidad, a la garantía del juez natural, al debido proceso y al derecho de defensa en juicio, porque los jueces de Cámara consideraron extemporáneo el planteo de nulidad vinculado con la acumulación de causas y la atribución de competencia del juez que dirigió el debate; *2)* violación del principio de lesividad porque no fue demostrado cómo se "lesionó o puso en peligro cierto el bien jurídico" (fs. 48); *3)* nulidad de los pronunciamientos de primera y segunda instancia en tanto no se había explicado cómo se arribó a la conclusión de que el encartado era el organizador del juego ilegal; y, *4)* la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, porque se confirmó la condena, sin certeza suficiente, apartándose del principio de inocencia e *in dubio pro reo*.

2. El Fiscal General Adjunto coincidió con los fundamentos expuestos por la Cámara y sostuvo con argumentos propios que la impugnación que la queja busca defender solamente reproduce los planteos tratados y resueltos en las instancias anteriores, con excepción del agravio referido a la ausencia de fundamentación de la pena que habría sido introducido de manera tardía. En definitiva, opinó que no se había logrado presentar un caso de naturaleza constitucional que habilitara esta instancia de excepción (fs. 75/77).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma, no obstante lo cual no puede prosperar. En efecto, el Defensor General no desarrolla crítica alguna contra el auto

denegatorio, al cual casi ni menciona en toda su presentación, y no pretende rebatir las razones que empleó el *a quo* para concluir que aquí no se había planteado un verdadero caso constitucional, sino que —una vez más— el quejoso se propuso impugnar de manera independiente la decisión de la Cámara que confirmó la condena de su prohijado. Inexplicablemente el recurrente dejó afuera de la discusión agravios que habría presentado quien fundó el recurso de inconstitucionalidad (el referido, entre otras, a la garantía del juez natural), incorporó tardíamente otro motivo de impugnación (referido a la falta de fundamentación de la pena) y/o reformuló los restantes planteos para provocar la intervención del Tribunal. En rigor de verdad, esta queja no parece una queja, sino, antes bien, un recurso autónomo que busca mejorar los fundamentos de los que se valió la defensora del imputado, pero que, en lo que hoy corresponde examinar, no demuestra ninguna equivocación en la decisión del *a quo* que cerró esta vía de excepción.

Más allá de que el defecto formal anotado basta para desestimar esta presentación directa, porque no tiene por objeto cuestionar lo afirmado por el *a quo* para denegar el recurso que ella pretende defender, conviene señalar que coincido con los integrantes de la Sala I en cuanto sostuvieron que en el recurso denegado no se habría logrado plantear una cuestión constitucional. En efecto: *a)* el agravio relacionado con la garantía del juez natural esconde una mera disconformidad con la inteligencia acordada a una norma procesal (art. 376, CPPN) que no ha sido apropiadamente controvertida sobre la base de una afectación de corte constitucional y que, además, se sustenta en una interpretación razonable según la cual las denuncias y objeciones referidas a la "constitución del tribunal" deben formularse, una vez abierto el debate oral y público, como cuestión preliminar bajo pena de caducidad, por lo cual si la defensa no las efectuó en tiempo oportuno, con ello, consintió y dejó firme la asignación de competencia y no puede pregonar la nulidad del debate luego de haberse sustanciado íntegramente aquél; *b)* el agravio relativo al principio de lesividad también permanece en el terreno de la mera discrepancia pues, según lo ha expresado este Tribunal en múltiples oportunidades, la conducta desplegada por el encartado lesiona el patrimonio de la Administración y los intereses comunitarios, en tanto compite de manera directa con el Estado en la organización de juegos que han sido regulados en monopolio por aquél en resguardo de un interés público; *c)* el agravio relacionado con el principio de inocencia e *in dubio pro reo* tampoco habilita la competencia del Tribunal, en tanto nos remite necesariamente al estudio de cuestiones de hecho y prueba que, en principio, no son de nuestra incumbencia, en un supuesto en el cual, claramente, la recurrente no alcanza a demostrar un exceso manifiesto en la facultad de selección y valoración de las pruebas que permitieron arribar a la conclusión de que el imputado era el organizador de los juegos clandestinos ofrecidos; y finalmente, *d)* la genérica tacha de arbitrariedad intentada resulta a todas luces insuficiente para evidenciar alguna mínima incongruencia en la sentencia de Cámara o en el razonamiento expuesto respecto de los hechos que se han juzgado probados o en cuanto a las normas infraconstitucionales que se han aplicado en autos.

2. Por los motivos expuestos propongo *rechazar* la queja e *intimar* la integración del depósito de ley.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

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'", 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 José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propone la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la queja interpuesta a fs. 56/70 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. 45/50 (conf. el Tribunal *in re*: "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005). En ese sentido, ninguna de las argumentaciones del recurso de hecho en estudio se dirige a controvertir lo afirmado por la Alzada para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa del señor Oniszczuk.

En efecto, tal como lo indica la señora jueza de trámite en el primer párrafo de su voto, el señor Defensor General intenta, centralmente, introducir y discutir en torno a cuestiones totalmente novedosas en el marco del juicio, relativas a la calificación legal otorgada a los hechos investigados, la forma en que fueron concursadas las contravenciones imputadas y la incidencia de estas cuestiones y de la valoración de la prueba para la determinación de la modalidad y graduación de la pena impuesta en el caso. Toda vez que ninguna de estas cuestiones fue planteada en las instancias ordinarias, ni luego en el recurso de inconstitucionalidad que aquí se viene a defender, ellas son producto de una reflexión tardía que no permite habilitar la intervención de este Tribunal.

2. Lo expuesto resulta suficiente para rechazar la presentación de fs. 56/70 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 *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de incons-

titucionalidad denegado en Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja presentada por la defensa del señor Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 56/70 vta.) fue interpuesta por escrito, ante este tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402. Sin embargo debe ser rechazada.

2. Tal como ya se ha establecido en numerosos precedentes es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad dado que no se trata de una mera reedición de aquel recurso (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).

Así como fue obligatorio para los jueces de la Cámara fundar la resolución por la cual declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado a fs. 45/50, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

La queja presentada no puede prosperar porque los argumentos que la defensa presenta al TSJBA para que admita su recurso de inconstitucionalidad no logran derribar las razones que dio la Cámara al declararlo inadmisible.

En efecto, y tal como lo señala mi colega Ana María Conde, el recurso de hecho parece destinado a mejorar los argumentos del recurso de inconstitucionalidad pero sin desvirtuar las objeciones en virtud de las cuales la Cámara decidió rechazarlo. Coincido entonces con la señora jueza de trámite en que la queja no puede prosperar.

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, resolución 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. 189 bis C.P.'", expte. nº 3562/04, resol. del 25/2/2005.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Sobre la queja en relación con la impugnación de la condena, adhiero al voto de mis colegas preopinantes.

2. En relación con la intimación para integrar el depósito que habilita el recurso de queja (ley local 402, art. 34), ya he manifestado múltiplemente mi opinión acerca de que los recursos interpuestos por los defensores oficiales no generan el deber del imputado no recurrente de abonar esa suma de dinero (véanse mis votos en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación'", expte. nº 1509/02, resolución 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; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszcuk, C. A. y Márquez, S. R. s/ley 255 —apelación'", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003; entre muchos otros).

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. 56/70.

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.*

CLXXXIX

"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. —APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. Debe denegarse el recurso de queja pues las consideraciones efectuadas en cuanto a la pretendida arbitrariedad de la resolución y las infundadas denuncias

de apartamiento de lo ordenado por la CSJN no expresan más que una mera disconformidad del recurrente con lo decidido por la mayoría del Tribunal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. El agravio referido a la vulneración al debido proceso adjetivo y al principio de imparcialidad no puede ser atendido cuando la presentación recursiva se limita a resumir los argumentos anteriormente planteados, sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión recurrida para desestimar su planteo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

3. El recurso extraordinario federal intentado carece de la fundamentación autónoma exigida por la ley, pues no rebate todos y cada uno de los argumentos dados por este Tribunal en la sentencia impugnada para desechar su pretensión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

4. La cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que todos los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla, y su invocación no puede ser el resultado de una reflexión tardía o de una mera ocurrencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

5. El recurso extraordinario debe ser denegado cuando las garantías constitucionales invocadas por la defensa carecen de relación directa con lo resuelto en el *sub examine*. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El recurso extraordinario federal interpuesto es admisible por ser 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El recurso extraordinario federal interpuesto es admisible pues el recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a garantías procesales tuteladas por los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, de la C.N. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 4750 - 28/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensora General Adjunta, doctora Graciela E. Christe, interpuso recurso extraordinario federal en favor del señor Herrera (fs. 158/177) contra la decisión de este Tribunal de fecha 18/6/2008 (fs. 136/154) que hizo lugar al recurso de queja agregado a fs. 51/66 y, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad cuya copia obra a fs. 35/44.

Sintéticamente la recurrente sostiene que este Tribunal ha confirmado un pronunciando de la Cámara Contravencional y de Faltas mediante el cual se desconoce

el principio de legalidad (arts. 18, C.N., 9º, CADH, y 15, PIDCyP), la garantía de prohibición del doble juzgamiento (arts. 18, C.N., 8.4, CADH y 14.7, PDCyP), la garantía de imparcialidad (arts. 18, C.N., 8.1, CADH y 14.1, PDCyP), el derecho a un pronunciamiento definitivo en un plazo razonable (8.1, CADH) y los principios de razonabilidad y proporcionalidad (arts. 28 y 18, C.N.). Finalmente, la Defensora sostiene que la resolución impugnada por esta vía resulta arbitraria por falta de fundamentación (arts. 17, 18, 33 y 8º, CADH) y porque se aparta del deber de leal acatamiento a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 14, 15 y 16, ley 48).

2. El Fiscal General Adjunto, doctor Luis J. Cevasco, al contestar la vista conferida, opina que corresponde denegar el recurso extraordinario federal, por un lado, porque la recurrente no formula una crítica concreta y razonada de los argumentos del fallo cuestionado y, por el otro, porque los motivos de agravio intentados carecen de asidero constitucional (fs. 180/183).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido a favor del señor Herrera fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y cumple los requisitos impuestos por la Acordada 4/07. No obstante, tal como lo dictamina el señor Fiscal General Adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. En cumplimiento de lo dispuesto por la CSJN este Tribunal tuvo por satisfecho el requisito de definitividad de la decisión recurrida y procedió a dar tratamiento y respuesta a las cuestiones planteadas por el recurrente, en especial a la invocada afectación del principio *ne bis in idem*, tal como fue señalado en el dictamen de la Procuración General de la Nación (punto IV), al que remitió la CSJN. Así, en el pronunciamiento ahora cuestionado, este Tribunal hizo lugar al recurso de queja y rechazó, por mayoría, el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto al entender básicamente que la defensa no había demostrado que la resolución de la Cámara que revocó un sobreseimiento y dejó sin efecto una suspensión del juicio a prueba vulnerara el *ne bis in idem*. En este sentido, la mayoría del Tribunal expuso razones suficientes para concluir que la defensa pretendió darle a la garantía mencionada una extensión de la que carece según su comprensión tradicional y según la propia jurisprudencia de la CSJN.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso extraordinario federal articulado por la defensa, en primer lugar cabe puntualizar que la Defensora General Adjunta no ha logrado exponer razones que den fundamento a su genérica tacha de arbitrariedad. La decisión de este Tribunal de fs. 136/154 se encuentra razonada y fundada, más allá de que la recurrente discrepe con sus contenidos. En efecto, las consideraciones efectuadas en cuanto a la pretendida arbitrariedad de la reso-

lución y las infundadas denuncias de apartamiento de lo ordenado por la CSJN no expresan más que una mera disconformidad del recurrente con lo decidido por la mayoría del Tribunal.

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

4. Con respecto a la alegada vulneración al debido proceso adjetivo y al principio de imparcialidad (fs. 170/171), la presentación recursiva se limita a resumir los argumentos anteriormente planteados bajo el título "Sistema acusatorio y garantía de imparcialidad", sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión recurrida para desestimar su planteo. 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).

5. Lo mismo sucede con la denunciada lesión al *non bis in idem* (fs. 171/173). La Defensora General Adjunta opina que en la decisión recurrida no se dio respuesta a sus argumentos pero tal afirmación no se corresponde con lo sucedido en autos, ya que de la lectura de los votos que conforman la mayoría surge que, tal como exigió la CSJN (conf. puntos IV y V del dictamen de la PGN, al que remite el fallo del 5/2/2008), se ha dado tratamiento y una respuesta concreta al agravio en los términos en los que dicho planteo había sido formulado en el recurso de inconstitucionalidad rechazado (fs. 39 vta./42 vta.). En este punto, el recurso extraordinario federal intentado carece también de la fundamentación autónoma exigida por la ley, pues no rebate todos y cada uno de los argumentos dados por este Tribunal en la sentencia impugnada para desechar su pretensión. Consecuentemente, la conclusión a la que se arribó —esto es, que no se advierte una afectación constitucional en esta causa— permanece incólume.

6. El agravio relativo a la supuesta lesión del principio de legalidad (fs. 173/174 vta.) de cara al art. 76 ter, C.P. no ha sido introducido por la defensa en la primera oportunidad posible, tal como se puede apreciar en el recurso de inconstitucionalidad rechazado por la mayoría de este Tribunal (fs. 35/44) y como también lo reconoce la propia Defensora en su actual recurso bajo la letra c) "Momento inicial de presentación de cuestiones de índole federal" (fs. 163 vta./164), donde expone

con claridad y corrección cuáles han sido los agravios oportunamente planteados, entre los cuales no se encuentra el que aquí nos ocupa. Al respecto sólo cabe agregar, por tanto, que 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 todos los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla. La invocación de que se encuentra involucrada en el pleito una cuestión federal, no puede ser el resultado de una reflexión tardía o de una mera ocurrencia (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros).

7. Por último, lo mismo se puede decir con relación a la denunciada "irrazonabilidad de la pretensión punitiva por innecesaria, inidónea y desproporcionada" y a la lesión al "plazo razonable" (fs. 174 vta./176 vta.), toda vez que aquellos motivos de agravio han sido introducidos en el primer recurso extraordinario federal (fs. 86/104) que dio lugar al pronunciamiento de la CSJN y no en el recurso de inconstitucionalidad que motivó la decisión aquí impugnada.

Por las razones brevemente expuestas, solo resta denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 158/177.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con los doctores Conde, Casás y Maier en que el recurso extraordinario debe ser denegado. Ello así, toda vez que las garantías constitucionales que invoca la defensa —conf. segundo párrafo del punto 1 de los resultas— carecen de relación directa con lo resuelto en el *sub examine*. Con esta afirmación no hago más que reiterar lo que dije en ocasión de expedirme en esta causa en la sent. del 24/10/2006. Señalé allí que la defensa se había limitado con sus planteos a oponer su enfoque acerca de cuestiones estrictamente procesales y, en especial, sostuve que la garantía del *non bis in idem,* invocada por la defensa, no se encontraba comprometida en el *sub lite*. Ello así, porque el recurrente no había acreditado que se hubiera dado alguno de los supuestos que darían lugar a la violación de esa garantía, es decir, que se hubiera perseguido al imputado dos veces por el mismo hecho, o que el riesgo de ser condenado al que fue sometido, hubiera sido uno que excede el definido por el legislador.

Sin perjuicio de ello, por imperio de lo resuelto por la CSJN el 5/2/2008 —tal como se indica en el voto de mayoría— este Tribunal se adentró al análisis de los planteos formulados por la defensa contra la decisión de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas del 9 de marzo 2006. Ahora, ni los tres votos que formaron la mayoría, ni el mío, que postulaba una solución opuesta, reconocieron que estuviera controvertida alguna de las garantías federales invocadas por la defensa. Por el contrario, coincidieron en señalar que lo que realmente controvertía la defensa, en lo que ahora importa, era la interpretación de normas no federales (principalmente, el art. 76 ter del C.P.). En este orden de ideas, vale la pena recordar, que mi voto en la sent. del día 18/6/2008, consecuencia del pronunciamiento de la Corte Suprema, encontró apoyo, únicamente, en una interpretación del mencionada

artículo. Ello pudo ser así debido a que, a diferencia de lo que ocurre con la CSJN, no pesa sobre este Tribunal la reserva del art. 75, inc. 12, de la C.N.

No varía lo expuesto lo resuelto por la CSJN *in re* "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, párr. 1º, ley 23.737" (expte. nº A. 2186. XLI, decisión del 23/4/2008). Ese pronunciamiento fue dictado en el marco de un proceso en el que el hecho investigado era uno sujeto a la jurisdicción federal —tenencia de estupefacientes—, por lo que no hay motivos para suponer que la doctrina que surge de él sea aplicable al *sub lite*, porque las cuestiones controvertidas en éste, tal como quedó señalado *supra,* versan acerca de normas no federales y, por ende, a ese respecto los tribunales locales no se hallan subordinados al máximo tribunal federal.

Por último, con relación al planteo relativo a la violación del principio de legalidad remito a lo señalado en el punto 6 del voto de mayoría.

Por lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario deducido a fs. 158/177.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la señora Defensora General Adjunta a fs. 158/177 es admisible por ser deducido contra una resolución (del 18/6/2008), 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, desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida y satisface los requisitos impuestos por la Acordada 4/07.

2. El recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a garantías procesales tuteladas por los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, de la C.N.

Quiero enfatizar que en los fundamentos que desarrollé al momento de emitir mi voto en el recurso de inconstitucionalidad al que me remito (conf. resoluciones de fecha 24/10/2006 y 18/6/2008) fueron advertidas y tratadas las violaciones de derechos y garantías constitucionales denunciadas en la presentación que aquí se considera.

3. Por lo expuesto considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por la señora Defensora General Adjunta.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 158/177.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 153, punto 3.

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

CXC

"LÍNEA DE MICROÓMNIBUS SATCF S/ART. 6.1.63 Y OTROS LEY 451 S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. GUARDIA URBANA: Naturaleza. Caracteres. Funciones. TRÁNSITO: Poder de policía local. RÉGIMEN DE FALTAS: Infracciones de tránsito. Actas de comprobación. LEGISLATURA: Atribuciones. JEFE DE GOBIERNO.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto fue correctamente concedido porque la recurrente cuestiona la constitucionalidad de una norma de alcance general emanada del Poder Ejecutivo, pues, según lo entiende, aquél carecía de atribuciones para dotar al organismo denominado "Guardia Urbana" de facultades propias de la "policía en materia de tránsito", concretamente, de la facultad para labrar actas de comprobación de infracciones al régimen de faltas previsto por la ley 451. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La cuestión relativa al tránsito de la Ciudad de Buenos Aires constituye una materia eminentemente local y, en razón de ello, la determinación acerca de a quién corresponde la verificación de las infracciones en esta materia debe recaer, naturalmente, en cabeza de los Poderes públicos del Estado local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Constitución de la Ciudad es sumamente clara al reconocer que, en la órbita local, la "atribución" de legislar en materia de "seguridad pública, policía" y "tránsito" (art. 80, incs. e] y h], respectivamente) le corresponde al Poder Legislativo y que el Jefe de Gobierno tiene "facultades" para ejecutar las leyes, ejercer el poder de policía, establecer la política de seguridad (art. 104, incs. 2º, 11 y 14) y además "deberes" como disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas (art. 105, inc. 6º*). (Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Atribuir a un cuerpo especial la facultad de labrar actas de infracción no implica que el Poder Ejecutivo local haya legislado mediante el dec. 2124/04 en materia de policía, sino que se ha puesto en ejecución un medio accesorio para promover la acción pública en materia de faltas de tránsito, concretamente, cumplir con lo dispuesto por el órgano constitucionalmente competente para legislar en esas cuestiones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. El cuerpo denominado "Guardia Urbana" no fue pensado como una "fuerza pública", encargada de garantizar el cumplimiento de las normas de tránsito incluso de manera coercitiva, sino, por lo contrario, como una repartición de la Administración local con la aptitud suficiente para, entre otras funciones, confeccionar actas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El cuerpo policial importa desplegar el poder público o el "uso de la fuerza" para restringir temporaria o preventivamente derechos de los ciudadanos y para erigirlo se requiere de una ley, que no es necesaria para "labrar actas", actividad

que no supone *per se* más que una constatación sin mayor injerencia en la vida o libre circulación de las personas, sendo suficiente para ello la creación de uno o varios organismos administrativos debidamente capacitados para practicar esa verificación "en ejercicio del poder de policía". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La "Guardia Urbana" ha sido concebida como un mero refuerzo en el control y comprobación de infracciones, atribuciones, ambas, que no hacen de manera directa a la "función policial" encomendada al organismo que se desempeña como "policía de seguridad" en la Ciudad de Buenos Aires (art. 7º, ley 24.588) y que tampoco importan una obstrucción ilegítima en la función complementaria o accesoria de "ordenar y dirigir" el tránsito que —al menos al momento de los hechos— detentaba de manera "exclusiva" (art. 1º, ley 16.979) aquella fuerza. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Las múltiples "funciones y facultades" que el legislador local le atribuyó a los integrantes del cuerpo uniformado, no armado, permite sostener que, sin dudas, se constituyó una verdadera policía de tránsito para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que comparte junto a la "policía de seguridad" —de quien sólo recibe "asistencia" en el caso de ser necesario— la autoridad reconocida legalmente en materia de "prevención" de faltas y contravenciones de tránsito (art. 23, ley 2652). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El Jefe de Gobierno no legisló en materia de policía ni excedió las "facultades" y "deberes" que le impone la Constitución local, puesto que la creación de la "Guardia Urbana" no resultó incompatible con las reglas legales en juego (ley 1217) y buscó propender al mejor cumplimiento de los fines buscados por aquéllas con medidas razonables destinadas a verificar infracciones a las leyes viales vigentes (ley 451). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

10. La debilidad de los fundamentos empleados por la accionante junto con la estrategia procesal elegida, que implica no insistir por la vía de la queja en traer ante el Tribunal cuestiones que eventualmente podrían constituir un caso constitucional, sellan la suerte del recurso de inconstitucionalidad, que ha sido mal concedido por la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Las infracciones previstas en el régimen de faltas —al igual que la mayor parte de los delitos y contravenciones— resultan de acción pública (art. 13, ley local 451 y art. 2º, ley local 1217), a semejanza de los delitos del mismo carácter en el C.P. (art. 71), motivo por el cual, cualquier persona está facultada para denunciarlas ante la autoridad competente para resolver el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. Sea cual fuera la potestad de los agentes de la Guardia Urbana, las "actas" labradas deben considerarse, al menos, como una denuncia de ciertos hechos percibidos en un lugar y momento determinados, cuyo peso probatorio (art. 5º, ley 1217) resulta ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad porque remite a la valoración de la prueba y de los hechos discutidos en este procedimiento. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5837/08 - 28/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La apoderada de la empresa de transporte "Línea de Microómnibus 47 S.A." interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 228/247) contra la resolución de la Sala I de la Cámara CyF del 6/12/2007 (fs. 218/225), por la cual se confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la empresa infractora al pago de una multa de $ 5.200, por diversas infracciones al régimen de faltas (ley 451), y, en lo que aquí interesa, confirmó el rechazo de su planteo de inconstitucionalidad del dec. 2124/04 (*BOCABA* nº 2074) en función del cual se creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana".

2. La Cámara declaró parcialmente admisible tal recurso (fs. 250/253) en relación al agravio fundado en la posible inconstitucionalidad del dec. 2124/04 que, en lo que al planteo concierne, autorizó a los integrantes del cuerpo de "Guardia Urbana" para confeccionar actas de comprobación, ante la comisión de faltas de tránsito, pues, a criterio de la recurrente, con ello, el Poder Ejecutivo habría legislado en materia de "policía de seguridad pública y tránsito" arrogándose atribuciones propias del Poder Legislativo, en abierta oposición al principio de división de poderes (art. 1º, CCBA).

3. Al contestar la vista conferida, el Fiscal General Adjunto solicitó que se declare admisible el recurso de inconstitucionalidad incoado y se rechace el planteo por el cual fue concedido. En su opinión, la creación del cuerpo de la "Guardia Urbana" y la autorización para "labrar actas" sólo implica cumplir con las competencias conferidas en los arts. 104 y 105 de la CCBA (fs. 261/262).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por la apoderada de la empresa imputada en autos, fue correctamente concedido por el tribunal *a quo*. En efecto, a más de cumplirse con los requisitos formales propios en su especie (art. 28, ley 402), la recurrente cuestiona la constitucionalidad de una norma de alcance general emanada del Poder Ejecutivo, pues, según lo entiende, aquél carecía de atribuciones para dotar al organismo denominado "Guardia Urbana" de facultades propias de la "policía en materia de tránsito", esto es, concretamente, de la facultad para labrar actas de comprobación de infracciones al régimen de faltas previsto por la ley 451. Esta controversia, sin duda, reviste suficiente importancia y habilita la competencia del Tribunal (arts. 27, ibídem y 113.3, CCBA), toda vez que la discusión propuesta

tiene vinculación directa e inmediata con lo resuelto por la Cámara con respecto al principio constitucional de división de poderes (art. 1º, CCBA).

Es necesario indicar que, a todo evento, por decisión de la apoderada ha quedado afuera de este interesante debate el hecho de que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Policía Federal Argentina no resulta la "única" autoridad que eventualmente puede estar facultada para confeccionar "actas de comprobación" cuando se verifica una infracción a las normas de tránsito. Ello así, puesto que, si bien la empresa condenada denunció —en el recurso de inconstitucionalidad— un posible avasallamiento del principio de jerarquía normativa, pues, a su criterio, el dec. 2124/04 desconocía la supuesta "exclusividad" otorgada a aquella fuerza policial para confeccionar actas, por imperio de las leyes 16.979 y 24.588, ese agravio no ha sido concedido por la Cámara, ni mantenido mediante la interposición de una queja ante nuestra instancia. Sin perjuicio de que el tratamiento de este asunto no se encuentra formalmente habilitado existe una vinculación intrínseca con el agravio por el cual este recurso de inconstitucionalidad sí fue admitido, por lo cual entiendo que resulta conveniente realizar algunas aclaraciones relativas al punto para lograr una exposición más clara y ordenada sobre la cuestión efectivamente controvertida.

Los magistrados que firmaron la decisión impugnada entendieron, por unanimidad en este aspecto, que la ley 16979 sólo confiere "competencia exclusiva" a la Policía Federal Argentina para ordenar y dirigir el tránsito (conf. el texto del art. 1º, o, incluso, el título de la ley citada, publicada en el *B.O.* del 26/10/1966), pero ello de ninguna manera implicaba que se la otorgara de igual forma —es decir, "exclusiva"— con relación a la constatación de infracciones de tránsito o a la confección de las actas de comprobación en dicha materia. Asimismo, los magistrados de la Sala I del tribunal de apelación sostuvieron, también por unanimidad, que la ley 24.588 —según la redacción anterior a la reforma introducida por la ley 26.288— solamente preveía que la Policía Federal Argentina continuaría cumpliendo la función de "policía de seguridad y auxiliar de la justicia", pero que, en rigor, ello nada agregaba con relación a la materia de tránsito o a la posibilidad de documentar infracciones a ella. De este modo, la Cámara dio un adecuado tratamiento a dicho agravio —con un razonamiento que, por cierto, comparto enteramente— y determinó el objeto procesal sobre el cual debe resolver este Tribunal.

En efecto, no cabe ninguna duda que la cuestión relativa al tránsito de la Ciudad de Buenos Aires constituye una materia eminentemente local y, en razón de ello, la determinación acerca de a quién corresponde la verificación de las infracciones en esta materia debe recaer, naturalmente, en cabeza de los Poderes públicos del Estado local. Ahora bien, conociendo que la Policía Federal Argentina, mientras actúe en nuestra *urbe*, no ostenta "exclusividad" alguna en cuanto al labrado de las "actas de comprobación" y que el dec. 2124/04, al facultar al cuerpo de la "Guardia Urbana" para confeccionarlas de manera concurrente con la Policía Federal Argentina, no resulta contrario al orden de prelación normativa consagrado en la Constitución Nacional (art. 31), sólo resta considerar —entonces— si el

otorgamiento de la autorización conferida por el Jefe de Gobierno para "labrar actas" importa, como lo afirma la empresa recurrente, "legislar" en alguna materia de incumbencia exclusiva de la Legislatura porteña.

2. La Constitución de la Ciudad es sumamente clara al reconocer que, en la órbita local, la "atribución" de legislar en materia de "seguridad pública, policía" y "tránsito" (art. 80, incs. e] y h], respectivamente) le corresponde al Poder Legislativo. Por otra parte, la Constitución porteña también es clara en cuanto reconoce que el Jefe de Gobierno tiene "facultades" para, entre otras cosas, ejecutar las leyes, ejercer el poder de policía, establecer la política de seguridad (art. 104, incs. 2º, 11 y 14) y además "deberes" como "[d]isponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas" (art. 105, inc. 6º). En términos generales estos son los preceptos constitucionales sobre los que se asienta el debate, pero, como cuestión previa, sirve distinguir que, en todo caso, si existiese algún conflicto relacionado con el principio de división de poderes (art. 1º, CCBA), este conflicto no se centraría en establecer si el Jefe de Gobierno emitió una disposición de carácter legislativo en materia de "tránsito" —porque no se reguló una nueva prohibición ni se creó una nueva función o procedimiento de verificación que no existiera previamente—, sino, más precisamente, en materia de "policía". Con independencia de la materia de la que se trate, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que ninguno de los preceptos mencionados le reconocen al Poder Ejecutivo facultades de carácter legislativo en esas —u otras— cuestiones y, dado que el dec. 2124/04 no fue dictado bajo las "circunstancias excepcionales" que refiere la Constitución (art. 103), de concluir que ese Poder público *legisló* mediante el dictado del acto cuestionado, tal disposición resultaría nula, desde su origen, pues así lo sanciona el propio texto constitucional.

Sin embargo, en mi concepto, atribuir a un cuerpo especial la facultad de labrar actas de infracción no implica legislar de manera alguna en materia de policía. Por el contrario, otorgar una facultad tal no parece más que poner en ejecución un medio accesorio para promover la acción pública en materia de faltas de tránsito, es decir, concretamente, cumplir con lo dispuesto por el órgano constitucionalmente competente para legislar en esas cuestiones. Es muy simple, la facultad de labrar un acta de comprobación no es una función inherente a la fuerza policial por decisión expresa del legislador local, puesto que según se desprende de la norma que regula el "Procedimiento de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (ley 1217, en particular, capítulo II), esa facultad debe reposar *en principio* en los "organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía", los cuales, para mayor ilustración, "pueden requerir el auxilio de la fuerza pública y al solo efecto de asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta" (art. 6º, ley 1217). En este sentido, es notorio que el cuerpo denominado "Guardia Urbana" no fue pensado como una "fuerza pública", encargada de garantizar el cumplimiento de las normas de tránsito incluso de manera coercitiva, sino, por lo contrario, como una repartición (más) de la Administración local con la aptitud suficiente para, entre otras funciones, confeccionar actas.

El rasgo distintivo de un cuerpo policial está dado por la posibilidad de desplegar el poder público o el "uso de la fuerza" para restringir temporaria o preventivamente derechos de los ciudadanos y no cabe duda que para erigir un cuerpo de estas características se requiere de una ley. No obstante, para "labrar actas", actividad que no supone *per se* más que una constatación sin mayor injerencia en la vida o libre circulación de las personas —al menos en la forma en la que esta verificación era efectuada por la "Guardia Urbana"—, no se necesita una ley sino que basta, sencillamente, con la creación de uno o varios organismos administrativos debidamente capacitados para practicar esa verificación "en ejercicio del poder de policía". Ello así, porque, en pocas palabras, la autorización legal para que dichos organismos —dependientes y creados por el Poder Ejecutivo (art. 104.9, CCBA)— confeccionen un "acta de comprobación" frente a alguna infracción al régimen de faltas (ley 451), sea de tránsito o de cualquier otra naturaleza, ya habría sido conferida por el Legislador al sancionar el procedimiento aplicable (ley 1217), esto es, con anterioridad a la creación y capacitación de la "Guardia Urbana". El esfuerzo argumentativo realizado por la recurrente para asimilar o equiparar el cuerpo de la "Guardia Urbana" con la Policía Federal Argentina, en lo referente a las atribuciones que le incumben a esta última con relación al tránsito vehicular, pasa por alto que, en definitiva, la "Guardia Urbana" ha sido concebida como un mero refuerzo en el control y comprobación de infracciones, atribuciones, ambas, que no hacen de manera directa a la "función policial" encomendada al organismo que se desempeña como "policía de seguridad" en esta Ciudad (art. 7º, ley 24.588) y que tampoco importan una obstrucción ilegítima en la función complementaria o accesoria de "ordenar y dirigir" el tránsito que —al menos al momento de los hechos— detentaba de manera "exclusiva" (art. 1º, ley 16.979) aquella fuerza. Dicho de otro modo, la empresa condenada no logra demostrar que estemos frente a una autoridad de carácter policial y, en consecuencia, tampoco evidencia que el Jefe de Gobierno haya legislado en materia de "policía" o creado un cuerpo con esas características.

A lo expuesto aún podría agregar que, tal como se desprende de los fundamentos del dec. 2124/04, con la creación del cuerpo de "Guardia Urbana" se intentó, básicamente, lograr una mayor presencia y participación de la Administración local en el espacio público con el objetivo de reducir los altos índices de conflictividad urbana mediante mecanismos de *persuasión y disuasión* proclives a estimular el orden y la seguridad en el espacio público, previniendo —con esa "presencia"— accidentes de tránsito e incrementando un mayor respeto por la normativa vial vigente. En este sentido, corresponde enfatizar que no parece posible concluir que dicho cuerpo especial haya sido concebido como una autoridad de naturaleza policial o —por lo menos— ello no es lo que puede extraerse del decreto que lo crea y de las funciones que le asigna, esto es, como colaboradores de la Policía Federal Argentina, o, en lo que hoy interesa, como meros verificadores de infracciones sin posibilidad alguna de ejercer coacción directa o fuerza sobre los conductores.

El hecho de que no se trataba de una autoridad de carácter policial se vio reforzado con la posterior creación del "Cuerpo de Agentes de Control de Tránsito y Transporte" (ley 2652) que, claramente, sí lo es. En efecto, aun cuando esta cuestión no haya sido expresamente debatida por las instancias anteriores es preciso señalar que la Legislatura —recientemente y en uso de su "atribución" del art. 80.2.e de la CCBA— creó un "cuerpo uniformado, no armado, debidamente identificado, que tiene como misión hacer cumplir las disposiciones del Código de Tránsito y Transporte, el ordenamiento y control del tránsito peatonal y vehicular" (art. 3º, ley 2652; no destacado en la ley). Las múltiples "funciones y facultades" que el legislador local le atribuyó a los integrantes de tal Cuerpo permite sostener que, sin dudas, se constituyó una verdadera policía de tránsito para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que comparte junto a la "policía de seguridad" —de quien sólo recibe "asistencia" en el caso de ser necesario— la autoridad reconocida legalmente en materia de "prevención" de faltas y contravenciones de tránsito (art. 23, ley 2652). A título de ejemplo, y a diferencia de lo que podía hacer la "Guardia Urbana" que únicamente se encontraba autorizada para confeccionar actas, la nueva autoridad de prevención puede, entre otras cosas: "hacer cesar la comisión de faltas y [de] contravenciones de tránsito", "[p]roceder a la detención del vehículo en la vía pública, [...para] confeccionar el acta contravencional o el acta de comprobación, como así también para requerir la documentación obligatoria necesaria para circular" y, también, "[p]roceder de acuerdo a lo descripto en el art. 5.6.1. del Código de Tránsito y Transporte [en cuanto establece que "los conductores, vehículos y su documentación pueden ser retenidos" por los "agentes" que conforman tal Cuerpo, quienes, por lo demás, deben ajustar su actuación a los principios emanados del "Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley" aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas]" (conf. arts. 5º, 6º y 7º, ley 2652; con énfasis añadido).

En definitiva, en lo que al caso importa, el Jefe de Gobierno no legisló en materia de policía ni excedió las "facultades" y "deberes" que le impone la Constitución local, puesto que la creación de la "Guardia Urbana" no resultó, a mi modo de ver, incompatible con las reglas legales en juego (ley 1217) y buscó propender al mejor cumplimiento de los fines buscados por aquéllas con medidas razonables destinadas a verificar infracciones a las leyes viales vigentes (ley 451). Por lo demás, dicha autorización para "labrar actas" de comprobación que el Poder Ejecutivo otorgó a los integrantes de la "Guardia Urbana" mediante el dec. 2124/04, no difiere de aquella otra que le ha conferido a los inspectores de diferentes organismos administrativos locales, tales como, por mencionar un ejemplo, la Dirección General de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad (dec. 1563/04, *BOCBA* 2015).

3. Por los motivos que dejo expuestos, propongo rechazar el recurso de inconstitucionalidad parcialmente admitido por la Cámara con relación al agravio vinculado con el principio de división de poderes y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada en cuanto rechaza la inconstitucionalidad del dec. 2124/04 por no resultar contrario al principio mencionado.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Compartimos la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Ana María Conde; el recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido y la sentencia impugnada debe ser confirmada.

La Cámara declaró parcialmente admisible el recurso extraordinario local sólo con relación al agravio que sostiene que el dec. 2124/04 (de creación de la Guardia Urbana) vulnera los arts. 1º y 80, inc. 2º, e) y h) de la CCBA. Ese es el único punto sobre el cual se encuentra habilitado para expedirse este Tribunal, toda vez que el apelante no intentó traer mediante queja el resto de los planteos que contenía el recurso de inconstitucionalidad.

2. En el agravio que continúa latente, el recurrente sostiene que "[l]as disposiciones de la Constitución de la Ciudad son claras en cuanto a que es facultad exclusiva y excluyente de la Legislatura dictar leyes en materia de policía, seguridad pública y tránsito en el ámbito local; por tanto los poderes del Jefe de Gobierno en estas materias deberían limitarse a poner en ejecución lo dispuesto por el órgano competente para regular estas cuestiones" (fs. 239 vta.; con partes resaltadas en el original).

En abstracto, esa afirmación resulta correcta, sin embargo, el recurrente no demuestra que el dec. 2124/04 implique un avasallamiento de las competencias que la CCBA reserva para la Legislatura. Si bien no se encuentra expresamente dicho, el decreto cuestionado podría ser interpretado como una reglamentación de la ley 1217, que regula el procedimiento de faltas. No se encuentra controvertida en autos la facultad del Jefe de Gobierno para crear la Guardia Urbana —que, necesariamente, comprende la posibilidad de otorgarle competencias—, ni la de contratar el personal que la integraba. El recurrente se limita a cuestionar la norma solamente en cuanto brindaba a ese cuerpo de agentes la facultad de labrar actas de constatación.

Así las cosas, la competencia que se cuestiona es la que poseían los agentes de la Guardia Urbana de denunciar o testimoniar sobre la comisión de las infracciones en uso de las cuales se labraron las actas mediante las que luego se dio inicio al proceso que concluyó con la sanción de Línea Microómnibus SATCF. Sin ingresar en la cuestión sobre qué valor probatorio debe atribuírsele a esas constataciones —cuestión que como resalta el doctor Maier no corresponde dirimir en esta instancia—, lo cierto es que atribuir tal competencia no podría ser entendido como "legislar" sobre seguridad pública, tránsito o transporte, tal como lo afirma en el punto 2 de su voto la señora jueza Ana María Conde. Por lo demás, el art. 2º de la ley 1217 expresamente prevé que los procedimientos de faltas pueden iniciarse de oficio o con la denuncia verbal o escrita de cualquier persona ante las autoridades competentes.

El hecho de que la cláusula transitoria 8ª de la ley 2148 haya previsto que una ley crearía la Autoridad de Control de Tránsito y Transporte no altera lo dicho

hasta aquí. Del mismo modo, la posibilidad de la Legislatura de crear un cuerpo de agentes con competencias similares a los que tenía la Guardia Urbana o aún con competencias con mayor injerencia en la vida de los administrados (como de hecho sucedió con la sanción de la ley 2652) no implica que el dec. 2124/04 vulnere lo dispuesto por la CCBA.

3. Por las razones expuestas, en consonancia con los argumentos brindados por la doctora Conde en el punto 2 de su voto, votamos por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 228/247 y confirmar la sentencia impugnada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad de la parte actora sólo por "[e]l agravio sustentado en la inconstitucionalidad del dec. 2124/04 en cuanto faculta a los integrantes de la Guardia Urbana a labrar actas de infracciones de tránsito por resultar contraria al principio de división de poderes". Expresamente lo rechazó por "la alegada violación del principio de jerarquía constitucional (art. 28, C.N.), en cuanto (...) el decreto dictado por el poder ejecutivo local desconocería la vigencia y actualidad de una norma superior de raigambre federal como es la ley 16.979", y por la impugnación de arbitrariedad sustentada en la supuesta contradicción en la que habría incurrido la Cámara al afirmar que los integrantes de la Guardia Urbana "carecerían de *imperium*", y aun así "asign[arles] a las actas de comprobación de tránsito labradas por los integrantes de dicho cuerpo la misma validez que las confeccionadas por funcionarios públicos competentes" (fs. 250/253).

La recurrente no interpuso queja por los agravios por los que el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado.

En su recurso, la actora sostiene que "[l]a interpretación que pretende el voto mayoritario del juego de los arts. 104, incs. 11 y 14 y el 105, inc. 6º de la CCBA, *no resiste el menor de los análisis*. // Una cosa son facultades de implementación y de aplicación de las normas, y otra distinta es la de creación de normas, asignada en materia de policía a la Legislatura (art. 80º, inc. 2º, CCBA)" (fs. 245). En lo que sigue, la parte no desarrolla argumentos que den sustento a esta afirmación y los que menciona, relacionados principalmente con el concepto de funcionario público, no pueden ser objeto de tratamiento en atención a la limitada concesión del recurso, condiciones en las cuales la Cámara no debió admitirlo.

En definitiva, la debilidad de los fundamentos empleados por la accionante junto con la estrategia procesal elegida, que implica no insistir por la vía de la queja en traer ante el Tribunal cuestiones que eventualmente podrían constituir un caso constitucional, sellan la suerte de su recurso.

Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Línea de Microómnibus 47 S.A.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por escrito, en tiempo oportuno y ante el tribunal competente para resolver sobre su admisibilidad (art. 28, ley local 402). Sin embargo, fue mal concedido por la Cámara.

2. Las infracciones previstas en el régimen de faltas —al igual que la mayor parte de los delitos y contravenciones— resultan de acción pública (art. 13, ley local 451 y art. 2º, ley local 1217), a semejanza de los delitos del mismo carácter en el C.P. (art. 71). Por ese motivo, cualquier persona está facultada para denunciarlas ante la autoridad competente para resolver el caso.

La intervención de determinados agentes de la Guardia Urbana en las "actas de comprobación" agregadas a este legajo no le permite al Tribunal modificar la sentencia de la Cámara —que confirma la condena— por una razón sencilla: sea cual fuera la potestad de esos agentes, las "actas" labradas deben considerarse, al menos, como una denuncia de ciertos hechos percibidos en un lugar y momento determinados. La cuestión vinculada al peso probatorio de esa denuncia (véase art. 5º, ley 1217) resulta, en verdad, ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad porque remite, simplemente, a la valoración de la prueba y de los hechos discutidos en este procedimiento.

Lo mismo ocurriría si uno de los integrantes de la ya disuelta Guardia Urbana hubiera labrado un "acta de infracción" al Código Penal, luego de presenciar un homicidio. En ese supuesto, el órgano judicial que recibiera esa "acta" le habría dado un determinado valor a ese documento (simple denuncia, u otro), según su interpretación de las reglas procesales vigentes, e independientemente de cualquier consideración sobre si la Guardia Urbana estaba facultada —o no— para verificar la comisión de delitos.

En otros términos, la discusión sobre la constitucionalidad del dec. local 2124/04 que crea la "Guardia Urbana" y le asigna funciones resulta inatinente al caso.

3. Por ello, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 228/247.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad parcialmente admitido por la Cámara y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones 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.*

CXCI

"NATURAL FOODS INDUSTRIAL EXPORTADORA S.A. C/GCBA S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Contrato de cesión de créditos: Caracteres. Perfeccionamiento. Entrega del título de crédito. Deudor cedido. NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN: Requisitos. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL ESTADO

SUMARIOS:

1. Hay contrato de cesión de crédito cuando una de las partes se obliga a transferir a la otra el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese (art. 1434, Cód. Civil) pero para que quede transmitido el derecho creditorio objeto de la cesión la propiedad del crédito pasa al cesionario por efecto de la cesión, con la entrega del título si existiere (art. 1457, Cód. Civil). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. El codificador distingue entre el contrato que obliga a transmitir el crédito y la transmisión propiamente dicha, de modo que el contrato de cesión puede quedar perfeccionado y obligar a sus partes aun antes de la entrega de los instrumentos, pero para el deudor cedido es, como todo contrato, *res inter alios acta;* mientras que la transmisión del crédito, acontecimiento antes del cual no es oponible al deudor cedido, no se perfecciona con el acuerdo de voluntades de cedente y cesionario sino que requiere como condición necesaria la entrega de los títulos respectivos, junto con la pertinente notificación para completar los recaudos que lo tornan oponible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. Ya sea como recaudo de perfeccionamiento del negocio jurídico (v. gr. entrega del título como supuesto análogo a la tradición en la compra venta de inmuebles) o como elemento propio de la ejecución del contrato, no podría exigirse pago alguno al deudor cedido sin exhibir además de la promesa de cesión expresada en el contrato, el pertinente título que soporta la obligación requerida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. La documental aportada por la accionante para fundar la deuda reclamada, consistente en el ejemplar, aparentemente único, del instrumento privado mediante el cual el cedente manifiesta que cede y transfiere todos los derechos y acciones que tiene y le corresponde sobre las facturas que enumera, podría servir, en el mejor de los casos, para mostrar la voluntad de las partes en orden a la transferencia anunciada, pero carece de aptitud para acreditar la entrega efectiva de los títulos que brindan soporte a los derechos que se pretendían ceder. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. Corresponde rechazar el recurso de apelación ordinario cuando los agravios de la recurrente no logran revertir los motivos expresados por la Cámara para confirmar la decisión de primera instancia que admitió la excepción opuesta de falta de legitimación para reclamar la deuda originada en la facturación invocada, si no acreditó el carácter de cesionaria invocado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

6. Corresponde rechazar el recurso de apelación ordinario pues, aunque los pagos que reclama la actora, comprometen importes menores que los consignados por las facturas que invoca como fuente de su crédito, no explica ni acredita por qué, frente al efecto liberatorio que corresponde asignar a los pagos realizados podría pretender el cobro solicitado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

7. No resulta procedente el reconocimiento de la deuda reclamada si los agravios de la recurrente, vinculados con el modo en que los jueces de mérito interpretaron y aplicaron la doctrina del enriquecimiento sin causa, no rebaten constancias que impiden hablar de empobrecimiento del accionante y de un correlativo enriquecimiento sin causa del demandado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

8. Cuando los informes aluden a la existencia de la facturación, así como de la prestación del servicio, y el GCBA no aporta prueba alguna que le reste mérito para acreditar los extremos que allí se dan por válidos, ni aquella surge de las actuaciones, no es posible desconocer el valor que ostentan en el marco de un procedimiento con las características del que reguló el dec. 225/96. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

9. Para el progreso de una indemnización por responsabilidad aquiliana del Estado debe registrarse, no sólo una "prestación irregular del servicio" imputable a él, sino también los restantes presupuestos exigibles en la materia, tales como la existencia de daño resarcible y relación de causalidad, y la definición de cuáles son los rubros y conceptos reclamados para poder encausar la prueba a su respecto. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

10. Aunque sea razonable admitir que quien ha prestado un servicio afrontó erogaciones, debe probarse su existencia y acreditarse su cuantía por tratarse de una acción de reintegro, de modo que cabe rechazar el recurso de de apelación ordinario si no se acreditaron los gastos en que se incurrió para prestar los servicios invocados ni la rentabilidad estimada por tal prestación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. No puede admitirse el planteo vinculado con la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los recaudos legales que desembocaran en la declaración judicial de nulidad de las contrataciones celebradas con la actora si el agravio deviene tardío por no haber sido introducido en la demanda y, por lo tanto, el juez de grado (y las sucesivas instancias) no tuvieron posibilidad de expedirse sobre el punto, por no formar parte del debate. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La "cesión de créditos", en tanto del género "cesión de derechos", a la luz de prestigiosa doctrina civilista es un contrato en virtud del cual el acreedor se obliga a transmitir a un tercero los derechos que le atañen contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese (art. 1434, Cód. Civil). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. El contrato de cesión de créditos, si bien la relación jurídica subyacente involucra al cedente, al cesionario y al deudor cedido, se establece entre cedente y cesionario, las únicas dos partes del contrato, mientras que el deudor cedido es un tercero ajeno a dicha contratación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. El contrato de cesión de créditos es de carácter consensual, es decir que se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, y no desvirtúa tal carácter el deber que tiene el cedente de entregar al cesionario el título o documento de crédito, si existiere, pues tal entrega no es esencial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. En el contrato de cesión de créditos, el deber del cedente de entregar el título del derecho transmitido, si existiere, obliga a poner en manos del cesionario todos los elementos probatorios del contrato de cesión de créditos, pero estos elementos no constituyen un requisito de perfeccionamiento del contrato, sino un efecto del contrato, en el marco de la etapa de cumplimiento del mismo, de modo que la posesión de título es fundamental para probar el crédito cedido, y no para perfeccionar la cesión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. Ocurrida una cesión de créditos, que queda perfeccionada con el simple acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario, para que este último pueda cobrarse del deudor debe notificarle la cesión, y disponer del título del crédito —si existiese— que es el que permite que el deudor pueda apreciar cuál es exactamente el crédito que debe abonar. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. En el contrato de cesión de créditos, la notificación de la cesión permite dilucidar a quién le tiene que pagar el deudor, y la posesión del título de crédito permite determinar qué es lo que tiene que pagar, y la ausencia de alguno de estos dos elementos puede ser invocada por el deudor para no pagarle al cesionario el crédito reclamado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. La pretensión de cobro no puede prosperar cuando en el marco del procedimiento de verificación de deuda, si bien el cesionario puso en conocimiento del Gobierno local la cesión de créditos, al presentar la documentación respectiva, dicha presentación resulta inválida como notificación, por no haber sido realizada sobre la base de un documento auténtico emanado del cedente y no haber cumplido los requisitos contemplados en el dec. 5905-MCBA/87 referidos a quién y cómo hay que notificar las cesiones de créditos en las que el deudor cedido era la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. Ante la ausencia de una notificación válida al deudor cedido y al no tener los títulos de los créditos presuntamente transmitidos, debe rechazarse la pretensión de cobro de las facturas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

20. Si las carpetas donde figurarían las facturas reclamadas y sus antecedentes, no se encuentran agregadas a las actuaciones judiciales, y la actora tampoco acompaña documental o produce prueba que permita suplir la ausencia de ellas, no se puede dilucidar de qué servicios se trataba, cuál era el costo de las prestaciones pertinentes, si efectivamente habían sido prestados y si habían sido o no pagados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

21. La falta de prueba suficiente que permita formar convicción acerca de la existencia de un enriquecimiento del Estado a raíz de servicios prestados por el actor y no pagados, perjudica a quien tenía la carga de la misma, el actor, cuya conducta procesal se orientó en el sentido contrario: a no ofrecer ni producir prueba que hubiera sido de interés en la causa, como por ejemplo, una pericia contable. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

22. Cualquiera que sea el grado de perfeccionamiento del contrato entre cedente y cesionario, el GCBA —presunto deudor cedido— ha operado correctamente al no reconocer cesión alguna o, con el mismo significado, no sentirse obligado por una cesión que recién aparece en un procedimiento para verificar deudas anteriores y sin exhibición de los títulos que debía poseer y exhibir el cesionario. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

23. El hecho de que, en un procedimiento de verificación iniciado por el gobierno de la Ciudad con la advertencia normativa de que sus actos no significaban reconocimiento alguno de obligaciones incumplidas —ni, por supuesto, impedían cualquier reclamo o demanda a los que tuviera derecho el actor—,se hayan producido informes internos de oficinas de la Ciudad que aconsejaban ciertos reconocimientos parciales, en nada suple a la orfandad probatoria acerca de los créditos en juicio y menos aún a la prueba de la existencia, extensión y calidad de los servicios y su valor. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

Expte. nº 5686/07 - 28/8/2008

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Natural Foods Industrial Exportadora S.A. (en adelante NFIE S.A.) interpuso, contra la sentencia de fs. 621/624 vta., recurso ordinario de apelación (fs. 629) que fue concedido por el *a quo* (fs. 631) y fundado mediante el memorial que obra a fs. 641/658 cuyo traslado, el GCBA, respondió a fs. 662/673 vta.

La sentencia impugnada confirmó el pronunciamiento de primera instancia (fs. 549/567) que, para lo que interesa, había: *i)* admitido "la falta de legitimación pasiva opuesta a fs. 311/312 vta. [por el GCBA] respecto de las facturas emitidas por el suministro a la Dirección General de Comunidad Escolar Nº 2"; *ii)* declarado "la nulidad absoluta de la[s] contrataciones para el suministro de comidas a los Hospitales Rivadavia y Zubizarreta y a la Subsecretaría de Deportes" así como "la inexistencia de contrataciones que sustenten el reclamo de deuda posterior a agosto de 1996"; *iii)* rechazado la demanda entablada contra el GCBA por el cobro de créditos originados en el marco de los antecedentes contractuales invocados en el pleito y *iv)* rechazado "la acción por enriquecimiento incausado". Ello, con costas a la parte actora.

Para así decidir, el juez de primera instancia comenzó por analizar los antecedentes del crédito reclamado por suministros prestados a favor de la Dirección General de Comunidad Escolar Nº 2 (facturas 828 a 836; 837 a 845 y notas de débito 847 a 851). Por una parte, señaló que en autos no obra constancia alguna que acredite la anuencia de la autoridad competente en relación con la "transferencia del servicio de comidas celebrado entre Rodel S.A. [adjudicataria original] y Compañía de Comidas Programadas S.A.", extremo que si bien, conforme la normativa aplicable que

individualizó (art. 61, inc. 86 del dec. 5720/72, según ordenanza 31.655), permitiría "declarar rescindido el contrato de pleno derecho", ello no había sido solicitado por el GCBA. Por otra, dijo que la cesión de facturas por parte de Compañía de Comidas Programadas S.A. a NFIE S.A. no resultaba oponible al GCBA por no cumplir con las exigencias previstas en los arts. 1459 y concs. del Cód. Civil, ni con las específicamente requeridas por el dec. 5905/87 destinadas a "impedir que la tesorería abone la deuda a quien no es su actual acreedor, porque se ha efectuado un traspaso del crédito" (fs. 556). En cuanto a los planteos de nulidad que el GCBA opuso respecto de los contratos invocados por la actora como fuente de la deuda reclamada, la sentencia de primera instancia sostuvo: "(...) a. *Hospital Zubizarreta:* Se invocó una licitación que no se probó que haya existido. Se observa que se trató de una adjudicación directa que sin embargo no se celebró con los requisitos dispuestos por el dec. 5720/72, y las facturas reclamadas no corresponden con el plazo de vigencia de la contratación// b. *Hospital Rivadavia:* Se alegó una orden de provisión para fundar el contrato. De autos se desprende que no se ha celebrado contrato bajo ninguna de las formas previstas en el dec. 5720/72 y la fecha de vigencia de la orden de provisión no coincide con las prestaciones// c. *Subsecretaría de deportes:* Se fundó en una licitación pública que no se probó, pero en el caso de haber existido y estar referida al suministro invocado, ésta no fue aprobada, lo que equivale a decir que no es hábil para dar origen a la facturación reclamada". Además, para la deuda posterior a agosto de 1996, no tuvo por probado que "existiesen contratos que dieran origen a la facturación reclamada". A su vez, destacó que aún considerando válidos los contratos invocados, las facturas presentadas al cobro no se corresponden con los plazos de vigencia de los instrumentos acompañados. En tal contexto, luego de citar la jurisprudencia que según indicó reputa, de modo uniforme, "nulos [a] los contratos celebrados sin las formalidades legales", criterio que aplicó al supuesto de autos, explicó por qué "la circunstancia de haberse verificado la deuda a través de la comisión instituida por el dec. 225/96" carece de eficacia para modificar la solución anunciada (v. gr. nulidad de las contrataciones). Al respecto, básicamente consideró que el procedimiento de verificación mencionado, carece de aptitud para sanear las nulidades absolutas que afectan a los contratos analizados, y menos aún podría lograr ese efecto en relación con la facturación posterior a agosto de 1996 porque no existe ningún acto o contrato que la respalde. También resaltó que del registro 264-CVD/97 surge que se le hizo saber a la requirente que la propuesta se formulaba "al sólo efecto conciliatorio, sin que importe reconocimiento alguno de hechos ni derechos esgrimidos por 'el acreedor', por lo que el GCBA formula reserva de debatir judicialmente los alcances y legitimidad del crédito reclamado en su totalidad". Por otra parte, rechazó los planteos que, a partir de la invocación de la teoría de los actos propios y la supuesta ausencia de facultades del apoderado de la demandada, estaban dirigidos a evitar el progreso de las nulidades esgrimidas por el GCBA en torno a los contratos aludidos en la demanda. Finalmente, para rechazar el reclamo apoyado en el enriquecimiento sin causa que alega, consideró que "la actora invocó vagamente que la prestación del servicio fue efectuada real-

mente (...) pero no obstante que ofreció prueba documental, informativa y pericial contable, la misma no fue producida y la actora no insistió en eso. Entonces no probó nada" en definitiva, agregó, que NFIE S.A. "[n]o probó la existencia de la deuda y el consecuente enriquecimiento sin causa, porque no acreditó la prestación. Y no existe pericial contable de la cual surja el monto pretendido por la actora".

A su turno, la Sala II de la Cámara CAyT, confirmó la sentencia de grado por entender que la crítica formulada por NFIE S.A. no lograba revertir las consideraciones formuladas en el pronunciamiento impugnado. Concretamente el *a quo* señaló que el procedimiento de verificación de deuda "resulta insuficiente a los fines de acreditar la existencia de la deuda, en tanto la especie de procedimiento instado no tiene por objeto sanear o suplir exigencias de derecho público relativas a los actos o contratos administrativos" y agregó que ese procedimiento "(...) es igualmente inhábil (...) para suplir la inexistencia de contratación alguna". Por su parte, en relación con la deuda originada en las facturas que Compañía de Comidas Programadas S.A. habría cedido a NFIE S.A. el pronunciamiento destaca que "(...) las pruebas de que pretende valerse la actora, no solo resultan insuficientes para acreditar la oponibilidad de la cesión en que funda su pretensión de pago a la demandada, sino principalmente para hacer constar la propia validez del acto". Luego, en cuanto a "la crítica de la recurrente conforme a la cual el magistrado desconoció la eficacia del expreso reconocimiento parcial de la deuda" emanada del registro 264-CVD/97, la sentencia impugnada sostuvo que no existe relación directa entre el proceso de verificación y la existencia y legitimidad del crédito que se pretende cobrar en este proceso judicial. Por último, desestimó los planteos vinculados con la vulneración del principio de congruencia y de igualdad por cuanto estimó que los agravios del recurrente traducen su discrepancia con la decisión adoptada sin acreditar que ella hubiera omitido resolver sobre pretensiones oportunamente propuestas, ni que se hubiera apartado de la normativa prevista para resolver el caso (v. gr., enriquecimiento sin causa que fuera rechazado por falta de prueba).

2. Al fundar el recurso ordinario de apelación, NFIE S.A. se agravia por cuanto el *a quo* sostuvo que el procedimiento de verificación de deuda (en el caso el registro 264-CVD/97) carece de aptitud para sanear vicios de actos o contratos administrativos cuando, en realidad, lo que postula esa parte es que las constancias allí obrantes probarían la existencia de la deuda, que ella se encuentra asentada en la contabilidad de la demandada y que la provisión del servicio existió, de manera que los productos suministrados se consumieron en beneficio de alguien y en detrimento de otro que no ha recibido pago alguno por la prestación. En esa línea, sostiene que la sentencia viola el principio de buena fe y pone a la administración en contradicción con sus actos anteriores, jurídicamente relevantes. También cuestiona que el *a quo* haya considerado que los defectos de notificación en torno a la cesión de créditos reclamados en autos justifique la denegatoria del pago e invoca al efecto las previsiones del art. 1460 del Cód. Civil. Luego, bajo el título "Negación del reconocimiento parcial de la deuda" vuelve sobre la validez probatoria del expediente administrativo y se agravia por cuanto la Sala II consideró que no hay

relación directa entre el proceso de verificación y la existencia y legitimidad del crédito así como que "(...) la labor del juez se circunscribe a dirimir los conflictos que se susciten entre la Administración y el particular, sobre la base de lo invocado por las partes, y los elementos de prueba que éstas ofrezcan y produzcan en el marco de las actuaciones judiciales, circunscribiéndose en esa tarea a declarar la existencia o inexistencia de derechos y obligaciones recíprocos a la luz del régimen de derecho público, más no a pronunciarse respecto del proceder de la Administración en tanto no surja ilegitimidad en su actuar, como pareciera pretender la apelante al introducir a este debate, la crítica relativa a los efectos que asignó el dec. 225/96 al régimen de verificación de créditos de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que creó". Al respecto enfatiza que quizás es ese "el más grave de los errores que se denuncian por el recurso. En efecto, una de las misiones insoslayables que tienen los jueces es controlar la constitucionalidad de las leyes y ser fiscales de la legalidad administrativa, llevando a cabo esa misión al tiempo de resolver los conflictos que las partes susciten". A su criterio, mediante el registro 264-CVD/97 la Administración ha verificado, registrado y aprobado una deuda de $ 275.229,27 y $ 117.883 que se corresponde con el reclamo formulado en la demanda como "deuda anterior". También de ellas surgiría, según indica la recurrente, el registro de la deuda posterior a agosto de 1996 con un saldo impago del 30 % (conf. liquidación de la Secretaría de Hacienda), aunque resalta que, a su respecto, no era necesario transitar el procedimiento de verificación sino que resultaba aplicable el régimen del art. 14 del dec. 225/96. Por ello, explica que "acreditado el hecho de la prestación del servicio, cuyo pago se cuestiona, aun cuando no exista contrato formal, el Estado que se benefició de ello debe pagar su valor". Además, afirma que "habiendo consumido los servicios de comidas [que prestó], siendo ellos de imposible restitución, corresponde resarcir en el valor que las partes acuerden o que en virtud de la prueba acompañada se haga manifiestamente procedente". Esa solución, según relata, es la que emana de reciente jurisprudencia de la CSJN que cita. Finalmente, requiere el progreso de la demanda como consecuencia de la responsabilidad del Estado por los daños originados a partir de su obrar ilegítimo.

3. El señor Fiscal General Adjunto consideró que el recurso era formalmente admisible y agregó que en tanto, la apelación deducida corresponde estrictamente a la satisfacción de un interés particular, no ameritaba el ejercicio de las competencias propias del Ministerio Público Fiscal. Además, señaló que los agravios articulados exigen introducirse en la valoración de los hechos y de la prueba, lo cual constituye labor propia de los jueces de mérito y ajena a su intervención.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso ordinario planteado por NFIE S.A. fue correctamente concedido por la Cámara. Ello así, por cuanto este Tribunal tiene dicho que el recurso ordinario puede ser interpuesto tanto por el Estado local como por su contraparte (conf.

TSJBA *in re* "Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario", expte. nº 1860/02, resolución del 5/11/2003 y "Compañía Meca S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado" en "Compañía Meca S.A. c/DGR (resol. 429-DGR/00) s/recurso de apel. jud. c/decis. de DGR (art. 114, C.F.)", expte. nº 2586/03, resolución del 19/11/2003). Además, se cuestiona un pronunciamiento de mérito que puso fin a la controversia judicial planteada (conf. TSJBA *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos", expte. nº 860/01, resolución del 9/4/2001). Finalmente, la recurrente, ataca una sentencia adversa y mantiene el reclamo rechazado en autos, cuyo importe ($ 1.381.653,33, fs. 168 y 641 vta.) supera el mínimo legal exigible (conf. art. 26 de la ley 7, texto conforme al art. 2º de la ley 189).

2. La recurrente centra sus agravios en punto al valor probatorio que los jueces de mérito asignaron al registro 264-CVD/97, así como en relación con las consecuencias que ese procedimiento de verificación proyectaría, según la inteligencia que la actora le asigna al régimen del dec. 225/96, respecto de este juicio. Precisamente, el reconocimiento de la deuda reclamada, cuya existencia apoya en las constancias acumuladas en las actuaciones administrativas mencionadas, viene requerido por NFIE S.A. con fundamento en la doctrina del enriquecimiento sin causa (fs. 646 y 654/656).

Ello implica, ante la ausencia de agravios que controviertan la declaración de nulidad de los contratos, dispuesta en el punto 3 de la sentencia de primera instancia y confirmada por el *a quo*, que la jurisdicción de este Tribunal no ha sido requerida para revisar el tema y, en ese aspecto, el pronunciamiento está firme.

Antes de abordar el análisis del ya anunciado objeto central del recurso, corresponderá resolver las objeciones planteadas por la recurrente, contra la decisión impugnada, en tanto confirmó la decisión de grado que había admitido la llamada por el GCBA, "excepción de falta de legitimación pasiva", en relación con el pedido de cobro de las facturas 828 a 836, 837 a 845 y 847 a 851.

3. Respecto de esta última deuda, la Sala II sostuvo que "las pruebas de que pretende valerse la actora, no sólo resultan insuficientes para acreditar la oponibilidad de la cesión en que funda su pretensión de pago a la demandada, sino principalmente para hacer constar la propia validez del acto" (*sic* fs. 622 vta.).

Frente a lo decidido por la sentencia impugnada, la recurrente se limitó, en su memorial, a sostener que el conocimiento de la cesión que el GCBA tuvo en el procedimiento de verificación de deuda (mediante el registro 264-CVD/97), resulta eficaz y acorde a las exigencias contempladas por el art. 1460 del Cód. Civil, conforme la interpretación que de ese precepto formula, en sentido unánime, la doctrina y jurisprudencia que cita en su apoyo (fs. 649/650).

La facturación reclamada (nos. 828 a 836, 837 a 845 y 847 a 851), vale recordar, según la demanda (fs. 171 vta.), correspondía al "servicio de comidas brindadas a la Dirección General Comunidad Escolar Nº 2, por un total de $44.653,93 (...)" y "se sustenta en la Licitación Pública DIGICOE nº 1/92, cuyo adjudicatario fue la

firma Rodel S.A. cedida la facturación reclamada a mi mandante, mediante contrato de transferencia y escritura pública obrante a fs. 42/45 del mencionado registro" (264-CVD/97). Sin embargo, conforme surge de las constancias del expediente de verificación de deuda aludido, tal como señalara el juez de primera instancia, esa versión no es exacta. En realidad, la adjudicataria original habría "transferido el servicio" a la empresa Compañía de Comidas Programadas S.A. que, a su vez, manifestó ceder a NFIE S.A. "los derechos y acciones" que le correspondían sobre las facturas ya individualizadas (fs. 42/45 del registro 264-CVD/97).

En tal contexto, resulta imprescindible señalar que hay contrato de cesión de crédito cuando una de las partes "se obligue a transferir a la otra el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese" (art. 1434, Cód. Civil) pero, así como la compraventa no transmite el dominio, para que quede transmitido el derecho creditorio objeto de la cesión el art. 1457 dispone que "[l]a *propiedad* de un crédito pasa al cesionario por efecto de la cesión, *con la entrega del título si existiere*" (en el caso que nos ocupa las facturas, remitos u otros si los hubiere; cursiva agregada). Aunque la recurrente nada apunta a este respecto, es conveniente señalar que, para lo que aquí importa, calificada doctrina al analizar la cesión de derechos bajo las categorías propias de los contratos —justificado ello por la ubicación que el tema ocupa en el Código Civil— postula que "[l]a falta de entrega del título no afecta la transmisión del crédito; aquélla no es un requisito de ésta, sino su consecuencia, y se vincula a la ejecución del contrato, no a su perfeccionamiento" (conf. Salas, Acdeel E., y Trigo Represas, Félix A.: *Código Civil y leyes complementarias anotadas,* p. 201, 2ª ed. actualiz., t. II, Depalma, Buenos Aires, 1999). El error de esos autores, reside en no distinguir entre, el perfeccionamiento del contrato en cuestión, que ciertamente constituye uno de tipo consensual, y la circulación del crédito. El contrato queda concluido por el acuerdo de voluntades, porque no hay razones para estimar que se aparta de la regla del art. 1197 del Cód. Civil para convertirse en un contrato real (arts. 1140 y 1141, Cód. Civil). La circulación, en cambio, no se perfecciona sólo *consensu* sino que requiere la entrega del título si lo hubiere, sin perjuicio de otros requisitos para hacerla oponible. Según me parece evidente, el codificador distingue entre el contrato que obliga a transmitir el crédito y la transmisión propiamente dicha. El contrato puede quedar perfeccionado y obligar a sus partes aun antes de la entrega de los instrumentos, pero, recordemos que para el deudor cedido es, como todo contrato, *res Inter alios acta;* mientras que la transmisión del crédito, acontecimiento antes del cual no es oponible al deudor cedido, no se perfecciona con el acuerdo de voluntades de cedente y cesionario sino que requiere como condición necesaria la entrega de los títulos respectivos. A ello debe sumarse la pertinente notificación para completar los recaudos que lo tornan oponible. En línea con lo dicho, para lo que ahora importa, ya Segovia y Machado advertían que el solo contrato de cesión no transmite la propiedad del crédito (conf. Machado, José O.: *Exposición y Comentario del Código Civil argentino,* t. IV, pp. 183/184, Félix Lajoune Editor, Buenos Aires, 1899 y Segovia, Lisandro: *Código Civil de la República Argentina,* con su explicación y crítica bajo la forma de notas,

t. I, p. 423, Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1933). Aunque claro, también estos autores luego atribuyen al concepto 'propiedad' usado por Vélez Sarsfield, un significado más estrecho que el que le corresponde, y lo que resulta más importante, uno distinto del que adopta la CSJN desde el precedente "Bordieu" siguiendo la concepción desarrollada por la doctrina judicial norteamericana (*Fallos,* 145:307, "Campbell v. Holt", 115 U.S. 620, 1885, y Thomas M. Cooley, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, pp. 345/346, Little Brown and Company, 1898). Mientras que para los primeros propiedad queda identificada con los objetos corporales susceptibles de apropiación —concepto que excluiría de su órbita a los derechos por ser incorporales— la CSJN, en cambio, ha adoptado como concepto de propiedad —y, por ende, como universo tutelado por el art. 17 de la C.N.— aquel que comprende "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad" así "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de 'propiedad'" (*Fallos,* 144:219 y 145:307 ya citado). El siguiente ejemplo, entiendo, colabora para ilustra el punto que vengo sosteniendo, en tanto mueve a pensar qué sucedería si, frente a la existencia de un contrato sobre cesión de derechos, que luego resultaran nuevamente cedidos, el deudor cedido pagara el crédito al cesionario que posee el título que sustenta el derecho en cuestión, a pesar de haber quedado notificado en primer término por el otro cesionario. El pago aludido, cuya validez no parece sencillo desconocer, probaría que el solo contrato de cesión no transmite la propiedad, como tampoco lo hace la notificación. La interpretación que propicio, brinda pleno efecto a la regulación que Vélez Sarsfield organizó en los arts. 1434 y 1457 del Cód. Civil. Ello, conduce a preferirla sobre otras que parten de imputarle un error para construir una teoría cuyo acierto, a su vez, depende de conferir a los términos un significado especial a los fines que nos ocupan, distinto de aquel que surge de la Constitución Nacional y fuera receptado por el Código Civil. Es éste el caso de Acdeel Salas que afirma, según ya fue apuntado y ahora recuerdo que "[l]a falta de entrega del título no afecta la transmisión del crédito; aquélla no es un requisito de ésta, sino su consecuencia, y se vincula a la ejecución del contrato, no a su perfeccionamiento". Ciertamente, a diferencia de Vélez, no distingue entre perfeccionamiento del contrato y transmisión del derecho; pero, percibe que existe una diferencia entre perfeccionarlo mediante el solo acuerdo de voluntades, ya que no es un contrato real, y ejecutarlo, transmitiendo el derecho personal conforme lo estipulado. Si el intercambio de manifestaciones de voluntad bastara a la transmisión del crédito, no sería posible distinguir la celebración del contrato de su ejecución, ya que ésta sería instantánea o, mejor dicho, tendría lugar con la mera celebración. Es el caso de la compraventa en el derecho francés, diferente en esto del nuestro que requiere la tradición para transmitir el dominio, aunque no para perfeccionar la compraventa.

De todos modos, pese a la diferencia que registran las posiciones reseñadas, lo cierto es que, en un punto, ambas suponen la efectiva posesión del título al momento

de requerir el pago al deudor cedido. Por tanto, a los efectos que ahora importa, ya sea como recaudo de perfeccionamiento del negocio jurídico (v. gr. entrega del título como supuesto análogo a la tradición en la compraventa de inmuebles) o como elemento propio de la ejecución del contrato, no podría exigirse pago alguno al deudor cedido sin exhibir además de la promesa de cesión expresada en el contrato, el pertinente título que soporta la obligación requerida.

La documental que aportó la accionante para fundar la deuda reclamada en este punto (fs. 42/45 del registro 264/CVD/97), consiste en el ejemplar, aparentemente único, del instrumento privado mediante el cual Compañía de Comidas Programadas SAIC "manifiesta que CEDE y TRANSFIERE todos los derechos y acciones que tiene y le corresponde" sobre las facturas que enumera (n$^{os.}$ 828 a 836, 837 a 845 y 847 a 851).

Ese instrumento que podría servir, en el mejor de los casos, para mostrar la voluntad de las partes en orden a la transferencia anunciada, carece de aptitud, en cambio, para acreditar la entrega efectiva de los títulos que brindan soporte a los derechos que se pretendían ceder. El registro 264/CVD/97 acredita mediante las foliaturas correlativas que presenta en el margen superior derecho, que las facturas cedidas no fueron acompañadas al momento de verificar la deuda en el procedimiento de referencia.

Además, la aptitud probatoria de la documental en cuestión aparece seriamente debilitada, por cuanto la pretendida certificación de firmas que se atribuye haber verificado la identidad y calidad de quienes intervinieron en el acuerdo, carece de las medidas de rigor que aseguren la correspondencia entre el instrumento y la actuación que practica el notario. En tal sentido, a fs. 45 del registro 264-CVD/97 en el que obra la documentación analizada, y en relación con el instrumento privado que invoca la actora como fuente de la cesión, la actuaria consignó que "CERTIFICA: *Primero*: Que la/s *firma* que *obra/n en el documento que ligo con esta foja*" (cursiva agregada). Sin embargo, entre el documento que contiene las firmas aludidas y la certificación no obra el medio sello pertinente que, en realidad, figura exclusivamente en la foja notarial, no así en el contrato; circunstancia ésta difícil de explicar. Tampoco obra en el contrato firma que pudiera atribuirse a la escribana y permitiera vincular el contrato con la certificación practicada. Vale también señalar, sin perjuicio de lo ya dicho, que el acuerdo en cuestión nunca aparece reconocido por la cedente, ni el instrumento acompañado en autos tiene constancia emanada del escribano que indique en qué actuaciones han sido recibidas las firmas que estarían certificadas.

A esto se suma que aunque a fs. 382 se ordenó producir la prueba informativa dirigida al Archivo de Registros Notariales, que quizás pudo haber despejado las incertidumbres aludidas, y que a fs. 187 (del cuaderno de prueba de la parte actora) expresamente se señaló que el objeto de la diligencia era obtener copias "de las escrituras de cesión de créditos de autos", lo cierto es que frente al resultado negativo de la diligencia (tanto el Archivo de Protocolos Notariales como los escribanos oficiados manifestaron no poseer el protocolo donde se encuentran las

escrituras requeridas, véase fs. 99 y 199 cuaderno de prueba de la parte actora), finalmente, NFIE S.A. desistió de la prueba en cuestión (fs. 150 cuaderno de prueba parte demandada).

Por último, en lo que a este tema atañe, corresponde señalar que las referencias que surgen del registro 264/CVD/97 (fs. 73, 79, 83 y 86), en relación con las carpetas 526 y 527, así como respecto de las facturas ya enumeradas que tramitaban por su intermedio, nada permiten inferir en relación con la efectiva transmisión de los títulos de crédito cuyo cobro pretende la actora ni con la validez de ese negocio jurídico. En otras palabras, que ellas figuren dentro del sistema de seguimiento de deudores o que la Contaduría las registre, ciertamente no prueba la transferencia en cuestión. La variedad de motivos que pueden justificar las referencias aludidas comprende, desde la presentación de las facturas por la empresa que prestó el servicio, hasta una toma de razón originada en el propio pedido de verificación de deuda.

Así las cosas, los agravios de la recurrente no logran revertir los motivos expresados por la Sala II para confirmar la decisión de primera instancia que admitió la excepción opuesta por el GCBA, en torno a la falta de legitimación de NFIE S.A. para reclamar la deuda originada en la facturación invocada, por no haber acreditado el carácter de cesionaria invocado. Ello así, y sin que medie otro planteo de la actora para fundar la procedencia de esta parte de la deuda reclamada, nada queda por resolver en el ámbito de la jurisdicción que abrió el recurso de la accionante.

4. A esta altura, corresponde analizar la procedencia de la deuda reclamada en la demanda (puntos V, A y B), no ya con fuente en los contratos cuya nulidad absoluta, según fue dicho, quedó firme, sino como consecuencia del requerimiento de pago que NFIE S.A. apoya en la doctrina del enriquecimiento sin causa (fs. 646, 654/656). Esta cuestión, a su vez, exige despejar cuál es el alcance que cabe asignar al procedimiento de verificación de deuda que regula el dec. 225/96.

La actora sostiene que mediante el registro 264/CVD/97 la Administración ha *verificado, registrado y aprobado* una deuda por un valor de $ 275.229,27 y de $ 117.883, que se corresponde con el reclamo formulado en la demanda como "deuda anterior" y que también de esas constancias surgiría el registro de la deuda posterior a agosto de 1996 con un saldo impago del 30 % (conf. liquidación de la Secretaría de Hacienda), aunque resalta que, a su respecto, no era necesario transitar el procedimiento de verificación, sino que resultaba aplicable el régimen del art. 14 del dec. 225/96 (fs. 646 vta. y 650 vta./654). A criterio de la accionante, según lo manifestara a lo largo del pleito (fs. 590 y 646 vta.) el procedimiento de verificación de deuda, conforme surge de los considerandos del dec. 225/96, tienen por objeto "determinar fehacientemente la existencia y legitimidad de la deuda pública" (*BOCBA* nº 43, 4/10/1996, p. 350).

Por su parte, el GCBA señala que el decreto en cuestión regula "el procedimiento a seguir por los supuestos acreedores a los efectos que acrediten la legitimidad del cobro del crédito que pretenden (...)" y que "(...) la CVD [Comisión Verificadora de Deuda] como surge del propio texto del decreto *no tiene facultad para reconocer deuda alguna* (...)" por cuanto "(...) efectúa una propuesta de pago

a los fines conciliatorios (...)" siendo "(...) el Secretario de Hacienda y Finanzas quien mediante resolución reconocerá o denegará el pago del crédito pertinente" (fs. 664 y vta.). En el caso concreto del registro 264/CVD/97, según indica el GCBA, "no existió reconocimiento de deuda" que obligue a su mandante porque "ningún funcionario con competencia ha reconocido la deuda que reclama la actora" y expresamente, allí, se hizo reserva de discutir judicialmente las obligaciones perseguidas (fs. 664 vta.).

4.1. Sobre el procedimiento de verificación de deuda, el TSJBA tiene dicho que "el dec. 225/96 impuso a los acreedores de la ex MCBA, en lo que aquí interesa, la obligación de presentarse a verificar sus créditos ante la Comisión creada al efecto, dentro del plazo y con los requisitos previstos en el art. 4º. Una vez cumplidos los pasos establecidos por los arts. 5º y 6º del decreto, la Comisión constataba la procedencia formal del reclamo, podía citar al acreedor a efectos de renegociar el crédito y de ello dejaba constancia por acta (art. 7º). Allí concluía el trámite ante la Comisión y previa intervención de la Procuración General (art. 8º), las actuaciones pasaban al señor Secretario de Hacienda para que emitiera la resolución que reconociera o denegara el crédito (art. 9º). Para las deudas posteriores al mes de agosto de 1996 el comitente se comprometía a abonar, a partir del septiembre de 1996, el setenta por ciento de las prestaciones impagas correspondientes al mesde julio de ese año en adelante, con carácter de pago a cuenta sujeto a revisión (art. 14) // Según el procedimiento reseñado, el Secretario de Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Ciudad era el único funcionario habilitado para reconocer los créditos reclamados" ("Sanecar..." ya citado).

Resulta indisputable que el régimen en cuestión, cuya inconstitucionalidad no fue planteada por la accionante, divide el procedimiento de verificación de deuda en etapas y que el reconocimiento de deuda sólo puede provenir de una intervención del Secretario de Hacienda a quien la norma otorga competencia al efecto.

En este punto, asiste razón al GCBA, y en sentido concordante a lo decidido en las instancias de mérito, cuando afirma que en el registro 264/CVD/97 no existió reconocimiento de deuda. En el supuesto que nos ocupa, durante la primera etapa del procedimiento previsto por el dec. 225/96, la Comisión verificó formalmente el crédito de NFIE S.A. que finalmente fue rechazado por la única autoridad competente para expedirse acerca de su procedencia (resol. 4834-SHyF/98, fs. 148/149 del registro 264/CVD/97).

Por su parte, la reserva anunciada por la Comisión Verificadora al comunicar a la recurrente la propuesta conciliatoria referida a "debatir judicialmente los alcances y legitimidad del crédito reclamado en su totalidad" (fs. 118 del registro 264/CVD/96), deja sin sustento la alegada afectación de la doctrina de los actos propios, que se denuncia en el recurso (conf. en sentido concordante TSJBA *in re* "Sanecar..." ya citado).

4.2. Sin embargo, de lo anterior no se sigue automáticamente que, ante la imposibilidad de atribuir al registro 264/CVD/97 el carácter de reconocimiento de

deuda imputable al GCBA, carezcan de todo valor las diversas constancias que congrega aquel procedimiento de verificación.

Las objeciones de la recurrente muestran la intención de apoyar su reclamo, no sólo en el valor probatorio que siempre asigna al registro 264/CVD/97, sino también, en alguna de las piezas obrantes en el procedimiento (fs. 652/654), aunque no las sistematiza ni las confronta con el resto de la prueba documental, para dar dimensión de su valor probatorio. Esa tarea, natural para las partes, en el marco de los intereses y deberes que a cada una les corresponden, aparece en autos, desdibujada por completo. La fe que tanto la actora como la demandada depositaron en los planteos teóricos que formularon, ha conspirado contra la posibilidad de reconstruir el modo en que se desenvolvió el vínculo entre las partes. Es ilustrativo el hecho de que el peritaje contable propuesto en autos por la demandada (véase fs. 360, en especial puntos d y k/q del peritaje propuesto, orientados a establecer valor de los servicios en discusión, precios de plaza, diferencia entre precios facturados y vigentes a la fecha de entrega, ganancia incluida en la facturación, etc.), mereciera oposición de NFIE S.A. (fs. 4/6 del cuaderno de prueba de la parte demandada); prueba que a la postre quedó desistida a fs. 141 del cuaderno de prueba de la demandada. También resulta llamativo que pese a que a fs. 377/376 y 387 la actora denunció que la demandada no había acompañado, con el registro 264/CVD/96, la totalidad de los documentos requeridos en autos, luego a fs. 452 desistió de la prueba mediante la cual se solicitaba oficiar a "todas las reparticiones intervinientes en el registro de verificación expte. 264-CVD/97, en atención [a] que la demandada ha acompañado en autos el registro 264-CVD/97, constituyendo el mismo prueba con carácter de instrumento público".

Resulta indisputable que en autos las partes no formularon un análisis de la prueba documental que obra en autos bajo una apreciación de conjunto que permita despejar o, cuanto menos, reducir a su mínima expresión las dudas en torno a las obligaciones reclamadas en este pleito. En realidad, si hay algo en lo que la estrategia de ambas ha coincidido, es en su desinterés por probar. Desinterés, tanto de quien tiene la carga, la actora (art. 301 del CCAyT), que se apoya de modo casi excluyente, en un procedimiento con las características analizadas en el punto precedente, como de la demandada, que tiene la posibilidad, especialmente cuando se discute enriquecimiento sin causa, de mostrar que no recibió el servicio, que lo prestó otro y no había posibilidad de recibirlo por duplicado recurriendo a los datos que obran en poder de la repartición receptora de la prestación o, directamente, que lo pagó u otras hipótesis que impactarían sobre la procedencia de la pretensión de la actora. Esas circunstancias, aparecen como de posible acreditación para el GCBA y, si así no fuera, también debió explicar el demandado cuáles eran los motivos que lo impedían, para intentar neutralizar la posibilidad de que, en base a indicios o presunciones serias y concs., se arribara a un juicio adverso a sus intereses.

Desde la perspectiva que brindan las consideraciones precedentes, resta destacar que, aún a pesar del obrar de las partes, se han adquirido para el expediente constancias útiles bajo las cuales corresponderá dirimir la contienda. El progreso del

agravio esgrimido por la actora en relación con el mérito probatorio de las constancias del procedimiento de verificación de deuda, pese a que en él no se arribó a un reconocimiento de las obligaciones reclamadas, conduce a indagar qué elementos de prueba surgen del registro 264-CVD/97 conforme lo propicia NFIE S.A. Es decir que, a esta altura, la prueba que dará base a la solución de autos será una acorde a lo que la estrategia desplegada en autos, por NFIE S.A. así como por GCBA, ha dado ocasión de analizar. Por ello, pesarán en cabeza de cada una de las partes, según el caso, las consecuencias adversas por no haber probado aquello que les correspondía (art. 301 del CCAyT). Así, el mandato que a los jueces incumbe, en orden a resolver las causas "sobre la base de los elementos de juicio obrantes en el proceso", cumplirá la misión de impartir justicia abordando, en la medida de lo viable, todos los tópicos propuestos en el pleito. Es este el recto sentido que estimo deriva de la jurisprudencia invocada por la recurrente (punto fs. 647 y 656 y vta.) sin que corresponda atribuir a los precedentes aludidos un significado antagónico con la doctrina de *Fallos,* 323:2924 (v. gr. las formas en los contratos administrativos y presupuestos de procedencia del instituto del enriquecimiento sin causa) a la que, por lo demás, lo propia CSJN había remitido en los pronunciamientos ahora citados por la accionante.

5. Para expedirme en torno a la procedencia de los pagos reclamados en el marco del recurso intentado, analizaré en primer término las constancias probatorias acumuladas en autos. Formulado ese estudio, corresponderá, en su caso, determinar el progreso del pago de las facturas al amparo de la teoría del enriquecimiento sin causa conforme fuera requerido por las partes (fs. 339 vta. y 433 vta.).

5.1. La compulsa de las actuaciones conduce a confrontar la facturación que la actora enumera en el punto V.A) de su demanda (deuda con vencimiento anterior al 6/8/1996), con las carpetas cuya recepción y constancia de reserva obra a fs. 386. Ello así por cuanto, según la operatoria que parecen haber registrado los suministros cuya pago se pretende, cada carpeta reúne la información relativa a las facturas en cuestión.

Para facilitar la comprensión y cotejo de datos incluiré a continuación un cuadro que consigna: número de carpeta, de factura e importe y, finalmente, estado de la obligación según los datos que surjan de cada legajo. Al efecto seguiré el orden de la enumeración formulada en la demanda, punto V.A), excluida aquella cuya consideración fue abordada en el punto 3 de estos fundamentos. Luego formularé las observaciones complementarias en relación con la información así reunida.

CARPETA		NRO. DE FACTURA E IMPORTE	ESTADO DE LA OBLIGACIÓN	SALDO O RESERVA
1	2161	454 - $1.310,55	Pagado	No registra
2	2162	455 - $33.229,00	Pagado	No registra
3	2452	459 - $1.345,77	Pagado	No registra
4	2451	460 - $33.106,50 555 - $1.100,00	Pagado ($34.206,50)	No registra

5	2758	465 - $1.330,87	Pagado	No registra
6	2759	466 - $34.045,00	Pagado	No registra
7	2756	467 - $1.155,38	Pagado	No registra
8	2757	468 - $34.341,00	Pagado	No registra
9	2886	480 - $1.314,06	Pagado	No registra
10	2888	481 - $33.827,50	Pagado	No registra
11	2887	482 - $1.361,90	Pagado	No registra
12	2885	483 - $33.386,50	Pagado	No registra
13	3612 (véase fs. 170 CPA y fs. 75 registro 264/ CVD/96)	505 - $1.512,15	Pagado (véase fs. 184 CPA)	30 % del total facturado (véase fs. 184 CPA y fs. 75 registro 264/ CVD/96)
14	3614	506 - $34.199,00	Pagado	No registra
15	3613	507 - $1.291,10	Pagado	No registra
16	3615	508 - $35.726,50	Pagado	No registra
17	3616	509 - $1.072,60	Pagado	No registra
18	3617	510 - $34.012,00	Pagado	No registra
19	3618	512 - $1.229,82	Pagado	No registra
20	3619	513 - $34.875,50	Pagado	No registra
21	3620	514 - $1361,47	Pagado	No registra
22	3621	515 - $35.499,00	Pagado	No registra
23	5417 (no obra en autos)	$33.469,50 y $1.555,83	Aceptada Registro 264/ CVD/97 $35.025 (véase fs. 80 y 85)	-
24	5498 (no obra en autos)	191 - $36.245,50 (importe liquidado, fs. 74 , 79/80, 85 y 97/8 del registro 264/CVD/97)	Pagada Registro 264/ CVD/97 (fs. 74,79/80 y 97 registro 264/ CVD/97)	No registra
25	628	372 - $825,60	Orden de pago 3611 $825,60	No registra
26	629	374 - $30.846,00	Orden de pago 3611 $30.846,00	No registra
27	1975	442 - $1.172,85	Pagado $1.102,85	Nota de Crédito 579 - $70 (por diferencia en la raciones suministradas)

CARPETA		NRO. DE FACTURA E IMPORTE	ESTADO DE LA OBLIGACIÓN	SALDO O RESERVA
28	1976	443 - $33.487,50	Pagado	No registra
29	7176	260 - $532,24	Orden de Pago nº 2278 $532,24	-
30	-	3549 - $10.646,66	No fueron aceptadas Registro 264/CVD/97 (fs. 79 y 85)	-
31	-	3550 - $344,15		
32	-	3551 - $6.227,54		
33	-	3552 - $8.314,03		
34	-	3555 - $1.441,08		
35	-	3556 - $3235,85		
36	-	5181 - $13.630,52		
37	-	610 - $10.284,70		
38	-	611 - $5.364,28		
39	-	780 - $211,01		
40	-	839 - $8.488,76		
41	-	842 - $7.980,61		
42	2760 (*sic* demanda) /2768 Carpeta original	475 - $6.789,53	Pagado	No registra
43	2769 (véase fs. 152 CPA)	476 - $10.020,38	Pagado	No registra
44	2762	477 - $10.552,75	Pagado	No registra
45	2883	478 - $10.083,28	Pagado	No registra
46	2884	479 - $7.477,19	Pagado	No registra
47	3623	503 - $2.329,44	Pagado	No registra
48	3622	504 - $10.597,82	Pagado	No registra
49	Nota de Débito	338 - $204 (*sic* demanda)	pagado (fs. 81 y 85 264/CVD/97)	-
50	90.334/94 (no obra en autos)	8083 - $34.216,00 8084 -$32.653,60 (*sic* demanda)	Aceptada Registro 264/ CVD/97 $66.869,60 (fs. 79, 82 y 85 registro 264/CVD/97)	-

5.2. Del cotejo de los datos agrupados en el cuadro anterior se desprende que los renglones 1/22; 24; 27/28 y 42/49 representan la deuda que, conforme surge de las carpetas allí identificadas (recuerdo que se trata de documentación original que fuera reservada a fs. 386 de autos), fue pagada por la Tesorería del GCBA según los

sellos estampados sobre todas las constancias relativas a cada una de las facturas que originaron las carpetas en cuestión. Además, esos legajos acreditan que los importes abonados en cada caso coinciden con lo liquidado en las facturas emitidas por Natural Foods. A su vez, dentro del grupo individualizado, los renglones 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22 y 46, corresponden a facturas que fueron cedidas por la actora al Banco de Crédito Argentino (fs. 90/96 y 100 del registro 264/CVD/97).

Aunque los pagos que reclama la actora en los supuestos bajo análisis, comprometen importes menores que los consignados por las facturas que invoca como fuente de su crédito, no explica ni acredita por qué, frente al efecto liberatorio que corresponde asignar a los pagos realizados en las condiciones ya indicadas, podría pretender el cobro solicitado. Tampoco justifica esa pretensión en relación con obligaciones que fueron cedidas al Banco de Crédito Argentino, según los "informes de cesión" presentados por Natural Foods, fs. 90/96 del registro 264/CVD/97.

5.3. La deuda que reflejan los renglones 25, 26 y 29 conforme surge de las constancias obrantes en las carpetas allí identificadas, corresponde a facturas que han sido incluidas en órdenes de pago. La orden de pago 3611 alcanza a las facturas tramitadas por las carpetas 628/629. En relación a esta última, tanto la carpeta como el registro 264/CVD/97 acreditan que se trata de una factura cedida al banco de Crédito Argentino (véase fs. 25 de la carpeta y 95 del registro indicado). Por su parte, la orden de pago 2278 corresponde a la carpeta 7176.

La emisión de una orden de pago, ante la falta de cualquier explicación por parte de la actora y de la demandada, prueba que se recorrió, con conformidad de la administración dispuesta al pago, el procedimiento establecido para habilitar la erogación pertinente, extremo que, a su vez, muestra que no se han brindado motivos para justificar la necesidad de disponer el cumplimiento de la obligación mediante una sentencia.

Por una parte, entonces, el reclamo en torno a las carpetas 628 y 7176 (renglones 25 y 29 respectivamente) omite toda referencia a las ordenes de pago señaladas y, por otra, en el caso de la carpeta 629, además, se agrega que los derechos derivados del título que soporta la factura allí tramitada, fueron cedidos al Banco de Crédito Argentino.

5.4. Los renglones 30/41 representan una deuda que la actora apoya en facturas que no fueron aceptadas durante el procedimiento de verificación de deuda. Esas constancias fueron las que invocó la actora para sustentar su reclamo. Sin embargo, la compulsa del registro 264/CVD/97, sin que medie otra prueba que la rebata, acredita que la facturación en cuestión no pudo ser identificada por las reparticiones pertinentes del GCBA (fs. 79 y 85 del registro 264/CVD/96).

5.5. Los renglones 23 y 50 corresponden a una deuda, que según las constancias del registro 264/CVD/97, fue aceptada sobre la base de la información brindada por la Dirección General de la Contaduría General del GCBA, previa intervención de las reparticiones pertinentes conforme los disponen los arts. 5º y 6º del dec. 225/96. Por su parte, la Tesorería General del GCBA, por medio de su Dirección General, expresamente consignó que "ratifica la deuda registrada por la

Contaduría General, la que al día 26/5/1997 se encuentra impaga" (fs. 79, 80, 82 y 85 del registro 264/CVD/96).

6. Frente a la información que surge del punto anterior (apartados 5.2/5.4) los agravios de la recurrente, vinculados con el modo en que los jueces de mérito interpretaron y aplicaron la doctrina del enriquecimiento sin causa, no logran conmover la solución a la que arribó la sentencia impugnada.

En tal sentido, tiene dicho este Tribunal que "la prueba del enriquecimiento de la Administración y del correlativo empobrecimiento de la actora constituye el presupuesto de la pretensión analizada (...) pues resultan requisitos de la decisión y no tan sólo de la medida de una eventual condena // Aunque sea razonable admitir que quien ha prestado un servicio afrontó erogaciones la parte actora debe probar su existencia y acreditar su cuantía por tratarse de una acción de reintegro. En el caso, es dable inferir que su importe difiere del cuantificado en las facturas presentadas, pues ellas incluyen la ganancia del prestador. Además, también debería detraerse aquello que fue objeto de pago (...)" (conf. "Sanecar..." ya citado).

6.1. Así entonces, la prueba del pago de las obligaciones analizadas en el punto 5.2, ante la ausencia de alguna acreditación que rebata las conclusiones que arroja la documental obrante en estas actuaciones, justifica rechazar la demanda en relación con los créditos considerados en el punto indicado. Por su parte, la prueba de la emisión de órdenes de pago en el caso de la deuda examinada en el punto 5.3; así como, la prueba de la imposibilidad de identificar las facturas consideradas en el punto 5.4, conducen a idéntico resultado.

En definitiva, el reconocimiento de la deuda reclamada con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa, no procede por cuanto el recurrente no rebate constancias que impiden hablar, en los supuestos que nos ocupan, de empobrecimiento del accionante y de un correlativo enriquecimiento sin causa del demandado.

6.2. En cambio, la constatación formulada mediante el punto 5.5, analizada a la luz de la doctrina del enriquecimiento sin causa, lleva a reconocer el derecho de la accionante al cobro de los importes allí reclamados.

Para lo que ahora importa y, frente a la ausencia de prueba alguna que rebata la capacidad probatoria que ostentan las manifestaciones, informes y constancias emitidas por las autoridades competentes que intervinieron en el procedimiento de verificación registrado bajo el expte. nº 264/CVD/96, corresponde admitir la deuda analizada en este segmento, que asciende al importe de $ 101.894,60.

La conclusión precedente se apoya en informes que, no pierdo de vista, también habían registrado obligaciones cuyo reconocimiento a favor de la actora aquí se rechaza. Sin embargo, existe entre ambas situaciones una diferencia fundamental que explica el desenlace diverso al que cada una de ellas arriba. En efecto, los informes de Contaduría y Tesorería, por sus características de generalidad y fuente de información, perdieron capacidad probatoria frente a documentos vinculados específicamente con la facturación reclamada que daba cuenta suficiente, por lo

demás tampoco rebatida, sobre el estado de la deuda perseguida (v. gr. para la mayoría de los supuestos, cancelada). En cambio, cuando esos informes aluden a la existencia de la facturación, así como de la prestación del servicio, y el GCBA no aporta prueba alguna que le reste mérito para acreditar los extremos que allí se dan por válidos, ni aquella surge de estas actuaciones, no es posible desconocer el valor que ostentan en el marco de un procedimiento con las características del que reguló el dec. 225/96. En relación con la determinación del juego de la carga probatoria en las circunstancias de autos, remito a las consideraciones que formulé en el punto 4.2, párrafo tercero. El parámetro allí enunciado constituye una regla aplicable para ambas partes del pleito en el que el mínimo de la pretensión, subsidiariamente articulado, consiste en el recupero del enriquecimiento sin causa, mientras que la nulidad de los contratos decretada con carácter firme torna operativo el art. 1052 del Cód. Civil respecto de una prestación cuya naturaleza hace muy difícil, sino imposible, la restitución en especie. El precepto mencionado, para un supuesto como el que nos ocupa representa el tope de aquello que se puede reconocer y, por su parte, las deducciones dependerán de lo alegado y probado por las partes. Esos extremos, en relación con estas prestaciones —a cuyo respecto no hubo, a diferencia de las tratadas en el punto 5.2 un pago tan voluntariamente efectuado por la parte que se reconoció deudora como voluntariamente recibido por el acreedor sin reservas—, conducen a reconocer los importes considerados en este punto pues, como tiene dicho la CSJN para una situación análoga, "(...) la condena a restituir en especie los insumos ya consumidos significaría que la comuna debería convocar a una nueva licitación pública con el único objeto de adquirirlos de un tercero para restituírselos al actor, pues el principio de legalidad presupuestaria le impide proceder de otra manera; vale decir, adquirirlos directamente para entregárselos. En tanto cabe presumir que el importe consignado por el proveedor en las facturas presentadas al cobro está integrado, cuanto menos en buena medida, por el costo (pérdida) que efectivamente tuvo para cumplir con la prestación respectiva" (CM1597.XL, "Cardiocorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sent. del 27/12/2006).

7. En cuanto a la deuda reclamada en el punto V.B) de la demanda, posterior a agosto de 1996, el planteo de la recurrente no puede prosperar. Los motivos que justifican el resultado anunciado, vale aclarar, tornan innecesario despejar los equívocos a que conduciría el modo en que se ha identificado la fecha de corte prevista por el dec. 225/96 (v. gr., prestaciones en ejecución devengadas a partir del 1º/8/1996) en el registro 264-CVD/96 (véase fs. 653, párrafo sexto).

El GCBA confunde aquel límite e invoca la improcedencia del reclamo de esta parte de la deuda solicitada en autos (punto V.B de la demanda), por no haber la actora verificado la deuda conforme el procedimiento previsto en el aludido dec. 225/96. El yerro fue correctamente señalado por el juez de primera instancia, aunque el GCBA persiste en reeditar el argumento (fs. 668 vta.). Por su parte, NFIE S.A. negó haber verificado esa parte de la deuda, al amparo del art. 14 del dec. 225/96, aunque luego invocó constancias obrantes en el registro 264/96 (planillas de seguimiento obrantes a fs. 73/77) que, según sus propios dichos, habían sido

analizadas por la administración sólo en relación con la deuda anterior a agosto de 1996 (fs. 652). En tal sentido, asiste razón al GCBA cuando resta valor probatorio a esos datos que consignan las planillas en tanto no constituían, por ser posteriores a agosto de 1996, el objeto de verificación del registro 264/CVD/96 (fs. 669).

De todos modos, lo que resulta dirimente para zanjar la cuestión es que el art. 14 del dec. 225/96 dispuso: "Con respecto a las obligaciones devengadas a partir del 1º/8/1996, deberá seguirse el siguiente procedimiento // *a)* a partir del mes de septiembre de 1996, el comitente abonará hasta el setenta por ciento (70 %) de las certificaciones por prestaciones (bienes, servicios, obras y arrendamientos), correspondientes al mes de julio de 1996 en adelante, que se encontraran vencidas e impagas a la fecha. Dicho pago será considerado como pago a cuenta, quedando el mismo sujeto a revisión de las condiciones contractuales pactadas con anterioridad a agosto de 1996" (*BOCABA* nº 43, del 4/10/1996, p. 351).

La actora reconoce que, en relación con la deuda devengada a partir de agosto de 1996, reclama un saldo del 30% que se le adeuda como consecuencia de los pagos a cuenta que recibiera oportunamente (fs. 653).

Por otro lado, surge de la resol. 4834-SHyF/98 que de acuerdo al testeo de precios realizado por la demandada (precios testigos informados por la SIGEN, precios promedios informados por la Secretaría de Salud obtenidos en las licitaciones públicas de cada hospital de la jurisdicción), el "porcentual promedio de readecuación de precios" sería para el universo en cuestión del 41,8 % en el suministro de comidas a hospitales. A este respecto, el GCBA, al contestar los agravios del recurso ordinario de la actora invocó las constancias administrativas de las que surge el sobreprecio que llevó a la demandada a propiciar una readecuación promedio de 41,8 % sobre los precios facturados (v. gr. Hospital Rivadavia precio testigo 7,28, precio facturado 13.00, Hospital Zubizarreta precio testigo 7,73, precio facturado 11,86). En tales condiciones, NFIE S.A. debió justificar en su recurso, y no lo hizo, por qué motivos debería progresar el pago del saldo reclamado. La accionante no demuestra que la readecuación establecida por el GCBA, con apoyo en datos que aquella no rebate, configure un supuesto que pueda ser calificado como arbitrario o ajeno a esta parte de la deuda reclamada.

Entonces, por un lado, la actora reconoce haber recibido pagos que cancelaron el 70 % de las facturas reclamadas para la etapa posterior a agosto de 1996. Por otro, tales pagos conforme lo dispone el art. 14, inc. a), del dec. 225/96, revestían el carácter de pago a cuenta, que quedaba "sujeto a revisión de las condiciones contractuales pactadas con anterioridad a agosto de 1996". Además, NFIE S.A. no logró demostrar que el porcentaje de readecuación de precios fijado en 41,8 % promedio configurara una quita irrazonable.

En consecuencia, en relación con las obligaciones agrupadas en el punto V.B) de la demanda, tampoco puede tenerse por probado que la actora se haya empobrecido al tiempo que la demandada se enriquecía a su costa.

8. A esta altura, luego de despejar el grado de éxito al que arriba el reclamo de la actora, cobran dimensión las consideraciones vinculadas con el mandato de

impartir justicia a partir de las constancias de la causa, que formulé en el punto 4.2 (párrafo cuarto). Sería falaz, en el contexto de autos, apuntar que las instancias de mérito obraron con displicencia o prescindiendo del debate planteado por las partes en torno a las constancias de la causa. En realidad, sus pronunciamientos fueron reflejo del escaso compromiso que aquellas asumieron con la actividad probatoria que les correspondía. Su actitud las expuso al riesgo de frustrar toda posibilidad de dilucidar el derecho material en juego y, cada una, habría contribuido a generar el deber de soportar ese resultado. El margen de diferencia que se registra entre esta sentencia y las de las instancias anteriores, ciertamente, se inscribe dentro de la zona de riesgo aludida.

De todos modos, fue el progreso de uno de los agravios de NFIE S.A. lo que desencadenó el reconocimiento que deriva de esta sentencia (v. gr. eficacia probatoria de las constancias del registro 264/CVD/96 independientemente del valor que se asignara a ese procedimiento como reconocimiento de deuda imputable al GCBA). Eso sí, resalto, con un esfuerzo de análisis probatorio que exhibe una relación inversamente proporcional respecto de aquel que cabe atribuir a la recurrente.

9. Finalmente, resta considerar la última variante bajo la que la actora intenta apoyar el progreso de su reclamo. En su memorial, NFIE S.A. se agravió por cuanto el *a quo* sostuvo que "la ausencia de análisis de la responsabilidad de la demandada en el incumplimiento de los recaudos legales que tuvieran como efecto la nulidad judicialmente declarada de las contrataciones que unieran a la actora no constituye una omisión ni una desigualdad de trato entre las partes, sino que es una cuestión absolutamente ajena a la controversia aquí planteada". A partir de ello, denunció que la sentencia impugnada omitió considerar que "el Estado asume como propios los hechos, actos u omisiones (en algunos casos) de sus funcionarios y agentes que tengan consecuencias dañosas" y que los verificados en autos generan "la obligación del Estado de resarcir económicamente los daños causados" (fs. 655).

El planteo de la recurrente encierra un doble equívoco, al tiempo que aumenta la perplejidad que había generado ya el reclamo, sobre la base de facturas que, aunque ninguna de las partes dice nada al respecto, estarían en su mayoría canceladas según la documental ofrecida por ambas.

En definitiva, si el planteo pretende demostrar que los jueces de mérito interpretaron arbitrariamente la pretensión esgrimida en autos porque omitieron expedirse en relación con la responsabilidad del Estado que intervino en la celebración y ejecución de contrataciones nulas, de nulidad absoluta, el argumento fracasa por no acreditar la actora dónde hubo requerido tal definición de los jueces. Ya sea que en tal aspecto la pretensión hubiera sido expresa o tácita, la recurrente debió mostrar las partes del debate en las que propuso sus argumentos en la materia y por qué ellos bastarían para acreditar que la demandada tuvo oportunidad de defenderse a su respecto.

En cambio, si el agravio presupone que la declaración de nulidad de los contratos configura automáticamente un supuesto de falta de servicio que resulta indemnizable de pleno derecho, tampoco podría progresar. Ello así, básicamente, porque la diligencia exigible al contratista estatal (*Fallos,* 311:2831 y 325:1787

entre muchos otros) impide suponer —por la entidad de los vicios que afectaban a los contratos cuya nulidad absoluta fue declarada en autos y se encuentra firme— que la actora desconocía las graves irregularidades que rodeaban al vínculo que trabó con la Administración, o que ella pueda invocar su buena fe para reclamar una indemnización con fundamento en la responsabilidad del Estado. A diferencia de lo predicable respecto del Estado, el accionante no podría alegar su propia torpeza para obtener una indemnización como la que pretende.

Además, cabe señalar que para que progrese una indemnización por responsabilidad aquiliana del Estado deberá registrarse, no sólo una "prestación irregular del servicio" imputable a la demandada, sino también los restantes presupuestos exigibles en la materia (v. gr. existencia de daño resarcible y relación de causalidad). A su vez, resultaría imprescindible definir cuáles son los rubros y conceptos reclamados para poder encausar la prueba a su respecto. Respaldo que las constancias de autos, según el modo en que fueron aprovechadas por las partes, no podría brindar. Ello basta para ilustrar, al margen de la objeción central expuesta en el párrafo precedente, sobre las dificultades que generaría permitir la mutación de un juicio como el que nos ocupa, para transformarlo en un pleito por responsabilidad extracontractual originado en actividad ilegítima del Estado.

Finalmente, si bajo la invocación de la responsabilidad se busca reparar exclusivamente un rubro análogo al que inspira la teoría del enriquecimiento sin causa, resultaría disfuncional pretender lograrlo bajo las categorías que gobiernan los casos de responsabilidad del Estado.

10. Las costas se imponen, para todas las instancias, en el orden causado, por cuanto el modo en que las partes del pleito ejercieron los derechos que les corresponden, no ha representado conforme surge de este voto, una adecuada contribución para arribar a la sentencia destinada a dirimir el juicio. Por su parte, el éxito que pudiera atribuirse a alguno de los planteos formulados por ellas, representa una proporción muy menor en el marco del resultado al cual se arriba (art. 62, CCAYT).

Por las razones dadas, emitido el dictamen Fiscal, voto por hacer lugar parcialmente al recurso ordinario de apelación interpuesto por Natural Foods Industrial y Exportadora S.A. En consecuencia, corresponde revocar parcialmente la sentencia de fs. 621/624 y condenar al GCBA al pago de la suma de $101.894,60. Los intereses, ante las particularidades del caso y por no obrar datos que abonen otra solución, correrán a partir del vencimiento de las facturas que originan esta condena, y serán calculados según la tasa pasiva promedio publicada por el BCRA (CSJN *in re* "Cohen, Eliazar c/Río Negro, provincia de y otros s/daños y perjuicios", sent. del 30/5/2006). Costas por su orden en todas las instancias.

El juez José O. Casás dijo:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Como indica el señor Juez de Trámite en el primer apartado de su voto, el recurso ordinario interpuesto por la actora cumple con los correspondientes

requisitos de admisibilidad formal. Sin embargo, adelanto que, a mi juicio, no puede prosperar.

2. En primer lugar, concuerdo con lo señalado por el juez Lozano en el punto 2 de su voto en cuanto al objeto central del recurso que deberá resolver el Tribunal.

3. En cuanto a los agravios de NFIE vinculados con la confirmación por la Cámara de la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Gobierno, coincido con mi colega preopinante en que los planteos de la recurrente no pueden ser acogidos porque, como lo destaca la Cámara y lo reproduce en su voto el juez Lozano, "las pruebas de que pretende valerse la actora, no sólo resultan insuficientes para acreditar la oponibilidad de la cesión en que funda su pretensión de pago a la demandada, sino principalmente para hacer constar la propia validez del acto" (*sic,* fs. 622 vta.).

4. En lo relativo a los alcances del procedimiento de verificación de deuda previsto en el dec. 225/96, comparto la reseña de las posturas de las partes así como las consideraciones formuladas por el señor Juez de Trámite en los puntos 4 y 4.1, respectivamente, de su voto. En síntesis: las actuaciones obrantes en el registro 264-CVD/97 no importan, como pretende la accionante, el reconocimiento de las deudas que se le atribuyen al Gobierno.

4.1. Sin perjuicio de lo indicado *supra* y tal como lo advierte el juez Lozano en los párrafos primero y segundo del apart. 4.2 de su voto, la inexistencia de reconocimiento de deuda no obsta a examinar los elementos de prueba que pudieran surgir del registro 264/CVD/97. Ello, a fin de dilucidar si corresponde o no admitir el reclamo de la actora basado en el instituto del enriquecimiento sin causa.

4.1.1. En cuanto a la deuda enumerada en el capítulo V. A) de la demanda de NFIE (deuda referida como de vencimiento anterior al 6/8/1996), estoy de acuerdo con la merituación de las pruebas obrantes en estos actuados realizada en los puntos 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 6 y 6.1 del voto del señor Juez de Trámite.

En relación con las carpetas nº 5417 y nº 90.334/94, considero que la indemnización que la actora intenta fundar en el enriquecimiento sin causa de la demandada, es improcedente.

La carpeta nº 5417 correspondería —a estar a los dichos de NFIE— a las facturas 1056 y 1055. En el capítulo V.A) de su demanda, la accionante reclama el pago de $ 33.469,50 por la factura 1056 y $ 1.555,83 por la factura 1055. Sin embargo, tal carpeta nº 5417 no obra en autos, con lo cual no se han tenido a la vista las facturas en cuestión ni la documentación con ellas relacionada.

Por lo tanto, las únicas constancias probatorias vinculadas con la carpeta nº 5417 son las obrantes en el Registro 264/97. A fs. 85 del registro 264/97 (informe emitido por la Contaduría General) los importes reclamados (que totalizan $ 35.025,33) aparecen como aceptados. Las constancias mencionadas no alcanzan para ordenar el pago requerido con base en el instituto del enriquecimiento sin causa.

Reitero aquí, el criterio del Tribunal que comparto, cuando afirma que "[a]unque sea razonable admitir que quien ha prestado un servicio afrontó erogaciones la parte actora debe probar su existencia y acreditar su cuantía por tratarse de una acción de reintegro" (conf. TSJBA *in re* "Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario", expte. nº 1860/02, resolución del 5/11/2003). Y, como con acierto lo advirtió la Cámara a fs. 623 vta. y 624, NFIE no acreditó los gastos en que incurrió para prestar los servicios que invoca ni tampoco la rentabilidad estimada por tal prestación.

Por su parte, la carpeta nº 90.334/94 tampoco luce en autos, y la única información de que se dispone en relación con las facturas cuyo pago se pretende (nº 8083 y nº 8084), es la que surge del registro 264/97, donde los importes reclamados aparecen como aceptados (folio 82, y 85 del mencionado Registro). Así, pues, por las mismas razones apuntadas en el párrafo anterior, la prueba producida en relación con las facturas nº 8083 y nº 8084 es insuficiente para autorizar el resarcimiento pretendido por la recurrente fundado en la teoría del enriquecimiento sin causa.

4.1.2. En lo que respecta a la deuda consignada en el capítulo V. B) de la demanda (referida como de vencimiento posterior a agosto de 1996), coincido con el juez Lozano en que no puede acogerse el reclamo de la actora. Ello, por los motivos precisados en el punto 7 del voto del señor Juez de Trámite, a los que adhiero.

En síntesis: no procede acordar indemnización alguna a la accionante con fundamento en el instituto del enriquecimiento sin causa, tanto en lo relativo a las supuestas acreencias de vencimiento anterior a agosto de 1996 como a las de vencimiento posterior a tal fecha.

5. Por último, tampoco puede admitirse el planteo de NFIE vinculado con la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los recaudos legales que desembocaran en la declaración judicial de nulidad de las contrataciones celebradas con la actora.

Tal como lo advirtió la Sala II, el agravio deviene tardío y, por lo tanto, no puede ser acogido. En efecto, la cuestión de la responsabilidad del Estado no fue introducida en la demanda y, por lo tanto, el juez de grado (y las sucesivas instancias) no tuvieron posibilidad de expedirse sobre el punto, por no formar parte del debate.

6. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar el recurso de apelación ordinario interpuesto por Natural Foods Industrial y Exportadora S.A., y confirmar la sentencia de fs. 621/624 vta. Costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza Ana María Conde dijo:

I. Adhiero al voto del doctor Lozano, excepto en lo relativo a las consideraciones vertidas en el apart. 3 de su voto sobre el contrato de cesión de créditos, y al derecho que le reconoce al accionante a cobrarse la deuda individualizada en el apart. 6.2.

Sobre estos dos aspectos desarrollaré a continuación algunos conceptos, remitiéndome en todo lo demás a los argumentos contenidos en el voto del doctor Lozano, que hago propios.

II.1. Previo a analizar la viabilidad de la pretensión de cobro de las facturas que Compañía de Comidas Programadas S.A. le habría cedido a Natural Foods S.A., corresponde esbozar algunos conceptos sobre el instituto de la "cesión de créditos", una de las especies del género "cesión de derechos", a la luz de prestigiosa doctrina civilista.

El art. 1434 establece que la cesión de créditos es un contrato en virtud del cual el acreedor se obliga a transmitir a un tercero los derechos que le atañen contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese. De esta definición surgen, entre otros, distintos elementos característicos de este tipo de contrato:

La relación jurídica subyacente involucra a tres personajes: el cedente, el cesionario y el deudor cedido. Sin embargo, el contrato de cesión de créditos se establece entre cedente y cesionario, las únicas dos *partes* del contrato, mientras que *el deudor cedido es un tercero ajeno a dicha contratación.*

Este contrato es de carácter consensual, es decir que se perfecciona con el simple *acuerdo de voluntades.* No desvirtúa el carácter consensual de este contrato el deber que tiene el cedente de entregar al cesionario el título o documento de crédito, si existiere, pues tal entrega no es esencial (Belluscio, Augusto C. [dir.], y Zannoni, Eduardo A. [coord.]: *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado,* t. 7, p. 16, comentario al art. 1434, Astrea, Buenos Aires, 1998).

En cuanto al deber del cedente de *entregar el título* del derecho transmitido, si existiere, evidentemente el cedente está obligado a poner en manos del cesionario todos los *elementos probatorios* del contrato de cesión de créditos, pero estos elementos no constituyen un requisito de perfeccionamiento del contrato, sino un efecto del contrato, en el marco de la etapa de cumplimiento del mismo (Spota, Alberto G.: *Instituciones de derecho civil. Contratos,* vol. IV, pp. 259/260, Depalma, Buenos Aires, 1979).

En otras palabras, la posesión de título es fundamental para *probar* el crédito cedido, y no para perfeccionar la cesión.

Por otro lado, conforme lo dispone el art. 1459, Cód. Civil, *la cesión solo es oponible a terceros cuando se practica la notificación del traspaso* al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia por parte de éste (Bueres, Alberto J. [dir.], y Highton, Elena I. [coord.]: *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial,* t. 4ª, comentario al art. 1459, Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 116/125).

Respecto del deudor cedido la ley no establece ninguna exigencia formal para dicha notificación, por ende es válida la realizada por simple instrumento privado, verbalmente, e incluso tácitamente (Lorenzetti, Ricardo L.: *Tratado de los contratos,* t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 56). Sin embargo, cuando la notificación es hecha por el cesionario debe practicarse sobre la base de un documento auténtico emanado del cedente en el que conste la cesión, de lo contrario el

deudor cedido no tiene modo de saber si la pretendida notificación es un acto serio o una impostura del sedicente cesionario y tiene derecho a resistir las pretensiones de éste (Borda, Guillermo A.: *Manual de contratos,* 11ª ed. actualiz., Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 313).

En conclusión, ocurrida una cesión de créditos, que queda perfeccionada con el simple acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario, para que este último pueda cobrarse del deudor deberá notificarle la cesión, y disponer del título del crédito —si existiese— que es el que permite que el deudor pueda apreciar cuál es exactamente el crédito que debe abonar.

Es decir, la notificación de la cesión permite dilucidar *a quién* le tiene que pagar el deudor, y la posesión del título de crédito permite determinar *qué* es lo que tiene que pagar. La ausencia de alguno de estos dos elementos puede ser invocada por el deudor para no pagarle al cesionario el crédito reclamado.

II.2. Por otra parte, la cesión de créditos en aquellos casos en que el deudor cedido era la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires debía cumplimentar ciertas formalidades contenidas en el dec. 5905-MCBA/87.

Dicha norma establecía diversas pautas, resultando de interés citar las siguientes:

a) toda notificación de cesión de crédito de acreedores de la Municipalidad, se efectuará por el cedente, el cesionario o los escribanos, ante el Tesorero General o el funcionario que lo reemplace en caso de ausencia, debiéndose en todos los casos justificar el carácter invocado (art. 1º);

b) la notificación de la cesión de crédito o prenda realizada por escritura pública, deberá acompañarse de tres (3) copias simples de la escritura, suscriptas por el escribano interviniente, como asimismo de tres (3) copias del acta de la diligencia de notificación (art. 3º).

c) las cesiones o prendas realizadas por instrumentos privados deberán transcribirse en escritura pública a los efectos del art. 1035 del Cód. Civil, previa acreditación de la personería invocada ante el escribano actuante, en caso de corresponder (art. 4º).

d) la notificación de los contratos a que se refiere el artículo anterior podrá ser realizada por cualquiera de las personas mencionadas en los arts. 1º y 2º de la presente norma, y en la forma prevista en el art. 3º (art. 5º).

II.3. Sentado lo expuesto, cabe señalar que existen diversos obstáculos que impiden el éxito de la pretensión de cobro deducida por Natural Foods, referidos a la autenticidad de la invocada cesión de créditos, las formalidades de la notificación y la posesión de las facturas reclamadas:

En primer lugar, podemos considerar que en el marco del procedimiento de verificación de deuda el cesionario (Natural Foods) puso en conocimiento del Gobierno local la cesión de créditos, al presentar la documentación obrante a fs. 42/45 del registro 264-CVD/97. En efecto, a fs. 42/43 y 44 obran copias de los contratos firmados entre Rodel S.A. y Compañía de Comidas Programadas S.A.

(contrato de transferencia del servicio de comidas en escuelas municipales) y, por otro lado, entre esta última y Natural Foods Industrial Exportadora S.A. (cesión de facturas).

Sin embargo, *dicha presentación resulta inválida como notificación,* por no cumplir las formalidades requeridas:

- la invocada notificación no ha sido realizada sobre la base de un documento auténtico emanado del cedente. En efecto, la documentación de fs. 42/43 es una copia simple de un instrumento privado, y el contrato de fs. 44 es un instrumento privado al cual anexaron una "presunta" certificación notarial de firmas en copia simple (véase fs. 45), y destaco el calificativo de "presunta" porque el sello de la escribana no se extiende al documento cuyas firmas presuntamente está certificando;
- tampoco se cumplen los requisitos contemplados en el dec. 5905-MCBA/87 referidos a quién y cómo hay que notificar las cesiones de créditos en las que el deudor cedido era la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, *el cesionario tampoco acreditó poseer las facturas reclamadas.* Dichas facturas no figuran en las carpetas y actuaciones administrativas que obran como prueba documental, por lo tanto al no poder probar el crédito cedido se frustra su pretensión de cobro.

En conclusión, ante la ausencia de una notificación válida al deudor cedido y al no tener los títulos de los créditos presuntamente transmitidos, debe rechazarse la pretensión de cobro de las facturas 828 a 845 y 847 a 851.

III. Con respecto a la deuda que el doctor Lozano considera procedente en el apart. 6.2 de su voto, en el cuadro del informe de la Dirección General de Contaduría General, obrante a fs. 85 del registro 264/CVD/97 figuran deudas que habrían sido aceptadas por la Administración local (véase ítems nº 9, 34 y 35 del cuadro citado) en el marco del procedimiento de verificación de deuda y en los términos del dec. 225/96.

Pero las carpetas donde figurarían las facturas reclamadas y sus antecedentes (carpetas 2077-CRDP/95, 2078-CRDP/95 y CF 5417-CRDP/94), no se encuentran agregadas a estas actuaciones judiciales, y la actora tampoco acompañó documental o produjo prueba que permita suplir la ausencia de dichas carpetas, lo que impide dilucidar de qué servicios se trataba, cuál era el costo de las prestaciones pertinentes, si efectivamente habían sido prestados y si habían sido o no pagados.

La referencia a dicha deuda en un informe en el marco de un procedimiento que no implica de ninguna manera reconocimiento de hechos ni derechos, constituye un elemento probatorio insuficiente, por sí solo, para acoger el reclamo del accionante. Condenar al GCBA al pago de una presunta deuda que estaría consignada en una factura que no tengo a la vista, por servicios cuya individualización, efectiva prestación y costos no han sido probados en el marco de la presente causa judicial, no constituye una decisión razonada y fundada en los hechos y pruebas de la causa.

Como hemos dicho anteriormente ("Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario", expte. nº 1860/02, resolución del 5/11/2003), para que resulte admisible el reclamo sobre la base del enriquecimiento sin causa de la Administración, el actor debe demandar con fundamento en esa causal de reparación (*Fallos,* 323:3924), probar que efectuó prestaciones útiles y la cuantía de su empobrecimiento (*Fallos,* 312:741; 323:3924). Por lo tanto, la falta de prueba suficiente que permita formar convicción acerca de la existencia de un enriquecimiento del Estado a raíz de servicios prestados por el actor y no pagados, perjudica a quien tenía la carga de la misma, el actor, cuya conducta procesal se orientó en el sentido contrario: a no ofrecer ni producir prueba que hubiera sido de interés en la causa: por ejemplo, una pericia contable.

IV. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el presente recurso ordinario de apelación, con costas al recurrente, en razón del principio objetivo de la derrota y por no encontrar razones que justifiquen apartarse de él (art. 62, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Me adhiero al voto del señor Juez de Trámite, con sus fundamentos, salvo aquello expuesto en el punto 6.2. de ese voto, en el cual el señor juez reconoce parcialmente una obligación derivada del principio del enriquecimiento sin causa. No comparto, precisamente, el fundamento de la condena: ella invierte la carga de la prueba de la obligación reclamada que, de manos del actor, impone ahora al demandado, el GCBA, en virtud de los informes de Tesorería y Contaduría General que aconsejaban reconocer esa deuda en un procedimiento interno, administrativo, para la verificación de obligaciones pasivas.

2. En primer lugar, tal adhesión no significa tomar partido por la explicación teórica acerca del contrato de cesión de un crédito y su perfeccionamiento, pues, a los efectos prácticos, no existe diferencia alguna entre el Juez de Trámite y la señora jueza Ana María Conde, que trata también extensamente el punto, más allá de posibles diferencias teóricas que no influyen para nada en la decisión del caso. En el punto, parece claro que, cualquiera que sea el grado de perfeccionamiento del contrato entre cedente y cesionario, el GCBA —presunto deudor cedido— ha operado correctamente al no reconocer cesión alguna o, con el mismo significado, no sentirse obligado por una cesión que recién aparece en un procedimiento para verificar deudas anteriores y sin exhibición de los títulos que debía poseer y exhibir el cesionario.

3. En torno a mi discrepancia con el señor Juez de Trámite —y, por lo contrario, mi coincidencia con los votos que me preceden de las señoras juezas Ruiz y Conde— creo correcto adherirme al mismo reproche, varias veces pronunciado por él, en el sentido del nulo esfuerzo probatorio del actor referido a la existencia del crédito y, ya en relación con el enriquecimiento sin causa, a la carencia de prueba alguna sobre la existencia, extensión y calidad del servicio, y el desembolso económico que su prestación conforma, elementos estos que ya el Tribunal consideró indispensables para reconocer obligaciones con ese carácter (expte. nº 1860/02, "Sanecar SACIFIA

c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación concedido, sent. del 5/11/2003). Carecemos del conocimiento al que esa prueba de la obligación afirmada por el actor nos hubiera conducido, a estimar cuál fue el aprovechamiento del demandado y cuál, por contrapartida, el desmedro para el patrimonio del actor. Es más, desconocemos, incluso, si ese servicio —de existir—, está impago. Aquello, al menos, es reprochable al actor e implica el incumplimiento de una carga propia de quien demanda, esto es, la de tornar verosímiles los hechos que fundan el pronunciamiento judicial requerido. El hecho de que, en un procedimiento de verificación iniciado por un gobierno de la Ciudad con la advertencia normativa de que sus actos no significaban reconocimiento alguno de obligaciones incumplidas —ni, por supuesto, impedían cualquier reclamo o demanda a los que tuviera derecho el actor—, norma que determinaba claramente la competencia de un funcionario concreto para pronunciar ese reconocimiento y procedimiento que terminó sin reconocer la obligación reclamada, se hayan producido informes internos de oficinas de la Ciudad que aconsejaban ciertos reconocimientos parciales, en nada suple a la declamada orfandad probatoria acerca de los créditos en juicio y menos aún a la prueba de la existencia, extensión y calidad de los servicios y su valor. Téngase en cuenta que, precisamente por estas razones últimas, esta sentencia tampoco le reconoce al actor la parte impaga de créditos que fueron abonados por el GCBA parcialmente (véase punto nº 7 del voto del señor Juez de Trámite al que también alcanza mi adhesión).

Por esa razón no coincido con mi colega Juez de Trámite en el punto indicado y sí coincido, en cambio, con la sentencia impugnada y con los votos ya señalados de mis colegas preopinantes.

4. La adhesión comprende también los últimos puntos de la opinión fundada del señor juez de trámite, en especial su punto nº 9, referido a la descalificación de la pretensión tardía de condena al Estado por su responsabilidad extracontractual, incorporada en los recursos.

5. Por lo tanto, me pronuncio por rechazar el recurso interpuesto y la demanda en todas sus partes, esto es, por confirmar la sentencia impugnada.

Las costas deben ser impuestas a la parte vencida, el actor, conforme al fundamento de la derrota en el pleito (CCAyT, 62), del que, a mérito de lo ya observado, no cabe apartarse.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de apelación ordinario interpuesto por Natural Foods Industrial y Exportadora S.A., y confirmar la sentencia de fs. 621/624 vta., 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.*

CXCII

"CORRADO, SERGIO JAVIER C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. AMPARO: Licencia profesional de conducir: denegatoria. Antecedentes penales. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA: Medidas de instrucción. Poder de policía. Facultad discrecional de la Administración. DERECHO A TRABAJAR Y EJERCER INDUSTRIA LÍCITA: Principio de igualdad. Derecho penal de autor. Poder Judicial.

SUMARIOS:

1. El carácter facultativo que se inserta en el sistema de concesión de licencias de conducir de tipo profesional habilita a la autoridad administrativa a desplegar en el procedimiento previo a la emisión del acto las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita una ponderación de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión, de modo que no sólo permite sino que condiciona a la Administración a llevar adelante algún tipo de actuación orientada a verificar la idoneidad del solicitante en cada caso concreto*. (Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Convertir a los antecedentes penales, con visible vocación de ser interpretados extensivamente o por lo menos seleccionándolos mediante una fórmula imprecisa, en automático impedimento para obtener la licencia de conducir de tipo profesional, implica apartarse de mandatos contenidos en la Constitución de la Ciudad y en la de la Nación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Para que la denegatoria de la licencia de conducir profesional clase D, motivada en los antecedentes del actor, sea compatible con las prescripciones constitucionales, debería constituir no un castigo por el delito cometido sino una reglamentación posible del derecho de trabajar dirigida a incrementar la seguridad en la actividad de la que participa el servicio para el que se otorga la licencia, a cuyo fin el Gobierno debería mostrar una relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, la libertad, y la integridad sexual y física de los usuarios de los servicios públicos, fines éstos dentro de la gama de aquellos a cuya consecución incumbe al legislador propender*. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El deslinde entre ejercicio legítimo del poder de policía y castigo debe ser especialmente cuidadoso cuando aquello en lo que se ve limitado el individuo afectado es la posibilidad de desplegar un servicio personal para ganarse la vida, y más aun cuando ese servicio es de calificación relativamente baja, porque dificultar el acceso al trabajo tiene un impacto gravísimo en la vida de cualquiera y más aún en la resocialización de quienes alguna vez merecieron un reproche penal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. No basta, en una adecuada interpretación de la ley vigente, con la constatación de antecedentes penales para denegar la licencia de conducir profesional, sino que la Administración está obligada a hacer algo más que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o denegar la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos*. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Si bien los antecedentes penales objetivos del actor por sí mismos no justifican el rechazo de la licencia para conducir permiten, en cambio, una actividad de investigación más intensa para fundar, en forma razonable, la concesión o denegación de la licencia en una actividad en la que también se encuentran comprometidos otros intereses que la Constitución exige al Gobierno resguardar (art. 34, CCBA), en razón de la mayor interacción e interdependencia social que caracteriza la vida en nuestra comunidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La sola circunstancia de que la decisión administrativa de conceder o denegar la licencia de conducir profesional solicitada por el actor en la demanda presenta un amplio margen de discrecionalidad elimina la posible atribución al órgano judicial de la facultad de ordenar su entrega. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Conforme a la normativa vigente, el rechazo del permiso profesional de conductor debe exponer las razones por las cuales se ejerce el poder de decisión en ese sentido, en atención al derecho a trabajar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 bis, C.N.), a la igualdad ante la ley de todas las personas, titulares de idéntica dignidad (CCBA, art. 11), al repudio de toda norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito o cualquier manifestación de derecho penal de autor (CCBA, 13, inc. 9º), pues la norma permisiva no representa la concesión de un poder absoluto, no reglado, a la autoridad de aplicación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. A partir de la sanción de la ley 2148, la denegación de la licencia profesional de conducir Clase D con motivo en los antecedentes penales adquirió carácter facultativo (no imperativo) para la Administración local, pese a que subsiste la referencia dirigida hacia quienes tienen tales antecedentes. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo Estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Corresponde hacer lugar a la demanda de amparo promovida contra la disposición que denegó la licencia profesional de conducir a quien registraba antecedentes penales y ordenar a la Dirección General de Educación Vial y Licencias que otorgue al amparista la licencia clase D 1, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5795/08 - 28/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Sergio Javier Corrado promovió acción de amparo contra el GCBA tendiente a que se ordene a la DGEVyL que le otorgue la licencia profesional de conducir, clase D 1, toda vez que la misma le fue denegada mediante disposición

1025-DGEVyL/03, con sustento en los arts. 20, ley 24.449, y 20, dec. 779/95, en razón de sus antecedentes penales.

Denunció, asimismo, la inconstitucionalidad de la disposición administrativa nº 1025/03 y la irrazonabilidad de las normas en que ella se apoya y solicitó el dictado de una medida cautelar (fs. 1/10).

El GCBA contestó el informe que establece el art. 8º de la ley 16.986 y solicitó el rechazo de la acción de amparo (fs. 141/154 vta.).

2. La medida precautoria —tendiente a que se ordene al GCBA otorgar al amparista la licencia profesional de conducir solicitada hasta tanto se resolviese la cuestión de fondo— fue concedida por el juez de primera instancia (fs. 91/92 vta.), por considerar que el actor no solicitó la licencia clase D para el transporte de escolares o niños por lo que la normativa cuestionada no era de aplicación al caso.

3. Al momento de dictar sentencia, el juez de primera instancia, teniendo en cuenta que los jueces en sus sentencias deben contemplar las circunstancias existentes al momento de la decisión aunque ellas sean sobrevinientes a la deducción de la acción, rechazó el amparo en base a la nueva normativa aplicable, dec. 331/04 (fs. 266/268 vta.).

4. Luego de que el señor Corrado apelara la sentencia (fs. 271/274 vta.), la Sala I de la Cámara CAyT, por mayoría, resolvió rechazar el recurso (fs. 290/295).

5. El amparista interpuso el recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 305/329, que fue contestado por el GCBA a fs. 355/367 vta.

6. La Sala I resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad rechazándolo en cuanto se refiere a la arbitrariedad de la sentencia (fs. 369/370). La Sala consideró que el recurso exhibía "un desarrollo suficientemente preciso y fundado de cuestiones constitucionales relacionadas, de manera directa, con el decisorio definitivo de este tribunal y, [que] en tal medida, resultan formalmente idóneos para suscitar la competencia del TSJBA por la vía intentada...". No obstante, entendió que no correspondía conceder el recurso por arbitrariedad de la sentencia ya que ella no podría ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

7. El Fiscal General Adjunto propició un pronunciamiento del TSJBA que declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad (fs. 378/381 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. Con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del amparista, la Legislatura local sancionó el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, ley 2148 (*BOCBA* 2615 del 31/1/2007). El art. 3.2.15 de la ley citada contiene una disposición normativa cuyo contenido sustituye a la disposición del art. 1º del dec. 331-GCBA/04 que resultaba aplicable al caso.

Conforme a la regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 311:787; 310:112; 315:2074; 318:342*,* entre muchos otros, aplicable al recurso de inconstitucionalidad local), resulta evidente que la pretensión objeto de esta acción judicial —orientada a lograr que el GCBA expida al actor una licencia profesional de conductor clase D1—, no se rige hoy día por el dec. 331-GCBA/04, sino por la referida ley 2148.

2. En efecto, la prohibición rígida que establecía el art. 1º del dec. 331/04: "Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público", fue modificada por el art. 3.2.15 de la ley 2148 que ahora establece una facultad discrecional para la Administración: "...*Se puede denegar* la licencia..." cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior.

La trascendencia de esta modificación normativa ha sido considerada en el voto conjunto que emitiéramos con fecha 21 de marzo del año 2007, en ocasión de dictar sentencia *in re*: "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, pronunciamiento al que nos remitimos en homenaje a la brevedad.

Así las cosas, según la nueva regulación, ahora la Administración *puede* denegar (o no) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos. En tanto la disposición 1025-DGEVyL/03 —mediante la cual se denegó al actor la habilitación de conductor profesional clase D, subclase 1— se fundó en una norma que le *impedía* conceder la licencia a quien, como el actor, registraba cierto antecedente penal, la modificación de la norma ha dejado sin sustento esa disposición. No basta, según la ley vigente, con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia. La Administración está obligada a hacer *algo más* que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o no la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos (conf. punto 3 de nuestro voto conjunto en el citado precedente "Pérez").

Es claro que el carácter facultativo que se inserta para innovar en el diseño del sistema de concesión de licencias de tipo profesional habilita a la autoridad administrativa a desplegar en el procedimiento previo a la emisión del acto las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita una ponderación de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión. El carácter facultativo de la regla ("podrá denegar") no sólo permite sino que condiciona a la Administración a llevar adelante algún tipo de actuación orientada a verificar la idoneidad del solicitante en cada caso concreto. Compete al poder administrador establecer las medidas pertinentes para lograr ese fin —con la debida intervención

del particular, toda vez que también se encuentra involucrado su interés frente a un acto que, sin presentar naturaleza represiva, podría de alguna manera afectarlo [art. 22, f), LPA local]— (conf. punto 4 de nuestro voto conjunto *in re*: "Pérez").

3. En consecuencia, por las consideraciones expuestas y los restantes fundamentos pertinentes brindados en el voto conjunto que emitiéramos en la causa "Pérez" ya consignada, entendemos que corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido con el alcance que surge de los puntos 1 y 2 precedentes; *b)* dejar sin efecto la sentencia objetada; y *c)* ordenar que el GCBA dicte un nuevo acto administrativo que resuelva la petición del señor Corrado a la luz del derecho vigente que rige el caso.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El señor Sergio Javier Corrado inicia este amparo a fin de que "[s]e ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCABA que me otorgue la licencia profesional para conducir clase D 1, en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 1025-DGEVyL/03, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes" (fs. 1). En definitiva, sostiene que le fue denegado el acceso a la licencia de conducir clase D de un modo que compromete derechos garantizados por la Constitución local y nacional.

2. Las características de la pretensión articulada exigen formular algunas precisiones destinadas a enmarcar la solución requerida por el recurso de inconstitucionalidad concedido a fs. 369 y vta.

El actor, en lo que ahora interesa, impugna la aplicación del dec. 331/04 para analizar la validez del acto administrativo que le denegó la renovación de su licencia porque esa norma no existía cuando se emitió el acto cuestionado ni dispuso su aplicación retroactiva (véase fs. 306/ 307 vta.). Invoca, asimismo, *a)* la irrazonabilidad de la ley 24.449 y del art. 20 de su dec. regl. (nº 779/95), *b)* la exigencia de aplicación de los principios del derecho penal en materia de faltas y contravenciones y, por extensión, al ejercicio del poder de policía estatal, *c)* la prohibición del principio de doble punición por el mismo hecho, *d)* la inconstitucionalidad del dec. 331/2004 "porque establece una sanción de naturaleza penal", del art. 20 de la ley 24.449 por delegar en el Poder Ejecutivo establecer la relevancia de los antecedentes penales, del art. 20, inc. 6º, del dec. 779/95 por efectuar una subdelegación de las atribuciones delegadas, etcétera.

2.1. En primer término, el otorgamiento de la licencia para conducir está organizado por el legislador como una función administrativa. Dentro de esa categoría, la enunciada es de aquellas actividades calificadas como regladas, en tanto la autoridad de aplicación debe sujetarse a los textos legales que la limitan; es decir que frente a circunstancias de hecho determinadas a nivel normativo, la

Administración debe proceder en la forma señalada por el legislador. Cuando los jueces controlan la legitimidad de los actos emitidos en ejercicio de facultades regladas, lo hacen a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho a las que debieron conformarse. Es éste el marco conceptual que comprende, en teoría, a situaciones como la de autos, y permite deslindar los espacios de actuación de la Administración, del juez y por ende, también, aquello que puede ser solicitado a los jueces como contenido de una sentencia que hace lugar a la demanda. En este orden de ideas, resulta indisputable que no compete a los jueces emitir registros de conducir, aun cuando puedan establecer si la Administración ha trasgredido los límites que la ley fija para denegarlos.

2.2. En autos no viene discutido el alcance asignado a la pretensión por los jueces de mérito, a quienes corresponde, por regla, definir el punto de modo privativo. Sin embargo, ello no impide aclarar que en tanto el propio actor ligó la orden judicial requerida a la "previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes", la actividad jurisdiccional quedaba orientada a controlar la causa del acto administrativo cuestionado para, en su caso, remover el obstáculo jurídico ilegítimo (v. gr. limitación inconstitucional del acceso al registro de conductor profesional) y ordenar que, con prescindencia del fundamento descalificado en sede judicial, la Administración se pronunciase en el marco de su competencia y sin otra restricción que la apuntada.

Frente a la pretensión de la actora, la Sala I interviniente sostuvo, por mayoría, que aunque la disposición impugnada por el amparista es un acto nulo (arts. 7º, inc. b] y 14, inc. b], LPA), la modificación del régimen jurídico aplicable conduce a rechazar la acción de amparo (fs. 292 vta.).

3. En cuanto al fondo de la cuestión a decidir, debo señalar preliminarmente que con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, la Legislatura local sancionó el código de tránsito y transporte de la Ciudad, ley 2148 (*BOCBA* 2615 del 31/1/2007). El art. 3.2.15 contiene una disposición normativa cuyo contenido sustituye a la disposición del art. 1º del dec. 331-GCBA/04. Debido a la oportunidad en que fue sancionada la ley, el tribunal *a quo* no tuvo ocasión de considerarla a la hora de emitir su fallo.

Conforme a la regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342*,* entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local), resulta evidente que la pretensión objeto de esta demanda, no se rige hoy día por el dec. 331-GCBA/04, sino por la referida ley 2148. Con la entrada en vigencia de esta ley, el agravio del recurrente relativo a la incompetencia del Jefe de Gobierno para dictar el dec. 331-GCBA/04 no guarda ya relación con la cuestión sometida a decisión, tornando abstracta cualquier consideración a ese respecto.

4. En relación a la alegada falta de razonabilidad de la norma y la violación del art. 13, inc. 9º, CCBA, dichos agravios deben ser abordados, en consecuencia, de cara a la ley vigente.

Ambas normas posibilitan la denegación de la licencia de conductor profesional para la clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público.

Convertir a los antecedentes penales —con visible vocación de ser interpretados extensivamente o por lo menos seleccionándolos mediante una fórmula imprecisa—, en automático impedimento para obtener la licencia, como lo hacía el dec. 331/04, implica apartarse de mandatos contenidos en la Constitución de la Ciudad y en la de la Nación. De iguales reproches se hace pasible aquella interpretación de la ley 2148 que arroja idéntico resultado. Esta circunstancia hace indispensable repasar esos obstáculos constitucionales, porque sólo una inteligencia que los sortee puede salvar la validez de dicha ley.

5. En dicho orden de ideas, particularmente en cuanto al test de razonabilidad de las disposiciones aplicables, conforme ha establecido la CSJN desde tiempo inveterado, en aquellos casos en los que se examina la reglamentación de derechos constitucionales, al Poder judicial "incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados" (*in re* "Pedro Inchauspe Hermanos c/Junta Nacional de Carnes", *Fallos,* 199:483, entre muchos otros). Así, si bien está vedado a los jueces sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del la legislatura para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes (conf. doctrina de *Fallos,* 311:1206; 311:2128; 315:1316, entre muchos otros) la razonabilidad supone que no existan medios que lleven indisputablemente a iguales o preferibles resultados con restricciones sensiblemente menores de los derechos. Dicho de otro modo, supone que exista proporcionalidad entre el sacrificio impuesto a aquellos individuos cuya esfera de derechos se ve restringida, y la mayor satisfacción del fin perseguido, derivada de dicho sacrificio. En este orden de ideas, en relación con la regulación del otorgamiento de licencias de radiodifusión, reglamentaria del derecho a expresarse libremente y de asociarse, que "tal reglamentación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia" —*in re* "Asociación Mutual Carlos Mujica c/Estado nacional (Poder Ejecutivo Nacional —COMFER—) s/amparo", resolución del 1/9/2003, *Fallos,* 326:3142.

El examen debe ser más escrupuloso cuando, como en el caso, la restricción no pesa sobre todas las personas por igual sino particularmente sobre un grupo reducido y presumiblemente débil. Dicho de otro modo, cuando constituye para los integrantes de ese grupo una privación del derecho que asiste, en cambio, a la generalidad del pueblo. Cuando ello ocurre, es necesario asegurarse que no se trate de

una pena, o bien que estén cumplidos a su respecto los recaudos constitucionales de sanción de esta especie. Escoger la clase de pena, y el hecho que la acarrea, es, en materia de delitos, atribución del Congreso, circunstancia que fulmina aquella que proviene de órganos locales. A su vez, y en verdad en un estadio lógicamente previo, las penas deben ser determinadas en oportunidad de la condena. No pueden sobrevenirla, puesto que ello constituiría una violación del *non bis in idem* tutelado por la C.N. y la CCBA. Cualquiera de estas razones sería suficiente para establecer la inconstitucionalidad de las reglas *sub examine,* si las restricciones tuvieren naturaleza penal, esto es, si fuesen previstas por el legislador por considerar éste que quienes cometen la clase de hechos contemplados en la ley 2148 las merecen.

Con una perspectiva correcta en cuanto a los principios, el GCBA sostiene que los impedimentos cuestionados no atienden al castigo de los individuos sobre los que pesan sino al desarrollo más seguro de las actividades que las licencias permiten a sus titulares, interés éste que incumbe a la CABA proteger mediante un régimen normativo apropiado —en similar sentido puede verse el voto del doctor Casás *in re* "Vera, Miguel Ángel c/GCBA (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 1427/02)—. En el caso que nos ocupa, el actor registra antecedentes por la comisión del delito de robo agravado por el uso de arma. Más allá de la calificación jurídica, la conducta antijurídica que en definitiva le valió que se le denegara la renovación del permiso de conducir consistió en participar en un robo cometido en una estación de servicio (véase fs. 223 y vta.). En virtud de ello fue condenado a la pena de cinco (5) años de prisión, por encontrárselo responsable, en calidad de coautor del delito de robo agravado por el uso de arma.

Por lo dicho más arriba, y como sostuve en el precedente "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sent. del 21/3/2007, para que la denegatoria de la licencia de conducir profesional clase D, motivada en los antecedentes del actor, sea compatible con las prescripciones constitucionales, debería constituir no un castigo por el delito mencionado sino una reglamentación posible del derecho de trabajar dirigida a incrementar la seguridad en la actividad de la que participa el servicio para el que se otorga la licencia. A ese fin, en primer lugar, debería mostrar el Gobierno una relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, la libertad, y la integridad sexual y física de los usuarios de los servicios públicos, fines éstos dentro de la gama de aquellos a cuya consecución incumbe al legislador propender. No existen a ese respecto aportes de estudios que permitan inferir esa relación. Aunque es claro que compete al poder administrador establecer las medidas tendentes a ese fin, no puedo dejar de señalar que un adecuado informe socio-ambiental producido por profesionales en la materia, o la realización de un reexamen de la aptitud psicológica del solicitante (conf. art. 3.2.9, ley 2148) si él lo consiente, pueden ilustrar con un mayor grado de aproximación a la realidad sobre el comportamiento del peticionante en sus ámbitos de relación con terceros. Vale señalar, que los exámenes sobre cuya

base se decida expedir o denegar la licencia podrían incluir un test específico que permitiera conocer las inclinaciones del solicitante. De hecho, a efectos de otorgar la licencia en la primera oportunidad en que cada persona la recibe, la ley prevé un examen que determine la aptitud psíquica para conducir (conf. art. 3.2.8, inc. h], ley 2148). Sin embargo, no se lo repite en las oportunidades en que se solicita la renovación de la licencia, ni aun cuando concurren antecedentes penales que, en el marco de consideraciones que han inspirado al legislador, justificarían hacerlo. Ese test y un informe socioambiental, entre otras medidas que la Administración y el particular podrían ofrecer y practicar (testimonios de vecinos, de representantes de instituciones barriales, eclesiásticas, cooperadoras escolares, etcétera) aparecen como el modo más cercano a la situación individual y, consecuentemente, como el manifiestamente más certero. Más aún que el estadístico, único método que podría, en el supuesto que examinamos, separar el pronóstico de la mera conjetura o ésta del prejuicio. También está ausente este método.

Sin perder de vista que el legislador enfrenta la compleja misión de dictar normas generales y abstractas para un universo de casos que serán alcanzados por ellas, y muchas veces con información irremediablemente limitada, el GCBA no ha suministrado una explicación mínima acerca de las razones que llevan a vincular delitos como el que aquí nos ocupa con la seguridad a la que se afirma que propende la ley. No se exhibe, según se vio, en el caso concreto, el antecedente de desprecio por la seguridad en el tránsito, la salud o la libertad de las personas. Es decir, ni siquiera el temor, abrigar el cual es siempre peligroso (lo sabio no es el miedo sino el cuidado), de que el actor tenga propensión a repetir conductas basta en el caso para suponer la afectación de la seguridad en el tránsito, de los usuarios en su integridad física o sexual, o la de los transeúntes u otros ocupantes de vehículos. Ello exime al sentenciante de practicar un análisis más riguroso relativo a qué elementos permiten a partir de la comisión de ciertos hechos en el pasado presumir la de otros similares en el futuro. Entiendo, pues, que la aplicación al caso concreto de la regla establecida en el art. 3.2.15 de la ley 2148, en estas condiciones, contraviene las reglas descriptas.

El deslinde entre ejercicio legítimo del poder de policía y castigo debe ser especialmente cuidadoso cuando aquello en lo que se ve limitado el individuo afectado es la posibilidad de desplegar un servicio personal para ganarse la vida, y más aun cuando ese servicio es de calificación relativamente baja. Ello así, porque dificultar el acceso al trabajo tiene un impacto gravísimo en la vida de cualquiera y más aún en la resocialización de quienes alguna vez merecieron un reproche penal.

La CSJN, en oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derogado art. 26, inc. 4º del Cód. de Com. que vedaba la posibilidad de obtener la rehabilitación al comerciante fallido que no se hubiere inscripto en la matrícula, habiendo considerado que "[...] la matrícula, […] está inspirada en propósitos de conservar una institución que responda a exigencias de interés general […]" y que "[…] los derechos consagrados por el art. 14 de la Constitución a favor de todos los habitantes de la República están sujetos para su ejercicio a la reglamentación que

dicte el Honorable Congreso, como lo dispone el mismo artículo […]", concluyó que "[...] la inteligencia atribuida a los arts. 25 y 26 del Cód. de Com., en el sentido de no poder el comerciante no matriculado conseguir jamás la rehabilitación para volver al ejercicio del comercio es de estimársela contraria a la cláusula del art. 14 de la Constitución que garante a todos los habitantes de la Nación el derecho de ejercer el comercio conforme a la ley que reglamenta su ejercicio, porque tal limitación así entendida, importa la supresión absoluta del derecho garantido a todos los habitantes y no tan solo una simple reglamentación al ejercicio de ese derecho [...]" (*Fallos,* 129:235). En aquel caso, al igual que en el *sub examine*, la aplicación de la reglamentación al caso se presenta desproporcionada en relación a los fines perseguidos por la misma, pues la seguridad en el comercio —o, como en el presente, la seguridad en la prestación de servicios de transporte— no se ha mostrado relacionada con las medidas restrictivas dispuestas de modo tal que estas últimas logren pasar el cartabón de racionalidad cuya verificación exige el art. 28 de la C.N. Cierto es que, en aquel caso, influía la perpetuidad de la limitación. Pero, la duración de la que aquí nos ocupa, aunque no ilimitada, es enorme para un trabajador.

Lo expuesto hasta aquí me exime de referirme a la aplicación al caso del art. 13, inc. 9º de la CCBA.

6. Ahora bien, mientras el decreto derogado preveía en forma *imperativa* la denegatoria de la licencia, la ley vigente brinda un margen de discrecionalidad al organismo de aplicación convirtiendo a los mismos supuestos en causa para denegar en forma *facultativa* el otorgamiento de la licencia. Donde el art. 1º del dec. 331/04 disponía que "[...] *Debe denegarse* la solicitud de licencia...", el art. 3.2.15 del Anexo a la ley 2148 establece que "[...] *Se puede denegar* [...]*"* la licencia cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior. Es decir, se ha sustituido un elemento reglado del acto por otro de tipo discrecional, con las implicancias que ello trae aparejado para la solución del caso.

Ello sentado, es necesario establecer si el texto del art. 3.2.15 de la ley 2148, en atención al modo deóntico facultativo que la ley utiliza, posibilita una interpretación que evite los escollos constitucionales apuntados; en cuyo caso será esa interpretación, que pone a la ley en armonía con la CCBA y la C.N., la que deba ser adoptada.

La disposición 1025-DGEVyL/03, dictada por el Director General de Educación Vial y Licencias del GCBA —mediante la cual se denegó al actor la habilitación de conductor profesional clase D, subclase 1— se fundó en la valoración de que "[l]a especial característica del ilícito de que se trata robo agravado por el uso de arma, resulta un impedimento normativo de carácter absoluto e insoslayable, tornando inviable el otorgamiento de la licencia solicitada..." (véase fs. 84). Según la nueva regulación, la Administración puede denegar (y, por tanto, conceder) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos. Esta opción debe ser resuelta por la Administración mediante la identificación de una causa de

hecho acorde con las finalidades que ella misma atribuye a la ley. Dicho de otro modo, la circunstancia de que la ley 2148 le dé un amplio margen de discreción no supone descuido de que la norma exige reunir pruebas de que denegar la licencia constituye un razonable medio para la consecución de sus fines. Puede para ello, por ejemplo, utilizar alguno de los medios mencionados en el cuarto párrafo del punto 5 de este voto.

No basta entonces, en una adecuada interpretación de la ley vigente, con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia. La Administración está obligada a hacer *algo más* que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o denegar la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos.

La Procuración General, al desarrollar el agravio según el cual la reglamentación de la entrega de licencias clase D resulta razonable, destaca que el fin legítimo buscado por la reglamentación, que, a su criterio, justificaría la restricción al derecho constitucional a trabajar y ejercer toda industria lícita, es "preservar la seguridad en el tránsito y la integridad de los usuarios de los servicios públicos" (véase fs. 364 vta.). O sea, sostiene que dicho fin peligraría si individuos con los antecedentes de la ley fuesen habilitados para conducir taxis, entre otros vehículos.

Sin embargo, si bien los antecedentes penales objetivos del señor Corrado por sí mismos no justifican el rechazo de la licencia para conducir, conforme las pautas expuestas en el punto 5 de este voto, permiten, en cambio, una actividad de investigación más intensa para fundar, en forma razonable, la concesión o denegación de la licencia en una actividad en la que también se encuentran comprometidos otros intereses que la Constitución exige al Gobierno resguardar (art. 34, CCBA), en razón de la mayor interacción e interdependencia social que caracteriza la vida en nuestra comunidad.

7. Es claro que el margen de discrecionalidad otorgado por la nueva normativa a la Administración, en el aspecto bajo análisis, la habilita a desplegar en el procedimiento administrativo cuyo curso debe observarse para concluir en la emisión del acto, las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita ponderar los intereses públicos y privados involucrados en la decisión. El carácter facultativo ("podrá denegar") no sólo permite sino que *obliga* a la Administración a practicar ciertos actos tendentes a verificar si la sospecha que la ley insinúa sobre quienes registran condenas por ciertos delitos, se verifica en cada caso concreto. En este sentido, reitero, puede verse lo expuesto en el párrafo cuarto del punto 5 de este voto.

8. El GCBA cuenta ahora con la posibilidad de singularizar las razones de la decisión que adopte (no ya genérica y abstracta constancia de los antecedentes penales condenatorios) para poder brindar una explicación suficiente acerca de las razones que llevan a vincular al autor de un delito como el que aquí nos ocupa con la seguridad a la que se afirma que propende la ley. Aunque resulte obvio, la actividad de la Administración en estos casos deberá ceñirse a las disposiciones de la

LPA y garantizar el derecho de defensa del administrado, ya que el procedimiento administrativo posee la característica función de protección que es común a los institutos reglados por el Derecho Administrativo: la de los derechos individuales y la de la eficacia y eficiencia de la función administrativa. La intervención del particular en defensa de su derecho a trabajar frente a un acto, que sin presentar naturaleza represiva, puede igualmente afectarlo, resulta obligatoria mediante el debido proceso adjetivo, establecido en el art. 1º, inc. f), de la LPA.

9. En síntesis, dada la nueva normativa aplicable resulta menester dictar una sentencia que, ajustada a ella y a las constancias de la causa, resuelva el fondo de la cuestión (art. 31, ley 402).

En ese sentido, y de acuerdo con lo dicho por este Tribunal en el precedente "Pérez", citado *supra*, la constancia de antecedentes penales del actor no autoriza a denegar, sin más razones, la licencia peticionada, y, por esa razón la disposición 1025-DGEVyL/03 ha devenido nula por un vicio en la causa.

Ahora bien, la sola circunstancia de que la decisión administrativa de conceder o denegar la licencia solicitada por el actor en la demanda presenta un amplio margen de discrecionalidad elimina la posible atribución al órgano judicial de la facultad de ordenar la entrega de la licencia como lo solicita el señor Corrado —en este sentido pueden verse los puntos 5 y 6 de mi voto *in re* "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, resolución de fecha 9/8/2006.

Por tal razón corresponde que el Gobierno de la Ciudad, cumplidas las actuaciones previas ineludibles, dicte un nuevo acto en relación con el pedido de licencia para conducir efectuado por el actor, en el cual deberá quedar salvado el vicio apuntado en este pronunciamiento.

10. Por los fundamentos expuestos voto por:

a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara en cuanto rechazó el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmó la de primera instancia que rechazó la acción de amparo intentada, y

b) ordenar al gobierno de la CABA que, previa verificación de las exigencias pertinentes, resuelva nuevamente la petición del señor Sergio Javier Corrado de conformidad con la vigente ley 2148.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adelanto que adhiero al voto y a la decisión que propicia mi colega, la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. Al fundar mi voto *in re* "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sent. del 21/3/2007, expte. nº 4888, yo expresé las razones por las cuales esa solución es la correcta.

2. Debo advertir que la historia procesal de este caso es absolutamente inversa a la del caso "Pérez", que acabo de citar, aunque en el fondo la decisión a pronunciar tenga el mismo sentido material. En efecto, en el caso Pérez la sentencia

de 1ª y 2ª instancias acogían el amparo y ordenaban expedir el brevet del caso, previas las verificaciones correspondientes; quien recurría era el GCBA y mi voto proponía rechazar el recurso y ordenar que la autoridad competente de la CABA expidiera la licencia de conformidad con la nueva ley 2148, previas la verificaciones correspondientes.

En este caso, por lo contrario, pierde el amparista en 1ª y 2ª instancias y es él quien recurre por inconstitucionalidad fundado en varios principios constitucionales, a saber: el de legalidad (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3º), el que rechaza fundamentos contrarios al derecho penal de acto y discriminaciones personales (CCBA, 11 y 13, inc. 9º), el que concede el derecho a trabajar (C.N., 14).

3. Coincido con la observación de que el amparo debe decidirse de conformidad con la legislación hoy vigente (ley local 2148, art. 3.2.15), pues de nada vale debatir sobre la inconstitucionalidad de reglas no vigentes, derogadas, tal como el dec. local 331/04 o el más antiguo decreto reglamentario de la ley nacional 779, desplazado por la ley de la Legislatura, hoy vigente. Pero agrego, también, que conforme a la norma hoy en vigor, el funcionario que rechace el permiso de conducir que pide el amparista debe exponer las razones por las cuales ejerce su poder de decisión en el sentido indicado —y permitido hoy por la ley— y no lo hace en sentido inverso, razones que comparecen también frente varios de los principios constitucionales indicados aquí por el amparista. Así, por ejemplo, una decisión inconsulta de la administración, que aplique negativamente el poder concedido por la nueva norma, debe comparecer críticamente, según lo indica mi colega a cuyo voto adhiero, frente al derecho a trabajar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 bis, C.N.), a la igualdad ante la ley de todas las personas, titulares de idéntica dignidad (CCBA, art. 11), al repudio de toda norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito o cualquier manifestación de derecho penal de autor (CCBA, 13, inc. 9º), pues la norma permisiva no representa la concesión de un poder absoluto, no reglado, a la autoridad de aplicación. Por lo contrario, a mayor discrecionalidad normativa, mayor exigencia de fundamentación de las medida, esto es, mayor exigencia para el o los funcionarios competentes de explicarnos las razones por la cuales han ejercido el poder abierto conferido por la ley de un modo concreto (razonabilidad).

4. Así, lo que resulta contrario a una interpretación correcta de las garantías constitucionales de los ciudadanos —en el caso, las que protegen al amparista— es la sentencia confirmatoria de la Cámara, que deja incólume la decisión estatal contra la cual se dirige el amparo, esto es la disposición 1025-DGEVyL/03.

5. De tal manera, aquello que no se concibe cuando reclama el Estado —su recurso—, a saber, que él mismo se ampare en garantías ciudadanas, o, quizá mejor dicho, difícil de concebir para abrir un recurso de inconstitucionalidad frente a una sentencia que le ordenaba la expedición de la licencia de conducir, es perfectamente concebible cuando el agravio lo sufre un ciudadano que ve lesionados por la autori-

dad sus derechos a trabajar, a la igualdad y a no ser excluido sobre la única base de un comportamiento anterior por el cual ya ha sufrido el castigo correspondiente.

6. Por esas consideraciones y dado el texto permisivo del art. 31, II de la ley local 402 corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Corrado en contra de la sentencia de Cámara; *b)* revocar la sentencia recurrida en cuanto confirma la sentencia de 1ª instancia que rechazó el amparo, y *c)* acoger la demanda de amparo (ley local 402, art. 31, II) y ordenar al gobierno de la CABA que, previa verificación de las exigencias pertinentes, resuelva nuevamente la petición del señor Sergio Javier Corrado de conformidad con la ley local 2148.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 305/329 por el señor Sergio Javier Corrado debe ser admitido.

2. Considero oportuno, en primer término, señalar algunas particularidades de la situación del amparista. El 14/5/2002, el señor Sergio Javier Corrado fue condenado —en la causa 607 tramitada ante el Tribunal en lo Criminal Nº 3 del departamento judicial de Quilmes— a la pena de cinco años de prisión, accesorios legales y costas por encontrársele penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma. Los miembros de ese Tribunal, conforme las atribuciones que les confiere el art. 20 bis del CPN, pudieron aplicar al señor Corrado, en aquel expediente, una "inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: (...) 3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público", lo que no sucedió.

Por otra parte, el 3/2/2004, la jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada a fs. 1 por el amparista y le ordenó al GCBA que a través de la DGEVyL proceda a otorgarle licencia como conductor profesional clase D 1 en forma provisional hasta tanto se dirima el fondo de la cuestión (fs. 91/92 vta.).

No obra en el expediente ninguna constancia de la cual surja que durante la vigencia de la medida cautelar, desde el año 2004, el señor Corrado haya protagonizado algún tipo de incidencia en el desempeño de sus tareas ni en ninguna otra circunstancia.

3. En la presente causa, la Administración le denegó al amparista la habilitación de conductor profesional solicitada, clase D 1, "conforme lo prescrito por el art. 20 del dec. 779-PEN/95 reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad 24.449" (fs. 41 —*sic*—). Fue ese —y no otro— el sustento normativo de la disposición emitida.

El dec. 779/95 sólo restringe el otorgamiento de la licencia profesional en el supuesto de que el peticionante registre ciertos antecedentes penales para la subclase "transporte de escolares o niños" (art. 20, inc. 5º). Para las restantes subclases de la

clase D, el decreto aludido dispuso que "...la autoridad jurisdiccional establecerá los antecedentes que imposibiliten la obtención de la habilitación, excepto cuando el servicio de rehabilitación oficial garantice la recuperación y readaptación del solicitante" (art. 20, inc. 6º).

A la época en que la Administración rechazó el pedido de renovación de la licencia del señor Corrado, las autoridades competentes de la Ciudad no habían emitido aun ninguna norma que restringiera —de manera previa, general y abstracta— el otorgamiento de licencias profesionales de conducir cuando el solicitante presente antecedentes penales.

En otros expedientes en los que este Tribunal resolviera cuestiones sustancialmente análogas a las que plantea la presente causa, sostuve que en condiciones como las señaladas, la DGEVyL había efectuado una aplicación inconstitucional del régimen de tránsito establecido por la ley 24.449 y el dec. 779/95 toda vez que "el acto administrativo que motivó el amparo intenta fundamentarse en la lisa y llana remisión al art. 20 del dec. 779/95 y en el eventual riesgo que los antecedentes del solicitante suponen para la integridad de las personas. Sin embargo, el mencionado decreto no habilita a denegar sin más las licencias profesionales en caso de registrarse antecedentes (...) En ausencia de una norma reglamentaria general previa que fijara las condiciones para acceder a la licencia a la que se refiere el inc. 6º, la Administración carecía de facultades para establecerlas por vía de la creación de una regla individual restrictiva, sustentada en una aplicación extensiva e irrazonable de lo previsto para otra actividad. No resulta admisible aplicar la analogía para restringir un derecho" (voto del juez Muñoz al que me adhiriera en la causa "Vera, Miguel Ángel c/GCBA (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1427, resolución del 8/5/2002). Y esta situación se reproduce en autos, o al menos esta era la situación al tiempo de iniciarse la acción.

4. Luego de que la DGEVyL le denegara al señor Corrado la renovación de su licencia (con fundamento en la ley 24.449 y en el dec. 779/95); el Jefe de Gobierno emitió el dec. 331/04 (publicado en el *BOCBA* nº 1899 del 12/3/2004) por el cual dispuso: "*Art. 1º* — Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor clase D *en todas sus subclases* cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público" y, "*Art. 2º* — Establécese que a los fines de evaluar la información remitida por el Registro Nacional de Reincidencia debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 51 del Código Penal, considerando únicamente antecedentes penales las sentencias condenatorias firmes cuyo registro no haya caducado" (el destacado me pertenece).

Tanto la jueza de primera instancia como la Sala I de la Cámara CAyT, por mayoría, entendieron que el dec. 331/04 debía ser aplicado a fin de resolver la cues-

tión de autos conforme el derecho vigente, con el objeto de preservar la efectividad del pronunciamiento, así como la economía, concentración y celeridad procesal, y la eficacia administrativa y judicial (fs. 266/268 y fs. 292 vta.). La Sala consideró que "[l]os antecedentes penales del actor se encuentran comprendidos entre los previstos en el art. 1º del dec. 331/04, circunstancia que, actualmente, obsta al otorgamiento de la licencia y, por lo tanto, al progreso de la acción intentada. Ello resulta así, en atención a que en virtud de la fecha de la sentencia condenatoria (14/5/2002), la pena impuesta al recurrente venció el 24/8/2004 y aún no se produjo la caducidad de su registro (conf. art. 2º, citada norma). En efecto, este precepto remite al art. 51 del Código Penal, el cual establece —en relación al registro de las sentencias condenatorias a penas privativas de la libertad que caduca a todos sus efectos después de transcurridos diez años desde su extinción" (fs. 292 vta.).

5. Ahora bien, a mi juicio, la circunstancia de que la Legislatura dictara la ley 2148(que fuera publicada en el *BOCBA* 2615 del 31/1/2007) torna innecesaria la consideración del dec. 331/04 a fin de resolver el caso.

El art. 3.2.15 de la ley 2148 prescribe que: "...*Se puede denegar* la licencia de conductor profesional clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público..." (el destacado me pertenece).

A diferencia de lo que dispusiera el dec. 331/04, a partir de la sanción de la ley 2148, la denegación de la licencia profesional de conducir clase D con motivo en los antecedentes penales del peticionante adquirió carácter facultativo (no imperativo) para la Administración local. Sin embargo, pese a esta modificación, subsiste la referencia dirigida hacia quienes tienen antecedentes penales.

6. En lo que aquí interesa, el recurrente fundó su recurso de inconstitucionalidad en los derechos que establecen los arts. 14, 14 bis, 18 y 28 de la C.N. y los arts. 13, incs. 3º y 9º, 43, 80, incs. e) y h), 84 y 108 de la CCBA, así como en tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Los agravios que introdujo fueron: *a)* aplicación retroactiva del dec. 331/04 con afectación a derechos constitucionales adquiridos, *b)* restricción al derecho a trabajar sin que medie una ley formal, *c)* violación al principio que veda la doble punición, *d)* afectación de los principios y derechos que establecen los arts. 11 y 13, inc. 9º de la CCBA, *e)* violación al principio de congruencia con lesión a su derecho a trabajar, y *f)* arbitrariedad de la sentencia (fs. 305/329).

7. El art. 11 de la CCBA dispone que "[t]odas las personas tienen idéntica dignidad", no admite segregaciones y proscribe las discriminaciones por cualquier circunstancia que implique "distinción, exclusión, restricción o menoscabo". En sentido coincidente, el art. 13, inc. 9º de la CCBA "erradica de la Legislación de la

Ciudad (...) cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de actos que no afecten derechos individuales ni colectivos".

Ahora bien, para satisfacer un estricto escrutinio de la constitucionalidad de las normas que afectan al amparista cabe preguntarse cuál es el fin que persiguen, si el medio escogido puesto en conjunción con ese fin es idóneo y razonable, y si no existe otro camino más apto y que resguarde mejor los principios constitucionales involucrados.

La disposición 1025-DGVyL/03 no explica en ninguno de sus considerandos cómo ni por qué "...el delito mencionado [aquel en el que incurriera el recurrente] resulta un impedimento para el otorgamiento de una licencia para conducir transporte público..."; la sola referencia a los antecedentes penales del señor Corrado apunta, sin dudas, a las características biográficas del sujeto y se sostiene en una presunción de peligrosidad del autor, vedada por la CCBA.

En estas condiciones, considero enteramente aplicable a la situación de autos los fundamentos que expusiera en la causa "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888, resolución del 21/3/2007 y que transcribo a continuación:

> "Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (conf. los arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional".
>
> "La disposición [de la DGEVyL] (...) hace uso de un criterio de exclusión de manera previa a cualquier consideración acerca de la situación concreta del recurrente y es esto lo que la torna inválida por razones constitucionales".
>
> "Dicho en otras palabras, la disposición [de la DGEVyL] (...), el dec. 331/04 y aún el art. 3.2.15 de la ley 2148(aunque de manera más sutil) conducen al mismo resultado: instituyen una categoría de personas que están privadas del potencial ejercicio de derechos fundamentales, lo que es violatorio de los arts. 11 y 13 de la CCBA".

8. En atención a los argumentos precedentemente expuestos y en mérito de los preceptos constitucionales indicados corresponde declarar inconstitucional la disposición 1025-DGEVyL/03 que denegó al señor Sergio Javier Corrado la licencia de conducir peticionada con motivo de sus antecedentes penales.

La solución que propicio torna innecesaria la consideración de los restantes agravios del recurso de inconstitucionalidad.

9. Voto en consecuencia por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el señor Sergio Javier Corrado a fs. 305/329, *b)* revocar la sentencia recurrida en cuanto dispuso no hacer lugar al recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó el amparo, y *c)* hacer lugar a la demanda de amparo del señor Corrado y ordenar a la Dirección General de Educación Vial y

Licencias que otorgue al nombrado la licencia clase D 1 oportunamente solicitada, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad deducido por el señor Sergio Javier Corrado a fs. 305/329, *revocar* la sentencia recurrida en cuanto dispuso no hacer lugar al recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó el amparo y *ordenar* al gobierno de la CABA que, previa verificación de las exigencias pertinentes, resuelva nuevamente la petición del señor Corrado de conformidad con la ley local 2148.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Cámara.

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

CXCIII

"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 EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Sentencia definitiva. Interpretación de normas locales.

SUMARIOS:

1. Pese al intento de justificar la existencia de un caso federal mediante la invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas, la

decisión que declaró la caducidad de instancia resulta ajena a la cuestión federal exigida para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. El recurso extraordinario federal fundado en la arbitrariedad de sentencia es inadmisible si se sostiene, básicamente, en la discrepancia del recurrente con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia de las reglas locales aplicadas para fundar su decisión. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si no se cumple con la demostración que requiere el art. 3º, inc. a) de la Acordada 4/07 de la CSJN, en cuanto a que la decisión apelada, en el caso concreto, sea definitiva o equiparable a tal según su jurisprudencia. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. nº 5437/07 - 1º/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Eduardo Mejuto Medrano, con algún exceso de lenguaje que no pasa inadvertido a los jueces de este Estrado, interpuso a fs. 176/197 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 21/5/2008 por la que el Tribunal rechazó los recursos de queja articulados por el actor (exptes. nº 5437/07, 5489/07 y 5580/07).

2. El GCBA contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso interpuesto (fs. 203/210).

FUNDAMENTOS:

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

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

2. La primera de ellas, porque el recurrente no logra plantear una cuestión de índole federal.

La sentencia de fs. 124/130 desestimó las quejas introducidas por el actor enderezadas a que se revisase, en definitiva, la declaración de caducidad de instancia decretada por la Cámara de Apelaciones en el juicio principal —recurso directo de revisión de cesantía o exoneración—, con los siguiente fundamentos:

a) por falta de desarrollo específico que vinculase lo decidido en relación con la notificación practicada y los preceptos constitucionales invocados (expte. nº 5580), *b)* por haber sido presentada en forma tardía (expte. nº 5437), y *c)* por carecer de utilidad pronunciarse en relación a la tercer queja acumulada (expte. nº 5489). El pronunciamiento objeto del recurso resolvió el pleito con sustento en normas no federales —las reglas de derecho público procesal local relativas a la caducidad de instancia y a la validez de las notificaciones cursadas.

A poco que se advierta, y pese a los intentos que realiza el actor para justificar la existencia de un caso federal mediante la invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas, lo cierto es que lo decidido resulta ajeno a la cuestión federal exigida para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48.

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

Más aún, la CSJN tiene dicho que las cuestiones relativas a la admisibilidad de recursos locales no son, en principio, revisables en la instancia extraordinaria, ya que por su índole no exceden el marco de las facultades propias de los jueces de la causa (*Fallos,* 302:1134; 308:1253; 311:100, 312:294, entre otros).

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

4. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal, el actor procura introducirla merced a la doctrina de la "sentencia arbitraria". La admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar

el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

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

5. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en el art. 2º, incs. h) e i) y 3º, incs. a), b), d) y e) del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió señalar en la carátula (art. 2º) la fecha en que fue notificado del pronunciamiento contra el cual interpuso el recurso extraordinario (inc. h) y no efectuó en ella la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Y, como se vio en los párrafos precedentes, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, el actor no cumplió con las exigencias del art. 3º, relativas a la cuestión federal (incs. b y e). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d). Finalmente, el recurrente nada expresó para cumplir con la demostración que requiere el art. 3º, inc. a) en cuanto a que la decisión apelada, en el caso concreto, es "definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte".

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Eduardo Mejuto Medrano, con costas.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 130, punto 2.

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.*

CXCIV

"ORGANIZACIÓN CLEARING ARGENTINO S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. LICITACIÓN PÚBLICA: Contrato de adjudicación. Contrato de adhesión. Intimación a la Administración. Silencio de la Administración: Sentido positivo. PARTE DE RECEPCIÓN DEFINITIVO: Autotutela administrativa: Pronunciamiento administrativo previo.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación ante este Tribunal requiere para su admisibilidad que la Ciudad sea parte; que el valor debatido ante esta instancia sea superior a $ 700.000; y que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. El art. 61, inc. 102) del dec. 5720/72, al que remite el pliego licitatorio, acuerda sentido positivo al silencio que guarde la Administración siempre y cuando —una vez vencido el plazo de siete días a que él se refiere— el adjudicatario hubiese intimado el pronunciamiento sobre el rechazo o la conformidad definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La diligencia exigible al contratista del Estado impide suponer —por la trascendencia del acto y la cuantía económica involucrada— que éste desconozca la diferencia que existe entre la intimación para que se preste conformidad con la labor realizada (obligación de hacer) con la intimación a que se pague una suma adeudada (obligación de dar). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Si bien el órgano judicial es el competente para dirimir una controversia acerca de si se encuentra o no adecuadamente cumplida una obligación contractual, ello no puede ser utilizado para soslayar sin justificación el procedimiento administrativo previsto a esos efectos, pues esa es la vía prevista para que la Administración ejerza sus prerrogativas con relación al cumplimiento, aplicación de sanciones, etc. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. Las probanzas derivadas de la prueba testimonial rendida y el peritaje realizado no logran desvirtuar el hecho de que la contratista no obtuvo, en relación a las facturas que reclama, el "Parte de Recepción Definitivo", única prueba que le hubiera permitido el cobro de lo que consideraba se le adeudaba. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

6. Al no haberse expedido la conformidad definitiva de la totalidad de los trabajos efectuados, la contratista no podía exigir a la demandada que le proporcionase los nuevos padrones para continuar con la etapa siguiente, pues para el cierre de la primera etapa —si la actora consideraba que había cumplido en tiempo y forma con la tarea encomendada y tenía real interés en continuar con la ejecución del contrato— ella podía, mediante el procedimiento establecido en las normas aplica-

bles, lograr que se le expidiera ese parte en un plazo realmente breve, u obtener su concesión mediante el silencio positivo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Aun cuando tuviera razón la actora en cuanto a que la obligación de confeccionar los nuevos padrones de carteles de publicidad correspondía a la entonces Municipalidad de Buenos Aires, en la orden de compra no se estipuló un plazo para que se dé cumplimiento a esa obligación, circunstancia que tornaba imperioso fijar el plazo, a los fines de colocar al acreedor en mora en el cumplimiento de su supuesta obligación de corregir los padrones, y que la actora no intentó. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

8. La pretensión resolutoria del contrato incoada por la contratista debió demostrar que había puesto adecuadamente en mora a su contraparte en el contrato respecto de la entrega de padrones de carteles de publicidad que satisficieran las condiciones pactadas en el contrato de modo que posibilitase llevar adelante su propia tarea, acreditación de ineludible relevancia para justificar la ruptura del contrato por el contratista. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

9. La autotutela administrativa —fundada en la necesidad de resguardar los intereses públicos y generales de la sociedad— supone que se reserva a la Administración la primera decisión, a la que se la dota de validez y de inmediata eficacia (ejecutoriedad); a la vez que se la priva de carácter último en la medida de que se la hace susceptible de enjuiciamiento judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. En el ámbito del derecho administrativo, por regla, siempre debe preceder a la acción judicial un pronunciamiento administrativo —expreso o presumido por su silencio— en torno del cual se construye la pretensión impugnatoria que abre el proceso judicial, que se caracteriza por su carácter revisor de la decisión cuestionada, premisa aplicable en un todo al ámbito contractual del desempeño estatal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. En el ámbito contractual del desempeño estatal, desde la óptica de las partes contratantes no existe entre el Gobierno contratante y el particular contratista una relación de igualdad, que sí es propia del derecho privado, sino que existe *ab initio* una situación de disparidad entre las partes que se constituye en nota propia de este tipo de contratos administrativos, que son prácticamente "contratos de adhesión" desde que la Administración fija unilateralmente las condiciones en el pliego respectivo y el contratista las acepta al ofertar para obtener la adjudicación de los trabajos previstos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Corresponde rechazar el recurso ordinario de apelación deducido por la contratista si ésta se apartó discrecionalmente del marco legal en el cual se desarrollaba el contrato adjudicado, sin dar razón alguna que, eventualmente, pudiera justificar este comportamiento contradictorio con las formas, tiempos y condiciones estipuladas en la génesis de la relación contractual con la ex MCBA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. Prescindir del marco jurídico libremente pactado en el contrato adjudicado, al pretender obtener la aprobación de los trabajos de relevamiento adjudicados y

el cobro de los mismos por vías distintas y a través de funcionarios diferentes a los señalados en los instrumentos base de la contratación, significa tanto como incorporar, por la vía judicial, modificaciones a las condiciones del contrato a favor de la parte que, en forma previa, ha aceptado las condiciones del pliego de licitación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. La presentación judicial de la contratista aparece como prematura y carente de justificación, si ella no siguió los pasos tendientes a obtener las conformidades por parte de quien era, según el pliego de condiciones, la persona encargada de verificar el correcto cumplimiento de lo pactado y tampoco acreditó la existencia de un acto de decisión administrativa que aprobara o denegara los trabajos o su pago, en forma total o parcial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. Cabe rechazar el recurso ordinario de apelación cuando el recurrente no ha logrado controvertir la negligencia que le imputó el *a quo* al constatar su omisión inexcusable, consistente en no haber intimado en debida forma a la autoridad administrativa competente para que le otorgue la "conformidad definitiva" prevista en el art. 61, incs. 102) y 110), del dec. 5720/72, aplicable al contrato que suscribió voluntariamente y sin reservas expresas en este punto. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

16. El cumplimiento de la intimación en debida forma a la autoridad administrativa competente para que le otorgue la "conformidad definitiva" de este paso del procedimiento, ya sea para obtener una conformidad explícita de la contraparte estatal o para hacer valer el silencio positivo de acuerdo a lo previsto de manera expresa en la norma reglamentaria aplicable, resultaba exigible para obtener los pagos requeridos a partir de la letra clara del Pliego de Cláusulas Particulares y la vigencia del principio general contenido en el art. 1197 del Cód. Civil —*pacta sunt servanda*—, obligación que no podía ser reemplazada por otra actuación libre y unilateralmente adoptada por el contratista. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5653/07 - 3/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Organización Clearing Argentino S.A. (en adelante OCASA) promovió ante la Justicia Nacional en lo Civil una demanda contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante ex MCBA), con el objeto de que se condene a esta última: "*a)* al pago de la suma de pesos *doce millones doscientos cincuenta y tres mil quinientos sesenta y cinco con tres centavos ($ 12.253.565,03),* en concepto de capital; *b)* al pago de la suma de pesos *doscientos cuarenta y nueve mil novecientos treinta y cinco con veinte centavos ($ 249.935,20),* en concepto de cargos compensatorios por pagos efectuados fuera de término; *c)* al pago de la suma de pesos *un millón trescientos trece mil novecientos cincuenta y siete con ochenta y ocho centavos ($ 1.313.957,88),* en concepto de intereses pactados en el contrato

y devengados y calculados a partir de la fecha de cada vencimiento, o sea, desde la mora, hasta el 15/4/1996, inclusive; *d)* al pago de los intereses que se sigan devengando a partir del 16/4/1996 y hasta el día del efectivo pago del capital adeudado; *e)* al pago de las costas del juicio" (fs. 91/105 vta. del *expte. nº 1350).*

Señaló que con fecha 23/11/1993 resultó adjudicataria en la licitación pública nº 573/93, por la que la ex Municipalidad encargó "la ejecución de diversos censos tendientes a mejorar la recaudación del municipio", tarea que debía realizarse en varias etapas. La primera de ellas consistía en la prestación del servicio de censo y empadronamiento de contribuyentes, por los siguientes conceptos y con los siguientes mínimos garantizados de tramitaciones: *a)* patentes de vehículos de carga y transporte público de pasajeros y las empresas a las cuales estos vehículos se encuentran afectados, con un mínimo de 20.000 tramitaciones; *b)* publicidad en la vía pública, con un mínimo de 50.000 tramitaciones; *c)* ocupación en la vía pública con mesas y sillas, con un mínimo de 600 tramitaciones; *d)* ocupación en la vía pública con quioscos de flores, con un mínimo de 600 tramitaciones; *e)* ocupación en la vía pública con contenedores, con un mínimo de 50 tramitaciones y *f)* relevamiento y censo de habilitaciones municipales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, con un mínimo de 150.000 tramitaciones. El día 30/12/1993, la demandada emitió la orden de compra nº 579/93 y que a partir del mes 6/1994 la contratista comenzó a presentar los informes y material de los relevamientos, los que culminaron antes del lapso de 180 días previstos en el contrato. Las rendiciones se efectuaron el 10 de junio, el 11 de julio, el 9 de agosto, el 8 de septiembre y el 7 de octubre de 1994. Agregó que por acta extraprotocolar del 7/10/1994, labrada por un escribano ante la Subsecretaría de Inspección General de la ex Municipalidad, OCASA dejó constancia de la entrega de la última rendición del servicio de censo y relevamiento.

La actora afirmó que pese a que en el art. 32 del pliego se estipulaba que el pago debía realizarse "dentro de los 30 días contados a partir de la conformidad dada por el parte de recepción definitiva", la demandada no cumplió con esa obligación limitándose a realizar algún que "otro pago parcial, siempre fuera del término establecido". Por tal razón, OCASA envío entre septiembre de 1994 y febrero de 1996 al señor Intendente y al Secretario de Hacienda y Finanzas de la ex MCBA varias notas solicitando la cancelación de la deuda por la tarea cumplida por su parte, las que no fueron respondidas. Expresó que la reclamación administrativa constituyó en mora a la ex MCBA, por lo que se le adeudan los intereses por el retardo. Agregó que los pagos parciales que le efectuó la accionada con posterioridad a la fecha de finalización de la primera etapa "sirvieron para ratificar la autoridad del contrato y esos pagos, además, valen como actos confirmatorios de los trabajos cumplidos".

Fundó el derecho en los arts. 505, 508, 509, 512, 519, 520, 901, 902, 919, 1197, 1198 y concs. del Cód. Civil.

2. La Procuración General contestó la demanda (fs. 116/120 vta.). Y solicitó su rechazo.

3. Además de la demanda mencionada en el punto 1, OCASA promovió otra causa contra la ex MCBA *(expte. nº 1351)* dirigida "*a)* rescindir, por su culpa [de la ex MCBA], el contrato celebrado (...) el 23/12/1993 y respecto de las obligaciones aún no cumplidas; *b)* al pago de la suma de pesos quinientos tres mil ochocientos sesenta y dos con 51/100 ($ 503.862,51); *c)* al pago de una suma equivalente al 28,1 % sobre la mayor recaudación efectivizada por la Municipalidad, respecto de 87.546 carteles de publicidad cuota 80 y 114.345 carteles cuota 79, que (...) estima en la suma de dos millones doscientos sesenta mil cuatrocientos ocho con 57/100 ($ 2.260.408,57), o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse; *d)* al pago de los intereses pactados en el contrato, a partir de la mora y hasta el día del efectivo pago; *e)* se la condene al pago de la suma de pesos tres millones ochocientos treinta y un mil setecientos cinco con 32/100 ($ 3.831.705,32), o la que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con motivo de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que impidió el mantenimiento del censo; *f)* al pago de los intereses que devengue la suma que se condene a pagar en concepto de daños y perjuicios; *h)* al pago de las costas del juicio".

OCASA reiteró en este juicio lo señalado en el expte. nº 1350 en cuanto a la celebración y ejecución del contrato y a que la demandada incumplió con la obligación de pagar el precio de la prestación. Indicó que a la fecha de inicio de este segundo juicio la demandada le adeudaba la suma de $ 12.253.565,03 que era reclamada en aquél.

Expresó la actora que la segunda etapa del contrato tuvo principio de ejecución, y que lo actuado benefició a la ex MCBA. Expuso que en lo atinente a la publicidad en la vía pública, a raíz de las intimaciones cursadas respecto de las infracciones detectadas por OCASA, el municipio incrementó la recaudación de ese tributo adeudándole el 28,1 % de ese incremento, es decir, $ 503.862,51 de acuerdo a lo establecido en la orden de compra nº 579/93. Señaló que aunque las liquidaciones presentadas al cobro no fueron observadas o impugnadas dicha suma no fue cancelada; y que la demandada guardó silencio frente al reclamo que por acta notarial le hiciera OCASA el 1º/4/1996. Expuso también que detectó 148.942 carteles de publicidad en infracción y que se validaron otros 55.363 del padrón original entregado por la ex MCBA, lo que le permitió un incremento recaudatorio del tributo a partir de las intimaciones cursadas en dos etapas. Por aplicación del porcentaje referido sobre el incremento, la ex MCBA le adeudaba $ 2.260.408,57. Refirió que la demandada no respondió a la intimación de pago que se le hiciera, según acta notarial del 1º/4/1996.

La actora sostuvo que para poder concluir la segunda etapa era necesario que la ex MCBA le hiciera entrega de nuevos padrones actualizados y otra documentación, de conformidad con lo consignado en el punto G, art. 3º de la orden de compra 579/93. Adujo que la demandada se encuentra en mora, ya que su parte cursó diversas intimaciones al ex Intendente (el 14/9/1994 y el 17/5/1995) en los que le hizo saber los perjuicios económicos y financieros que, a su entender, soportaba por el atraso. Aclaró que cursó diversas notas a la Secretaría de Hacienda

y Finanzas (7/11/1994 y 28/11/1994) y otra al Municipio (9/12/94), labrándose una acta el 112 de diciembre de ese mismo año en la que consta que la demandada "no entregó la documentación por carecer, el funcionario presente, de directivas al respecto". Explicó que la demandada "si bien hizo una entrega de los padrones con fecha 11/1/1995, los mismos no tenían incorporados los datos detectados que oportunamente fueron rendidos". Ello motivó que OCASA enviara una nota el 3/2/1995 comunicando tal circunstancia y la forma de subsanarla; además dirigió otras notas los días 12/1/1995 (según fs. 109 del expte. de daños 1º cuerpo), 17.03.95 (según fs. 109 del expte. de daños 1er. cuerpo), 12/9/1995, 1º/4/1996, 20/2/1996 (según fs. 109 y 25 del expte. de daños 1er. cuerpo), 22/2/1996 (según fs. 109 del expte. de daños 1er. cuerpo), que no fueron contestadas.

Consideró OCASA configurados los presupuestos de la rescisión del contrato solicitada e invocó los arts. 510, 1201, 1203, 1204 del Cód. Civil. Sostuvo que los numerosos requerimientos efectuados por su parte al ex Intendente y al entonces Secretario de Hacienda y Finanzas para que cumplieran con la obligación asumida, tuvieron entidad suficiente para constituir en mora a la accionada. Puntualizó que la conducta de la demandada impidió que el contrato logre su fin y provocó su frustración, y que de acuerdo a lo normado por el art. 1204 del Cód. Civil las prestaciones cumplidas debían quedar firmes, produciendo la rescisión del contrato efectos *ex nunc*. Por tratarse de una rescisión derivada de la conducta ilegítima de la accionada, correspondía una justa e integral reparación de los perjuicios causados. Delimitó los presupuestos de la responsabilidad, los rubros reclamados y el monto de los daños. Fundó su derecho en los arts. 505, 508, 509, 512, 519, 520, 901, 902, 919, 1197, 1198, 1204 y concs. del Cód. Civil.

4. Frente al traslado corrido, contestó demanda la Procuración General (fs. 130/145 del *expte. nº 1351*), que solicitó el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas.

5. El juez civil que intervenía dispuso la acumulación de ambos juicios para dictar una sentencia única, aunque la tramitación de ambas causas debía continuar en forma separada (fs. 148/149). Posteriormente se declaró incompetente (fs. 428 del expte. nº 1350 y fs. 356 del expte. nº 1351), razón por la cual las actuaciones se remitieron al fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario local (cargos de fs. 438 vta., expte nº 1350 y fs. 362 vta. del expte. nº 1351).

6. La jueza de grado dictó sentencia a fs. 573/594 del expte. nº 1350 (copia agregada a fs. 693/714 del expte. nº 1351).

En lo que aquí importa, rechazó las demandas interpuestas por Organización Clearing Argentino S.A. contra GCBA por cobro de pesos, daños y perjuicios y rescisión de contrato, con costas.

La magistrada tuvo en cuenta que la existencia del vínculo contractual que unió a las partes estaba fuera de discusión, mas cada parte controvertía el respectivo cumplimiento por su contraparte de las prestaciones convenidas, de acuerdo al pliego de la licitación. Analizó la prueba producida en torno al cumplimiento contractual,

ponderó la conducta de la actora para la obtención del parte de recepción definitivo y concluyó en que ante la falta de conformidad expresa de la ex MCBA con las entregas de OCASA, al no haber la empresa intimado a fin de que la administración se pronunciara dando su conformidad o su rechazo —de acuerdo con la reglamentación que regía el contrato (art. 61, inc. 102 del dec. 5720/72)—, no podía considerarse prestada la conformidad definitiva con las entregas de documentación y material relevado por el contratista. Y que la falta de esa conformidad impedía el pago de la prestación efectuada, ya que el Departamento de Contaduría —de acuerdo con la disposición 32 de las cláusulas particulares y 7º de las generales del pliego—, debía contar con aquélla para librar el pago al contratista.

En cuanto al reclamo por daños y perjuicios, estimó que la prueba producida en el expte. nº 1351 no justificaba la pretensión indemnizatoria de la actora, puesto que la demandada no se hallaba incursa en mora.

En relación a la pretensión de la actora en torno a la rescisión del contrato, consideró el carácter excepcional de la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* a los contratos administrativos, y que no concurrían los presupuestos para admitirla, ya que la demora en el pago de las facturas presentadas por OCASA tenía por causa el propio incumplimiento de la actora en la obtención de los partes de recepción definitivos; también estaba relacionada con las tramitaciones realizadas por OCASA más allá de lo pactado en el art. 2º de las cláusulas particulares, de conformidad con la orden de compra, circunstancia que alargó los plazos de la demandada para proveer los nuevos padrones.

En función de las consideraciones que expuso, y de la decisión relativa al expte. nº 1350, consideró que el incumplimiento en los pagos se generó por la conducta de OCASA, razón por la cual rechazó la pretensión actora de resolver el contrato por culpa de la demandada e impuso las costas a la vencida.

7. OCASA apeló la sentencia (ver memorial, fs. 603/642). El GCBA contestó el recurso (fs. 692/703 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, con razones semejantes a las de primera instancia, confirmó la sentencia recurrida e impuso las costas a la parte actora en su calidad de vencida (art. 62 del CCCAyT).

8. Disconforme la actora, dedujo contra dicha decisión sendos recursos de apelación ordinaria (fs. 724 y fs. 725).

I. Los agravios formulados en el memorial presentado ante el Tribunal respecto del *expte. nº 1350* contra la sentencia son los siguientes:

a) Se prescindió de evaluar la conducta de las partes y el desarrollo del contrato de acuerdo a los principios generales del derecho.

b) Se consideró que no existió conformidad definitiva por parte del GCBA respecto de los servicios prestados por ella y facturados a la contraria, en contra de lo afirmado en el Informe 927-DGG/95 del 13/7/1995 que determinó concreta y puntualmente la deuda que la demandada mantenía con su parte a esa fecha (fs. 61/69 vta. del expte. adm. nº 43.581/95) y de

lo que en igual sentido informó el Subsecretario de Administración de Recursos de la Secretaría de Hacienda y Finanzas de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 8/10 vta. de la carpeta interna nº 602/96). Esa circunstancia no se vio modificada por las "supuestas tramitaciones en exceso" o las alegadas "penalidades" por mora de la actora, que se propician como pendientes de tramitación.

c) Se soslayó que la demandada abonó facturas referidas a servicios que —en cuanto a cantidad de tramitaciones— se dicen efectuados en exceso de la cantidad prevista en la orden de compra original. Esos pagos implicaron la conformidad y validación de tales tramitaciones.

d) No se tuvo en cuenta que del Informe nº 1268-DGG/96 (agregado al expte. adm. nº 10.300/96) surgía el reconocimiento de la existencia de saldos pendientes de pago; y que en la carpeta interna nº 602/96 se reconocía la existencia de la deuda, que la ex MCBA se encontraba en mora y que se efectuaron pagos referidos a tramitaciones que se dicen efectuadas en exceso de la Orden de Compra.

e) Una eventual observación hubiese permitido —en el peor de los casos para su parte y sin que ello signifique que admitiera su procedencia— la reducción del importe debido hasta su concurrencia con lo que la demandada estima que corresponde.

f) Que no se consideró probado que el servicio fue prestado conforme al pliego.

g) No se ponderó adecuadamente la prueba testimonial que ratificaba la corrección de los trabajos realizados y nada se dijo respecto de la contradicción de lo declarado con las demás constancias valoradas en la sentencia.

h) Se adoptó un excesivo rigor formal para considerar incumplido el procedimiento establecido en la normativa aplicable (art. 61, inc. 102 del dec. 5720/72), aunque ella no establece fórmula sacramental o sistema alguno para efectuar la intimación para la aprobación de los servicios y pese a que la demandada tuvo sobradas oportunidades para expedirse en relación a los reclamos que le fueron presentados durante el transcurso de aproximadamente dos años.

i) El haber obtenido respecto de otras rendiciones la aceptación definitiva mediante el procedimiento establecido en la reglamentación no quita valor a los requerimientos efectuados, pues aun en materia de vínculos de derecho administrativo rige el principio de libertad de formas.

j) Se restó valor a la prueba pericial sin sopesar que la Comuna no concurrió al peritaje y tampoco requirió que el experto compulsase las actuaciones administrativas.

k) Tacha de arbitrario el fallo de la Cámara de Apelaciones por entender que busca sustento en una interpretación de los hechos que importan

meras afirmaciones dogmáticas, por cuanto extraen conclusiones que no se sustentan en los hechos de la causa.

A su vez sostiene que las costas debieron imponerse al GCBA ya que fue su conducta la que la llevó a promover estas actuaciones; subsidiariamente, pide que las costas corran en el orden causado, atento los elementos acreditados en la causa.

II. En relación a la *causa nº 1351* expuso en su memorial los siguientes agravios:

a) Se acreditó que los trabajos fueron realizados y rendidos, que no fueron oportuna y concretamente cuestionados ni observados por la Comuna —pese a la obligación de expedirse que recaía sobre ella en el marco de la buena fe que debió imperar en el contrato—, que su parte requirió la entrega de los elementos (padrones) necesarios para poder cumplir con la segunda etapa del contrato y que la demandada no cumplió con tales entregas frustrando ilegítimamente la posibilidad de continuar con la prestación pactada.

b) Considera arbitraria la sentencia que rechazó su pretensión con el único y exclusivo argumento de que los extremos apuntados en el punto anterior no se encontraban acreditados, por cuanto si bien existían constancias que daban cuenta de los trabajos de OCASA, ellos se hallaban cuestionados, entre otros motivos, por su extensión; y por no haberse obtenido los correspondientes partes de conformidad definitiva, restando el fallo valor a las intimaciones cursadas por OCASA para constituir en mora a la Administración.

c) Nunca le fue notificado que la falta de aprobación de los trabajos se hubiese debido al exceso en las tramitaciones cumplidas.

d) Aun cuando las tramitaciones hubieran incluido trabajos en exceso, ello no obstaba a que la ex MCBA entregara a OCASA los padrones correspondientes para que su parte pudiera cumplir con la segunda etapa del contrato.

e) La Comuna en forma totalmente injustificada y abusiva abandonó el contrato, negándose a cumplir con las prestaciones que estaban a su alcance ejecutar; y guardó silencio pese a las reiteradas intimaciones cursadas al efecto.

f) Con anterioridad, la demandada había abonado tramitaciones en exceso, por lo que no podía oponerse como un impedimento a su derecho aquello que con anterioridad se aceptó.

g) La inexistencia de los partes de recepción definitiva, opuesta como determinantes del rechazo a obtener la indemnización reclamada, conlleva un criterio desacertado de solución de la cuestión, que se sostiene en una aplicación disfuncional del derecho y que privilegia el apego desmedido a las formas por encima de la realidad de los hechos, de acuerdo a la actitud asumida por las partes en el desarrollo del contrato. El procedimiento mediante el cuál realizó los reclamos fue real, efectiva y formalmente

cumplido durante dos años a fin de que se expidiera respecto de los pagos que reclamaba de acuerdo a facturas emitidas y presentadas a la contraria; por lo que resulta un desatino pretender —como lo hace la sentencia del *a quo*— que la contraria pueda no ser considerada morosa.

h) La procedencia de la excepción de incumplimiento y de la declaración de rescisión del contrato por culpa de la contraria, nada tiene que ver con el pago de acreencias que su parte reclamaba por la ejecución de la primera etapa del contrato.

i) La propia demandada en la carpeta interna nº 602/96 reconoció el derecho de su parte a oponer la defensa de incumplimiento contractual frente a su propio incumplimiento; por lo que resulta insostenible lo alegado en la sentencia en sentido contrario.

j) El servicio prestado por OCASA a raíz del contrato no constituye un servicio público, por lo que resulta inaplicable al caso la afirmación en que se sustenta el fallo relativa a la improcedencia de alegar la *exceptio non adimpleti contractus* por la existencia del principio de "continuidad de los servicios públicos".

k) Al haber solicitado la declaración judicial de rescisión del contrato la cuestión referida a la excepción de incumplimiento contractual resultaría abstracta.

l) La declaración judicial de rescisión no se solicitó por la falta de pago, sino en razón de que la ex MCBA no le hizo entrega de los padrones (obligación esencial incumplida) necesarios a los fines de ejecutar las prestaciones a su cargo, no obstante las reiteradas intimaciones que OCASA dirigió a la Administración.

m) La afirmación de que el "alargamiento" de los plazos para que la contraria entregara los padrones se hallaba relacionada con las tramitaciones realizadas por OCASA más allá de lo pactado, constituye una creación artificial que no resulta de las defensas o de los hechos invocados por la demandada, ni de la prueba producida en autos; lo que importa una evidente violación del principio de congruencia por extralimitación de las facultades del juez.

n) La pretendida falta de conformidad con las rendiciones es absolutamente inconsistente con la circunstancia acreditada en autos de la inexistencia de observaciones en tal sentido por la contraria.

ñ) Teniendo en cuenta que la Comuna obstó al cumplimiento del contrato y colocó a su parte en situación de verse obligada a recurrir a la vía judicial para obtener el reconocimiento o pronunciamiento acerca de sus derechos, mientras que ella, en todo momento de la vigencia del contrato, desplegó una actividad diligente, positiva, concreta y útil, existen suficientes razones para que las costas le sean impuestas a aquélla; no obstante lo cual, subsidiariamente pide —por existir elementos acreditados en la causa— que las costas corran en el orden causado.

o) Tacha de arbitrario el fallo de la Cámara de Apelaciones por entender que se sostiene en una interpretación de los hechos que importan meras afirmaciones dogmáticas, por cuanto se extraen conclusiones que no se sustentan en los hechos de la causa y se ha desatendido la conducta abusiva de la contraria a la vez que se ha prescindido de la actitud positiva desarrollada por su parte.

9. El GCBA —en oportunidad de contestar el memorial—, solicita se rechacen los planteos de la parte actora y se confirme la sentencia de la Cámara de Apelaciones (fs. 786/802).

10. El Fiscal General Adjunto se expidió únicamente —y en sentido desfavorable para la actora— respecto del agravio vinculado a la aplicación de los arts. 1197, 1198 y 1204 del Código Civil. Entendió que las restantes cuestiones excedían la competencia propia de ese Ministerio Público (fs. 806/808 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Según lo establecido por el Tribunal a partir del fallo dictado en los autos "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. nº 860/01, resolución del 9/4/2001 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.), el recurso ordinario de apelación ante este Tribunal requiere para su admisibilidad: *a)* que la Ciudad sea parte; *b)* que el valor debatido ante esta instancia sea superior a $ 700.000; y *c)* que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva.

El recurso de la parte actora cumple con esas tres condiciones ya que la recurrente impugna, en tiempo oportuno, una sentencia dictada en una causa en que la Ciudad es parte, cuyo valor cuestionado supera el mínimo antes citado, previsto por el art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificado por el art. 2º de la ley 189, y que ha resuelto en segunda instancia la cuestión de fondo debatida en el juicio.

El recurso, en consecuencia, fue correctamente concedido por la alzada.

2. Antes de adentrarme en el análisis de las distintas cuestiones que aquí se traen, creo conveniente precisar que por razones metodológicas seguiré el criterio que hasta ahora se ha adoptado para el tratamiento de los planteos introducidos por la parte actora. Es decir que, en primer término, abordaré los agravios articulados en relación al expte. nº 1350 para luego pasar a los referidos a la causa 1351.

- Expte. nº 1350

3. El punto neurálgico de este reclamo se relaciona con el alcance que corresponde asignar al silencio guardado por la demandada frente a las reiteradas intimaciones que la actora le cursó solicitando el pago de las facturas impagas.

4. En este sentido, es necesario puntualizar que el artículo noveno de las Cláusulas Generales del pliego licitatorio establece que la licitación se rige en

un todo con lo previsto en dicho pliego, la ley nacional 23.928, el dec. 6927/80 —B.M. nº 16.414 (Incumplimientos contractuales)—, el dec. 126/93 —B.B.M.M. nº 19.471 y 19.494, Registro de Proveedores— y el dec. 826-PEN/88. El pliego consigna, también, que las posibles situaciones no contempladas en él, se resolverán con la aplicación del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por el dec. 5720-PEN/72 y su modificatorio dec. 383-73/PEN, adoptado en el ámbito local por la ordenanza nº 31.655 (B.M. nº 15.193) AD 350.1, reglamentada por el dec. 974/76, en cumplimiento de lo determinado por el art. 91 de la Ley Orgánica Municipal (dec. ley 19.987, AD 110.15).

A su turno, el art. 32 del respectivo Pliego (Cláusulas Particulares) dispone en lo que al plazo para el pago se refiere que éste se produce "Dentro de los treinta (30) días contados a partir de la conformidad dada por el 'Parte de Recepción Definitiva' (dec. 762/93 —B.M. 19.560—), a efectuarse por la Dirección General Tesorería General". A él también se refiere la orden de compra nº 579/93.

Resulta pertinente transcribir, a estos efectos, el art. 61, incs. 102) y 110), segundo párrafo, del dec. 5720/72, al que el Pliego remite. El primero de dichos incisos determina que: "La conformidad definitiva se acordará dentro de los 7 días de la entrega de los elementos o de prestados los servicios, o el plazo que se fije en las cláusulas particulares cuando los análisis o pruebas especiales que corresponda efectuar hayan de sobrepasar aquel término. *En caso de silencio, una vez vencido dicho plazo, el adjudicatario podrá intimar el pronunciamiento sobre el rechazo o la conformidad definitiva, la cual se tendrá por acordada si no se manifestara en el término de 2 días de recibida la intimación"* (el resaltado no obra en el original). Y el segundo, coincidente con el art. 32 del Pliego, dispone que "*cualquiera sea la forma establecida para efectuar los pagos, los plazos se comenzarán a contar a partir del día siguiente al que se produzca la conformidad definitiva* de acuerdo a lo estipulado en el inc. 102, salvo casos de excepción justificados" (el resaltado, tampoco en este caso obra en el original).

La parte actora se sometió voluntariamente —y sin reservas— a esta normativa, en oportunidad de presentar su oferta. En efecto, conforme lo establece el art. 61, inc. 51 del dec. 5720/72: "La presentación de ofertas significa, de parte del oferente, el pleno conocimiento y aceptación de las cláusulas que rige el llamado a licitación, salvo expresa manifestación en contrario...".

De tal manera, "las formalidades normativa y unilateralmente impuestas por la Administración, para reconocer y efectivizar el pago en dicha sede" a las que alude OCASA a fs. 754 vta., son también, por la decisión expresa de ambas partes manifestada en el contrato, el único procedimiento previsto en el sistema normativo que rige el contrato y que posibilita otorgar al silencio de la Administración un sentido, el de su conformidad con la prestación efectuada por el contratista. Por lo demás, el propio recurrente manifiesta que "no cuestiona el procedimiento establecido en la normativa aplicable" (fs. 748).

Es desde esta perspectiva, por tanto, que corresponde analizar el alcance de las intimaciones cursadas por la actora a la demandada.

5. OCASA pretende que con las notas, comunicaciones e intimaciones dirigidas al Intendente, al Secretario de Hacienda y Finanzas y a la Comuna requiriendo el pago de las facturas presentadas, dio cumplimiento a la exigencia reglamentaria de "intimar el pronunciamiento sobre el rechazo o la conformidad definitiva" con la prestación cumplida.

En primer término corresponde señalar que en ninguna de esas notas se requirió el rechazo o la conformidad definitiva. En ellas, OCASA se limitó a requerir a la Secretaría de Hacienda y Finanzas (órgano que libraba las órdenes de pago; ver, por ejemplo, fs. 70 de la carpeta factura nº 3538, incorporada en el expte. adm. nº 43.581) o al Intendente de la Ciudad el pago de las facturas que había presentado para su cobro.

Las comunicaciones no se dirigieron al funcionario destacado en el complejo normativo para expedir la conformidad. En efecto, de acuerdo con la orden de compra nº 579/93 y la circular ampliatoria de dicha orden de compra (véase fs. 20 y 57 del expte. adm. nº 43.851/95), la conformidad para el relevamiento de vehículos de carga y transporte público de pasajeros y las empresas a las cuales estos vehículos se encuentran afectados debía ser brindada por la Dirección General de Rentas —como ocurrió—, en tanto que para los demás relevamientos encomendados, era la Subsecretaría de Inspección General el órgano competente para expedirse.

Como se destacó, el art. 61, inc. 102) del dec. 5720/72 acuerda sentido positivo al silencio que guarde la Administración siempre y cuando —una vez vencido el plazo de siete días a que el se refiere— el adjudicatario hubiese intimado el pronunciamiento sobre el rechazo o la conformidad definitiva. Sólo en ese único supuesto puede otorgársele al silencio un sentido positivo. No parece irrazonable considerar que la legislación pueda establecer ciertos recaudos procedimentales de ineludible cumplimiento para que esa consecuencia se produzca (máxime cuando por vía de silencio puede obtenerse la conformidad con prestaciones de suma complejidad como las que fueron objeto del contrato, y con ello habilitar la percepción de cuantiosas sumas de dinero del erario público). Recaudos que, por otra parte, no resultan desmesurados: *a)* que se requiera expresamente la conformidad o rechazo, y no otra cosa, y *b)* que se intime a la autoridad previamente establecida como la competente para tomar la decisión. Esos recaudos tampoco han sido tachados de inválidos por el actor.

Cabe agregar que de las constancias obrantes en la causa surge que OCASA cumplió con tales recaudos respecto de las rendiciones nº 1 a 5 referidas al relevamiento de patentes de vehículos de carga y transporte público de pasajeros y las empresas a las cuales estos vehículos se encuentran afectados, ante la DGR, y que en relación a ellas se le extendió el parte definitivo. Distinta actitud adoptó la actora, en cambio, en torno a los rubros que son objeto de esta demanda. Respecto de ellos, tan sólo optó por reclamar *el pago* de lo que consideraba se le adeudaba. Lo que aquí importa es que se omitió cursar la intimación a que se refiere el art. 61, inc. 102) del dec. 5720/72. Si bien dicha intimación no requería, ciertamente, de formalidad alguna ni términos sacramentales, lo que sí es claro es que debía con-

tener —cuando menos— el requerimiento de conformidad con la recepción, como lo exige la norma de que se trata. La diligencia exigible al contratista del Estado (*Fallos,* 311:2831 y 325:1787, entre muchos otros) impide suponer —por la trascendencia del acto y la cuantía económica involucrada— que la actora desconocía la diferencia que existe entre la intimación para que se preste conformidad con la labor realizada (obligación de hacer) con la intimación a que se pague una suma adeudada (obligación de dar).

Teniendo en cuenta que las comunicaciones cursadas por OCASA a la demandada carecen del extremo antes apuntado, no corresponde que se las asimile a la intimación que exige el art. 61, inc. 102 del dec. 5720/72.

6. Frente a las rendiciones nº 1 a 5 antes mencionadas y sus respectivas intimaciones, la Ciudad contestó en forma expresa aceptando las facturas presentadas y, con base en ello, el actor obtuvo luego el pago (véase fs. 64 de la carpeta factura nº 2487, fs. 17 de la carpeta factura nº 3026, fs. 70 de la carpeta factura nº 3538, fs. 48 de la carpeta factura nº 4748, fs. 94 de la carpeta factura nº 4674, todos incluidos en el expte. adm. nº 43.581). Esa actitud por parte de ambos contratantes es suficiente para determinar cuál fue el entendimiento que le dieron a las cláusulas contractuales y, por lo tanto, cómo debían ser aplicadas durante el resto de la relación contractual.

Así las cosas resulta difícil comprender por qué razón para ciertas rendiciones OCASA sí efectuó las intimaciones conforme al art. 61, inc. 102) del dec. 5720/72 y omitió hacerlo, en cambio, en relación a las facturas que son objeto aquí de reclamo. La diligencia propia de un contratista del Estado, sumado a la envergadura de la firma actora impiden considerar que su omisión de cumplir las exigencias reglamentarias puedan atribuirse a un desconocimiento en cuanto al modo de cursar la intimación; lo que se ve corroborado con la circunstancia de haber obrado con todo apego de formas en relación con otras rendiciones emergentes del mismo contrato, y obtener el parte definitivo necesario para que se le abonara lo adeudado conforme lo establece el art. 32 del Pliego.

Si tal procedimiento le permitió percibir las sumas resultantes de dichos partes definitivos, no se advierte por qué durante dos años insistió en cursar una intimación que no reunía los requisitos exigidos por el art. 61, inc. 102) del dec. 5720/72, en lugar de efectuar una idéntica a la cursada por las rendiciones nº 1 a 5. La actora ha guardado silencio a este respecto en su expresión de agravios, y nada más puede colegirse.

7. La actora también pretende que se admita la conformidad de la Administración con los trabajos que realizó, y por los que ahora reclama, acudiendo a otros medios de prueba, distintos del parte expedido por la autoridad competente que exige el art. 32 del Pliego. Como fue dicho, ese parte expedido por el funcionario facultado por el plexo normativo aplicable era el natural para obtener la conformidad de la Administración con la prestación efectuada por el contratista.

Si bien sería el órgano judicial el competente para dirimir una controversia acerca de si se encuentra o no adecuadamente cumplida una obligación contrac-

tual, ello no puede ser utilizado para soslayar sin justificación el procedimiento administrativo previsto a esos efectos. Sobre todo si se considera que esa es la vía prevista para que la Administración ejerza sus prerrogativas con relación al cumplimiento, aplicación de sanciones, etcétera (art. 33 y ss. del pliego de condiciones generales).

En nada modifica la circunstancia apuntada precedentemente los informes en que la actora pretende sustentar su derecho (Informe 927-DGG/95, fs. 69 del expte. adm. nº 43.581; carpeta interna nº 602/96, fs. 8/10 vta. y fs. 11/12 vta.), pues ellos no suplen la intervención del funcionario destacado por las normas aplicables a tal efecto, establecida en el contrato con la exigencia del "Parte de Recepción Definitiva". Se trata, ciertamente, de informes o dictámenes, no obligatorios ni vinculantes, y no de una decisión emitida por autoridad competente en el ámbito de su incumbencia específica.

Los pagos parciales con relación a obligaciones sobre las que no se había obtenido la recepción definitiva no alcanzan a desvirtuar lo dicho hasta ahora. El GCBA alega que esos pagos sólo fueron efectuados a cuenta, circunstancia que se compadece con el hecho de que los montos facturados excedían por mucho los consignados en las órdenes de compra (véase informe nº 1862-DGG/95 —fs. 96 del expte. adm. nº 43.581/95— e informe nº 1286-DGG/96, que obra en el expte. adm. nº 10.300/96). En el mismo sentido puede destacarte que a fs. 89 del expte. adm. nº 43.581/95, obra una nota en la que el recurrente solicita el "pago a cuenta" de servicios individualizados como "ítem B" en el contrato. Así las cosas, la carga de la prueba sobre la razón por la que la cancelación de las facturas presentadas no fue total corresponde a la actora, sobre todo si se tiene en cuenta que es dicha parte quien intenta deducir de esos pagos una consecuencia que, como principio, no le es propia, a saber, conformidad sobre las prestaciones facturadas.

Respecto de la prueba testimonial rendida y el peritaje realizado, no cabe sino señalar que tales probanzas no logran desvirtuar el hecho de que la actora no había obtenido, en relación a las facturas que reclama, el "Parte de Recepción Definitivo", única prueba —insisto— que le hubiera permitido el cobro de lo que consideraba se le adeudaba.

Por lo demás, no puede soslayarse que en tanto el perito practicó la medida teniendo como fuente de información únicamente los registros contables de la actora, la eficacia probatoria de sus conclusiones es, virtualmente, irrelevante, y nada agregó al material que debe tomarse en cuenta para formar convicción acerca del caso. Esa medida probatoria no tiene relación con la forma en que se resuelve toda vez que nada aporta con relación a la falta de tramitación de los procedimientos administrativos destacados, o del consentimiento respecto de los relevamientos integrados, así como tampoco puede aportar elementos relacionados con la forma en que deben ser interpretadas las notificaciones cursadas por la actora.

Este último argumento lleva a descartar el agravio relativo a la incorrecta valoración de los testimonios.

8. Resta ponderar el agravio referido a la necesidad de volver a transitar la instancia administrativa para el reconocimiento de su crédito. Si bien la actora afirma que la Administración ya expuso las razones por las que considera que los créditos reclamados por su parte son injustificados, no cabe asignar a lo actuado por el GCBA tanto en sede administrativa como en este proceso dicho alcance. Con acertado criterio, la sentencia de primera instancia, confirmada por la alzada, señaló que en atención a las razones por las que decidió el rechazo de la demanda por cobro de pesos "[e]llo no empece a que *a posteriori,* la actora pueda reclamar en un nuevo juicio el cobro perseguido en autos, una vez que haya cumplimentado el procedimiento exigido para la obtención de la conformidad definitiva de la administración, ya sea mediante acto expreso o tácito ante la falta de contestación a su intimación" (fs. 588); agrego, por mi parte, o ante su rechazo.

No se trata de un ritualismo inútil ya que, como ha quedado demostrado a lo largo de este juicio, resta aún definir la cuantía correcta de las sumas adeudadas de acuerdo a las prestaciones contratadas. El informe del Subsecretario de Administración de Recursos de la Secretaría de Hacienda y Finanzas de la ex Municipalidad de Buenos Aires, doctor Rubén Kroll, invocado por el recurrente (carpeta interna nº 602/96; fs. 8/10 vta.) ha puesto de resalto que debe dilucidarse si era factible la modificación de la cantidad de tramitaciones prevista en la orden de compra —agrego: teniendo en cuenta el monto total del contrato allí consignado y las limitaciones al ejercicio del *ius variandi*— y si procede el pago de la suma resultante por los trámites que exceden el mínimo establecido en la citada orden de compra, y de ser procedente, quién era la autoridad competente para realizar tales modificaciones. Además, se ha relatado la existencia de pagos que darían lugar a notas de crédito a favor del Estado, cuestiones que deben ser ventiladas en forma suficiente en esa sede. Finalmente, luego de obtener la conformidad definitiva o el rechazo con las prestaciones por parte de la Administración, recién se tornarán aplicables las disposiciones referidas a la mora, con el consiguiente curso de los intereses pactados, que han sido incorrectamente incorporados a esta demanda.

9. Teniendo en cuenta que fue la actora quien se colocó en la situación en que hoy se encuentra, al no haber requerido —en los términos del art. 61, inc. 102) del dec. 5720/72— la conformidad definitiva de los trabajos realizados, no advierto razones suficientes para modificar la imposición de costas formulada en las instancias anteriores, las que deben ser confirmadas.

10. En relación a esta causa, entonces, voto por rechazar el recurso de apelación ordinario interpuesto, confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAyT).

- Expte. nº 1351

11. El recurso planteado en relación con este expediente tampoco puede prosperar. En estas actuaciones la actora demandó a la entonces Municipalidad de Buenos Aires con el objeto de "rescindir, por su culpa, el contrato celebrado"

y de obtener el pago de diversas sumas de dinero en concepto de obligaciones contractuales que estima pendientes y de los daños y perjuicios que le habría ocasionado ese incumplimiento. Así las cosas, el actor intenta extinguir la relación contractual que lo vincula con la demandada, alegando que esta última incumplió sus obligaciones contractuales.

12. Estimó la jueza de primera instancia, y ello no se encuentra controvertido, que OCASA requirió al GCBA la entrega de los "padrones actualizados", bajo apercibimiento de tener por "rescindido" el contrato con base en el art. 1204 del Cód. Civil. Luego, según se relata en las actuaciones administrativas, ante lo que estimó una falta de respuesta, mediante telegrama nº A445025144 (5) dirigido a la entonces Municipalidad de Buenos Aires, OCASA declaró "rescindido" el contrato. Posteriormente, mediante carta documento nº 07.304.857 AR, el GCBA rechazó "por improcedente y maliciosas" esas notificaciones y sostuvo que "[l]a norma invocada por Uds. no es de aplicación a los contratos administrativos regidos por el derecho público por lo que no se encuentran habilitados para rescindir por sí el contrato...". Con similar tenor se manifestó el Secretario de Administración de Recursos de la Secretaría de Hacienda y Finanzas al contestar la solicitud de devolución de la póliza de garantía realizada por OCASA. En esa contestación dijo que "[e]sa solicitud es improcedente por cuanto no se encuentran habilitados para rescindir por sí el contrato [...] En consecuencia, se halla en plena vigencia el Servicio de Censo y Empadronamiento instrumentado por orden de compra 579/93" (fs. 6/8, carpeta interna nº 602/96 incorporada en el expte. adm. nº 43.581).

Del relato anterior surge que, más allá de la invocación promiscua de la palabra "rescisión" y el mecanismo de resolución del art. 1204 del Cód. Civil, la voluntad de la actora ha sido la de extinguir el vínculo contractual con base en lo que estima incumplimiento del gobierno demandado y la intimación a cumplir formulada bajo apercibimiento de disponer esa extinción en el supuesto de que el gobierno persistiera en esa reticencia.

13. La actora parte del supuesto de que los trabajos que realizó para la demandada en la primera etapa fueron conformados por ésta. Premisa inexacta ya que, a la luz de lo dicho precedentemente a propósito del expte. nº 1350, la actora no obtuvo el "Parte de Recepción Definitiva".

Es cierto que para cumplir con las tareas de la segunda etapa, OCASA debía contar con los nuevos padrones. Empero, de la sola lectura del art. 3º, inc. g) de las cláusulas generales —norma que invoca la actora— no surge que el cumplimiento de esa obligación estuviera a cargo del GCBA o, mejor aún, que solamente el GCBA pudiera llevarla a cabo. El primer párrafo de ese precepto dice: "[a] partir de los nuevos padrones, confeccionados sobre la base de la información relevada por la adjudicataria, se procederá al mantenimiento de los mismos a fin de su permanente actualización". Tampoco el resto del artículo, u otras cláusulas del plexo que integra la voluntad contractual permiten establecer que esa obligación pese exclusivamente sobre la Administración. En esta tesitura, cabe resaltar que el segundo párrafo de

la cláusula citada dispone que "[e]l adjudicatario deberá proponer los sistemas de actualización que contemplen el mantenimiento del relevamiento, por un período de (3) tres años, con un mínimo de actualización anual de un tercio (1/3) de la base empadronada". No encuentro elementos que me permitan asegurar cómo pudo cumplir la actora con este deber, lo que sería presumiblemente relevante para juzgar la conducta de la entonces Municipalidad de Buenos Aires. Ello denota que, en la sección en cuestión, el contrato preveía una serie de obligaciones concatenadas, sobre las que el actor no puso de relieve razones suficientes como para apoyar la interpretación que propone y que determinaría el incumplimiento de la entonces Municipalidad de Buenos Aires.

La actora tampoco presenta argumentos suficientes como para demostrar que la naturaleza u objeto de la obligación en cuestión lleve a determinar que el cumplimiento sólo podía corresponder a su contraparte. Es cierto, como reitera, que OCASA intimó a la entonces Municipalidad y que ésta entregó padrones (que OCASA estimó inapropiados), y que ello podría dar apoyo a la postura de la actora. Aunque se discute si las solicitudes fueron cursadas a las reparticiones correspondientes, no pasa lo mismo en cuanto a la afirmación relativa a que la antes Municipalidad no contestó la solicitud de que se le entregasen padrones actualizados, ni la solicitud de autorización para realizar las tareas con los padrones actualizados por OCASA. Esta última situación debe ser leída en conjunto con la falta de conformidad definitiva de los relevamientos en cuestión, y bien pudo ser asumida por el Estado demandado como una actitud cautelosa a los efectos de no dar esa conformidad en forma tácita. También apoya esta argumentación, la circunstancia de que, expresamente, la demandada ha rechazado la pretensión resolutoria sosteniendo que no puede entenderse como un incumplimiento de la Administración el hecho de que "...no estaban incorporados los datos oportunamente rendidos, datos que *ella misma* [OCASA] *había recogido* en virtud de lo estipulado en la primera parte de su encomienda" (fs. 798 vta.; lo destacado pertenece al original). Ello da cuenta de que una posible inteligencia del contrato consiste en que OCASA podía dar cumplimiento a sus obligaciones sin que fuera necesario un actuar previo de la Administración. OCASA no ha controvertido eficazmente esta alegación del GCBA.

Por lo demás, si entiende que poseía padrones con las características necesarias como para dar cumplimiento podría haberlo hecho. Es cierto que ello habría sido a riesgo de que luego su contraparte no le diera la conformidad definitiva, lo que habría puesto en tela de juicio la validez de los padrones, pero, como se indicó más arriba, OCASA tuvo a su disposición un procedimiento para obtener esa conformidad al que voluntariamente no recurrió. En tanto no quedó cerrada la etapa anterior al no haberse expedido la conformidad definitiva de la totalidad de los trabajos efectuados, OCASA no podía exigir a la demandada que le proporcionase los nuevos padrones para continuar con la etapa siguiente. Vuelve a ser relevante destacar que para el cierre de la primera etapa —si la actora consideraba que había cumplido en tiempo y forma con la tarea encomendada y tenía real interés en continuar con la ejecución del contrato— ella podía, mediante el procedimiento establecido en las

normas aplicables, lograr que se le expidiera ese parte en un plazo realmente breve, u obtener su concesión mediante el silencio positivo.

Aun cuando tuviera razón la actora en cuanto a que la obligación de confeccionar los nuevos padrones correspondía a la entonces Municipalidad de Buenos Aires, en el art. 3º, inc. g) no se encuentra estipulado un plazo para que se dé cumplimiento a esa obligación. A su vez, no ha mostrado la actora ni parece que así sea que la prestación era, por su índole, susceptible de inmediata ejecución. Esta circunstancia tornaba imperioso fijar el plazo, a los fines de colocar al acreedor (de la obligación de OCASA de entregar los relevamientos) en mora en el cumplimiento de su supuesta obligación de corregir los padrones. Cualquiera hubiera sido el modo de hacerlo (procedimiento del art. 509 del Cód. Civil u otro), lo cierto es que la actora no lo intentó.

14. La actora resaltó en su memorial de agravios que la rescisión del contrato tuvo por causa el incumplimiento del Gobierno en entregar los padrones.

Sin embargo, tampoco es cierta esa afirmación. OCASA admite que recibió padrones (ver fs. 16 de estas actuaciones), pero consideró que ellos no estaban actualizados, y requirió que le fuera permitido iniciar las tareas con los padrones que adjuntaba, conformados a partir de la primera etapa del servicio (ver fs. 17 y 20 de estos actuados). El GCBA, al contestar el recurso de apelación pone de manifiesto que "cuando la ex MCBA entrega —unilateralmente— la documentación, la actora consideró que está incompleta, ya que le faltan los datos que ella ha recogido por la actividad desplegada en la primera etapa de la contratación y que, obviamente, se encuentra en su poder. E invocó esta situación como causal de resolución..." (fs. 799 vta.). Entonces, la Administración entregó a OCASA nuevos padrones. No le fue contestado, en cambio, el requerimiento de que se tomaran por válidos y se la autorizara a iniciar las tareas con los padrones que ella adjuntaba, conformados con los registros de los contribuyentes detectados e infractores de los rubros relevados. Cabe señalar que ese último pedido no fue efectuado a la repartición contratante (ver documentación en copia agregada a fs. 17 y 19/20 de esta causa).

De las constancias obrantes en el expediente surge que, en principio, el desacuerdo entre los trabajos realizados y lo requerido por la antes Municipalidad de Buenos Aires se relacionaba con que OCASA habría realizado relevamientos en exceso. Sin embargo, eso no es suficiente para descartar que los relevamientos no hubieran podido ser observados por otras razones por la entonces Municipalidad de Buenos Aires. El actor no realizó en ningún momento esfuerzos tendientes a probar la adecuación de los servicios realizados a las estipulaciones contractuales.

La pretensión resolutoria del contrato incoada por OCASA debió demostrar que había puesto adecuadamente en mora a su contraparte en el contrato respecto de la entrega de padrones que satisficieran las condiciones pactadas en el contrato de modo que posibilitase llevar adelante su propia tarea. Nada en el juicio, salvo sus dichos, acredita esa circunstancia, de ineludible relevancia para justificar la ruptura del contrato por el contratista.

15. Desde otro ángulo, en momento alguno el informe requerido por el Subsecretario de Administración de Recursos de la Secretaría de Hacienda y Finanzas de la ex Municipalidad de Buenos Aires, doctor Rubén Kroll, a la Procuración General reconoce la deuda, el estado de mora o el derecho de la actora a solicitar la rescisión del contrato (carpeta interna nº 602/96; fs. 8/10 vta.). Por el contrario, allí se hace referencia a la necesidad de contar con la opinión de la Procuración General tendiente a dilucidar la factibilidad de la modificación de la cantidad de tramitaciones prevista en la Orden de Compra; de dejar sin efecto algún ítem, la procedencia del pago de la suma resultante por los trámites que exceden el mínimo establecido en la citada Orden de Compra, y de ser procedente, la autoridad competente para realizar tales modificaciones.

Al dictamen del Procurador General de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (carpeta interna nº 602/96: fs. 11/12 vta.), tampoco puede atribuírsele los efectos de un reconocimiento de las sumas que pretende la actora, o de la mora en que afirma incurrió la demandada, dado que se trata de un dictamen y no de un acto administrativo emitido por autoridad competente.

16. Lo atinente a lo que la actora denomina *exceptio non adimpleti contractus*, en su aplicación al caso y la naturaleza del servicio contemplado en el contrato, no merece una mayor consideración, toda vez que de la forma en que se resuelven los anteriores planteos se ha determinado que conforme las circunstancias de autos, OCASA no ha logrado demostrar la existencia de ningún incumplimiento, por parte de la demandada, de las obligaciones asumidas en el contrato en cuestión, menos aún de aquellas que habrían podido condicionar el cumplimiento de sus propios compromisos. En tales condiciones, no pudo ser esgrimida por OCASA frente a una intimación del GCBA para que cumpliera sus obligaciones, pues semejante demanda no fue articulada. Tampoco esa invocación vista como imputación de mora del gobierno acreedor de los relevamientos en el cumplimiento de su deber de posibilitar el correlativo cumplimiento de la contratista fue debidamente fundada.

17. Lo hasta ahora expuesto basta para rechazar el recurso de apelación ordinario intentado y confirmar la sentencia recurrida en relación al expte. nº 1351.

Propongo que las costas de todo este proceso (expte. nº 1351) sean impuestas a la vencida, toda vez que no existen razones para apartarse del principio general de la derrota.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, quien ha analizado con suficiencia las cuestiones a decidir.

Sin perjuicio de compartir en su totalidad los fundamentos que sustentan el mencionado voto, considero necesario poner de resalto algunas consideraciones —a mi juicio determinantes— que avalan la solución que propicia el doctor Lozano, las que señalaré a continuación.

2. Es necesario tener presente, en primer término, que dentro del ámbito del derecho administrativo existe, en relación con la resolución de controversias, un

específico reparto de competencias entre la Administración y el Poder Judicial. La autotutela administrativa —fundada en la necesidad de resguardar los intereses públicos y generales de la sociedad— supone que se reserva a la Administración la primera decisión, a la que se la dota de validez y de inmediata eficacia (ejecutoriedad); a la vez que se la priva de carácter último en la medida de que se la hace susceptible de enjuiciamiento judicial. A los jueces se le otorga, pues, la decisión final y definitiva en la materia, en el caso de que la decisión administrativa resultara adecuadamente impugnada (conf. Jiménez-Blanco y Ortega Álvarez: *Manual de derecho administrativo*, coordinado por Parejo Alfonso, 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 447 y ss.)

De ello se desprende que, por regla, siempre debe preceder a la acción judicial un pronunciamiento administrativo —expreso o presumido por su silencio— en torno del cual se construye la pretensión impugnatoria que abre el proceso judicial, que se caracteriza por su carácter revisor de la decisión cuestionada.

Esta premisa, aplicable en un todo al ámbito contractual del desempeño estatal, se ve incluso corroborada al advertirse que —como ya ha sido bien destacado por los jueces de las anteriores instancias— desde la óptica de las partes contratantes no existe entre el Gobierno contratante y el particular contratista una relación de igualdad, que sí es propia del derecho privado. En el ámbito de la contratación estatal existe *ab initio* una situación de disparidad entre las partes que se constituye en nota propia de este tipo de contratos administrativos, que son prácticamente "contratos de adhesión" desde que la Administración fija unilateralmente las condiciones en el pliego respectivo y el contratista las acepta al ofertar para obtener la adjudicación de los trabajos previstos.

Se configura a partir de estas notas particulares, un régimen jurídico específico del contrato administrativo, en el cual interesa especialmente destacar que "la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario" (CSJN, *Fallos,* 308:618; 316:382 y más recientemente "Aguas Argentinas S.A. c/Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento", *Fallos,* 330:1649). En suma, el pliego de condiciones constituye el marco legal aplicable durante la ejecución y cumplimiento del contrato.

3. En estas actuaciones, la parte actora —OCASA— sostiene su reclamo al GCBA en la falta de pago de los trabajos de relevamiento efectuados, aduciendo haberlos presentado correctamente y haber intimado, en múltiples oportunidades, al intendente (en su momento) y al Secretario de Hacienda de la ex MCBA, todo con resultado negativo.

Sin embargo, tal como da cuenta el voto del doctor Lozano, todos estos trámites no fueron realizados de conformidad con los pasos establecidos en el "pliego de condiciones" (fs 1/40, expte. adm. nº 45.581/95), ni en la "orden de compra" (fs. 54/57, expediente citado), ni con la normativa a la cual estas piezas remitían (art. 61, incs. 102 y 110 del dec. nac. 5720/72). Por el contrario, OCASA utilizó, tanto para presentar los trabajos como para reclamar su pago, otras formas, que

quizás presumió más idóneas o efectivas o rápidas, pero que no eran las pactadas. A ello se agrega otro dato, que no es menor: verificada la ineficacia de las vías discrecionales intentadas, OCASA no hizo nada por adecuar su comportamiento contractual a lo estipulado, aun cuando le constaba que, cuando cumplió los pasos especificados en el pliego, los trabajos presentados le fueron aceptados (rendiciones 1 a 5 del contrato), entregados los documentos necesarios para instar el cobro y pagado el precio convenido (todo ello conf. exptes. adm. nº 45.581/95 y nº 10.300/96, agregado a las actuaciones).

En suma, la parte actora se apartó discrecionalmente del marco legal en el cual se desarrollaba el contrato adjudicado, sin dar razón alguna que, eventualmente, pudiera justificar este comportamiento contradictorio con las formas, tiempos y condiciones estipuladas en la génesis de la relación contractual con la ex MCBA. Esta actitud de quien ahora acciona judicialmente por pago de los trabajos y por rescisión del contrato no puede resultar indiferente y, por el contrario, ha de proyectar sus efectos sobre la decisión que se persigue.

3.1. En primer término, corresponde señalar que, de proceder la acción que intenta la parte que se ha apartado del marco legal aplicable al contrato, otorgando efectos jurídicos a su accionar discrecional, quedarían afectados principios fundamentales de los contratos, como la buena fe y la seguridad jurídica.

En efecto, prescindir del marco jurídico libremente pactado, al pretender obtener la aprobación de los trabajos de relevamiento adjudicados y el cobro de los mismos por vías distintas y a través de funcionarios diferentes a los señalados en los instrumentos base de la contratación, significa tanto como incorporar, por la vía judicial, modificaciones a las condiciones del contrato a favor de la parte que, en forma previa, ha aceptado las condiciones del pliego de licitación. En este sentido, la falta de reservas del contratista al momento de perfeccionarse el acuerdo obsta a que ahora se alteren los términos de éste por vía jurisdiccional (conf. CSJN, *Fallos,* 316:212).

Por otra parte, no puede perderse de vista que, de admitirse tales modificaciones en las condiciones del contrato a favor de la adjudicataria, esa decisión encerraría —finalmente— una desigualdad en desmedro del resto de los eventuales oferentes a quienes podría haber convenido la modalidad que, por su cuenta, adoptó la parte actora.

3.2. Tampoco resulta admisible el comportamiento de OCASA en cuanto pretende constituir a la vía judicial en una opción —activada por su sola voluntad— de ejecución y cumplimiento del contrato licitatorio acordado con el Estado, por fuera del régimen específico estipulado para ello entre las partes. Por el contrario, como ya fue dicho, la vía judicial, en materia administrativa, se caracteriza por tratarse de una vía de control o revisión de la decisión administrativa que sólo puede y debe ser utilizada luego de seguir el camino previsto en la normativa general y particular relativa al contrato y, fundamentalmente, sobre la base de una resolución de la autoridad responsable en cuanto a la presentación, cantidad, calidad y características de los trabajos efectuados por la adjudicataria.

La parte actora no ha seguido los pasos tendientes a obtener tales conformidades por parte de quien era, según el pliego de condiciones, la persona encargada de verificar el correcto cumplimiento de lo pactado y tampoco acreditó la existencia de un acto de decisión administrativa que aprobara o denegara los trabajos o su pago, en forma total o parcial. En tales condiciones, la presentación judicial de OCASA aparece como prematura y carente de justificación.

3.3. Por último, no corresponde otorgar la tutela judicial que se pretende a quien primero concurre a la conformación y consumación del contrato bajo concretas pautas de ejecución y luego se pone en contradicción con sus propios actos anteriores, al ejercer una conducta incompatible con la pactada en origen.

La parte actora —empresa OCASA— tuvo o debió tener pleno conocimiento de las disposiciones del pliego y de las obligaciones libremente asumidas por su parte para dar por cumplido en debida forma el contrato pactado. Basta para afirmarlo la compulsa del expediente administrativo ya mencionado, que da cuenta de la aprobación y pago de los trabajos de relevamiento de vehículos comprendidos en las rendiciones 1 a 5 del relevamiento total, en la forma puntualmente establecida en el pliego de condiciones de la licitación. En estas condiciones, el tiempo transcurrido en silencio por la Administración frente a los sucesivos reclamos de OCASA, necesariamente debió generarle alguna duda acerca de lo acertado de su proceder, duda que podía haber aclarado o subsanado mediante consulta con el funcionario pertinente, es decir el Subsecretario de Inspección General (ver circular ampliatoria de la orden de compra, fs. 57, expte. nº 45.581/95), por lo que la falta de ejercicio de esa facultad y la inadecuación de sus reclamos a los términos contractuales determinan el rechazo de sus pretensiones.

4. Por estas consideraciones y las que surgen del voto del juez de trámite al que adhiero, corresponde rechazar los recursos de apelación ordinaria, con costas de la totalidad de ambos procesos al recurrente, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Coincido con el señor juez de trámite en que los recursos ordinarios que presentara Organización Clearing Argentino S.A. (OCASA) han sido correctamente concedidos por la Cámara (apartado 1 del voto del juez Lozano).

I. Recurso de apelación ordinario de OCASA en el expte. nº 1350 "Organización Clearing Argentino S.A. c/GCBA (Secretaría de Gobierno - Subsecretaría de Inspección General) s/cobro de pesos".

Comparto los fundamentos del señor juez de trámite expuestos en los aparts. 3 a 9 con excepción del segundo párrafo del punto 7 y la solución que propone en su voto (apartado 10).

Voto, pues, por rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por Organización Clearing Argentino S.A. confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la actora por aplicación del principio objetivo de la derrota.

II. Recurso de apelación ordinario de OCASA en el expte. nº 1351 "Organización Clearing Argentino S.A. c/GCBA (Secretaría de Gobierno - Subsecretaría de Inspección General) s/daños y perjuicios".

Coincido con la solución propuesta por mi colega preopinante. En general, comparto los argumentos que fundan su voto. Sin embargo, deseo manifestar las siguientes precisiones en relación con las cuestiones tratadas en los aparts. 13 y 16 del voto de mi colega.

a) En uno de sus agravios OCASA sostiene que cumplió con las prestaciones encomendadas correspondientes a la primera etapa de trabajos y que la ex Municipalidad de Buenos Aires no formuló observación alguna en relación con las tareas efectuadas, circunstancia que "...resulta determinante de su incuestionable aprobación..." (fs. 769). Explica que la demandada debía entregarle —para efectuar la segunda etapa de trabajos— los "...padrones que (...) [aquella] debía confeccionar, de acuerdo a la información rendida por (...) [su] parte en la primera etapa..." (fs. 767), pero no lo hizo a pesar de las sucesivas intimaciones cursadas al efecto. A partir de estas consideraciones, OCASA afirma que ese incumplimiento en la entrega del material determinó la frustración de la segunda etapa de labores, por lo que está habilitada a reclamar daños y perjuicios.

Para rechazar ese agravio basta lo dicho por el juez Luis F. Lozano en el sentido de que: "[e]n tanto no quedó cerrada la etapa anterior al no haberse expedido la conformidad definitiva de la totalidad de los trabajos efectuados, OCASA no podía exigir a la demandada que le proporcionase los nuevos padrones para continuar con la etapa siguiente. Vuelve a ser relevante destacar que para el cierre de la primera etapa —si la actora consideraba que había cumplido en tiempo y forma con la tarea encomendada y tenía real interés en continuar con la ejecución del contrato— ella podía, mediante el procedimiento establecido en las normas aplicables, lograr que se le expidiera ese parte en un plazo realmente breve, u obtener su concesión mediante el silencio positivo" (apartado 13 del voto del juez de trámite).

b) En segundo término, el agravio referido a la excepción de incumplimiento contractual (apartado 16 del voto del juez de trámite) es sólo aparente. Según lo entiendo y por las razones expresadas por el juez Lozano en el apart. 14 de su voto, carece de toda relevancia para la solución de la controversia.

Finalmente, cabe recordar que la propia OCASA sostiene que "la cuestión debatida (...) resultaría abstracta desde que (...) solicitó la declaración judicial de rescisión del contrato" (fs. 77 vta.).

En atención a lo dicho precedentemente, *voto* por rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por Organización Clearing Argentino S.A. confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la actora por aplicación del principio objetivo de la derrota.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al meduloso voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, que ha tratado con suficiencia los planteos relevantes esgrimidos por la actora en

los recursos ordinarios de apelación interpuestos en los exptes. nos 1350 (cobro de pesos) y 1351 (daños y perjuicios).

2. Sólo deseo recalcar que la recurrente, al formular sus agravios, no ha logrado controvertir la negligencia que le imputó el *a quo* al constatar su omisión inexcusable, consistente en no haber intimado en debida forma a la autoridad administrativa competente para que le otorgue la "conformidad definitiva" prevista en el art. 61, incs. 102) y 110), del dec. 5720/72, aplicable al contrato que suscribió voluntariamente y sin reservas expresas en este punto (conf. art. 9º, Pliego de Cláusulas Generales, obrante a fs. 4 del expte. administrativo nº 43.581/95).

El cumplimiento de este paso del procedimiento —que lejos está de constituir un mero ritualismo, pues abre en el ámbito del Estado-comitente una etapa relevante de apreciación respecto del cumplimiento de las pautas del contrato—, ya sea para obtener una conformidad explícita de la contraparte estatal o para hacer valer el silencio positivo de acuerdo a lo previsto de manera expresa en la norma reglamentaria aplicable, resultaba exigible para obtener los pagos requeridos a partir de la letra clara del art. 32 del Pliego de Cláusulas Particulares (fs. 35/36, expte. administrativo nº 43.581/95) y la vigencia del principio general contenido en el art. 1197 del Cód. Civil —*pacta sunt servanda*.

Por consiguiente, la apuntada obligación no podía ser reemplazada por otra actuación libre y unilateralmente adoptada por el contratista —presentación de ciertas notas, comunicaciones o intimaciones dirigidas a autoridades administrativas distintas a las específicamente previstas en el plexo normativo aplicable, para lograr la aludida "conformidad definitiva"—. A continuación, parece razonable concluir que esas presentaciones, realizadas a extramuros del marco jurídico que regía la vida del contrato, no pueden poseer el valor que la recurrente pretende asignarles.

3. La falta de conformidad definitiva de los trabajos antes enunciada se proyecta inexorablemente sobre el segundo reclamo de la actora —formulado en el expte. nº 1351— que, entonces, tal como lo destaca el señor juez Lozano en su voto, resulta construido a partir de una premisa inexacta y por ello no puede prosperar.

En virtud de lo expuesto, tal como lo propone el señor juez de trámite en el voto al que adhiero, corresponde rechazar los recursos de apelación deducidos por la parte actora e imponerle las costas por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* los recursos ordinarios de apelación interpuestos por Organización Clearing Argentino S.A., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Sala interviniente.

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.*

CXCV

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. Interpretación de normas infraconstitucionales. ACTO ADMINISTRATIVO: Control judicial. Principio de división de poderes. Cosa juzgada administrativa. CONTRATO ADMINISTRATIVO: Prestación de servicio público.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe contener, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que no se encuentra cumplido cuando los argumentos brindados por el recurrente para demostrar el error del fallo denegatorio, son notoriamente endebles y genéricos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. En atención al sistema de frenos y contrapesos propio de un Estado de derecho, al Poder Judicial le compete dilucidar si los actos que dicta la Administración Pública resultan legítimos, es decir razonables y respetuosos del ordenamiento jurídico positivo, y ello no implica afectar el principio de división de poderes, sino por el contrario tornarlo valioso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La ponderación de cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional constituye un resorte exclusivo de los jueces de mérito, y no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La discrepancia de la recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La ausencia de fundamentación (art. 33, ley 402) define la improcedencia del recurso de queja cuya finalidad consiste en poner en crisis el juicio de admisibilidad negativo efectuado por la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Cabe rechazar el recurso de queja cuando los cuestionamientos esgrimidos no logran poner en evidencia desaciertos con entidad suficiente para descalificar el fallo apelado como acto jurisdiccional válido sino, antes bien, se limitan a discrepar con el examen de las constancias del expediente, el alcance dado a las cuestiones comprendidas en la *litis* y, particularmente, con la interpretación de normas infraconstitucionales aplicables para resolver el conflicto realizada por los jueces de la causa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. La potestad con que cuenta la Administración para revocar sus propios actos es una consecuencia del modo en que están concebidas las respectivas constituciones. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La potestad empleada para emitir un acto unilateral involucra únicamente la voluntad de la Administración, aunque pueda proyectar efectos jurídicos en particulares, actos que son dictados en ejercicio de una competencia propia del órgano administrativo del que emanan, y que, aún queda reservada en su cabeza, razón por la cual, bajo ciertas condiciones, puede aniquilarlo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La cosa juzgada administrativa puede ser revertida frente a supuestos de nulidad absoluta de actos administrativos, y, aún frente a actos anulables si se demuestra que el interesado conocía el vicio, o cuando ello lo favorece sin causar perjuicio a terceros, así como también en aquellos casos en que el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El contrato administrativo configura, a diferencia del acto, un acuerdo de voluntades que confluyen para dar nacimiento a una relación jurídica específica, y en cuya virtud las partes se obligan a cumplir prestaciones recíprocas, de modo que no resulta pertinente la aplicación en bloque de las facultades acordadas a la Administración por los arts. 17 y 18 LPA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. El objeto de un contrato administrativo puede involucrar la prestación de un servicio público u otros aspectos propios del ejercicio de un poder público, no susceptible, por hipótesis, de delegación propia en el administrado, y la Administración, en quien recae la competencia para ello, debe poder, en cualquier momento, reasumirla cuando la adecuada prestación del servicio o la decisión de dictar por sí la medida se encuentren comprometidas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5831/08 - 3/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Datco S.A. inició demanda contra el GCBA a fin que se declare la nulidad absoluta e insanable de los siguientes actos administrativos (fs. 1/36):

a) Dec. 2422/94 dictado por el ex Intendente Municipal, por el cual la administración dispuso revocar la contratación del *servicio de supervisión de control de accesos, control de tiempos y asistencia y de servicio médico de control de ausentismo del personal de la MCBA,* que fuera oportunamente celebrado entre la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la Unión Transitoria de Empresas (UTE) que, por ese entonces, integraban Datco S.A. y Medicar S.A.

b) Dec. 941/00 dictado por el Jefe de GCBA, que dispuso:

i) Desestimar el recurso de revocatoria deducido por Datco/Medicar contra el dec. 2422/94.

ii) Desestimar el recurso jerárquico deducido por Datco/Medicar contra la resol. 2625-SHyF/98.

iii) Desestimar el reclamo de pago oportunamente formulado por Datco/Medicar respecto de las sumas facturadas por esa UTE a la ex MCBA con motivo de los contratos revocados por el dec. 2422/94.

iv) Desestimar las argumentaciones efectuadas por Datco/Medicar en el escrito caratulado como Antecedente 1 del expte. nº 92.504/98, denegando asimismo la producción de prueba solicitada por la UTE en esa misma presentación.

2. El GCBA contestó demanda, solicitando su rechazo (fs. 37/49).

3. El señor juez de primera instancia hizo lugar a la demanda, con costas al demandado, y resolvió (fs. 50/61):

a) Declarar la nulidad de los decs. 2422/94 y 941/00 en cuanto dan carácter retroactivo a la revocación de los contratos suscriptos por la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con las empresas actoras en virtud de la Licitación Pública nº 3/93, y sin perjuicio de sus efectos de futuro, a partir del 31/12/1994.

b) Declarar la nulidad absoluta de los arts. 3º, 4º y 5º del dec. 941/2000.

4. El GCBA dedujo y fundamentó el recurso de apelación contra dicha sentencia (fs. 63/74), que fue oportunamente contestado por la actora (fs. 75/108).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad decidió rechazar íntegramente el recurso deducido por la demandada (fs. 109/115).

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara (fs. 117/127), que fue contestado por la actora (fs. 145/160) y declarado inadmisible por la Cámara (fs. 128/130).

Contra dicha denegatoria, el GCBA interpuso el correspondiente recurso de queja (fs. 133/142).

6. A fs. 164/166 dictaminó el señor Fiscal General Adjunto, propiciando que se rechace el recurso de queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma, sin embargo debe ser rechazado.

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 recurso en examen no reúne, ya que los argu-

mentos brindados por el recurrente para demostrar el error del fallo denegatorio, son notoriamente endebles y genéricos.

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).

3. 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, en ambos recursos el GCBA pretende fundamentar el caso constitucional en la causal de arbitrariedad de sentencia, que sostiene en dos líneas argumentales (ver recurso de inconstitucionalidad, a fs. 124 vta./126 vta., y recurso de queja, a fs. 137 vta./142).

Por un lado, afirma que la Cámara desconoció la potestad legal anulatoria de los actos y contratos administrativos que tiene la Administración, sustituyendo al Poder Ejecutivo en el ejercicio de la potestad administrativa.

Por otro lado, aduce que la Cámara dejó de lado, en forma infundada o dando razones desacertadas, textos legales directamente aplicables al caso, como la ley 19.549, la Ley Orgánica Municipal 19.987, el Régimen de Contrataciones y normas específicas de reordenamiento administrativo —al respecto menciona a los decs. 2388/92 y 2863/92.

a) En cuanto al primer planteo, analizar la validez de los actos administrativos constituye una función indelegable del Poder Judicial, y ello no significa invadir potestades exclusivas de la Administración pública.

Como corresponde al sistema de frenos y contrapesos propio de un Estado de derecho, al Poder Judicial le compete dilucidar si los actos que dicta la Administración Pública resultan legítimos, es decir razonables y respetuosos del ordenamiento jurídico positivo, y ello no implica afectar el principio de división de poderes, sino por el contrario tornarlo valioso.

b) Y en cuanto al segundo aspecto, la ponderación de cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional constituye un resorte exclusivo de los jueces de mérito, y no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad.

Asimismo, el recurrente discrepa con la interpretación de los hechos y las normas infraconstitucionales aplicables, pero no refuta adecuadamente el razonamiento jurídico que realiza la Cámara. O en otras palabras, insiste con los mismos argumentos analizados y descartados por los jueces de mérito, olvidando que esta no es una nueva posibilidad de reeditar planteos, sino la oportunidad de criticar la

sentencia de Cámara esbozando fundamentos de índole constitucional, cuestión que no logra el recurrente.

4. A mayor abundamiento, debemos destacar 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).

5. 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 de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, sin relacionarlas adecuadamente con la vulneración de las cláusulas constitucionales invocadas.

Aunque el recurrente menciona los derechos constitucionales que considera lesionados (arts. 14, 17, 18, 28 y 33, C.N., y 104, inc. 11, CCBA), 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.).

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite Ana María Conde en el sentido de que corresponde rechazar el recurso de queja que dedujera el GCBA a fs. 133/142.

2. La queja, oportunamente presentada, no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebate la resolución de la Sala II de la Cámara CAyT que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 128/130). La ausencia de dicho requisito define la improcedencia del recurso directo cuya finalidad consiste en poner en crisis el juicio de admisibilidad negativo efectuado por la Cámara. En efecto, el GCBA a fs. 133/142 (recurso de queja) se limita a negar lo dicho por la Sala a fs. 128/130 y a manifestar una opinión en contrario la que por su generalidad no alcanza a constituir una crítica en los términos del art. 33 de la ley 402 como ya se dijera.

Por otra parte, la mera transcripción de fragmentos doctrinarios y jurisprudenciales que carecen de toda vinculación argumental con las cuestiones debatidas no constituye una argumentación adecuada para sostener la tacha de arbitrariedad que el quejoso imputa a la sentencia.

3. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta por el GCBA a fs. 133/142.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto la solución a la que arriba la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto propicia rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA, coincidente con la contenida en el dictamen del señor Fiscal General Adjunto (fs. 164/166 vta.).

2. La recurrente se agravia de la decisión de la Sala II que, en lo que aquí interesa, confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda entablada contra el GCBA por Datco S.A. y Medicar S.A. y, en consecuencia, declaró —con el particular alcance allí indicado— la nulidad de dos actos administrativos —dec. 2422/94 (que revocó los contratos celebrados entre las partes) y 941/00 (que desestimó los recursos interpuestos contra el primer acto mencionado, el reclamo de pago respecto de sumas facturadas y otra serie de consideraciones cuya reseña resulta innecesaria para ilustrar la decisión).

A fin de habilitar la instancia recursiva prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, la representación del Gobierno local intenta construir un caso constitucional a partir de la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y la consecuente vulneración de su derecho de defensa en juicio. Sostiene que la decisión atacada es autocontradictoria y ha omitido considerar cuestiones significativas para la correcta solución del litigio, así como también ha declarado la invalidez de actos administrativos, "ignorando las potestades propias de la Administración y la actuación legítima que le cupo en la materia" (fs. 118).

3. Ahora bien, los cuestionamientos esgrimidos no logran poner en evidencia desaciertos con entidad suficiente para descalificar el fallo apelado como acto jurisdiccional válido sino, antes bien, se limitan a poner de resalto una discrepancia con el examen de las constancias del expediente, el alcance dado a las cuestiones comprendidas en la *litis* y, particularmente, con la interpretación de las numerosas normas infraconstitucionales aplicables para resolver el conflicto realizada por los jueces de la causa.

Desde esta perspectiva, entonces, más allá de su acierto o error, no se advierte —a la luz de los agravios contenidos en el recurso— que los magistrados intervinientes se hayan apartado de manera palmaria de los términos en que había quedado trabada la *litis* o que la interpretación dada a los aspectos fácticos y probatorios del expediente y al profuso bloque normativo aplicable al *sub lite* (conf. detalle contenido en la sentencia del señor juez de grado) carezca de fundamentación razonada.

Finalmente, en tanto la cuestión no ha sido motivo de agravio concreto ante el Tribunal, sólo corresponde aclarar que lo aquí expresado no importa hacer propio el singular alcance de lo decidido en las instancias de mérito, al decretarse la nulidad de los actos administrativos con efectos parciales, por considerarse, en definitiva, que lo vedado al GCBA no era rescindir el contrato que la unía a la parte actora, sino invalidarlo con efectos retroactivos (conf. punto XVII, sentencia del señor juez de grado).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja incoada por la parte demandada.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

2. Sin perjuicio de que los argumentos desarrollados en el mencionado voto resultan suficientes para rechazar el recurso de queja planteado por el GCBA, el agravio relativo a la vulneración de potestades propias de la Administración, concretamente a la alegada "potestad-obligación anulatoria de la Administración, cuando se está en presencia de actos administrativos nulos de nulidad absoluta" (v. fs. 124 vta.), me suscitan algunas consideraciones adicionales.

2.1. La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, antecesora del GCBA, dispuso, por medio del dec. 2422/95, "revócanse por encontrarse viciados de nulidad los contratos suscriptos entre Datco S.A.-Medicar S.A.-UTE y la Secretaría de Hacienda y Finanzas celebrados el 30/3/1993, el 10/11/1993 y el 25/3/1994". Los jueces de mérito consideraron acreditado el cumplimiento de la prestación de la contratista. Los vicios que, según el GCBA, determinaron la nulidad afectarían, por un lado, la voluntad de la Administración, por carecer el funcionario que efectuó las contrataciones, el entonces Secretario de Hacienda y Finanzas, de competencia en razón del grado, la cual, sostiene, recaía en el intendente municipal, y, aunque introducido el asunto en su presentación ante la Cámara, habría mediado también incompetencia en razón de la materia. Por otro lado, agregó que los contratos padecían de vicios en la causa, por ser falsos los antecedentes de derecho invocados en relación a las normas atributivas de competencia, y en el objeto, por su falta de determinación, debido a que no se encontraba especificado el monto total de cada una de ellas. Finalmente, invoca la afectación del principio de igualdad que debe regir en materia de contrataciones, originada en la modificación del plazo contractual dispuesta con posterioridad a su suscripción, en las disposiciones normativas

contenidas en los arts. 14 a 18 de la LNPA (19.549) —integrantes de su título III, relativo a los requisitos esenciales del acto administrativo—, y específicamente en su art. 17 (aplicables en el ámbito de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires al momento del dictado del dec. 2422/95, de revocación de las mencionadas contrataciones).

Esos preceptos fueron concebidos para regir aspectos relativos a los actos administrativos, entendidos como actos unilaterales, de alcance individual, emitidos por la Administración. Ello es evidente por su contenido. Difícil es encontrar cómo aplicar a un reglamento, o a un contrato entre la Administración y un administrado, la idea de resolución de peticiones del art. 7º, inc. c), que tan naturalmente atiende a los actos unilaterales de alcance individual, o la de vías de hecho del art. 9º, que apuntan precisamente a una actuación sin respaldo en una decisión administrativa, por ejemplo. Sin embargo, ello no implica descartar su aplicación, en alguna medida, a la voluntad o actuación expresada por la Administración que concurre a celebrarlo.

En lo que ahora importa, no cabe, en consecuencia, suponer otro alcance originario sobre la base de una categorización de los contratos como actos administrativos bilaterales, formulada por la doctrina, aun cuando ella provenga de un maestro indiscutido como Miguel S. Marienhoff, porque la terminología que él adopta tiene aplicación en su propia sistematización, pero no en aquellas otras que, como la de la ley 19.549, texto de donde provienen los contenidos normativos comentados, no la emplean. En la redacción original se establecía que "[l]os contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la *aplicación analógica* de las normas del presente título, si ello fuere procedente" (el destacado me pertenece). Su aplicación actual al ámbito de los contratos administrativos, en el orden nacional, aparece como fruto de la reforma introducida por el dec. 1023/2001, dictado en ejercicio de facultades delegadas por la ley 25.414, que dispuso sustituir el anterior art. 7º por el siguiente: "[l]os contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la *aplicación directa* de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente" (aquí también el destacado me pertenece). La previsión de aplicación analógica que contenía la norma originariamente revela que, aunque lejos de ser concebidos como incompatibles, los artículos del título fueron pensados, como se adelantó, para supuestos no contractuales y como reconocidamente no aplicables sin más a los contratos; aunque el texto fue sustituido, disponiendo actualmente la aplicación directa, las diferencias apuntadas revelan que el sentido primigenio subsiste, a este respecto.

En nuestra Ciudad, el texto adoptado, en sentido coincidente, reza así: "[l]os contratos que celebren los órganos y entidades alcanzadas por esta ley se regirán por sus propias normas especiales, sin perjuicio de la aplicación directa del presente título en cuanto fuese pertinente". Tanto uno como otro asumen que, para aplicar las normas del título respectivo, es menester mostrar que son "pertinentes" en cuanto

a la situación a resolver, esto es, no son aplicables automáticamente sino después de una demostración de que la regla pertenece también al sistema regulatorio de los contratos.

2.2. A la hora de justificar esa pertinencia es indispensable tener en consideración que la potestad con que cuenta la Administración para revocar sus propios actos es una consecuencia del modo en que están concebidas las respectivas constituciones. Sin entrar en detalle, la atribución de emitir un acto unilateral no va unida, como principio, a la imposibilidad de eliminarlo. Ello resulta, naturalmente, del hecho de que, si así fuere, cada emisión de un acto supondría la derogación de la atribución de dictar otros que supusieran dejarlo sin efecto, expresa o implícitamente, lo cual implica modificar la norma, de rango constitucional o legal, que habilita a dictarlo. Sin embargo, ello no supone, según tuvo oportunidad de establecer la Corte Suprema *in re* "Carman de Cantón, Elena c/Nación Argentina" (*Fallos,* 175:368), que la eliminación del acto no está sujeta a límites cuando genera derechos adquiridos por un administrado. Los arts. 14 a 18 de la ley 19.549, al igual que los identificados con la misma numeración en el dec. 1510/97, suponen, precisamente, una reglamentación de la facultad de extinguir actos emanados unilateralmente de la Administración.

La potestad empleada para emitir un acto unilateral involucra únicamente la voluntad de la Administración, aunque pueda proyectar efectos jurídicos en particulares. Actos de esta especie son dictados en ejercicio de una competencia propia del órgano administrativo del que emanan, y que, a la postre, aún queda reservada en su cabeza, razón por la cual, bajo ciertas condiciones, puede aniquilarlo.

Desde otro ángulo, el esquema delineado por el legislador, principalmente en cuanto al supuesto de revocación como modo de extinción de los actos administrativos, organiza la llamada "cosa juzgada administrativa" dotándola de notas distintivas que la separan en aspectos relevantes de la cosa juzgada judicial, y que se traducen en limitaciones a la inmutabilidad que caracteriza a esta última (véase 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. 4347/05, sent. del 23/5/2006 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. 5549/07, sent. del 2/5/2008).

Así, la cosa juzgada administrativa puede ser revertida frente a supuestos de nulidad absoluta de actos administrativos, y, aún frente a actos anulables si se demuestra que el interesado conocía el vicio, o cuando ello lo favorece sin causar perjuicio a terceros, así como también en aquellos casos en que el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. Asimismo, estos últimos también pueden ser revocados, modificados o sustituidos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (aunque, en este último caso, indemnizando los perjuicios que causare al administrado).

En el mismo sentido, la CSJN ha dicho que "[e]l principio de la 'cosa juzgada administrativa' no es, en modo alguno, absoluto, ni tiene el carácter de irrevocabi-

lidad definitiva [...] no posee en términos generales el mismo extremo alcance que la cosa juzgada judicial, porque se trata de dos actuaciones de distinta naturaleza. Mientras los jueces no pueden volver sobre lo que está juzgado sino cuando la ley autoriza excepcionalmente el recurso de revisión, sí lo puede el poder administrador cuando, sin perjuicio de los derechos de los particulares, se trata de corregir sus propios errores" (*Fallos,* 289:185).

2.3. El contrato administrativo configura, a diferencia del acto, un acuerdo de voluntades que confluyen para dar nacimiento a una relación jurídica específica, y en cuya virtud las partes se obligan a cumplir prestaciones recíprocas.

En tales condiciones, no resulta pertinente la aplicación en bloque de las facultades acordadas a la Administración por los arts. 17 y 18, LPA (este último, especialmente en cuanto prevé que el acto regular puede ser revocado cuando padece de vicios y el administrado tenía conocimiento de ellos). Reconocerle potestades para revocar por sí y ante sí dicho acuerdo importaría, por un lado, rezagar al co-contratante, quien quedaría a merced de la voluntad cambiante de la Administración y soslayar la voluntad de éste, exteriorizada en el contrato. Por lo demás, tampoco puede pasar inadvertido que su derecho de propiedad presumiblemente resultaría afectado como consecuencia de la revocación.

Sin perjuicio de la valla a la aplicación extensiva de las reglas que nos ocupan, que determina la circunstancia de que la voluntad del administrado no es objeto del que pueda disponer la Administración, aquella otra consistente en que el objeto de un contrato administrativo puede involucrar la prestación de un servicio público u otros aspectos propios del ejercicio de un poder público, no susceptible, por hipótesis, de delegación propia en el administrado, la Administración, en quien recae la competencia para ello, debe poder, en cualquier momento, reasumirla cuando la adecuada prestación del servicio o la decisión de dictar por sí la medida se encuentren comprometidas. Los medios para hacerlo deben ser respetuosos de la Constitución, tanto en cuanto preserva la organización del poder público como en cuanto reconoce derechos a los administrados; y, en última instancia, deben equilibrar ambos contenidos constitucionales haciendo prevalecer al que concita un interés general, pero sólo en la medida en que dicho interés lo impone. A ese fin, tanto la Administración como los jueces están sujetos, en primer término, a los dictados del legislador, quien, a su turno, lo está a los de la Constitución.

En este orden de ideas, la existencia de medios específicos previstos en la ley para resguardar el interés público, tales como el rescate en el supuesto de los servicios públicos, es razón suficiente, en ausencia de otras de sentido opuesto, para posponer la aplicación de reglas que tienen por objeto la voluntad de la Administración, no la del administrado, y solamente cuando y en cuanto fuere "pertinente", la de la Administración reunida contractualmente con la del administrado.

El texto aplicable a la época de celebración de los mencionados contratos no es menos exigente a la hora de acudir a los arts. 14 a 18 que nos ocupan. Allí, la aplicación exige demostración de analogía entre la situación de la que tratan esos artículos y el contrato al que se propone aplicarlos.

En suma, de las diferencias apuntadas se desprende que la Administración no puede echar mano a facultades emanadas de los arts. 17 y 18 de la LPA para operar efectos en los contratos administrativos sin una demostración cabal de que resulta un medio respetuoso del derecho del administrado, que no sustituye medios previstos en cláusulas contractuales y normas que contemplan específicamente esta clase de actos jurídicos, se sustenta en vicios de la voluntad concurrente de la Administración y no supone disponer de la del administrado sino en la medida necesaria para evitar que un poder público le quede sometido a esta última.

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 133/142 vta.

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.

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.

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.*

CXCVI

"FIAT CRÉDITO COMPAÑÍA FINANCIERA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'FIAT CRÉDITO COMPAÑÍA FINANCIERA S.A. C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. CRÉDITO PRENDARIO: Ley de Defensa del Consumidor. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja si las referencias a principios constitucionales no se vinculan directamente con las cuestiones debatidas y decididas en la causa, y las objeciones sólo trasuntan la discrepancia del recurrente con la ponderación de los hechos, la prueba, y la selección del derecho infraconstitucional aplicable al caso, manifestaciones que, en tanto no aparecen vinculadas con la afectación de principios constitucionales, son ajenas al objeto del recurso (art. 113, inc. 3º, CCBA). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La interpretación armónica de las disposiciones de carácter local que regulan la actuación administrativa (LPACABA) con las reglas de la Ley de Defensa del Consumidor aplicada por la Administración, justifica que el deber de investigar de la autoridad de aplicación le permite ir más allá del hecho denunciado, a condición que no se afecte el derecho de defensa del denunciado (art. 7º, LPA). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La decisión referida a si los hechos atribuidos a la recurrente se deben considerar bajo el exclusivo prisma de la ley 12.962, que regula el contrato de prenda con registro (en adelante LPR) o pueden también subsumirse bajo las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor no involucra cuestión constitucional alguna, pues remite sólo a la determinación de hechos y su ponderación bajo una, otra o ambas leyes de naturaleza infraconstitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El agravio relativo a que la afectación constitucional provendría de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de prenda y que ello convertiría la sentencia en arbitraria, no puede ser atendido si la recurrente no intenta argumentar por qué razón un contrato no puede tener que cumplir, simultáneamente, con los requisitos establecidos por el sistema de defensa del consumidor y por el de prenda con registro. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Más allá de la enunciación genérica de la supuesta vulneración de la garantía de defensa en juicio, cabe rechazar el recurso de queja cuando los agravios que se exponen remiten a la consideración de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, propias de los jueces de la causa que resultan —por regla— irrevisables en el marco de ese recurso (art. 27, ley 402). *(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. A los efectos de la admisibilidad del recurso de queja, la recurrente tiene la carga de fundarlo, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. No existe arbitrariedad de sentencia cuando más allá de la discrepancia de la recurrente con lo decidido por la Cámara, ésta efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5785/08 - 3/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Señor Alejandro José Cali radicó una denuncia ante la Dirección de Defensa del Consumidor del GCBA (en adelante, DDC) contra "Fiat Crédito Compañía Financiera S.A." (en adelante, FC) por presunta infracción a la ley 24.240.

El denunciante manifestó haber adquirido un automóvil con un crédito prendario otorgado por FC, que aseguró en una compañía de seguros (Omega) elegida por dicha empresa. El señor Cali relató que el 14/6/1999 el vehículo le fue sustraído y la aseguradora abonó al acreedor prendario la suma de $ 7.700 en concepto de indemnización. No obstante ello, FC le reclamó el pago de $ 2.998 en concepto de saldo adeudado (la deuda era de $ 10.698,15). Según el denunciante, no correspondía ese pago dado que el seguro contratado en los términos impuestos por la denunciada, debía cubrir el total de la deuda (fs. 1, expediente principal).

La DDC imputó a FC la presunta infracción de los arts. 19 (efectuar un ajuste de precio no pactado) y 36 (no consignar en el contrato de prenda el precio de contado, el total de los intereses, la forma de amortización de los intereses y otros gastos que pudiera haber) de la ley 24.240 (fs. 28, expediente principal).

FC compareció al procedimiento administrativo y negó la existencia de cualquier infracción de su parte. Sostuvo, en suma, que el denunciante le adeudaba el saldo reclamado (fs. 30/34, expediente principal).

Por resol. 523-SDE/2002 de la Secretaría de Desarrollo Económico (en adelante, SDE), se le impuso a FC una multa de $ 10.000 por infracción del art. 36 de la ley 24.240 y se le ordenó publicar tal decisión en el diario de mayor circulación de la jurisdicción de la Ciudad. En el mencionado acto administrativo (en adelante, la resolución), se consideró que FC no consignó en el contrato prendario los requisitos que dicho artículo establece en cuanto al precio de venta al contado, el total de los intereses pactados ni los gastos de seguro. Además, se sobreseyó a la empresa de la imputación relacionada con el art. 19 de la ley indicada (folio plástico sin numerar agregado entre fs. 47 y 49, expediente principal)

2. Contra la resolución, FC interpuso recurso de apelación judicial (fs. 55/59 y fs. 70/74, expediente principal). En lo que aquí interesa, sostuvo los siguientes agravios: *a)* La resolución desconoce la diferencia entre el contrato de compraventa (en el que no fue parte) y el contrato de prenda. Sobre tal base, afirmó que la exigencia de consignar el precio de contado en el "documento de crédito" no tiene en cuenta que ese requisito se vincula con la operación de venta. Agregó que el contrato que su parte celebró con el denunciante, contrato de *prenda*, se confeccionó en el formulario autorizado por la autoridad nacional (Dirección Nacional de Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios) que no exige consignar tal dato; *b)* En el contrato de prenda constan el monto total garantizado, la cantidad de cuotas a pagar, el importe de cada cuota y los rubros incluidos en ellas, la tasa de interés y la fórmula de amortización aplicada, lo que permite determinar la totalidad de los intereses; *c)* No corresponde que el contrato de prenda consigne los gastos de seguro, que tampoco se mencionan en el art. 36 de la ley 24.240, ya que ellos no pueden ser determinados por el prestamista sino que son fijados por la compañía aseguradora.

El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 80/81 vta., expediente principal).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó parcialmente la resolución dictada por la SDE y redujo el monto de la multa a $ 5.000 (fs. 132/136, expediente principal).

El juez Ángel Russo —en voto al que adhirieron los jueces Esteban Centanaro (con un agregado concurrente) y Nélida Mabel Daniele— explicó que el hecho de que el contrato como instrumento de la operatoria comercial hubiera sido aprobado por la autoridad competente, no obstaba a su revisión en sede judicial. Sobre la base de lo establecido por el art. 36 (en su redacción anterior a la establecida por la ley 26.631, publicada en el *B.O.* del 7/4/2008), el magistrado consideró que el apart. 3 del Anexo al contrato de prenda con registro sólo efectuaba una mención genérica sobre el tema de los intereses que no se adecuaba a lo establecido en el artículo mencionado de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC). También destacó que de acuerdo con la pericia practicada "la tasa de interés era del 20,9 % anual (...) lo cual constituye una parte sustancial de la carga económica que debe afrontar el consumidor y por lo tanto no puede ser determinado sólo mediante referencias genéricas. En rigor no se indica si la tasa de interés es 'efectiva anual' tal como lo exige el art. 36 de la ley 24.240; ni tampoco surge el total de intereses a pagar en forma expresa". Añadió, en relación con el precio de contado, que "(...) si se hubieran explicitado el total de intereses a pagar, Fiat Crédito podría haber discriminado con facilidad el 'precio de contado' cosa que no realizó, todo ello teniendo en cuenta el carácter profesional de s su (*sic*) organización". En cuanto a los gastos extras o adicionales, el camarista señaló que "[e]l término usado en el apartado mencionado [se refiere al apart. 3 del anexo al contrato de prenda] en relación a que el monto total de la deuda incluye 'eventualmente´ a los seguros hace patente que la recurrente no consignó en el contrato, como lo exige la disposición legal, la expresión concreta de los gastos de la operación de referencia, sino que se refugia en fórmulas genéricas que no comprenden ni la literalidad ni la finalidad tuitiva de la ley". A partir de las consideraciones reseñadas, el juez Russo concluyó que FC cometió la infracción del art. 36 de la LDC. En cuanto al monto de la multa, resaltó que la actora no era reincidente y que no surgía de autos que ésta hubiera obrado con intencionalidad fraudulenta, razones por las que redujo la sanción a la suma de $ 5.000. Por su parte, el juez Centanaro agregó que el contrato de prenda cuestionado en autos revestía el carácter de un contrato con cláusulas predispuestas por FC que, como tal, requería una interpretación favorable a la parte más débil: el denunciante.

3. Contra el fallo de la Cámara, FC planteó el recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad de sentencia, pues, a su criterio, la decisión recurrida carece de fundamentos y, por ello, lesiona la garantía de defensa en juicio (fs. 142/146 vta., expediente principal).

El recurrente sostuvo, en cuanto a la tasa de interés, que los datos consignados en el contrato de prenda (el total por el que se extendió la garantía, la cantidad de cuotas en que debía pagarse la deuda y sus vencimientos, el importe de cada una de ellas y los rubros incluidos en las mismas: capital, intereses e IVA, la tasa de

interés y la fórmula de amortización aplicada) permiten determinar la totalidad de los intereses. Agregó que el firmante de la prenda sabía cuáles eran las condiciones del préstamo y de la prenda, y que en su denuncia no formuló ninguna cuestión al respecto. Por fin, señaló que el contrato de prenda fue confeccionado de acuerdo con las exigencias legales vigentes plasmadas en el dec. ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962, t.o. dec. 897/95. Asimismo, destacó que el contrato se registró sin observaciones ante el organismo de aplicación (Dirección Nacional de Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios), con las menciones requeridas por la referida normativa.

En relación con el precio de contado, la recurrente argumentó que la sentencia cuestionada confundió la operación de compraventa, de la que FC resultaba ajena, con la operación de crédito y con la garantía del mismo. Afirmó que la factura extendida por la vendedora acompañada por el propio denunciante, prueba que éste conocía el precio que pagaba por el automóvil. Por último, FC expresó que "exigirle a la prestamista —que no ha sido parte en esa compra— que consigne o determine el precio de venta de la cosa en un contrato accesorio al préstamo que otorgara (la prenda), que es distinto de la compraventa resulta una exigencia impropia y sancionarla por ello carece entonces de justificación".

Respecto de los gastos de la operación (seguros), la actora adujo que "[l]a sentencia yerra al interpretar que la Ley de Defensa del Consumidor exige que en la Prenda deba consignarse el importe de los seguros, pues ello aparte de no resultar del texto de la ley excede ciertamente los requisitos que la norma específica aplicable establece para extender los contratos prendarios (dec. ley 15.348/46 ratificado por ley 12.962, t.o. dec. 897/95, art. 11)". Añadió que el costo de los seguros era conocido por el deudor, siendo prueba de ello los pagos de las cuotas informados en la pericia contable. Manifestó que "[l]a expresión que sobre los seguros contiene la prenda ('las cuotas no incluyen seguro de vida y seguro del vehículo que se deberá adicionar según los costos que facturen las aseguradoras') indica de modo suficiente que no integran el préstamo ni la garantía accesoria constituida por la prenda". Finalmente, la accionante expresó que fue sancionada sin fundamento y por motivos que no tienen que ver con la denuncia que diera origen a estas actuaciones.

El GCBA contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 152/159, expediente principal).

La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 161 y vta., expediente principal). Los jueces explicaron que la recurrente se limitó a disentir con la interpretación efectuada de normas infraconstitucionales y a invocar en forma genérica una supuesta arbitrariedad de la sentencia.

4. La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad motivó la queja de FC ante este Tribunal (fs. 14/19 vta.). El quejoso destaca que existen dos errores en el auto denegatorio: "(...) en primer lugar, la resolución desconoce que el cuestionamiento de la sentencia se basa en que ésta dejó de aplicar la norma que rige el caso, que no es la Ley de Defensa del Consumidor sino la ley de prenda con registro. En segundo lugar, (...) al haber resuelto con omisión de la norma específica se genera

un error de derecho que hace funcionar la descalificación por arbitrariedad. Ello sin importar que la norma de la cual se apartó sea una cláusula constitucional, una ley federal o común (...) o bien se trate de normas infralegales (...) o de normas provinciales pertinentes para la solución del litigio...". Y agrega que "[e]n efecto, el contenido del contrato prendario que ha sido cuestionado está determinado en la ley específica, que es la ley de prenda con registro y no en la Ley de Defensa del Consumidor en la cual se funda la sentencia".

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 47/50).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja planteado por FC ha sido interpuesto en tiempo oportuno y critica el auto denegatorio, poniendo de resalto los aspectos que considera erróneos en dicha decisión y los que, a su juicio, comprometen una cuestión constitucional.

En el marco de la resolución denegatoria, 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. 142/146 del expediente principal.

2. Sin embargo, como se verá, las referencias que se efectúan en el recurso de inconstitucionalidad de FC a principios constitucionales no se vinculan directamente con las cuestiones debatidas y decididas en la causa. Las objeciones del recurrente sólo trasuntan su discrepancia con la ponderación de los hechos, las pruebas rendidas, y, principalmente, la selección del derecho infraconstitucional aplicable al caso que hiciera la Cámara. Sin embargo, tales manifestaciones, en tanto no aparecen vinculadas con la afectación de principios constitucionales, son ajenas al objeto del recurso en análisis (art. 113, inc. 3º, CCBA). En efecto:

a) El cuestionamiento que marginalmente efectúa el recurrente en cuanto a que FC "(...) acaba (...) sancionada sin fundamento, según se expuso y por motivos que no tienen que ver con la denuncia concreta que diera origen a estas actuaciones" (fs. 146 vta., expediente principal) refiere a que los aspectos del contrato que la autoridad administrativa consideró irregulares —y por los que impuso la sanción— no habían sido materia de la denuncia formulada por el señor Alejandro José Cali. Si bien en el acto administrativo impugnado se dice que "los hechos sometidos a la jurisdicción de la Autoridad de Aplicación no se limitan a los que surgen de la denuncia, sino a los resultantes del análisis de la totalidad de las constancias de autos", FC no llega a construir a partir de sus objeciones un caso constitucional.

Por el contrario, la interpretación armónica de las disposiciones de carácter local que regulan la actuación administrativa (LPACABA) con las reglas de la LDC aplicada por la Administración, permiten justificar que el deber de investigar de la autoridad de aplicación le permite ir más allá del hecho denunciado, a condición que no se afecte el derecho de defensa del denunciado (art. 7º, LPA). Este límite no ha sido vulnerado en autos pues, como se reseñó, desde su primera intervención la DDC imputó a FC haber vulnerado las exigencias establecidas en el art. 36, LDC.

Cabe concluir, entonces, en que no se ha lesionado el derecho de defensa de FC.

b) El agravio principal de FC se relaciona con la aplicación de la LDC al contrato de prenda con registro. La actora planteó en todas las oportunidades que resulta aplicable al caso el dec. ley 15.348, ratificado por ley 12.962, que regula el contrato de prenda con registro (en adelante, LPR) y que establece los requisitos que deben llenar los contratos de ese tipo.

La decisión referida a si los hechos atribuidos a FC se deben considerar bajo el exclusivo prisma de la LPR o pueden también subsumirse bajo las previsiones de la LDC no involucra cuestión constitucional alguna, pues remite sólo a la determinación de hechos y su ponderación bajo una, otra o ambas leyes de naturaleza infraconstitucional.

Aunque FC afirma que la afectación constitucional provendría de la aplicación de la LDC al contrato de prenda y que ello convertiría la sentencia en arbitraria, lo cierto es que la recurrente no ha intentado tan siquiera argumentar por qué razón un contrato no puede tener que cumplir, simultáneamente, con los requisitos establecidos por el sistema de defensa del consumidor y por el de prenda con registro. En ese sentido, FC no ha formulado argumentos para descartar que el contrato de prenda con registro esté comprendido en la tutela que la Constitución nacional y la Constitución local, así como la ley 24.240, brindan al consumidor de créditos. La ausencia de toda consideración sobre este punto —fundamental, a tenor del alcance de la tutela constitucional establecida a favor de los "consumidores"— deja sin sustento el agravio en examen.

3. Los restantes planteos referidos a si el contrato estableció o no los intereses, si se consignó el precio de contado de la venta que dio lugar al préstamo garantizado con la prenda, o si las referencias al seguro eran suficientes o insuficientes, se relacionan con el análisis de los hechos y de las pruebas y con su adecuación o no las exigencias de las leyes aplicadas. Aquí tampoco FC demuestra que la sentencia recurrida genere afectación constitucional alguna.

4. Por las razones expuestas, voto por *a)* admitir la queja y reintegrar a la actora el depósito efectuado a fs. 13, y *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ANA MARÍA CONDE *dijo:*

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

2. De la presentación efectuada por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. ante este tribunal surge que los planteos allí formulados se limitan, una vez más, a impugnar la sentencia recurrida en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para determinar la infracción e imponer la sanción discutida (Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y dec. ley 15.348/46 ratificado por ley 12.962).

De tal modo, más allá de la enunciación genérica de la supuesta vulneración de la garantía de defensa en juicio, los agravios que se exponen remiten a la consideración de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, propias de los jueces de la causa que resultan —por regla— irrevisables en el marco del recurso intentado (art. 27, ley 402).

En tal sentido, la queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA])", expte. nº 3264/04, resolución del 23/2/2005).

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere, extremo que no se verifica en la presente causa.

3. Por lo demás, en cuanto a la alegada arbitrariedad, debo señalar que la sentencia de la Sala II, más allá de la discrepancia de la recurrente con lo decidido, efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y por tanto resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente disienta con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, corresponde rechazar la queja deducida por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, jueza Ana María Conde, pues tal como allí se postula, los agravios del recurrente remiten a la consideración de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propias de los jueces de la causa que resultan, por regla, ajenas a la vía intentada.

Por su parte, la arbitrariedad que se imputa a la sentencia impugnada por haber aplicado la LDC a un contrato de prenda, omite explicar —tal cómo indica la doctora Ruiz en el punto 2, apart. b, de su voto— por qué no sería válido que ese contrato tuviera que cumplir, simultáneamente, con los requisitos establecidos por el sistema de defensa del consumidor y por la normativa específica que lo regula (v. gr. dec. ley 15.348, ratificado por ley 12.962). En este sentido, para una situación análoga, tengo dicho que el "(...) 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)'. // 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" (conf. mi voto *in re* "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.", expte. nº 5639/07, sent. del 25/6/2008).

En consecuencia, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja deducida por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propician en sus respectivos votos los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano.

El recurso de queja interpuesto no puede prosperar pues, más allá de contener una 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 se limitan a objetar la interpretación de las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para determinar si existió el incumplimiento que se imputa a la recurrente y a cuestionar la valoración de circunstancias de hecho y prueba.

2. 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. En este sentido, debe destacarse que la interesada no ha logrado argumentar de modo suficiente por qué razón no sería posible exigirle el cumplimiento simultáneo de las previsiones contenidas en la regulación del contrato de prenda y las que se derivan del sistema de defensa del consumidor (conf. mi voto *in re:* "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.", expte. nº 5639/07, sent. del 25/6/2008, donde se efectuó un razonamiento similar al discutirse la procedencia de una sanción prevista en la LDC cuando se invocaba la aplicación de la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito).

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto a fs. 47/50, 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 señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 13.

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

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.*

CXCVII

"MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS; MASERO, NÉSTOR LUCIO Y OTRO S/LEY 255 (JUNÍN 1787)'" Y SUS ACUMULADOS: EXPTE. Nº 5818/08 "MARTÍNEZ, ALFREDO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"; EXPTE. Nº 5819/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"; Y EXPTE. Nº 5816/08 "VILDOZA, JORGE ERNESTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN AUTOS 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. DERECHO CONTRAVENCIONAL: Nnotificaciones. Derecho procesal. Interpretación de normas infraconstitucionales. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. Es requisito necesario del recurso de queja que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, dado que no se trata de una mera reedición de aquel recurso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja cuando toda la argumentación no supera el plano de las afirmaciones e invocaciones genéricas, que no se vinculan adecuadamente con los temas discutidos en la causa ni con los fundamentos dados por los jueces de mérito para rechazar los dichos de la defensa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. En el recurso de queja la ausencia de una critica adecuada de las razones por las que se denegó el recurso de inconstitucionalidad, no puede ser suplida por

la denuncia de nuevos agravios (afectación a los principios de legalidad, defensa en juicio, plazo razonable y debido proceso) que, por extemporáneos, no pueden ser tratados en esta instancia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Frente al planteo de exención de pago del depósito por inconstitucionalidad, corresponde diferir su consideración hasta que se dicte la sentencia definitiva en los incidentes de beneficio de litigar sin gastos que se denuncian. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

5. Cabe rechazar el recurso de queja cuando se evidencia un déficit de fundamentación para lograr demostrar en el caso la existencia de una cuestión constitucional susceptible de habilitar la competencia del Tribunal (art. 27, ley 402), si las cuestiones propuestas remiten a la interpretación del derecho procesal local, ajenos —por regla— al ámbito del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Cabe rechazar el recurso de queja cuando la Alzada dio motivación a su decisión de denegar los recursos presentados y el recurrente omite en su queja cualquier referencia en torno a las razones que llevaron a los jueces a considerar que no se había planteado en el caso una cuestión constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Cabe rechazar el recurso de queja frente al nuevo planteo de la defensa, relativo a la falta de notificación personal de la denegatoria del recurso extraordinario federal respecto a la condena decidida por este Tribunal, pues ha sido suficientemente considerado y desechado de manera fundada por las instancias de mérito, luego de que la CSJN suspendiera el trámite de los recursos de queja a las resultas de la decisión de los jueces de la causa respecto de la prescripción de la acción contravencional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. El recurso de queja requiere que el agraviado derribe las razones dadas por la Cámara para cerrar la instancia, razones que deben superar la mera denuncia de arbitrariedad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Cabe rechazar el recurso de queja si los magistrados de primera y segunda instancia expusieron fundamentos holgadamente suficientes para considerar que no correspondía emplear supletoriamente el art. 146 del CPPN en la materia contravencional, toda vez que por decisión del legislador local las notificaciones en tal materia deben practicarse de acuerdo con una norma local específica, según la cual se consideran válidas todas las citaciones y notificaciones celebradas en el domicilio constituido por el contraventor (art. 12, ley 12), fundamentos vinculados con el derecho procesal local, que no han sido mínimamente refutados en ninguna de las presentaciones analizadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5127/07 - 3/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Frente a la actualización del planteo de prescripción de la pena realizado por los defensores de Alfredo Luis Martínez y de Néstor Lucio Masero, también en representación de "American Data S.A.", por un lado, y de Jorge Ernesto Vildoza, por otro, el juez de primera instancia resolvió hacer lugar a la prescripción de las penas de arresto y rechazar el planteo de prescripción de las penas de comiso e interdicción impuestas en esta causa (fs. 4/6). Apelada la decisión por la defensa de Martínez y Masero (fs. 7/11), la Sala I de la Cámara CyF confirmó la resolución recurrida, con fecha 24/10/2006 (fs. 12/14), lo que generó la presentación de un recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/24), cuya denegación (fs. 26/28) dio lugar a la presentación de una queja ante este Tribunal (fs. 29/40).

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa postuló que la decisión de la Cámara era arbitraria, resumidamente: *a)* porque considera que una serie de planteos quedaron sin tratamiento, pues la mera remisión y cita a resoluciones anteriores no resulta suficiente para la completa fundamentación del decisorio; *b)* porque la decisión recurrida carece del debido respaldo normativo específico a su decisión, pues remite a jurisprudencia del TSJBA sin dar las razones por las cuales comparte las opiniones citadas; y *c)* porque no dio respuesta a ninguno de los agravios recursivos introducidos por la defensa en la apelación (fs. 21 vta./24).

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 50/51), concluyó que la queja debía ser rechazada: *a)* por entender que el recurso carecía de adecuada fundamentación, ya que se limitaba a reiterar sus planteos anteriores sin dar razones para demostrar que la denegatoria atacada fue incorrecta; y *b)* porque el defensor —en su recurso de inconstitucionalidad— tampoco había logrado articular un caso que habilitara la instancia extraordinaria local.

4. Posteriormente se tomó conocimiento de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 25/4/2007, devolvió al Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 4 las actuaciones en las que se discutía un nuevo plateo de prescripción de la acción contravencional en esta misma causa, para su tramitación (fs. 53 y 57/58), razón por la cual la jueza de trámite decidió suspender el llamado de autos (fs. 53, II).

5. El nuevo planteo de prescripción de la acción contravencional fue rechazado en primera instancia el 8/8/2007 (fs. 105/138). Esta decisión, apelada por las respectivas defensas (fs. 139/140 y 298/310), fue confirmada por la Sala I de la Cámara el 14/11/2007 (fs. 142/146). Contra ella, la defensa de Martínez y de Masero, por un lado (fs. 147/162), y la de Vildoza, por otro (fs. 317/325), interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad, cuya denegación (fs. 163/165) originó la presentación ante este Tribunal del recurso de queja en nombre de Martínez y Masero (fs. 167/184), del recurso *in pauperis* del señor Vildoza (fs. 359) y de otro recurso de queja presentado por el señor Defensor General de la Ciudad en nombre de Vildoza (fs. 332/346). Así las cosas, la jueza de trámite ordenó la acumulación de las mencionadas presentaciones a este expediente (fs. 95, 211 y 355).

6. El Fiscal General Adjunto solicitó el rechazo de ambas quejas. Con respecto a la interpuesta por la defensa de Martínez y Masero, considera que no satisface el requisito de fundamentación; y en cuanto a la presentada por la defensa oficial de Vildoza, señaló que intenta introducir nuevos motivos de agravio, que no son atendibles por tardíos. Por lo demás, en ambos dictámenes agrega que comparte los argumentos dados por la Sala I para denegar el recurso de inconstitucionalidad, a los que se remite (fs. 209/210 y 364/365).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos de queja (de fs. 167/184, 332/346 y 29/40) interpuestos ante el Tribunal por escrito y dentro del plazo legal por las defensas de los imputados, deben ser rechazados por los motivos que expondré a continuación.

Tal como ya se ha establecido en numerosos precedentes es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, dado que no se trata de una mera reedición de aquel recurso (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). Así como fue obligatorio para los jueces de la Cámara fundar la resolución por la cual declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 190/205, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar en forma razonada por qué fue incorrecta aquella decisión. Ninguna de las presentaciones satisface esa condición.

2. En primer lugar, corresponde pronunciarse sobre los planteos relativos a la *prescripción de la acción contravencional* (fs. 167/184 y 332/346).

2.a. La crítica que contiene el recurso de queja interpuesto por la defensa de Martínez y Masero, respecto del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad no logra desvirtuar el juicio de admisibilidad que formuló la Cámara.

La Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad por entender que la defensa no logró plantear un verdadero caso constitucional, pues la alegada arbitrariedad de la decisión que confirmó el nuevo rechazo del planteo de prescripción de la acción sólo expresa una mera disconformidad con lo decidido y una propuesta de decisión diferente sobre la base de una doctrina jurisprudencial que sólo a criterio de los recurrentes resulta de aplicación al caso; y porque no se cuestionó la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales sobre la base de las cuales se rechazó el planteo referido a la composición de la Sala decisora (fs. 164 vta./165).

El quejoso se limita a afirmar que existe cuestión constitucional bastante y que no se trata de una mera disconformidad con lo resuelto, sino que hay una clara relación entre la impugnación que formula y principios, derechos y garantías de raigambre constitucional (incluyendo todo lo atinente a la arbitrariedad de sentencia

invocada). Agrega que la Cámara omitió dar respuesta a los planteos que efectuara (fs. 180 vta./181). Sin embargo, toda la argumentación no supera el plano de las afirmaciones e invocaciones genéricas, que no se vinculan adecuadamente con los temas discutidos en la causa ni con los fundamentos dados por los jueces de mérito para rechazar los dichos de la defensa.

2.b. La queja presentada por la defensa oficial del señor Vildoza, tampoco critica adecuadamente las razones por las que la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad (fs. 337/344). Y esa carencia no puede ser suplida por la denuncia de nuevos agravios (afectación a los principios de legalidad, defensa en juicio, plazo razonable y debido proceso) que, por extemporáneos, no pueden ser tratados en esta instancia.

En síntesis, las mismas consideraciones contenidas en el apart. 2.a. definen la suerte de este recurso.

3. El recurso de queja presentado por la defensa de los señores Martínez y Masero (fs. 29/40), relativo a la *prescripción de las penas de comiso e interdicción* que pesan sobre ellos, interpuesto ante el Tribunal, por escrito y dentro del plazo legal, debe ser rechazado. La crítica que intenta respecto del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad no logra desvirtuar el juicio de admisibilidad formulado por la Cámara.

La Sala I indicó que no constituye agravio constitucional el rechazo del recurso de apelación con base en que los argumentos que presentó la defensa no difieren de aquellos que había expuesto en etapas anteriores del proceso (los que, cabe aclarar, incluso fueron traídos hasta el Tribunal en dichas ocasiones). Asimismo, sostuvieron que el recurrente "no señala cuál es la 'nueva perspectiva' (*sic*) desde la que debieron apreciarse esas cuestiones oportunamente resueltas" (fs. 27, el destacado en el auto denegatorio). Frente a esta denegatoria, el quejoso no indicó por qué motivo es irrazonable (o, en sus palabras, arbitrario) requerirle que explique cuál es el nuevo escenario procesal que ameritaba el replanteo de cuestiones ya analizadas.

Respecto de los agravios vinculados con el momento en el que se debe tener por ejecutada la pena de comiso, los camaristas entendieron que su recurso de inconstitucionalidad no era admisible porque el recurrente se limitó a sostener que "los textos legales citados 'no dan concreta respuesta' al reclamo del recurrente" (fs. 27 vta.). Aquí la queja es igualmente insuficiente, no se hace cargo de que ese argumento no basta para habilitar la instancia extraordinaria local.

Por último, el escrito de fs. 29/40 (especialmente a fs. 37/ vta.) denuncia la supuesta arbitrariedad de los camaristas al rechazar la apelación remitiéndose a los fundamentos del recurso de inconstitucionalidad, como si se tratara de una presentación directa ante este Estrado. Parece ignorar que el recurso de queja requiere que el agraviado conteste las razones dadas por la Cámara para cerrar la instancia, lo que no ha sido satisfecho en el recurso directo.

4. Voto en consecuencia por rechazar los recursos de queja interpuestos a fs. 167/184, 332/346 y 29/40.

5. Respecto del depósito relativo a la queja de fs. 332/346 interpuesta por la defensa oficial a favor del señor Vildoza, corresponde su exención en virtud de los argumentos que ya expuse 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, resolución del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC, apelación'", expte. nº 2197, resolución del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional 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. 189 bis C.P.'".

Con relación a los depósitos correspondientes a las quejas de fs. 167/184 y 29/40, interpuestas por la defensa de los señores Martínez y Masero, y visto el planteo de exención de pago por inconstitucionalidad formulado a fs. 181 vta./183 y 38/39, voto por diferir su consideración hasta que se dicte la sentencia definitiva en los incidentes de beneficio de litigar sin gastos que se denuncian a fs. 183 vta. En consecuencia, intímese a los recurrentes a que en el plazo de 5 (cinco) días acrediten la existencia de dichos trámites y, en su caso, informen al Tribunal la resolución en ellos recaída.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Corresponde, en primer lugar, pronunciarse sobre los planteos relativos a la *prescripción de la acción contravencional.*

Los recursos de queja presentados por las defensas de los imputados Martínez y Masero (fs. 167/184) y Vildoza (fs. 332/346) —exptes. nºs 5818 y 5819 respectivamente— fueron interpuestos ante el Tribunal, por escrito y dentro del plazo legal. Sin embargo, ellos deben ser rechazados toda vez que los recurrentes han omitido formular una crítica fundada destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales los jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvieron declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad agregados en copia a fs. 190/205 y 317/325 (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).

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,* 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338; en el mismo sentido, este 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, resolu-

ción del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 92 y ss.).

1.1. En efecto, la Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a favor de Martínez y Masero por entender que la defensa no logró plantear un verdadero caso constitucional, pues la alegada arbitrariedad de la decisión que confirmó el nuevo rechazo del planteo de prescripción de la acción sólo expresa una mera disconformidad con lo decidido y una propuesta de decisión diferente sobre la base de una doctrina jurisprudencial que sólo a criterio de los recurrentes resulta de aplicación al caso; y porque no se cuestionó la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales sobre la base de las cuales se rechazó un planteo referido a la necesidad de integrar la Sala decisora con un tercer juez en razón de la inhibición de uno de sus integrantes (fs. 164 vta./165).

Frente a ello, la queja agregada a fs. 167/184 se limita a expresar, básicamente, que existe cuestión constitucional bastante y que no se trata de la mera disconformidad con lo resuelto, "sino de la clara relación que todo lo aquí planteado tiene con principios, derechos y garantías que son de raigambre constitucional (incluyendo todo lo atinente a la arbitrariedad de sentencia invocada)" y que "esto suscita cuestión constitucional más que suficiente". A ello añade que no ha recibido por parte de la Cámara respuesta alguna sobre los planteos efectuados (fs. 180 vta./181). Sin embargo, toda la argumentación se mantiene en el plano de las afirmaciones e invocaciones genéricas, sin relacionarlas adecuadamente con las cuestiones discutidas en la causa ni con los argumentos dados por los jueces de mérito para rechazar los planteos defensistas, por lo que considero que la queja carece de una fundamentación adecuada. En ese sentido el segmento del recurso de hecho dirigido a rebatir el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (punto III, fs. 179 vta./181) se limita a alegar la supuesta arbitrariedad de la decisión afirmando que no se ha "recibido de la Cámara respuesta alguna a los concretos planteos que las defensas introdu[jeron] en los actuales trámites recursivos, ni siquiera a aquellos que resultan dirimentes para el caso" (fs. 181), sin indicar puntualmente los argumentos que no habrían recibido tratamiento, ni exponer las razones por las cuales aquellos serían sustanciales para la decisión de la cuestión en estudio. De hecho, los recurrentes omiten dar respuesta a los motivos por los cuales la Cámara afirmó la ausencia de cuestión constitucional en el caso, tanto respecto del planteo relativo a la ausencia de notificación personal que originara esta nueva incidencia, como del relacionado con la integración de la Sala que resolviera los recursos interpuestos, cuestiones a las que la crítica de la defensa no se refiere.

Por lo demás, asiste razón a la Cámara cuando afirma que el recurso de inconstitucionalidad, en copia a fs. 190/205, no ha planteado cuestión constitucional alguna. Aun considerando como parte integrante de la crítica de la decisión que confirmó la resolución de primera instancia (punto V del recurso) a las afirmaciones efectuadas por la defensa en el punto II. A. 4 de aquella presentación (fs. 196 vta./197), el recurrente se limitó a aseverar la afectación de "garantías constitucionales superiores" y a afirmar que el caso en estudio es análogo a los decididos

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Dubrá" (*Fallos,* 327:3802) y "Villarroel Rodríguez" (*Fallos,* 327:3824), sin realizar argumentación alguna con la finalidad de vincular siquiera mínimamente aquellas garantías —que tampoco individualizó— y la doctrina emanada de la jurisprudencia reseñada, con los sucesos de esta causa. Por lo demás, la defensa omitió efectuar un cuestionamiento expreso de la norma local que ha establecido el mecanismo de notificación convalidado por los jueces de mérito (art. 12, ley 12). De la misma manera, el recurso de inconstitucionalidad no cuestionó con base constitucional los argumentos y las normas que dieron fundamento al rechazo de su petición de integrar la Sala de la Cámara de Apelaciones con un tercer juez.

De lo expuesto precedentemente se desprende el déficit de fundamentación para lograr demostrar en el caso la existencia de una cuestión constitucional susceptible de habilitar la competencia del Tribunal (art. 27, ley 402). Por el contrario, las cuestiones propuestas remiten a la consideración de aspectos vinculados a la interpretación del derecho procesal local, ajenos —por regla— al ámbito del recurso de inconstitucionalidad.

1.2. Lo sostenido en el punto 1 precedente resulta en un todo aplicable también a la queja presentada por la defensa oficial del señor Vildoza (fs. 332/346), pues tampoco allí se critican adecuadamente las razones por las que la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, en el recurso de hecho la defensa insiste en la supuesta arbitrariedad de las decisiones de la Cámara de Apelaciones, sintéticamente, debido a que los jueces se habrían apartado del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes —"Caballero" (*Fallos,* 328:3928) y "Papelera Pedotti S.A." (*Fallos,* 330:4040)—, con menoscabo en el art. 31, C.N., y porque sin fundamentación afirmaron que las cuestiones planteadas ya habían sido discutidas, impidiendo así el debate en torno a la cuestión en instancias extraordinarias. Sin embargo, como se explicó en el punto precedente, la Alzada dio motivación a su decisión de denegar los recursos presentados y el recurrente ha omitido en su queja cualquier referencia en torno a las razones que llevaron a los jueces a considerar que no se había planteado en el caso una cuestión constitucional en vinculación con la ausencia de una notificación personal en el caso. De hecho, el recurrente no se refiere en su presentación a dicha cuestión, que fue, en definitiva, según se verá en el punto que sigue, la que suscitó la devolución de las actuaciones por parte de la CSJN para una nueva decisión en torno a la posible prescripción de la acción contravencional en las instancias locales.

Finalmente, la defensa del señor Vildoza tampoco realizó argumentaciones en torno a aquella cuestión en el recurso de inconstitucionalidad que se pretende defender, ni mucho menos cuestionó la constitucionalidad de la norma que los jueces consideraron aplicable al caso (art. 12, ley 12), pues se limitó a mencionar, en el acápite referido a los requisitos de procedencia del recurso, que "la defensa oficial resiste dicho conato de ejecución de una sentencia que (...) no se encuentra firme por la falta de notificación de manera personal (...) de la resolución del tribu-

nal Superior de Justicia local de fecha 17/11/2004" (fs. 334 vta.). Así las cosas, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado pues no se ha planteado cuestión constitucional alguna en el caso.

2. Sin perjuicio de que lo afirmado hasta aquí basta para rechazar las quejas intentadas, considero necesario aclarar lo siguiente, debido al intrincado trámite de estas actuaciones, a la cantidad de incidentes existentes y a las afirmaciones hechas por las defensas en sus respectivos recursos: las cuestiones relativas a la prescripción de la acción contravencional en esta causa habían sido suficientemente tratadas y rechazadas en todas las instancias locales (en las decisiones de primera instancia del 17/6/2005; la de la Sala I de la Cámara de fecha 4/8/2005 y la de este Tribunal del 19/12/2005 *in re* "Incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis s/ley 255 —apelación— recurso de inconstitucionalidad concedido'", expte. nº 4185/05). Posteriormente, según surge de las constancias de la causa, cuando los recursos planteados en los autos "Recursos de hecho deducidos por Jorge Ernesto Vildoza en las causas 'Martínez, Alfredo Luis y otros s/causa 4087/05' y M.769.XLII 'Martínez, Alfredo Luis y otro s/ley 255'" (expte. M.577.XLII) se encontraban en trámite ante la CSJN, la defensa oficial del señor Vildoza advirtió y denunció ante el máximo tribunal que la denegatoria del recurso extraordinario federal relativo a la condena recaída en autos, decidida por este Tribunal el 17/11/2004 (expte. nº 3164), no fue notificada personalmente al señor Vildoza. Esta nueva circunstancia llevó a la defensa a afirmar que por aplicación de la doctrina emanada de ciertos precedentes de la CSJN la sentencia definitiva recaída en autos no había adquirido firmeza, por lo que la acción contravencional se encontraría prescripta (conf. fs. 96). A la luz de este nuevo elemento, con fecha 10/4/2007, la CSJN resolvió suspender el trámite de los recursos de queja en trámite, a las resultas de la decisión que tomaran los jueces de la causa sobre la cuestión de la prescripción de la acción contravencional.

Debe quedar en claro que el nuevo planteo de la defensa, relativo a la falta de notificación denunciada, ha sido suficientemente considerado y desechado de manera fundada por las instancias de mérito. En ese sentido, la jueza de primera instancia dio fundadas razones para considerar que no resultaba de aplicación al caso el art. 146, CPPN, ni la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citada por las defensas que, según entendió, se relaciona con aquella norma y otras que reglamentan el funcionamiento de los tribunales nacionales (ver fs. 74 vta./80). La Cámara, por su parte, ante la invocación de la supuesta vulneración del debido proceso y la defensa en juicio efectuada por las recurrentes, dio fundados motivos para exponer que la falta de notificación personal a la que se referían las partes no impidió el ejercicio de derecho alguno por parte de los condenados (fs. 90 vta.). Sin embargo las defensas no han siquiera intentado rebatir aquellos fundamentos, desde el punto de vista constitucional, en sus respectivos recursos de inconstitucionalidad. Por el contrario, decidieron concentrarse en las cuestiones que ya habían sido objeto de las decisiones mencionadas en el párrafo anterior y en denunciar una genérica falta de fundamentación, que tampoco basta a ese efecto. Así

las cosas, resuelta y terminada la discusión sobre el nuevo punto en las instancias de mérito (por decisión de las propias defensas), sólo quedan en pie las mismas circunstancias que ya fueron evaluadas y decididas por este Tribunal *in re* "Incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis s/ley 255 —apelación— recurso de inconstitucionalidad concedido'", expte. nº 4185/05, decisión del 19/12/2005, pendiente de decisión por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (expte. M.769.XLII "Martínez, Alfredo Luis y otro s/ley 255").

3. De acuerdo a las consideraciones expuestas en los puntos precedentes voto por:

a) rechazar la queja agregada a fs. 167/184. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida, y habida cuenta de que los recurrentes manifestaron a fs. 183 vta. haber solicitado ante el Juzgado de origen la concesión del beneficio de litigar sin gastos, entiendo que debe diferirse su consideración para una vez dictada la sentencia definitiva en los incidentes cuyo inicio se denunciara. En consecuencia, deberá intimarse a los recurrentes para que en el término de cinco días acrediten la existencia de dichos trámites y, en su caso, informen al Tribunal la resolución en ellos recaída;

b) rechazar la queja agregada a fs. 332/346 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, 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).

4. Decidido el rechazo de las quejas referidas al nuevo planteo de prescripción de la acción contravencional corresponde ahora tratar el recurso de queja presentado por la defensa de los señores Martínez y Masero, relativo a la *prescripción de las penas de comiso e interdicción* que pesan sobre ellos.

El recurso fue interpuesto ante el Tribunal, por escrito y dentro del plazo legal. Sin embargo, debe ser rechazado pues, básicamente, los recurrentes han omitido dirigir crítica alguna a la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado, en copia, a fs. 15/24. Resultan entonces aplicables, también

a este recurso de hecho, las consideraciones efectuadas y la jurisprudencia citada en el punto 1 de este voto.

4.1. La Sala I indicó que no constituye agravio constitucional la alegada falta de fundamentación de la sentencia en razón de que el rechazo del recurso de apelación se fundara, en parte, en la remisión a decisiones en las que se dio respuesta a argumentos que no difieren de los ya expuestos por la defensa en etapas anteriores del proceso (alguno de los cuales, cabe aclarar, incluso fueron traídos hasta el Tribunal en dichas ocasiones —véanse sentencias de fecha 19/12/2005 y 7/9/2004 recaídas *in re*: "Incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis s/ley 255 —apelación— recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4185 y "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Alfredo y otros s/ley 255, apelación'", expte. nº 3164/04, respectivamente—).

Asimismo, sostuvieron que el recurrente "no señala cuál es la 'nueva perspectiva' *(sic)* desde la que debieron apreciarse esas cuestiones oportunamente resueltas" (fs. 27, el destacado en el auto denegatorio).

Frente a esta denegatoria, el quejoso no indicó por qué motivo es irrazonable (o, en sus palabras, arbitrario) requerirle que explique cuál es el nuevo escenario procesal que ameritaría el replanteo de cuestiones ya analizadas y que haría insuficiente la remisión, efectuada por los jueces, a decisiones anteriores tomadas sobre aquellas cuestiones.

4.2. Respecto de los agravios vinculados con el momento en el que se debe tener por ejecutada la pena de comiso, el tribunal *a quo* entendió que el recurso de inconstitucionalidad no era admisible porque el recurrente se limitó a sostener que "los textos legales citados 'no dan concreta respuesta' al reclamo del recurrente" (fs. 27 vta.).

En este punto la queja es igualmente insuficiente. No hay párrafo dedicado a demostrar que con ese argumento bastaba para habilitar la instancia extraordinaria local o que, por caso, aquella razón no era la única que se había expuesto en el remedio denegado.

4.3. El escrito de fs. 29/40 (y especialmente a fs. 37/ vta.) se limita a señalar que la alegada arbitrariedad del rechazo de la apelación se advierte con sólo leer el recurso de inconstitucionalidad; es decir, la defensa remite a su escrito anterior para que el Tribunal formule su propio juicio de admisibilidad sobre aquel remedio, como si se tratara de una presentación directa ante este Estrado.

Sin embargo, el recurso de queja requiere que el agraviado derribe las razones dadas por la Cámara para cerrar la instancia, razones que deben superar la mera denuncia de arbitrariedad. En este sentido, resulta insuficiente indicar "que la crítica al decisorio que no habilitó la instancia requerida sigue siendo la de la arbitrariedad y un inexplicable voluntarismo decidido a privarnos de esta revisión" (fs. 37).

5. Así las cosas, la queja intentada no logra desvirtuar el juicio de admisibilidad formulado por la Cámara.

Por ello, voto por rechazar la queja agregada a fs. 29/40. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida, y habida cuenta de que los recurrentes manifestaron a fs. 183 vta. haber solicitado ante el Juzgado de origen la concesión del beneficio de litigar sin gastos en los autos principales, entiendo que debe diferirse su consideración para una vez dictada la sentencia definitiva en los incidentes cuyo inicio se denunciara. En consecuencia, deberá intimarse a los recurrentes para que en el término de cinco días acrediten la existencia de dichos trámites y, en su caso, informen al Tribunal la resolución en ellos recaída.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, así como las consideraciones agregadas por el doctor José O. Casás.

2. Sólo creo pertinente agregar que toda vez que los recurrentes no demuestran que se encuentren frente al riesgo de ser sometidos a una pena que afecte un derecho no patrimonial, no concurren las razones que me llevaron *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, a considerar inconstitucional la exigencia del depósito, por lo que el art. 34 de la ley 402 es operativo y corresponde exigir la integración de la suma de $ 1.000 por cada uno de los recurrentes.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Comenzaré por decir que coincido con lo expuesto por mis colegas preopinantes en cuanto a los serios defectos de argumentación de cada una de las quejas articuladas ante este estrado. En efecto, ninguna de las quejas contiene una crítica apropiada contra las resoluciones mediante las cuales la Cámara resolvió denegar los recursos de inconstitucionalidad intentados por los respectivos defensores de los encartados. Más allá de considerar que los vicios apuntados por mis distinguidos colegas bastan, o incluso sobran, para rechazar cada una de las presentaciones directas, opino que la enmarañada tramitación dada a este caso, a consecuencia de la remisión dispuesta por la CSJN, amerita algunas aclaraciones a fin de evitar cualquier confusión sobre lo que, en rigor, debía debatirse en las instancias anteriores. Ello así, porque todo el planteo relativo a la prescripción de la acción contravencional de cara al posible agotamiento del plazo extintivo ya había sido materia de discusión y conocimiento de quienes integramos este Tribunal en una ocasión anterior (ver "Incidente de prescripción en autos 'Martínez, Alfredo Luis s/ley 255 —apelación— recurso de inconstitucionalidad concedido'", expte. nº 4185/05, sent. del 19/12/2005). Es preciso recordar que, en dicha oportunidad, el Tribunal resolvió —por unanimidad— declarar mal concedido otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto por todos los imputados —asistidos en aquel entonces por una defensa unificada—, cuyo objeto era idéntico al propuesto en las dos quejas vinculadas con la prescripción de la acción (expte. nº 5818 y 5819), en

atención a que la sentencia condenatoria oportunamente dictada había pasado en autoridad de cosa juzgada.

Cuando la CSJN devolvió esta causa al juzgado de primera instancia, considerándolo correcta o incorrectamente "tribunal de origen", lo hizo con el propósito de que se examinara el mérito de un planteo concreto y específico formulado por el defensor oficial ante ese alto Tribunal que ponía en tela de juicio el alegado carácter de esa sentencia de condena. En consecuencia, la CSJN sólo devolvió jurisdicción a la justicia local para resolver aquel planteo —vinculado con la necesidad (o no) de que se notifique personalmente a los imputados la decisión que rechaza un recurso extraordinario federal dirigido contra la condena—, pero no era posible, a partir de esa remisión, reeditar la discusión referida a la supuesta prescripción de esta acción contravencional sobre la misma base argumental que ya había sido suficientemente tratada y resuelta por todas las instancias locales. En ese orden, radicada la causa en el juzgado y frente a la vista conferida por su titular a todos los coimputados, los distintos defensores debieron concentrar todo su esfuerzo en argumentar y explicar los motivos por los cuales inferían que este Tribunal debió notificar necesariamente de forma "personal" a los contraventores cuando se denegó el recurso extraordinario federal interpuesto contra la decisión confirmatoria de la condena y, en todo caso, qué gravamen concreto les habría provocado la falta de aquella notificación "personal" a sus defendidos. Esta era la única cuestión que materialmente podía discutirse en virtud de lo ordenado por la CSJN y, extrañamente, fue la cuestión que menos atención recibió por parte de los minuciosos recurrentes.

En efecto, los magistrados de primera y segunda instancia expusieron fundamentos holgadamente suficientes para considerar que no correspondía emplear supletoriamente el art. 146 del CPPN en la materia contravencional, toda vez que por decisión del legislador local las notificaciones en tal materia debían practicarse de acuerdo con una norma local específica, según la cual "se consideran válidas *todas* las citaciones y notificaciones" celebradas en el domicilio constituido por el contraventor (art. 12, ley 12). Por tal razón, los jueces de la causa entendieron que no correspondía aplicar la jurisprudencia de la CSJN en cuanto a ese punto (*in re* "Dubra"), puesto que, por otra parte, no se advertía con claridad qué defensas se habían visto privados de ejercer los imputados frente a la omisión de tal notificación "personal". Ahora bien, lo cierto es que esos fundamentos vinculados con el derecho procesal local, no han sido mínimamente refutados en ninguna de las presentaciones que aquí se analizan. En este sentido, tal como lo expresa el doctor Casás en su voto —cuyo contenido, por cierto, comparto enteramente—, por decisión expresa de los respectivos recurrentes toda la discusión relativa al nuevo planteo que había intentado el Defensor Oficial ante la CSJN ha quedado definitivamente zanjada y resuelta en las instancias de mérito. En consecuencia sólo quedan en pie las mismas circunstancias que ya fueron resueltas por este Tribunal y que aún permanecen sin una decisión de la CSJN (expte. nº 4185/05, citado en el primer párrafo de este voto).

Sólo quiero agregar que, *obiter dictum*, más allá del acierto o error de los argumentos expuestos en las instancias inferiores que —reitero— no han merecido

ningún cuestionamiento serio de naturaleza constitucional, aquella formalidad que pareciera exigirse en orden a la obligatoriedad de notificar de forma "personal" determinado tipo de resoluciones, entre ellas la denegación de un recurso extraordinario federal interpuesto contra un fallo condenatorio, tiene razón de ser en el hecho de garantizar que no se quite o prive al sujeto interesado de la posibilidad de impugnar la decisión. En esta causa concreta no ha habido una sola manifestación o desarrollo que dé mínima entidad a la hipótesis de que los contraventores no pudieron interponer una queja ante la CSJN, al no haber sido notificados personalmente. Muy por el contrario, este sumario está plagado de afirmaciones en virtud de las cuales se desprende —con meridana claridad— que los contraventores conocieron perfectamente la decisión denegatoria del recurso extraordinario federal deducido contra la resolución de este Tribunal que, a su turno, confirmó la condena resuelta por los jueces de la causa. A tal punto ese supuesto desconocimiento no ha sido una defensa argüida por los contraventores, por motivos que no cabe inquirir de oficio, que todos los contraventores manifestaron expresa y libremente su voluntad de que se revisase esta condena firme mucho tiempo antes de que se propusiera este nuevo fundamento ante la CSJN. Consecuentemente, un pronunciamiento que considerara agotada la acción a causa de la falta de tal notificación "personal" en estas condiciones, en mi concepto se apartaría del loable propósito perseguido por la jurisprudencia de la CSJN y pasaría a ser una declaración motivada en el solo interés del formal cumplimiento de la ley en un supuesto en el cual, dicho sea de paso, la ley aplicable y específica en la materia contravencional no exige la observancia de aquella formalidad.

2. Por los fundamentos precedentes y adhiriendo expresamente, en lo pertinente, a los desarrollos contenidos en los votos de mis colegas voto por: 1) *Rechazar* las quejas obrantes a fs. 29/40, 167/184 y 332/346; 2) *intimar* al imputado Vildoza para que integre el depósito de ley, bajo apercibimiento de ejecución ("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, decisión del 30/8/2007); 3) *diferir* la consideración del planteo de inconstitucionalidad del art. 34 de la ley 402 intentado por los imputados Martínez y Masero a las resultas de lo que se decida en los beneficios de litigar sin gastos —cuyo supuesto inicio fuera denunciado a fs. 183 vta.— e *intimar* a los nombrados para que, en el término de cinco (5) días, acrediten fehacientemente la iniciación de dichos trámites y, en su caso, informen al Tribunal el resultado obtenido.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, y por mayoría respecto de los puntos 2 y 3,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* los recursos de queja interpuestos a fs. 167/184; 332/346 y 29/40.

2º. *Intimar* a los señores Alfredo Luis Martínez y Néstor Lucio Masero a que, dentro del quinto día de notificados, acrediten la existencia de los beneficios de litigar sin gastos denunciados a fs. 183 vta. y, en su caso, informen al Tribunal la decisión recaída en ellos.

3º. *Intimar* al señor Jorge Ernesto Vildoza a que en el término de cinco días integre el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala I de la Cámara CyF.

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.*

CXCVIII

"INCIDENTE DE REGULACIÓN DE HONORARIOS EN AUTOS 'ÁLVAREZ, JORGE ALBERTO S/INF. ART. 82 —RUIDOS MOLESTOS—, CC' S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos.
Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: Legitimación. Funciones.
PERITO AMBIENTAL: Pago de honorarios. Debido proceso. Acceso a la justicia.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad cumple con los requisitos formales de admisibilidad cuando se interpone dentro del plazo legal, ante el tribunal competente y se dirige a impugnar una resolución del superior tribunal de la causa que resulta equiparable a una sentencia definitiva (arts. 27 y 28, ley 402), en tanto la decisión objetada imposibilita cualquier discusión posterior en torno al monto de los honorarios regulados a la perito ambiental. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

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). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La decisión que 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 —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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Habilitada la instancia judicial para el Consejo de la Magistratura, a partir del reconocimiento de su legitimación procesal activa para discutir la imposición de la obligación de pago de honorarios al perito ambiental, corresponde que los jueces de la causa brinden respuesta fundada a sus planteos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Existe cuestión constitucional por arbitrariedad de sentencia en la decisión que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la resolución que le impuso el pago de los honorarios de la perito ambiental, en un proceso en el cual hasta entonces no había intervenido en modo alguno, pues se lo priva del debido proceso legal y del acceso a la justicia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. A partir de la condena a sufragar los honorarios de la perito, el Consejo de la Magistratura resulta legitimado pasivo, y 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).*

7. Está justificado y es legítimo el interés del Consejo de la Magistratura para intervenir en el proceso por vía impugnativa, haciendo uso de una forma procesal que tiende a asegurar su derecho a ser oído, si se lo condena al pago de honorarios de la perito ambiental, pues él es el "vencido", que ha devenido deudor de una obligación dineraria por decisión judicial. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5876/08 - 3/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF (fs. 56) que rechazó *in limine* el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de la jueza de primera instancia, en copia a fs. 13/15. Aquella presentación (fs. 46/48) se dirigía a obtener la revisión de la imposición al Consejo de la Magistratura del pago de los honorarios profesionales y gastos regulados a favor de la perito ambiental que intervino en el proceso seguido a Jorge Alberto Álvarez por infracción al art. 82 del CC, así como —en forma subsidiaria— el monto asignado a tal efecto.

2. En el recurso de inconstitucionalidad la recurrente afirmó, sintéticamente, que la decisión de la Sala I de la Cámara CyF que rechazó el recurso de apelación oportunamente interpuesto es arbitraria pues, en forma contradictoria, mantiene la imposición de una obligación al Consejo pero le niega legitimación para cuestionarla, vulnerando el derecho de defensa en juicio que le asiste (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA) e impidiendo el ejercicio de las funciones que la Constitución local le ha otorgado (art. 116, CABA). A su criterio, la decisión afecta la división de poderes

y, dentro de ésta, las atribuciones conferidas a cada organismo integrante del poder estatal, configurándose un caso de gravedad institucional.

La recurrente se agravia, a su vez, por la infundada imposición del pago de los honorarios en cuestión al Consejo cuando el Magistrado no se ha expedido todavía en orden a las costas generadas por el proceso, pues los autos no se encuentran en estado procesal para su determinación. Solicita entonces se revoque la sentencia apelada, concediéndose el recurso de apelación oportunamente interpuesto, haciéndose lugar al mismo (fs. 64/70).

3. Los jueces de la Sala I de la Cámara consideraron que la decisión en cuestión puede ser equiparada a una sentencia definitiva —en tanto, en lo atinente al monto que corresponde pagarle al perito ambiental y la persona obligada a dicho pago, no existe otra oportunidad útil para que la disconforme haga valer sus razones— y que, en razón de los fundamentos brindados por este Tribunal al resolver en un caso con las mismas características ("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 —honorario de perito'", expte. nº 5547/07, resolución del 12/3/2008) correspondía declarar admisible el remedio intentado (fs. 76/77).

4. En oportunidad de contestar la vista, dispuesta a fs. 80, el señor Fiscal General Adjunto consideró que la decisión impugnada es equiparable a un sentencia definitiva, toda vez que la situación cuestionada no podrá ser modificada en instancias judiciales posteriores y causa un gravamen irreparable, en la medida que importa la imposición de un detrimento patrimonial sin derecho de defensa previo o posterior al fallo. Afirmó que asiste razón a la parte recurrente, sintéticamente, pues 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. Agregó, además, que la decisión que impuso el pago de los honorarios al Consejo carece de fundamentación mínima y por ello debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido. Solicitó, en consecuencia, que se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad y se declare la nulidad del auto cuya copia obra a fs. 13/15 para que se dicte una nueva resolución conforme a derecho, con intervención de la parte que resulte obligada al pago (fs. 82/84).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso cumple con los requisitos formales de admisibilidad. Fue interpuesto dentro del plazo legal, ante el tribunal competente y se dirige a impugnar una resolución del superior tribunal de la causa que resulta equiparable a una sentencia definitiva (arts. 27 y 28, ley 402). Ello así, en tanto la decisión objetada imposibilita

cualquier discusión posterior en torno al monto de los honorarios regulados a la perito ambiental, licenciada Alicia Raquel Beraja, en razón de su intervención en el proceso seguido a Jorge Álvarez en la causa 20.892/07 (1142-C) caratulada "Álvarez, Jorge Alberto s/inf. art. 82 —ruidos molestos— del CC", así como respecto a la imposición de su pago al Consejo de la Magistratura local (conf. doctrina de *Fallos,* 209:454; 320:2630 y 321:2263, entre otros).

Además, la 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).

2. La pretensión involucrada en estas actuaciones es sustancialmente similar a la resuelta con anterioridad por este Tribunal *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. nº 5547, sent. del 12/3/2008. Como en aquella oportunidad, 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.

3. El Consejo de la Magistratura local se agravia en razón del perjuicio que le genera la decisión de la Sala I de la Cámara CyF en tanto decidió rechazar *in limine* el recurso de apelación que dirigió a impugnar la imposición del pago de los honorarios profesionales y gastos regulados a favor de la perito Beraja y, subsidiariamente, a reducir su monto. La negativa a conceder aquel recurso se respaldó en forma exclusiva en la siguiente afirmación: el Consejo de la Magistratura local carece de legitimación activa para impugnar la resolución que reguló los honorarios de la perito dado que no ostenta el carácter de parte en el proceso (fs. 56).

4. Ahora bien, asiste razón a la recurrente en cuanto a la 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 dispo-

sición 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.

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. 13/15, a través de un recurso que posibilite atender los agravios que manifiesta, generados por la imposición de la obligación de pagar honorarios regulados cuando en las actuaciones, que no han concluido todavía, no se ha resuelto en torno a las costas del proceso.

Así las cosas, habilitada la instancia judicial para el Consejo en el caso, a partir del reconocimiento de su legitimación procesal activa para discutir la imposición de la obligación en cuestión, corresponde que los jueces de la causa brinden respuesta fundada a sus planteos.

5. En consecuencia, la resolución de la Cámara que rechazó *in limine* el recurso de apelación interpuesto por el Consejo de la Magistratura (fs. 56) debe ser dejada sin efecto para dar lugar al tratamiento, por parte de los integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, de los agravios expuestos en el recurso de apelación.

A este respecto, conviene aclarar que, en este caso en particular, dado que el recurso de apelación interpuesto por el Consejo de la Magistratura local fue rechazado *in limine*, los jueces de la Cámara no dieron respuesta alguna a los agravios allí expuestos. Así las cosas, y teniendo en cuenta, además, que el recurso de apelación en cuestión no ha sido sustanciado, este Tribunal no se encuentra habilitado a pronunciarse respecto de la cuestión de fondo a la que se refiere el señor Fiscal General Adjunto a fs. 84/84 vta., sin que esto implique de modo alguno dejar de

lado las argumentaciones efectuadas al respecto *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. nº 5547, sent. del 12/3/2008, precedente que, en este aspecto puntual —según lo expresado—, evidencia matices que lo diferencian del *sub examine*.

6. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la representante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *b)* dejar sin efecto la sentencia puesta en crisis, que rechazo el recurso de apelación de fs. 46/48; y *c)* remitir las actuaciones a la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas para que sustancie y resuelva el recurso de apelación interpuesto por la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra la decisión de fecha 28/12/2007 que, en copia, se agregó a fs. 13/15.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad concedido por la Cámara a fs. 76/77 ha sido interpuesto en tiempo y forma. Asimismo, 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 de la perito ambiental, 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 de la 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 de la perito ambiental, 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 resolución impugnada 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 auto de fs. 56 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, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, y por mayoría con respecto al punto 3,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

2º. *Dejar* sin efecto la resolución de la Sala I de la Cámara CyF de fecha 3/3/2008, agregada a fs. 56, que rechazó *in limine* el recurso de apelación interpuesto por la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

3º. *Remitir* las actuaciones a la Sala I de la Cámara CyF para que sustancie y resuelva el recurso de apelación agregado a fs. 46/48.

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

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.*

CXCIX

"HOTEL CORRIENTES (DOMINGO MARTÍN - ANTONIO EDGARDO MESSIA) C/GCBA (SUBSECRETARÍA DE ACCIÓN SOCIAL) S/COBRO DE PESOS"

REGULACIÓN DE HONORARIOS: Base de cálculo. Actuación conjunta.

SUMARIOS:

1. Si bien, por regla, la regulación firme de primera instancia es la base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores, los honorarios en estas actuaciones deben fijarse teniendo en cuenta que el letrado intervino en primera instancia sólo en la etapa de ejecución de sentencia, por la que le fueron regulados sus honorarios y, luego, se le regularon por su intervención en la etapa recursiva ordinaria ante la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Dado que las tareas profesionales no fueron realizadas exclusivamente por letrado que peticiona la regulación de honorarios, ya que la interposición del recurso ordinario de apelación fue suscripta conjuntamente con otro letrado que

no renunció mediante manifestación expresa al patrocinio ni a su intervención profesional, interpretando armónicamente los arts. 10 y 13 de la ley 21.839, a los fines regulatorios, debe considerarse que existió una actuación conjunta y un solo patrocinio, por lo que corresponde regular los honorarios de quien así lo solicitó en conjunto con aquel que intervino junto a él, no obstante la falta de petición expresa de aquél (conf. art. 47, primer párrafo, de la ley 21.839). *(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. No debe considerarse necesariamente la cantidad "fijada" para los honorarios de primera instancia, sino la que "deba fijarse", ya que en el primer supuesto la suma efectivamente regulada puede verse disminuida por aplicación de distintas normas de la ley arancelaria, como las contenidas en los arts. 10 a 13 y 37, de modo que la regulación firme de primera instancia sirve como pauta orientativa, que puede y debe ser utilizada como base de cálculo, salvo que existan motivos que justifiquen apartarse de ella. *(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).*

4. Teniendo en cuenta las pautas establecidas en el art. 6º de la ley 21.839, habida cuenta la naturaleza del asunto, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional desarrollada, resulta razonable fijar como retribución por los trabajos realizados en esta instancia la suma equivalente al 35% de la regulación firme de primera instancia, en virtud de que en esta instancia la sentencia de Cámara fue revocada en todas sus partes (art. 14 *in fine,* ley 21.839). *(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).*

Expte. nº 2565/03 - 9/9/2008

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. 569 y 829).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El art. 14 de la ley nacional 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 no obra en el texto original). Si bien, por regla, la regulación firme de primera instancia —fs. 588— 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 (véase pronunciamiento de fs. 588) y, luego, se le regularon honorarios por su intervención en la etapa recursiva ordinaria ante la Cámara (conf. fs. 626).

2. En atención a lo expresado, para regular los honorarios del peticionante, tendré en cuenta las pautas establecidas en el art. 6º de la ley 21.839; en especial, a los criterios fijados por los, incs. a), b), c) (en este caso, el resultado de la ejecución), d) y, e).

3. En mérito de lo expuesto, por los trabajos cumplidos por el doctor Gargiulo Palladino en la fundamentación del recurso ordinario (fs. 497/518) y de inconstitucionalidad (fs. 459/482) voto por que se fije los honorarios del abogado Hernán Mariano Gargiulo Palladino por su actuación en esta instancia en la suma de $ 8.125,25 (pesos ocho mil ciento veinticinco con veinticinco centavos), debiendo adicionarse el IVA de encontrarse el profesional inscripto frente al tributo (*Fallos,* 316:1535).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Los trabajos profesionales que corresponde remunerar en esta oportunidad, a pedido del doctor Gargiulo Palladino (efectuado a fs. 568 y 829), consisten en la presentación y fundamentación del recurso ordinario de apelación (fs. 457 y 497/518) y del recurso de inconstitucionalidad (fs. 459/482).

Ahora bien, dichas tareas profesionales no fueron realizadas exclusivamente por el doctor Gargiulo Palladino, ya que la interposición del recurso ordinario de apelación fue suscripta conjuntamente con el doctor Nadale (ver fs. 457). Asimismo, dado que el doctor Nadale no renunció mediante manifestación expresa al patrocinio ni a su intervención profesional, interpretando armónicamente los arts. 10 y 13 de la ley 21.839 podemos concluir que, a los fines regulatorios, debe considerarse que existió una actuación conjunta y un solo patrocinio (conf. este Tribunal, por mayoría, en "Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos)", expte. nº 2564/03, resolución del 26/6/2008).

Por lo tanto, corresponde regular los honorarios de quien así lo ha solicitado en conjunto con aquel que intervino junto a él, no obstante la falta de petición expresa del doctor Nadale (conf. art. 47, primer párrafo, de la ley 21.839).

2. El art. 14 de la ley nacional 21.839 (con las modificaciones de la ley 24.432) establece que "por las actuaciones correspondientes a segunda o ulterior instancia, se regulará en cada una de ellas del veinticinco por ciento (25 %) al treinta y cinco por ciento (35 %) de la cantidad que *deba fijarse* para los honorarios de primera

instancia. Si la sentencia apelada fuera revocada en todas sus partes a favor del apelante, el honorario de su letrado se fijará en el 35 %" —el destacado no se encuentra en el original.

Como he dicho anteriormente, ello significa que no debe considerarse necesariamente la cantidad "fijada" para los honorarios de primera instancia, sino la que "deba fijarse", ya que en el primer supuesto la suma efectivamente regulada puede verse disminuida por aplicación de distintas normas de la ley arancelaria, como las contenidas en los arts. 10 a 13 y 37. O en otras palabras, la regulación firme de primera instancia sirve como pauta orientativa, que puede y debe ser utilizada como base de cálculo, salvo que existan motivos que justifiquen apartarse de ella.

En este último supuesto, los honorarios por trabajos realizados en la segunda o ulterior instancia no consistirán automáticamente en determinado porcentaje de la regulación firme de primera instancia, sino en un porcentaje del monto que, a juicio del tribunal que efectúa la regulación, hubiera constituido una retribución justa por las tareas de la instancia anterior.

3. En las tres etapas que atravesó el presente juicio ordinario en la primera instancia —que, conforme el art. 38 de la ley 21.839, no incluyen al proceso de ejecución de sentencia en el que intervino el doctor Gargiulo Palladino, que debe ser regulado por separado, como efectivamente ocurrió en los autos de fs. 588 y 626—, el patrocinio letrado de la parte actora fue desempeñado, exclusivamente, por el doctor Nadale. Por esta actuación profesional fue establecida, en concepto de honorarios, la suma de pesos cuarenta y ocho mil quinientos treinta *($ 48.530),* conforme auto regulatorio suscripto por la señora jueza de primera instancia (fs. 588) y modificado, en cuanto al monto, por la Cámara (fs. 626).

Si tenemos en cuenta que la liquidación definitiva presentada por la actora a fs. 572 —que concuerda con lo establecido por este Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia de fs. 545/562—, y aprobada en cuanto hubiere lugar por derecho a fs. 581 —auto que fue consentido por la demandada—, arroja un capital de condena de pesos trescientos veintitrés mil quinientos treinta y dos *($ 323.532),* podemos concluir que la regulación firme de primera instancia constituye el *15,00 % del monto del proceso,* concepto este último que —por lo que se desprende de la suma regulada por la Cámara a fs. 626— abarcaría solo el capital, y no los intereses, metodología de cálculo que no fue cuestionada por los doctores Nadale y Gargiulo Palladino, a quienes les fueron regulados los correspondientes honorarios en el auto de fs. 626 de acuerdo a la misma base regulatoria.

4. Por lo tanto, a los fines de aplicar el art. 14 de la ley 21.839, tomaré como base de cálculo la regulación firme por los trabajos de primera instancia ($ 48.530), atento tratarse de una retribución acorde a los trabajos profesionales realizados, que respeta la escala porcentual prevista en el art. 7º de la ley 21.839, y cuya base regulatoria—que contempló sólo al capital, excluyendo a los intereses— no fue cuestionada por los profesionales interesados, lo que condiciona la competencia de

este Tribunal, sin que ello implique convalidar la metodología de cálculo adoptada por la Cámara.

Teniendo en cuenta las pautas establecidas en el art. 6º de la ley 21.839, habida cuenta la naturaleza del asunto, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional desarrollada, considero razonable fijar como retribución por los trabajos realizados en esta instancia la suma de pesos dieciséis mil novecientos ochenta y cinco con cincuenta centavos *($ 16.985,50),* equivalente al *35 % de la regulación firme de primera instancia.* Ello en virtud de que en esta instancia la sentencia de Cámara fue revocada en todas sus partes, conforme surge de la sentencia de fecha 26/5/2004, obrante en copia a fs. 545/562 (art. 14 *in fine,* ley 21.839).

5. En conclusión, considero que debe regularse *conjuntamente* a los doctores Hernán Mariano Gargiulo Palladino y Jorge T. J. Nadale, la suma de pesos dieciséis mil novecientos ochenta y cinco con cincuenta centavos *($ 16.985,50)* por la labor desarrollada en esta instancia, suma a la que deberá adicionarse el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

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.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

Comparto las consideraciones vertidas en el voto de la doctora Ana María Conde y la regulación de honorarios allí practicada. En particular, en atención a las peculiaridades de la causa, no hallo obstáculo a que los emolumentos sean fijados a la orden conjunta de los dos letrados de la parte intervinientes ante esta instancia para que ellos mismos los distribuyan de acuerdo a los trabajos efectivamente realizados o a lo oportunamente convenido, y en tanto no exista un requerimiento expreso de los beneficiarios que lleve a este Tribunal a pronunciarse respecto de la asignación particularizada de los honorarios a favor de cada uno de ellos.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios de los doctores Jorge T. J. Nadale y Hernán Mariano Gargiulo Palladino, por su intervención conjunta ante este Estrado, en la suma de $ 16.985,50 (pesos dieciséis mil novecientos ochenta y cinco con cincuenta centavos), con más IVA si correspondiese. Todo ello, sin abrir juicio sobre la pertinencia del cómputo, o no, en la base regulatoria de los intereses devengados; aspecto que, decidido por la última instancia de mérito, ha devenido firme.

Así lo voto.

Por ello, 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 ante este Tribunal, en la suma de $ 16.985,50 (pesos dieciséis mil novecientos ochenta y cinco con cincuenta centavos) más el IVA, si correspondiere.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva a la Cámara 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.*

CC

"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 EXTRAORDINARIO FEDERAL: Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIO:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando las consideraciones efectuadas en cuanto a la supuesta arbitrariedad de la resolución se dirigen a demostrar que la defensa no introdujo nuevos agravios en su queja sino que, por lo contrario, sólo profundizó los mismos argumentos que había expuesto en su recurso de inconstitucionalidad, pues tales afirmaciones no son suficientes para acreditar la arbitrariedad endilgada, sino que sólo exponen el desacuerdo de la recurrente con la resolución que denegó el acceso a esta instancia. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5737/08 - 9/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensora General Adjunta interpuso recurso extraordinario federal (106/125) contra la decisión de este Tribunal de fecha 25/6/2008 (fs. 96/102) que rechazó el recurso de queja agregado a fs. 75/88.

Sintéticamente, alegó la existencia de las siguientes cuestiones federales: *a)* lesión a la garantía de defensa en juicio por la vulneración de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad respecto de la falta de fundamentación de la pena impuesta; *b)* afectación de la misma garantía por la falta de precisión del requerimiento de elevación a juicio; y *c)* arbitrariedad de la decisión del Tribunal que rechazó la queja de fs. 75/88.

2. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 128/131), dictaminó que corresponde denegar el recurso intentado porque, según sostuvo, la defensa no presentó un caso constitucional en los términos del art. 14 de la ley 48. Asimismo, remarcó que en esta presentación se mantienen fundamentos que fueron introducidos (tardíamente) recién en la queja, aspecto que define su rechazo debido a que la impericia de la defensa en este proceso no logra acreditar un supuesto de indefensión, planteado subsidiariamente en el recurso. Por último, señaló que el planteo de la defensa vinculado a la arbitrariedad de la decisión del Tribunal es, en rigor, una mera manifestación de su disconformidad con la sentencia que, por lo tanto, no habilita la competencia de la CSJN.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido a favor del señor Oniszczuk fue interpuesto por escrito, ante el Tribunal, en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la Acordada 4/07. No obstante, tal como lo sostuvo el señor Fiscal General Adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. El Tribunal, en su decisión del 25/6/2008, resolvió rechazar la queja presentada por la defensa debido a que había omitido una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; porque introducía cuestiones que no habían sido objeto de discusión en las instancias anteriores; y, por último, en razón de que los argumentos presentados en esa ocasión se limitaban a intentar rebatir la interpretación del derecho infraconstitucional en el proceso. En resumen, la decisión recurrida indica que la defensa no cumplió con los requisitos establecidos por la ley local 402 y por el art. 113 de la CCBA para acceder a la instancia extraordinaria local.

3. 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).

En este caso, ni siquiera la tacha de arbitrariedad expuesta permite la concesión del recurso en tanto la Defensora General Adjunta no ha logrado exponer razones que den fundamento a su planteo. La decisión recurrida (fs. 96/102) se encuentra

razonada y fundada, más allá de que la recurrente discrepe con sus contenidos. Específicamente, la defensora cuestiona que el Tribunal, luego de confrontar las afirmaciones contenidas a fs. 66/67, punto III.2 y 68/ vta., punto III.4 (recurso de inconstitucionalidad) con las que la defensa expuso en su queja (en especial a fs. 78/86 vta.), haya considerado que el recurso directo pretendió incluir —tardía, y por lo tanto, inválidamente— nuevos planteos.

En efecto, las consideraciones efectuadas en cuanto a la supuesta arbitrariedad de la resolución se dirigen a demostrar que la defensa no introdujo nuevos agravios en su queja sino que, por lo contrario, sólo profundizó los mismos argumentos que había expuesto en su recurso de inconstitucionalidad. Esas afirmaciones no son suficientes para acreditar la arbitrariedad endilgada, sino que sólo exponen el desacuerdo de la recurrente con la resolución que denegó el acceso a esta instancia.

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

4. De manera subsidiaria, la recurrente alega que resulta inválido que el Tribunal haga recaer sobre el imputado los efectos de la supuesta inclusión tardía, en la queja, de ciertos agravios. Al respecto, tal como lo señala el Fiscal General Adjunto, 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). El cumplimiento de este requisito formal no supone un obstáculo al derecho de defensa sino, antes bien, resulta razonable para un remedio extraordinario como el presentado. Por lo demás, la defensa no ha intentado demostrar que nos encontremos, en este caso, frente a un supuesto de indefensión como el considerado excepcionalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente que se menciona (*Fallos,* 329:2569).

5. Por último, la defensa también insiste —en los mismos términos que sostuvo en la queja— en demostrar que sus agravios tienen directa vinculación con normas constitucionales. Tanto respecto de las falencias de la acusación invocadas, como sobre la inválida determinación de la pena, la discusión propuesta —tal como la mayoría del Tribunal afirmó en la decisión cuestionada— sólo abarca el análisis de normas infraconstitucionales (y locales) y de las pruebas producidas en la causa, ambas cuestiones ajenas a la competencia de la CSJN.

6. Por las razones expuestas corresponde denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 106/125.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 y 3 de los fundamentos expuestos por los jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano y, asimismo, comparto la solución propuesta.

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. 106/125.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 101, 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.*

CCI

"DOCTORAS DI MATTEO, SILVINA LAURA - GARCÍA, MARÍA CECILIA Y MYSLINSKY, PAULA CAROLINA S/REGULACIÓN DE HONORARIOS EN 'URFEIG, NORBERTO C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚB.'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS: Base de cálculo. Actuación conjunta.

SUMARIOS:

1. Dado que a excepción del escrito que da origen a este incidente de regulación, ninguna otra presentación lleva la firma de la letrada, quien sólo figura en el encabezado de los escritos "acompaña bonos" y "contestación del recurso de inconstitucionalidad" pero no los suscribe, no existe constancia alguna de las labores desarrolladas por ella, que deban ser objeto de regulación en esta instancia, circunstancia que impide acceder a su pedido de regulación de honorarios por no existir tareas susceptibles de ser remuneradas. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

2. Pese a la intervención de ambas abogadas como patrocinantes de la demandada en las actuaciones principales, existió un solo patrocinio, de modo que, una interpretación armónica del art. 10, segundo párrafo, y del art. 13 de la ley de

aranceles, conduce a afirmar, que la actuación no es sucesiva, pues una de las letradas no renunció mediante manifestación expresa a su patrocinio ni a su intervención profesional, por lo que debe suponerse que continuó con ellos, al menos para el recurso ante el Tribunal, por lo que corresponde regular tanto los honorarios de la abogada que lo solicitó, como de quien intervino junto a ella aunque no medie petición expresa de ella (art. 47, párrs. I y II, ley citada). *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. Teniendo en cuenta que, pese a haber acogido parcialmente el Tribunal la queja articulada por el actor, el recurso de inconstitucionalidad por él planteado no prosperó y que se le impusieron las costas, y las pautas establecidas en los arts. 6º (en especial, incs. b], c], d] y f]) y 14 de la ley nacional 21.839 (texto según ley nacional 24.432), corresponde fijar —en conjunto— los honorarios de las abogadas por su actuación en esta instancia en la suma equivalente al 30 % del establecido por su labor en primera instancia, debiendo adicionarse el IVA de encontrarse las profesionales inscriptas frente al tributo. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 6043/08 - 17/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Las doctoras Silvina Laura Di Matteo y Paula Carolina Myslinski, letradas patrocinantes de la parte demandada, solicitan se regule sus honorarios por la labor desarrollada ante estos estrados (fs. 1).

A los fines de efectuar la regulación pedida, se requirió la remisión de las actuaciones principales (fs. 3).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier dijeron:

1. En el recurso de revisión de cesantía interpuesto por el actor, los honorarios de la dirección letrada de la parte demandada fueron regulados por la Cámara de Apelaciones —en conjunto— en la suma de $ 2.500 (pesos dos mil quinientos), con base en los arts. 6º, 10, 14, 37, 38 y concs. de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432) (fs. 192 de los autos principales).

Existe, entonces, una base firme sobre la cual regular los honorarios profesionales por la actuación que le cupo a la dirección letrada de la demandada en el recurso de inconstitucionalidad.

2. Ahora bien, es preciso señalar que a excepción del escrito de fs. 1 que da origen a este incidente de regulación, ninguna otra presentación lleva la firma

de la doctora Paula Carolina Myslinski, quien sólo figura en el encabezado de los escritos de fs. 106 (acompaña bonos) y fs. 169/177 vta. (contestación del recurso de inconstitucionalidad) pero no los suscribe. Ciertamente, no existe constancia alguna de las labores desarrolladas por la doctora Myslinski que deban ser objeto de regulación en esta instancia. Esta circunstancia impide acceder al pedido de regulación que efectúa esta profesional por no existir —de cara a las actuaciones compulsadas— tareas susceptibles de ser remuneradas. Adviértase, por otra parte, que ella tampoco indicó concretamente cuáles serían —a su criterio— los trabajos a regular.

Distinta es la situación de las doctoras Di Matteo y García.

La doctora García, a diferencia de la doctora Di Matteo, no suscribió ni la presentación en la que se solicitó la regulación de honorarios (fs. 1 de este incidente), ni en la que se contestó el recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte actora (fs. 169/ 177 y vta.), pero intervino como letrada patrocinante de la demandada en actuaciones anteriores a dicho momento. Tal es el caso de los escritos de fs. 106 (acompaña bono) y fs. 110/125 vta. (alegato) presentados en la causa principal.

Conforme al art. 10, primer párrafo, de la ley de aranceles de abogados vigente entre nosotros (ley nacional nº 21.839) debe considerarse que, a pesar de haber intervenido las abogadas Di Matteo y García como patrocinantes de la demandada en las actuaciones principales, ha existido un solo patrocinio [conf. mayoría del Tribunal en los autos "Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos", expte. nº 2564/03, de fecha 26/6/2008]. Además, una interpretación armónica del art. 10, segundo párrafo, y del art. 13 de la misma ley, conduce a afirmar, que la actuación no es sucesiva, dado que la abogada García no renunció mediante manifestación expresa a su patrocinio ni a su intervención profesional, por lo que debe suponerse que continuó con ellos, al menos para el recurso ante el Tribunal que es el objeto de la presente regulación de honorarios. Esta verificación, a su vez, impone regular tanto los honorarios de la doctora Di Matteo, quien así lo ha solicitado, como de quien intervino junto a ella aunque no medie petición expresa de ella (art. 47, párrs. I y II, ley citada).

3. A efectos de practicar la regulación solicitada debe tenerse presente que, pese a haber acogido parcialmente el Tribunal la queja articulada por el actor, el recurso de inconstitucionalidad por él planteado no prosperó y que se le impusieron las costas (fs. 105/137 de la queja).

4. De acuerdo a lo expuesto en los puntos precedentes, y teniendo en cuenta las pautas establecidas en los arts. 6º (en especial, incs. b], c], d] y f]) y 14 de la ley nacional 21.839 (texto según ley nacional 24.432), corresponde fijar —en conjunto— los honorarios de las abogadas Silvina Laura Di Matteo y María Cecilia García por su actuación en esta instancia en la suma de $ 750 (pesos setecientos cincuenta), importe equivalente al 30 % del establecido por su labor en primera

instancia, debiendo adicionarse el IVA de encontrarse las profesionales inscriptas frente al tributo (*Fallos,* 316:1535).

A todo evento, corresponde aclarar que el pago de los honorarios regulados mediante la presente decisión deberá efectuarse a la orden *conjunta* de las letradas intervinientes ante esta instancia —para que ellas distribuyan los emolumentos en función de los trabajos efectivamente realizados por cada una, o de cualquier otro criterio que consideren conveniente— salvo que, por motivos atendibles, se solicite de manera expresa y fundada al Tribunal la adopción de otro temperamento.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Comparto la solución que propician en su voto conjunto los doctores Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano y la regulación de honorarios allí practicada.

Más allá de no suscribir la interpretación que se asigna al art. 13 de la ley 21.839, dado que la dirección letrada del Consejo de la Magistratura de la CABA conforma un concierto de abogados designados al efecto, no hallo obstáculo a que en el *sub examine* los emolumentos sean fijados a la orden conjunta de las dos letradas intervinientes en estas actuaciones, doctoras García y Di Matteo, para que ellas los distribuyan de acuerdo a lo que se hubiese convenido al asumir esta encomienda profesional.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios de las abogadas Silvina Laura Di Matteo y María Cecilia García en forma conjunta en la suma de $ 750 (pesos setecientos cincuenta), más el IVA si correspondiere.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

A fs. 105/137 el Tribunal resolvió admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el señor Norberto Urfeig. Las costas de este recurso fueron impuestas a la vencida. Corresponde entonces, regular los honorarios de la dirección letrada del Consejo de la Magistratura por su actuación al contestar el recurso del art. 27, LPTSJ (fs. 169/177).

En atención a lo peticionado a fs. 1 y la forma en que fueron estimados los honorarios de la parte demandada en las instancias anteriores, corresponde fijar los honorarios de la dirección letrada de la accionada en la suma de $ 750 (pesos setecientos cincuenta), importe equivalente al 30 % del establecido por su labor en la anterior instancia (fs. 192 autos principales), con más el IVA si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios de las abogadas Silvina Laura Di Matteo y María Cecilia García por su intervención conjunta como patrocinantes en el recurso de

inconstitucionalidad ante este Tribunal, en la suma de $ 750 (pesos setecientos cincuenta) más el IVA si correspondiere.

2º. *Denegar* la regulación de honorarios solicitada por la doctora Paula Carolina Myslinski.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por haberse excusado en las actuaciones principales.

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

CCII

"DE LOS TRABAJADORES SOCIALISTAS, PARTIDO S/INFR. ART. 17, INC. B), 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. nº 6002/08 - 17/9/2008

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 *A gastos de campaña* - Período Bajo Examen: abril - junio 2007" agregado a fs. 1/83, observó al Partido de los Trabajadores Socialistas por no haber presentado el informe final de cuentas previsto por el art. 17 de la ley 268 (fs. 37 de este legajo).

2. Con motivo de la investigación preparatoria —ver fs. 119/126— ordenada por el Fiscal General en orden a la presunta infracción al art. 17, inc. b], de la ley 268, compareció en la causa el señor Christian Hernán Carlos Castillo en su calidad de presidente del partido político de mención —conforme a la documentación agregada a fs. 146/148— y propuso la suspensión del proceso a prueba (ver acta de audiencia del art. 41, CPC de fs. 157/158).

3. El pedido de suspensión del juicio a prueba se materializó mediante el acuerdo pertinente suscripto por el nombrado y el señor Fiscal General Adjunto, en los términos del art. 45 del Código Contravencional (véanse fs. 186/187), por

el que el Partido de los Trabajadores Socialistas se compromete a: *i*) establecer en el ámbito del partido medidas tendientes a capacitar a sus autoridades a fin de evitar en el futuro posibles infracciones a la ley 268, sugiriendo en tal sentido la realización de un seminario, a cargo de especialistas en la materia, *ii*) mantener la sede social en la oportunamente denunciada y comunicar a la Fiscalía General cualquier cambio de ésta; *iii*) cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere, y *iv*) hacer entrega de libros por la suma de pesos un mil ($ 1.000) a cuatro bibliotecas dependientes de la Dirección General de Museos a saber: *a)* Jean Jaures 735, Balvanera, *b)* Pujol 644, Caballito, *c)* JS Feijoo 555, Barracas, *d)* Avda. de los Italianos 851; a razón de pesos doscientos cincuenta ($ 250) para cada una de ellas. El plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas será de un año con excepción de la prevista en el punto iv) que deberá cumplirse dentro del término de noventa (90) días a partir de la notificación de la homologación del acuerdo por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

4. El señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que resuelva la suspensión del juicio a prueba e imponga las condiciones de conducta acordadas (fs. 177/181 y 188).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs. 186/187 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido de los Trabajadores Socialistas —representado por el presidente del partido, señor Christian Hernán Carlos Castillo— se ajusta a las pautas requeridas por el art. 45 del Código Contravencional para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, el hecho imputado al partido político encartado fue enmarcado por el Ministerio Público Fiscal como una posible infracción a obligaciones establecidas en la ley 268 —de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales—, cuyo incumplimiento tiene previstas las sanciones contempladas en su capítulo VI (arts. 17, inc. b, y 20, ley 268).

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. 173, 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. 186/187 debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año; imponer al Partido de los Trabajadores Socialistas las reglas de conducta convenidas; hacer saber al Partido de los Trabajadores Socialistas 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, párrafo 5, *in fine*, del Código Contravencional; tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de fs. 186/187, a cuyo efecto se agregará copia certificada, y remitir las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El acuerdo celebrado a fs. 186/187 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido de los Trabajadores Socialistas —representado por el presidente del partido, señor Christian Hernán Carlos Castillo— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 186/187 —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 de los Trabajadores Socialistas, por el plazo de un (1) año.

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

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

4º. *Mandar* que se registre, se notifique al Partido de los Trabajadores Socialistas y se remitan las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

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

En el mismo sentido se resolvió en las causas 6003/08 "Compromiso Porteño, Partido s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268"; 6048/08 "Partido Jubilados en Acción s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6049/08 "Partido Solidario s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6050/08 "América TV S.A. s/infr. art. 5º, ley 268"; 6051/08 "Partido Compromiso para el Cambio s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6056/08 "Partido Blanco s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6057/08 "Partido Frente Progresista y Popular s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6058/08 "Partido Generación Intermedia s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6059/08 "Partido Red por Buenos Aires s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6060/08 "Partido de la Ciudad s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6087/08 "Partido Movimiento de Integración y Desarrollo s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6088/08 "Partido Federal s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6089/08 "Partido Demócrata Progresista s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6091/08 "Partido Iniciativa Verde s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6093/08 "Partido Jóvenes Independientes s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6104/08 "Partido Reunión Renovadora Popular s/infr. Cap. II de la ley 268", del 17/9/2008; 6113/08 "Partido Recrear para el Crecimiento s/infr. Cap. II de la ley 268" y 6127/08 "Demócrata Partido s/infr. Cap. II de la ley 268", del 24/9/2008.

CCIII

"PRIETO, ROSARIO BEATRIZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PRIETO, ROSARIO BEATRIZ C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. PRINCIPIO DE IGUALDAD. PROFESIÓN ADMINISTRATIVA: Reencasillamiento. Título universitario.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja cuando se trata de la valoración de ciertos actos administrativos y de la interpretación de reglas infraconstitucionales que no ponen en debate directamente ninguna cuestión constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja si la actora no se hace cargo de refutar que no ha demostró la existencia de otros casos en los que se cumpla la situación que ella denuncia, carga probatoria imprescindible para permitir que se efectúe la comparación entre dos o más situaciones que ineludiblemente debe realizarse cuando se invoca la noción de igualdad (art. 16, C.N.). *(Voto del señor juez Julio*

B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).

3. Cabe rechazar el recurso de queja si la actora no demuestra cómo el régimen del SIMUPA, que organizó el escalafón de la administración haciendo depender el nivel de encasillamiento en la carrera de las tareas que desarrolla el agente sin tomar al título profesional como elemento determinante, vulnera la garantía de igualdad (art. 16, C.N.), lo que priva a esa garantía de relación directa con el pronunciamiento impugnado, pues la accionante debió mostrar que los textos normativos instalan una discriminación odiosa, o que la Administración hizo una sistemática aplicación de ellos en función de una categorización ilegítimamente discriminatoria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5751/08 - 17/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Rosario Beatriz Prieto inició una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) para que se la encasille en el nivel B del escalafón de Profesión Administrativa, se le abone las diferencias salariales que emergen de la mencionada categoría y una suma en concepto de daño moral (fs. 1/37, autos principales).

Expresó en la demanda que ingresó a la entonces Municipalidad de Buenos Aires en el año 1986 y que por decreto del Intendente Municipal 6871/86, fue encasillada "por cambio de grupo, a partir/3/1986, en la función de abogado (código 201)", en la categoría del Grupo A, que comprendía al personal con título universitario, oficialmente reconocido, que se desempeñe en tareas de su especialidad, con estudios de 5 años o más. Por dec. 670/92, ella fue reencasillada en el nivel D del SIMUPA. Frente a ello interpuso recurso de revocatoria (el 15/6/1992). Mientras tramitaba el recurso, mediante dec. 590/93, la actora fue designada Jefa de Sección de Reintegro de Impuestos, categoría C26. No obstante ello, continuó percibiendo la remuneración correspondiente a la categoría D. Plantea que esa contradicción se constata en el certificado de "Calificación Personal de Conducción Ord. 44.407", en el que se consigna que ella tiene el nivel D, grado 02 y función 201 y a renglón seguido se indica que ejerce el cargo C26. Ante la falta de respuesta a su planteo, el 28/4/97 interpuso un nuevo "reclamo administrativo", que fue rechazado por el Secretario de Hacienda y Finanzas —quien intervino por delegación— por resol. 565-SHyF/01, que no le fue notificada. El primer recurso fue finalmente resuelto por resol. 147-SHyF/02, por medio de la cual se rechazó el recurso interpuesto: decisión fundada en que la actora fue correctamente encasillada. La actora planteó la nulidad de los actos mencionados y solicitó que se haga lugar a la demanda.

El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 111/123, autos principales). Señaló que por el dec. 670/92 la totalidad del personal de la ex Municipalidad de Buenos Aires fue encasillado por única vez al 1º/4/1992 de acuerdo a las pautas

previstas en el sistema. Sostuvo que no existe una norma que imponga la variación del nivel o grado inicialmente adjudicados por cualquier modificación en las funciones conductivas del agente o el acceso a alguna función de tal naturaleza. Agregó que al 31/3/1992 la actora se desempeñaba como abogada, sin función jerárquica y con quince años de antigüedad computable, reuniendo 490 puntos, lo que determinó su posición en el nivel D, grado 02. Sostuvo que la designación como Jefa de sección, nomenclatura C26, si bien en principio conlleva un suplemento especial, éste no abarca a quienes se desempeñan en la DGR, pues perciben un fondo estímulo.

La jueza de primera instancia no hizo lugar a la demanda. Para así decidir rechazó el argumento de la actora consistente en que por su condición de abogada debió ser categorizada en el nivel "B" del agrupamiento y no en el "D", puesto que en este último se establece como requisito que el agente tenga ciclo básico de enseñanza secundaria (v. art. 10 del Anexo 1 del dec. 3544/91). La jueza afirmó que "la norma en cuestión refiere requisitos mínimos para el acceso al nivel. La norma indicaría que una persona con estudios primarios no podría alcanzar el nivel D, pero no habría óbice a mi criterio, que alguien que cumpliera en más ese requisito le fuera asignado tal nivel". Distribuyó las costas en un 70 % a la actora y en un 30 % a la demandada (fs. 223/224, autos principales).

2. Ambas partes apelaron la sentencia (fs. 252/253, memorial del GCBA y fs. 245/250, memorial de la actora, autos principales). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "Confirmar el pronunciamiento recurrido, excepto en cuanto a las costas, que deberán imponerse en ambas instancias a la parte actora vencida...".

Luego de efectuar un detallado análisis del SIMUPA, la Sala consideró que: "el título profesional no excluye la posibilidad de que el agente revista en una categoría inferior"; señaló que, en relación con el *nivel B*, el art. 9º del dec. 3544/91 (que creó el SIMUPA) establece en el anexo I que "corresponde a funciones de planeamiento, organización y control en unidades organizativas y funciones profesionales o técnicas especializadas que impliquen la formulación y el desarrollo de planes y proyectos. Supone responsabilidad sobre el cumplimiento de objetivos con sujeción a políticas específicas y marcos normativos técnicos o amplios, con autonomía para la toma de decisiones dentro de la competencia asignada. Requiere formación general y especializada para la función". Agregó, mediante la transcripción de otro pronunciamiento, que "el criterio rector que las autoridades de la Ciudad deben tener en cuenta para determinar el nivel que corresponde asignar a cada agente está determinado, fundamentalmente, por las tareas que desarrolla. En efecto, las circunstancias determinantes para la categorización de un agente en un nivel son las funciones que realiza sin perjuicio de que la normativa exija que cumpla con otros requisitos de acceso, tales como poseer título secundario o universitario, una cierta antigüedad, o una edad mínima. De esta forma, la mera circunstancia de que un agente posea un título universitario no significa, sin más, que éste tenga derecho a revistar en el nivel 'B', puesto que poseer educación universitaria es solamente un presupuesto que condiciona el acceso al nivel pero, por sí solo, no determina la pertenencia a éste. Entonces, un agente tiene derecho a revistar en el nivel 'B'

del SIMUPA si, además de demostrar que posee, entre otros requisitos, educación universitaria, acredita asimismo que presta funciones que son inherentes a dicho nivel" (fs. 372/375, autos principales).

3. Contra esa sentencia, la actora dedujo el recurso de inconstitucionalidad (fs. 378/388, autos principales), cuyo traslado fue contestado por la parte demandada a fs. 392/397 del expediente principal. La señora Prieto se agravió por considerar que el fallo vulnera los arts. 43 y 44 de la CCBA y 14 bis, 16 y 17 de la C.N. Consideró arbitraria la sentencia por no haber tenido en cuenta que el decreto del Intendente Municipal 6871/86, la encasilló, en su momento, teniendo en cuenta su "función de abogado", circunstancia sobre la que el fallo nada expresa. Sostuvo también que la sentencia menciona su "referencia tangencial" al art. 14 bis, C.N. (igual remuneración por igual tarea), cuando, en verdad, su planteo se refiere al art. 16, C.N.

La Sala I denegó la concesión del recurso, resolución que dio lugar a la queja que tramita en autos.

Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja. Expresó: "no advierto que se halle configurado, en la especie, el recaudo de demostrarse la existencia de causa constitucional en la doctrina que tiene elaborada V.E. // En efecto, 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. Las referencias constitucionales que efectúa carecen de un desarrollo autónomo y aparecen como formas de reenviar el debate a la razón que centralmente alega, esto es, la disconformidad argumental con la sentencia de la alzada, en cuanto a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales como a la valoración de los hechos y de la prueba, lo cual resulta ajeno a la vía extraordinaria intentada" (fs. 36/37 vta. de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. Más allá de la invocación de ciertas disposiciones constitucionales, es claro que el agravio principal de la actora reside en su discrepancia con los fallos de las instancias anteriores porque en ellos no se consideró que por decreto del Intendente Municipal 6871/86, fue encasillada en marzo de 1986 en la categoría del Grupo A, con expresa mención de su "función de abogado (código 201)", título y función que la recurrente considera que no fueron considerados al encasillarla en el nivel D en el régimen del SIMUPA. Se trata, como se ve, de la valoración de ciertos actos administrativos y de la interpretación de reglas infraconstitucionales que no ponen en debate directamente ninguna cuestión constitucional. Por eso, la insistencia de la actora en tachar la sentencia de arbitraria para habilitar el examen del Tribunal de esos aspectos es ajena, por regla, al objeto del recurso de inconstitucionalidad.

3. Mas aunque admitiese su denuncia de haberse afectado su derecho a una sentencia debidamente fundada y, con ello, a su derecho de defensa y la garantía del debido proceso, para habilitar la consideración del recurso de inconstitucionalidad desde esa perspectiva, tampoco considero que le asista razón en su planteo.

3.a. El meduloso fallo de la Sala I y la lealtad con la que la actora ha expuesto su caso —que merece ser destacada— ponen de resalto que la categoría del Grupo A del anterior régimen escalafonario comprendía al personal con título universitario, oficialmente reconocido, que se desempeñe en tareas de su especialidad, con estudios de 5 o más años. Está fuera de discusión (no ha sido negado por el GCBA) que la actora es abogada y que desempeña funciones de tal profesión. Sin embargo, el pronunciamiento recurrido consideró que el título profesional no era el elemento determinante para establecer el nivel de encasillamiento en el régimen del SIMUPA, ya que lo realmente significativo eran "las tareas que desarrolla" el agente. Y en cuanto a las tareas, el fallo precisó que para revistar en el nivel B —de acuerdo con la normativa aplicable— se requiere que las funciones sean "de planeamiento, organización y control en unidades organizativas y funciones profesionales o técnicas especializadas que impliquen la formulación y el desarrollo de planes y proyectos. Supone responsabilidad sobre el cumplimiento de objetivos con sujeción a políticas específicas y marcos normativos técnicos o amplios, con autonomía para la toma de decisiones dentro de la competencia asignada. Requiere formación general y especializada para la función". No advierto, por lo dicho, que el fallo prescindiera de considerar el título y la función de abogado de la actora, para decidir como lo hizo.

3.b. La recurrente señala que fue designada Jefa de la Sección de Reintegro de Impuestos, con lo que pretende justificar que la índole de las tareas que desempeña son acordes a las exigidas por el nivel B. Sin embargo, como se ha señalado en el fallo de Cámara —y fue planteado por la actora en su demanda—, el encasillamiento bajo el nuevo régimen (SIMUPA) fue efectuado en el año 1992 (dec. 670/92, reglamentario del dec. 3544/91) teniendo en cuenta la situación de cada agente al 31/3/1992. Los criterios de conversión de las categorías del anterior régimen a los niveles del nuevo se aplicaron tomando en consideración las funciones asignadas —y los demás elementos de ponderación establecidos en la normativa— a la fecha del reencasillamiento. Lo cierto es que al 31/3/1992 la actora se desempeñaba como abogada, sin función jerárquica y con quince años de antigüedad computable, reuniendo 490 puntos, lo que determinó su posición en el nivel D, grado 02, como fue expresado por el GCBA en su contestación de demanda.

La designación de la actora como Jefa de Sección de Reintegro de Impuestos ocurrió en 1993 (dec. 590/93), por ende, fue posterior al reencasillamiento y no incide en el nivel escalafonario conferido.

4. En tanto lo atinente al pago de diferencias salariales reclamadas se fundó en la errónea categorización de la agente, el rechazo de esta pretensión deja sin sustento aquella otra, así como la mentada afectación a su derecho de propiedad.

5. La recurrente también postula que la sentencia no ha interpretado correctamente su demanda en relación con la afectación al principio de igualdad. Afirma que ella no ha fundado su pretensión en el art. 14 bis de la C.N. —igual remuneración por igual tarea—, sino en el art. 16 —igualdad ante la ley—. Sostiene que la afectación está dada por la categorización de otros profesionales que cumplen sus funciones específicas en la categoría Nivel B y en cambio ella fue encasillada en el Nivel D. A este respecto cabe señalar que la actora no se ha hecho cargo de refutar lo que la sentencia recurrida le señalara: que no ha demostrado la existencia de otros casos en los que se cumpla la situación que ella denuncia, carga probatoria imprescindible para permitir que se efectúe la comparación entre dos o más situaciones que ineludiblemente debe realizarse cuando se invoca la noción de igualdad. La recurrente insiste en invocar la igualdad pero no señala en relación con quién (ver fs. 6 vta. de la queja).

6. Por último, de manera reiterada el Tribunal tiene dicho 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 (*in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, p. 282 y ss.).

Por las razones señaladas y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, propicio el rechazo de la queja articulada.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

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

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, juez Julio B. J. Maier, pues tal como allí se sostiene los agravios de la recurrente no comprometen ninguna cuestión constitucional. En efecto, la sentencia impugnada encuentra en las normas infraconstitucionales aplicadas, así como en la prueba valorada (v. gr. decs. 3544/91, 670/92 y 671/92 y tipo de tareas asignadas al nivel D) —cuyo análisis es, por regla, ajeno a la jurisdicción de este Tribunal en la vía intentada—, apoyo suficiente e independiente de los preceptos constitucionales invocados (arts. 16, 17 y 18 de la C.N., fs. 18 vta.).

Además, la actora tampoco demuestra cómo el régimen del SIMUPA, que organizó el escalafón de la administración haciendo depender el nivel de encasillamiento en la carrera de las tareas que desarrolla el agente sin tomar al título profesional como elemento determinante, vulnera la garantía de igualdad (art. 16, C.N.), lo que priva a la cláusula invocada de relación directa con el pronunciamiento impugnado. Para que esa relación existiera, la accionante debió mostrar que los textos normativos instalan una discriminación odiosa, o que la Administración hizo una sistemática aplicación de ellos en función de una categorización ilegítimamente discriminatoria. Por su parte, el argumento relativo a que "otros sujetos (agentes municipales) que ostentaban su misma función y cargo, han sido encasillados en un nivel escalafonario superior" remitiría al análisis del art. 14 bis de la C.N. (igual

remuneración por igual tarea) que la recurrente expresamente sostiene no haber esgrimido en autos (fs. 18 vta. y punto 3 del recurso de inconstitucionalidad) y que, de todos modos, el *a quo* rechazó por falta de prueba (véase punto IX de la sentencia), es decir con fundamentos cuya revisión también excede la jurisdicción prevista en el art. 27 de la ley 402.

En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier y a la ampliación de fundamentos que formula mi colega el doctor Luis F. Lozano.

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 Rosario Beatriz Prieto.

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.*

CCIV

"INCIDENTE DE INCOMPETENCIA EN AUTOS 'RAMOS, GRACIELA BEATRIZ Y OTROS S/ART. 149 BIS C.P., AMENAZAS' S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5917/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCIDENTE DE INCOMPETENCIA EN AUTOS RAMOS, GRACIELA BEATRIZ Y OTROS S/INF. ART. 149 BIS, AMENAZAS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Competencia. CONVENIO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS PENALES: Competencia de la justicia nacional en lo correccional. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de queja y al de inconstitucionalidad y remitir los autos al juzgado nacional en lo correccional, dado el reciente pronun-

ciamiento de la CSJN donde sostuvo que el Convenio 14/04 de Transferencia de Competencias Penales a la Ciudad de Buenos Aires, a la fecha en que se emitía el pronunciamiento, no estaba vigente y que, conforme surge de su cláusula primera *in fine* las causas que se encuentran en trámite ante la justicia nacional cuando comience su vigencia, deben ser terminadas y fenecidas ante los mismos órganos, convenio que fuera aprobado por el Congreso Nacional mediante la ley 26.357. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y, rechazar la queja interpuesta porque la decisión atacada referida a la competencia de la justicia 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).*

3. No corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, cuando ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5914/08 - 17/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11 remitió a la justicia en lo Contravencional y de Faltas de esta Ciudad ciertas actuaciones vinculadas a la investigación que se llevaba adelante en ese fuero por un hecho calificado como amenazas, art. 149 bis, C.P. (fs. 14/17).

La jueza a cargo del Juzgado de primera instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 14 aceptó la competencia declinada por la justicia nacional ordinaria (fs. 30/31). Para fundar su decisión, indicó, sintéticamente, que —según su interpretación de las leyes en juego— el segundo Convenio de Transferencia de Competencias Penales (celebrado por el Poder Ejecutivo Nacional y el Jefe de Gobierno local) había entrado en vigor antes de la comisión de la conducta investigada y, en consecuencia, correspondía que el Poder Judicial local conociera el caso. La defensa apeló la resolución y la Cámara, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia.

2. La cotitular de la Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 1, en su carácter de defensora oficial, cuestionó la sentencia de la Sala I mediante el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 61/76. En esa presentación indicó que atacaba una sentencia equiparable a definitiva y, además, sostuvo los siguientes motivos de agravio: *a)* violación a la garantía de juez natural (arts. 13.3, CCBA; 18, C.N.; 8º, CADH y 14.1, PIDCyP) debido a que, al momento del hecho, la justicia nacional ordinaria resultaba competente para decidir el caso porque el Congreso Nacional aún no había ratificado el convenio de transferencia oportunamente suscripto por el

PEN y el GCBA; y *b)* afectación del principio republicano de gobierno y división de poderes (arts. 1º, 5º, C.N. y 1º, CCBA) porque la justicia local —a través de una sentencia dictada en un proceso penal— fijó su propia competencia, pese a que esa decisión —tal como indica el convenio ya mencionado— debía ser adoptada con acuerdo de ambos parlamentos (nacional y local), expresado mediante las respectivas leyes de ratificación.

Los miembros de la Sala I declararon admisible el remedio intentado sólo en cuanto al agravio vinculado con la supuesta violación del principio republicano de gobierno. En consecuencia, la defensora interpuso un recurso de queja para sostener ante el Tribunal la admisibilidad de los restantes motivos de agravio que había expuesto.

3. El señor juez de trámite dispuso, con fecha 8/5/2008, acumular la queja al expediente donde tramita el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido.

4. El Fiscal General Adjunto, al momento de emitir su dictamen, indicó que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por quien no contaba con legitimación activa en estos autos debido a que la imputada "no ejerció el derecho personalísimo de designar asistencia letrada de su confianza". Asimismo, remarcó que los intereses de la acusada "se encontraban siendo atendidos por su defensa oficial ante el fuero correccional que, concordando con la postura del representante del Ministerio Público Fiscal, había solicitado la incompetencia de ese fuero a favor del local". Por otra parte, el fiscal ante el Tribunal también señaló que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no resulta la sentencia definitiva del caso, ni se advierte el perjuicio que le ocasiona a la imputada el trámite de la causa ante la justicia local. Agregó que la defensa no formuló reserva de la cuestión constitucional en el momento oportuno, "porque recién en el recurso de inconstitucionalidad (basado en los mismos agravios desarrollados al contestar la primigenia vista y en el escrito de apelación) la efectuó".

Por último, dio cuenta de los precedentes del Tribunal y de la CSJN que hicieron lugar a planteos similares y, al margen de su opinión, solicitó que se haga lugar a los recursos deducidos y se revoque la resolución dictada por la Cámara.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Más allá de los distintos argumentos expuestos por la defensora oficial y por el fiscal ante el Tribunal, entiendo que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y, asimismo, rechazar la queja interpuesta, sencillamente, porque la decisión atacada por aquel remedio 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 (ver mi voto en "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'", expte. nº 5557, resolución del 30/4/2008; "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'", expte. nº 5559, resolución del 30/4/2008; "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; y "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.'", expte. nº 5568, resolución del 10/6/2008).

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. La cuestión debatida en autos se refiere a las diversas posturas asumidas en torno a si la ley nacional 25.752 es suficiente para dar operatividad al segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Convenio nº 14/04).

Sin embargo a esta altura, tal como ya ha resuelto este Tribunal *in re* "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'", expte. nº 5557/07; y "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'", expte. nº 5559/07, ambas decisiones del 30/4/2008, 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).

Es oportuno agregar que con posterioridad a la decisión de la Corte, el Congreso Nacional aprobó el Convenio 14/04 mediante la ley 26.357 (sancionada el 28/2/2008, promulgada el 28/3/2008 y publicada el 31/3/2008), circunstancia que confirma el acierto de la quejosa.

2. En consecuencia, por las razones expuestas, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar la decisión de la Cámara de fecha 7/3/2008, cuya copia obra a fs. 48/56, que declaró la competencia de la justicia local para intervenir en las actuaciones principales y remitir estos autos, por intermedio de la Cámara CyF, al Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, a sus efectos.

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

Tal como lo indican ambos representantes del Ministerio Público, este Tribunal recientemente se pronunció en el sentido propuesto por la defensa en un precedente con notas similares a esta causa (*in re* "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'", expte. nº 5557/07, sent. del 30/4/2008). En efecto, en dicha oportunidad la mayoría del Tribunal tuvo especialmente en cuenta lo dictaminado por el Procurador General de la Nación y lo resuelto —por remisión— por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (S.C. competencia 522 LXLIII, "González Molino, Javier Horacio s/inf. art. 149 bis del C.P.", sent. del 12/2/2008) en su carácter de superior jerárquico común de conformidad con el art. 24.7 del dec. ley 1285/58 y, en consecuencia, quienes integramos esa mayoría consideramos que —por razones de economía procesal— la competencia para entender en causas como la presente debía recaer en la denominada justicia "nacional" de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El hecho de que en la actualidad ya haya operado la transferencia de las competencias penales —objeto del convenio— al Poder Judicial local (ley 26.357, resols. FG-54/08 y PGN-32/08) no varía la solución a la que corresponde arribar en estos autos, toda vez que no cabe desconocer que según lo establece el Convenio nº 14/04, en su cláusula primera *in fine*, y lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente antes mencionado: "las causas que se encuentren en trámite ante la justicia nacional cuando comience su vigencia deberán ser terminadas y fenecidas ante los mismos órganos".

Así las cosas, sin intención de desconocer los razonados argumentos desarrollados por la mayoría de los integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de esta Ciudad y por el distinguido titular del Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, reflexiones que estimamos enmarcadas en un meritorio compromiso con las previsiones del art. 6º de la Constitución de esta Ciudad Autónoma y orientadas a poner de manifiesto la absoluta vigencia de sus *facultades propias de legislación y jurisdicción consagradas en el art. 129 de la C.N.*, debemos concluir que el caso bajo estudio debe continuar su tramitación ante el fuero correccional.

Por lo expuesto, corresponde *hacer lugar* a esta queja y al recurso de inconstitucionalidad, *revocar* la sentencia de Cámara (fs. 48/56) que declaró la competencia del fuero local para intervenir en las actuaciones principales y *remitir* los autos, por intermedio de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, al Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, a sus efectos.

Así lo votamos.

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 nº 14/04), así como a los efectos que a su respecto tendría la ratificación del primer convenio formulada mediante la ley nacional 25.752.

Sin embargo a esta altura, tal como ya ha resuelto este Tribunal *in re* "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'", expte. nº 5557/07; y "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'", expte. nº 5559/07, ambas decisiones del 30/4/2008, 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.

A ello cabe agregar que, con posterioridad a la decisión de la Corte, el Congreso Nacional aprobó el Convenio 14/04 mediante la ley 26.357 (sancionada el 28/2/2008, promulgada el 28/3/2008 y publicada el 31/3/2008).

Por tanto, 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, como señala el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen de fs. 156/158, con los requisitos de impugnabilidad subjetiva exigibles—, 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.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos y revocar la sentencia de fs. 48/56 que declaró la competencia de la justicia local para intervenir en las actuaciones principales.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Fiscal General Adjunto, voto por hacer lugar al recurso de queja y de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y remitir estos autos, por intermedio de la Cámara PCyF, al Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, a sus efectos.

Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, 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 I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, de fecha 7/3/2008, cuya copia obra a fs. 48/56, que confirmó la declaración de competencia de la justicia local para intervenir en las actuaciones principales.

3º. *Remitir* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones para que, por su intermedio, sean remitidas 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.*

CCV

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CANDIA FIGUEREDO, AURELIO Y OTROS C/GCBA S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'"

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad. Asesor tutelar. Incidente de nulidad. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. Control de constitucionalidad de oficio: Exceso de jurisdicción. Principio de congruencia. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía. Designación de sus miembros. Concursos. Debido proceso.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la providencia dictada por el juez de grado que ordenó el traslado al Consejo de la Magistratura para que se expidiera acerca de la legitimidad de la resolución

de designación del asesor tutelar y prescindir, por tanto, de la exigencia propia del recurso consistente en tener como objeto de agravio una sentencia definitiva dada la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. 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).*

3. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto 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).*

4. El Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial con competencias exclusivas, 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), de modo que no resulta posible que jueces o fiscales cuestionen 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).*

5. 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).*

6. El recurso de inconstitucionalidad, y la queja a éste acumulada, deben rechazarse pues se dirigen a cuestionar la decisión del juez de primera instancia de correr traslado a fin de que el Asesor Tutelar y el Consejo de la Magistratura se expidan respecto de la legitimidad de la resolución de designación del defensor, decisión que no puede ser equiparada a sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de "irreparables" que permitan autorizar esa equiparación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Corresponde rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en cuanto la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al Asesor Tutelar y al Consejo de la Magistratura, con el objeto de que se expidan sobre la legitimidad de la resolución de designación del

defensor, pues se trata de resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia meramente física que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno, ni representan a la exigencia de sentencia definitiva impuesta por el art. 27 de la ley 402. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5840/08 - 17/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Aurelio Candia Figueredo y María Susana Reyes promovieron un incidente sobre medida preliminar tendiente al secuestro de la historia clínica correspondiente a su hijo menor de edad, quien fuera atendido en el Hospital de Niños "Ricardo Gutiérrez", dependiente del GCBA (fs. 1/3 vta.; corresponde a expte. nº 25.285/1).

2. El juez de primera instancia dispuso, con fecha 15/8/2007: "...En atención a los resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero en la causa 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales expte. 19.620/2' con respecto a la personería del señor Asesor Tutelar nº 2, córrase vista al señor Fiscal a los fines que estime corresponder" (fs. 14, corresponde a expte. nº 25.285/1).

3. En su dictamen, 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. 4/11 vta., corresponde a expte. nº 25.285/1).

4. El magistrado interviniente ordenó el 4/9/2007 "formar incidente para no afectar la marcha del proceso principal, con copia de la presente decisión, del escrito de demanda y del dictamen de la señora Fiscal y córrase traslado al doctor Alejandro Petrucci y al Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." (fojas 15, corresponde a expte. nº 25.285/1). Similar disposición adoptó en el incidente que había ordenado formar (fs. 12, corresponde a expte. nº 25.285/3).

5. En el expte. nº 25.285/1 el Consejo de la Magistratura (en adelante CM) interpuso recurso de apelación contra las providencias del 15/8/2007 y del 4/9/2007.

6. El juez de grado no hizo lugar al recurso en razón que en el expte. nº 25.285/3 ya se habían apelado tales decisiones (fs. 16).

7. El CM interpuso recurso de queja por apelación denegada (fs. 18/20).

8. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de queja interpuesto por el CM por tratarse de una providencia simple "*que no irroga al quejoso agravio alguno*" (fs. 21, corresponde a expte. nº 25.285/4).

9. El CM dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/26, corresponde a expte. nº 25.285/4).

10. La Sala II declaró inadmisible el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva. La Cámara sostuvo que "el pronunciamiento recurrido constituye una sentencia interlocutoria que resolvió una cuestión incidental ajena al fondo del proceso" (fs. 27 y vta., corresponde a expte. nº 25.285/4).

11. Contra la denegatoria, el CM planteó la queja que tramita en estas actuaciones (fs. 30/35).

12. En su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto sostuvo que "la cuestión debatida en las presentes actuaciones resulta ser sustancialmente análoga a la suscitada en el expte. TSJBA nº 5427/07, 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido'...", y que si bien "la sentencia recurrida no resulta definitiva (...) se halla ajustada a la doctrina de V.E. que ha considerado equiparable a definitiva aquella que ocasiona un perjuicio grave de insuficiente o muy difícil reparación ulterior (doctr. de 'Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido'; expte. nº 2570/03, entre otros)". Propició, en definitiva, que el Tribunal "admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocando la sentencia apelada y, sin más, deje sin efecto todo lo actuado en estos obrados" (fs. 112/114).

FUNDAMENTOS:

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

1. La queja deducida por el Consejo de la Magistratura local ha sido interpuesta en tiempo y forma.

2. La relación de antecedentes efectuada en las "resultas" de esta sentencia pone de manifiesto que la cuestión ventilada en las instancias anteriores y en el recurso traído a decisión del Tribunal es sustancialmente similar a la que se resolviera en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008; que es mencionada por el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen a fs. 113 vta. y por el CM en su recurso de queja.

En aquella oportunidad el Tribunal, a partir de los argumentos coincidentes de cuatro de sus integrantes, constató la existencia de un caso constitucional susceptible de habilitar la vía recursiva prevista en el art. 113, inc. 3º, CCBA y dejó sin efecto el procedimiento incidental iniciado de manera oficiosa por el juez de la causa para evaluar la validez del acto de designación del Asesor Tutelar Alejandro Gastón Petrucci.

3. En consecuencia, por los fundamentos coincidentes que fueran expresados en el precedente citado —a los que cabe remitirse como parte integrante de este pronunciamiento—, entendemos que corresponde hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura local, revocar la sentencia recurrida, dejar sin efecto todo lo actuado en la presente pieza procesal y ordenar su archivo sin más trámite.

4. Por último, una aclaración adicional. A diferencia de lo ocurrido en *"*Skiba*"*, donde se objetaba la decisión judicial que había declarado la nulidad del acto de designación del señor Asesor Tutelar Petrucci, en esta causa el Consejo de la Magistratura de la Ciudad ha dirigido sus cuestionamientos contra dos providencias dictadas por el señor juez de grado —la que dispuso la formación del incidente a raíz del planteo de la señora Fiscal de Primera Instancia Nº 1 que propicia la declaración de nulidad del mentado acto de designación, y la que ordenó el traslado de la pretensión incidental.

A pesar de lo señalado, entendemos que en esta ocasión la decisión a dictarse no debe variar respecto de la adoptada en el precedente antes referido, pues cabe prescindir en el caso de la exigencia propia del recurso de inconstitucionalidad consistente en tener como objeto de agravio una *sentencia definitiva*. Ello se explica por la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que ya se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad, asunto que, naturalmente, excede el interés individual de las partes —aunque hablar de *partes* en este peculiar proceso incidental, en rigor, resulte un contrasentido, como se explicó *in extenso* al decidir "Skiba"—. Además, al resolver de este modo también se conjura el evidente dispendio jurisdiccional que conllevaría para todos los sujetos involucrados tener que tramitar y verse sometidos a un proceso que, en circunstancias análogas, el Tribunal ya ha descalificado por tratarse de una actuación viciada de ilegitimidad desde su génesis.

Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia de la sentencia dictada en la aludida causa *"*Skiba*"*.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO *dijo:*

Las decisiones que viene recurriendo el CM (esto es, la formación del incidente y el correspondiente traslado a su parte) si bien no constituyen la definitiva a que se refiere el art. 27 de ley 402, resultan equiparables a tal porque le irrogan un perjuicio de imposible reparación ulterior. Al ordenar *i)* la formación de un incidente con el objeto de tratar los planteos de la señora Fiscal dirigidos a controvertir la legalidad de la resol. 963/05 del CM, y *ii)* el traslado de esa pretensión incidental, el juez actuó *ultra vires*. Ello así, en tanto puso en vilo, sin que existiese una pretensión de parte legitimada, la validez de un acto emitido por la recurrente, esto es, un órgano del Estado. 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 —conf. mi voto *in re* "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008—. A su vez, tampoco, el Ministerio Público Fiscal cuenta con la competencia, tanto para controlar por sí al asesor público como para requerir tal control del juez (conf. los fundamentos dados en el punto 6 de mi voto *in re "*Skiba*",* ya citado, a los que cabe remitirse).

Por ello, corresponde concluir, tal como lo adelanté al comienzo del párrafo que antecede, que las decisiones recurridas configuran un palmario menoscabo a las facultades del CM, no susceptible de ser reparado ulteriormente.

Con relación al tema de fondo, coincido con el juez de trámite, doctor José O. Casás, en que la cuestión controvertida en el *sub lite* resulta análoga a la analizada por este Tribunal en la causa "Skiba", ya citada, por lo que a ella corresponde remitirse. A tales fines, a esta sentencia se agregará una copia de dicho precedente.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, *ii)* revocar las decisiones impugnadas, *iii)* dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión, y *iv)* ordenar su archivo.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido con los votos precedentes en señalar que este caso, en sus elementos materiales básicos, es idéntico al que el TSJBA decidiera en "Skiba, Juan Andrés…" exptes. nº 5427/07 y nº 5381/07, acumulados, casos que el tribunal decidió por sent. del 12/3/2008. Se trata aquí, otra vez, de la decisión inconsulta, de oficio, de un problema institucional mediante el aprovechamiento de un litigio judicial que se suscita entre partes extrañas al llamado "incidente".

En este mismo caso citado señalé que, aunque la resolución impugnada no aparecía procesalmente como una *sentencia definitiva*, que daba base al recurso interpuesto según lo exige la ley local (nº 402, art. 27), ello se debía a la confusión que, para la fundamentación de un agravio real, incorporaba la formación del —mal llamado— "incidente" (sobre un problema institucional) en un litigio entre partes distintas de aquellas verdaderamente en conflicto y por un objeto también distinto del caso judicial planteado por las partes. Resulta así descabellado ocultar bajo el rótulo de "incidente" una decisión supuestamente "interlocutoria", con protagonistas oficiales ajenos a las partes de un proceso judicial concreto, sobre una disputa de otro nivel acerca de las facultades y limitaciones de un órgano estatal,

también ajeno por completo al litigio real trabado y sin reparar en la voluntad del presunto afectado.

2. El caso que aquí se nos presenta, con poseer esos mismos elementos, representa, sin embargo, una verdadera anticipación de la intervención recursiva que eventualmente le corresponde como competencia al TSJBA. Aquí se ha recurrido, en verdad, la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al Consejo de la Magistratura, resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno y, mucho menos, representan a la exigencia de *sentencia definitiva* impuesta por el art. 27 de la ley local 402.

3. Por lo tanto, me inclino por rechazar la queja interpuesta.

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 logra realizar una crítica del auto interlocutorio que denegó el remedio extraordinario local (fs. 30/35). Habilitado este Tribunal para conocer sobre los agravios constitucionales traídos por el impugnante, entiendo que ninguno de ellos puede prosperar por las razones que expongo a continuación.

2. El CM afirma que "el recurso se interpone contra la sentencia de fecha 6/11/2007, dictada por la Sala II (...) que resulta ser el superior tribunal de la causa, y que respecto al Consejo de la Magistratura resulta definitiva dado que al denegar el recurso de queja interpuesto contra la denegatoria del recurso de apelación planteado contra las providencias del 15/8/2007 y 4/9/2007, por las que se ordena la vista al Ministerio Público Fiscal, formación de incidente y sustanciación del dictamen fiscal, todo ello para resolver lo atinente a la legitimidad de la resol. CM-963/05 —cuestión introducida de oficio por el Magistrado de Primera Instancia—, vulnera gravemente sus facultades constitucionalmente otorgadas, y su derecho de defensa en juicio (...) el pronunciamiento cuestionado se encuentra comprendido entre los supuestos que habilitan la intervención del Tribunal Superior (...) pues reviste el carácter de sentencia asimilable a definitiva. // En efecto, de modo arbitrario ordena dar vista al Ministerio Público Fiscal para que se expida sobre la resol. CM-963/05 y la formación de incidente para tratar de oficio la legitimidad de un acto administrativo dictado por este Consejo de la Magistratura y el consiguiente traslado del dictamen fiscal por el que la doctora Pucciarello entiende que se debería declarar la inconstitucionalidad de dicha resolución, vislumbrándose en forma evidente su cuestionamiento por el señor Magistrado de grado, fuera de todo caso o controversia en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 24 y vta.)

La relación de antecedentes efectuada en las "resultas" y la resolución de la Cámara de Apelaciones que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 27 y vta.) ponen de manifiesto que más allá de la similitud —que señala Fiscal General Adjunto en su dictamen— que la cuestión ventilada en las instancia anteriores

pudiera presentar con la decidida por el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008, existe una diferencia sustancial que no puede ser obviada: en "Skiba" el incidente referido a la personería del señor Asesor Tutelar Nº 2 llegó a conocimiento del Tribunal luego de haber sido fallado en las dos instancias de mérito.

Por el contrario, el recurso que el CM trae ahora a consideración del Tribunal se dirige a cuestionar, finalmente, la decisión del juez de primera instancia de disponer, de oficio, la formación de un incidente para dilucidar "el planteo efectuado por la señora Fiscal (...) respecto de la intervención del doctor Alejandro Petrucci, en su calidad de Asesor Tutelar" (fs. 15).

Los agravios que el CM plantea atacan la disposición que da inicio a un incidente y ordena que en él se expresen quienes, a criterio del magistrado, deberían hacerlo: el doctor Petrucci, y el Consejo de la Magistratura (fs. 15 pto. II). Por su naturaleza, la decisión no es una sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de "irreparables" que permitan autorizar su equiparación con ese tipo de sentencias.

Como ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal en relación al recurso de inconstitucionalidad local —en consonancia con el criterio sentado por la CSJN para el recurso extraordinario federal— la ausencia del sentencia definitiva no puede ser suplida mediante la invocación de arbitrariedad o de la violación de garantías constitucionales (*Fallos,* 308:62; entre otros).

Cabe concluir, entonces, que la sentencia que desestimó la queja interpuesta por el CM (fs. 21) y las providencias de primera instancia que dispusieron la vista al Fiscal, y formar el incidente y dar traslado no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

Por las razones expuestas en los aparts. 1 y 2, voto por rechazar la queja planteada por el CM.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer* lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura local, *revocar* la sentencia recurrida, dejar sin efecto todo lo actuado en la presente pieza procesal y ordenar su archivo.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 12/3/2008, en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5427/07).

3º. *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.*

En similar sentido se resolvió en las causa 5887/08 "Pagliarulo, Ángela c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5879/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pagliarulo, Ángela c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada'", del 17/9/2008 y nº 5889/08 "Bravo, Raquel Eugenia c/GCBA y otros s/procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5874/08: "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bravo, Raquel Eugenia c/GCBA y otros s/procesos incidentales en Bravo, Raquel Eugenia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", el 24/9/2008.

CCVI

"E., M. S. C/GCBA Y OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5839/08: "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'E., M. S. C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Asesor tutelar. Incidente de nulidad. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. Principio de congruencia. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía. Designación de sus miembros. Concursos. Debido proceso. Archivo de actuaciones.

SUMARIOS:

1. Al haberse dispuesto la caducidad de la instancia en el procedimiento principal, que motivó el llamado "incidente" referido al examen de la designación de Asesor Tutelar y de sus facultades para intervenir en tal carácter, el asesor, apartado de su intervención en este proceso, no podrá tener en él intervención posterior alguna, por lo que corresponde dar por terminado el "incidente" y disponer el archivo de las actuaciones, pues carece de toda utilidad un pronunciamiento del Tribunal en relación con los recursos interpuestos por la Fiscal ante la Cámara y por el Consejo de la Magistratura. *(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 José O. Casás y Ana María Conde).*

2. El juez interviniente en un proceso, tiene el deber de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma para dar curso a las presentaciones de los sujetos que intervienen en la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. No queda comprendida dentro deber de los jueces de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma, la de establecer la legitimidad o "regularidad" del acto de designación de un funcionario judicial emanado de un órgano constitucional, como lo es el Consejo de la Magistratura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. No puede recurrirse a un incidente de nulidad, para llevar adelante, por fuera de los carriles institucionales y judiciales aptos para ello, un debate completamente ajeno e indiferente a las partes actora y demandada, bajo la apariencia de comprobar un requisito procesal —la personería— e invocando facultades del juez para verificar recaudos formales (patrocinio letrado, art. 50, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Resulta inadmisible que 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— pretendan 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No resulta posible que jueces o fiscales cuestionen la validez del acto del Consejo de la Magistratura que designó, en forma transitoria frente a la vacancia de un cargo en el Ministerio de la Defensa, 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).*

7. Corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la decisión del juez que dispuso constatar de manera oficiosa no ya la personería del defensor oficial llamado a intervenir, sino la validez constitucional del acto administrativo que lo había designado interinamente como tal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. No existe ninguna norma jurídica vigente que le permita al juez 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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. 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).*

10. El incidente de nulidad tendiente a determinar la personería del defensor oficial no ha producido la modificación del objeto del pleito ni la violación del principio de congruencia, sino que 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).*

11. 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5846/08 - 17/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora M. S. E. por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad y con necesidades especiales, T. F. M., planteó una demanda de amparo con el objeto de suspender la aplicación de las disposiciones 52/03 y 63/04 de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y obtener el subsidio amparado por la ley 24.091 (fs. 1/4) . Por encontrarse involucrados los derechos de una persona menor de edad, el juez de primera instancia dispuso la remisión de los autos al Ministerio Público Tutelar (fs. 43). El doctor Alejandro Gastón Petrucci, invocando la condición de Asesor Tutelar, tomó intervención en las actuaciones (fs. 44).

2. Por providencia de fs. 45 el magistrado —tras señalar que "es un deber del tribunal establecer la personería 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— corrió vista "a la señora Fiscal a efectos de que dictamine respecto de la representación asumida a fs. 220 [corresponde a fs. 44 de este incidente] 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 resol. CM-963/05 por inconstitucionalidad" (fs. 46/51). 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 correspondiente a los incidentes (...) En consecuencia, fórmese incidente..." (fs. 52).

Formado el incidente, el juez dio traslado del planteo al doctor Petrucci y al Consejo de la Magistratura (fs. 53). 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 una acción de amparo (...) con el objeto de lograr la cobertura total de las prestaciones indispensables para la habilitación y rehabilitación de mi representado T. F. M., quien padece de discapacidad". 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. 56/64). El juez resolvió tener presente el planteo de nulidad "a los fines de resolver la cuestión principal" (fs. 65). El Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación y nulidad contra la providencia por la que el *a quo* dispuso sustanciar el planteo de la fiscal. Subsidiariamente, contestó el traslado dispuesto en dicha providencia (fs. 186/194). El juez consideró inadmisible el recurso de apelación por dirigirse contra una providencia que no le causa al Consejo un gravamen irreparable (fs. 195).

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 al que reglamentariamente corresponda actuar en la Asesoría Tutelar Nº 2 ante este fuero. Ello, sin perjuicio de que el Asesor General Tutelar pueda disponer que, bajo las directivas de dicho subrogante, actúe otro integrante del Ministerio Público Tutelar en los términos del art. 32, inc. 4º de la ley 21" (fs. 196/211).

3. El doctor Alejandro Gastón Petrucci interpuso recurso de apelación contra la sentencia (fs. 214) que no fue concedido por no estar fundado (fs. 215). El Consejo de la Magistratura también apeló la decisión (fs. 219/227 vta.), que fue concedida por *el a quo*, quien dio traslado del memorial a la fiscal interviniente (fs. 229). La Asesora General Tutelar sustituta interpuso también un recurso de apelación y nulidad (fs. 230/244) que fue denegado por el juez por considerarla incompetente para actuar por sí misma en primera instancia (fs. 267). La fiscal de primera instancia procedió a responder el recurso del Consejo de la Magistratura (fs. 247/254). La Asesora General interpuso recurso la queja por apelación denegada, recurso que fue admitido por la Cámara (ver fs. 285) y motivó que el juez de primera instancia concediera dicha apelación (fs. 288 y vta.). Tras ello se remitieron los autos al tribunal de alzada (fs. 289).

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. 275/283 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 la Asesora General Adjunta y confirmar la sentencia apelada" (fs. 293/312).

4. Contra la sentencia dedujeron recurso de inconstitucionalidad la señora fiscal ante la Cámara (fs. 314/322) y el Consejo de la Magistratura (fs. 324/340). 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.

La Sala II declaró parcialmente admisibles los recursos reseñados, salvo aquellos agravios que tenían relación con los motivos de arbitrariedad y gravedad institucional. Todos estos recursos fueron concedidos con efecto suspensivo (fs. 345/346).

5. El Consejo de la Magistratura planteó recurso de queja contra la inadmisibilidad parcial de su recurso dispuesta por la Sala II (fs. 601/611).

El juez de trámite dispuso acumular la queja al incidente con los recursos concedidos (fs. 614) y requirió el dictamen del Fiscal General.

El Fiscal General Adjunto, con remisión y agregado de copia de su dictamen en la causa "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, 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. 617/637).

6. Dispuesto el pase de los autos al acuerdo, el juez de primera instancia comunicó al Tribunal que por resolución del 15/2/2008 declaró la caducidad de

la instancia en el expediente principal y que la decisión se encontraba firme (fs. 643). El juez de trámite requirió la remisión de copia de esa sentencia, la que fue agregada a fs. 646/647.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Al haberse dispuesto la caducidad de la instancia en el procedimiento principal —promovido por la señora M. S. E. por sí y en representación de su hijo menor de edad y con necesidades especiales, T. F. M.—, que motivó el llamado "incidente" referido al examen de la designación de Alejandro Gastón Petrucci y de sus facultades para intervenir como asesor tutelar, el asesor Petrucci, apartado de su intervención en este proceso, no podrá tener en él intervención posterior alguna. Conviene precisar que, en realidad, nunca cesó la intervención del Asesor Petrucci en el procedimiento, quien ejerció su función hasta que se decretó la caducidad la de la instancia, pues el juez de primera instancia dispuso ejecutar su decisión una vez que ella quedara firme —algo que no ocurrió— y la Cámara de Apelaciones concedió el recurso de inconstitucionalidad con efecto suspensivo.

Sólo corresponde dar por terminado el "incidente" y disponer el archivo de estas actuaciones. Carece de toda utilidad un pronunciamiento del Tribunal en relación con los recursos interpuestos por la señora Fiscal ante la Cámara (fs. 314/322) y por el Consejo de la Magistratura (fs. 324/340 y fs. 601/611).

El juez José O. Casás dijo:

Comparto la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, puesto que, en efecto, al haberse declarado la caducidad de instancia en el expediente principal, ninguna actuación posterior puede caberle al señor Asesor Tutelar Petrucci, cuya exclusión en el proceso viene controvertida. En consecuencia, los planteos contenidos en los recursos planteados por la señora Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario y por el Consejo de la Magistratura tendientes a sostener la validez de la resolución de designación del aludido funcionario han devenido abstractos, por lo que sólo corresponde ordenar el archivo de este "incidente".

Lo expuesto, claro está, no implica dejar de lado las reflexiones vertidas en mi voto al resolver una causa análoga a la presente —"Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, 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)'", sent. del 12 de marzo del corriente año— donde sostuve que el trámite

incidental y oficioso que culminó con el desconocimiento de la designación interina del asesor Petrucci se encontraba viciado desde su génesis y no podía producir efecto alguno. A todo evento, por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del citado precedente.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y de queja han sido interpuestos en tiempo y forma. En el recurso directo, el Consejo de la Magistratura formula una crítica adecuada y suficiente del auto denegatorio que rechaza parcialmente su presentación. Anticipo que aun cuando el Tribunal está habilitado para ejercer su competencia, ninguno de los agravios introducidos por los recurrentes puede prosperar.

2. Sin perjuicio de las contingencias señaladas por el señor juez de trámite, la cuestión planteada en estas actuaciones resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008. Por razones de brevedad, doy aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en la citada causa cuya copia deberá agregarse a esta sentencia. En consecuencia, voto por declarar admisible la queja, rechazar los recursos de inconstitucionalidad, con costas y confirmar la decisión recurrida.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar* por terminado el "incidente" y *disponer el archivo* de estas actuaciones.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 12/3/2008, en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5427/07).

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

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

CCVII

"OLIVERA, MARÍA ROSA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5880/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'OLIVERA, MARÍA ROSA Y OTROS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Asesor tutelar. Incidente de nulidad. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. Principio de congruencia. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía. Designación de sus miembros. Concursos. Debido proceso.

SUMARIOS:

1. El juez interviniente en un proceso, tiene el deber de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma para dar curso a las presentaciones de los sujetos que intervienen en la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. No queda comprendida dentro deber de los jueces de verificar el correcto cumplimiento de las formalidades procesales requeridas por el código de forma, la de establecer la legitimidad o "regularidad" del acto de designación de un funcionario judicial emanado de un órgano constitucional, como lo es el Consejo de la Magistratura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. No puede recurrirse a un incidente de nulidad, para llevar adelante, por fuera de los carriles institucionales y judiciales aptos para ello, un debate completamente ajeno e indiferente a las partes actora y demandada, bajo la apariencia de comprobar un requisito procesal —la personería— e invocando facultades del juez para verificar recaudos formales (patrocinio letrado, art. 50, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Resulta inadmisible que 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— pretendan 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. No resulta posible que jueces o fiscales cuestionen la validez del acto del Consejo de la Magistratura que designó, en forma transitoria frente a la vacancia de un cargo en el Ministerio de la Defensa, 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).*

6. 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).*

7. 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).*

8. El juez no puede controlar de oficio la validez del acto de designación del defensor oficial sino tan sólo su existencia, lo cual le impone 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. 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).*

10. El deber de los jueces de preservar la adecuada conformación del proceso 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

11. La vista al fiscal para que dictamine sobre la representación y la regularidad del acto de designación del defensor oficial, importa un acto fuera de las potestades del juez, que resulta lesivo de la garantía de autonomía del Ministerio Público (art. 124, CCBA) y del debido proceso (arts. 10 y 13, CCBA), viciando *ab initio* de nulidad absoluta por exceso de jurisdicción, a la decisión judicial. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. 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, como en el caso, desistir de aquello pedido o actuado por el fiscal subalterno (art. 5º, LMP). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. Corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la decisión del juez que dispuso constatar de manera oficiosa no ya la personería del defensor oficial llamado a intervenir, sino la validez constitucional del acto administrativo que lo había designado interinamente como tal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. No existe ninguna norma jurídica vigente que le permita al juez 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. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. 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).*

16. El incidente de nulidad tendiente a determinar la personería del defensor oficial no ha producido la modificación del objeto del pleito ni la violación del principio de congruencia, sino que 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).*

17. 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5906/08 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores María Rosa Olivera y Alberto Osmar Acevedo por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad J. M. T., S. C. J., J. A. O. y D. J. J. A. plantearon una demanda de amparo contra el GCBA (en adelante: GCBA) para que su grupo familiar fuera incluido en los programas de emergencia habitacional que éste administra (fs. 1/10).

El juez de primera instancia dio intervención al asesor tutelar por encontrarse "involucradas personas menores de edad" (fs. 36). El Asesor Tutelar Nº 2, doctor Alejandro Gastón Petrucci, tomó intervención en las actuaciones en representación de J. M. T. A., S. C. J., J. A. O. y D. J. J. A. (fs. 37/38).

2. Por providencia del 9/8/2006 el magistrado —tras señalar que "es un deber del tribunal establecer la personería de los sujetos que intervienen en el proceso" y mencionar la resol. 963/2005 del Consejo de la Magistratura por la que fue designado el asesor tutelar que tomó intervención— dispuso "córrase vista a la señora Fiscal a efectos de que dictamine respecto de la representación asumida a fs. 50/51 [*corresponde a fs. 37/38 de este incidente* y, en particular, acerca de la regularidad del mencionado acto de designación" (fs. 39). En su dictamen del 10/8/2006, 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. 40/47). 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 las personas menores de edad que accionan—, y sin perjuicio de la facultad de quien suscribe 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 correspondiente a los incidentes (arts. 158 y ss. del CCAyT, con las adecuaciones que corresponden en virtud de lo dispuesto en el art. 14 cuarto párrafo de la CCBA en cuanto a la brevedad y perentoriedad de los plazos). En consecuencia, fórmese incidente..." (fs. 48).

Formado el incidente, el juez dio traslado del planteo al doctor Petrucci y al Consejo de la Magistratura (fs. 49). El doctor Petrucci promovió 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 una acción de amparo contra el GCBA, con el fin de que se le reconozca a la actora su derecho a una vivienda digna". 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 a petición (fs. 51/59 vta.). 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. 182). El Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación y nulidad contra la providencia de fs. 49 por la que el *a quo* ordenó sustanciar el planteo de la fiscal. Subsidiariamente contestó el traslado ordenado en dicha providencia (fs. 171/179). El juez consideró inadmisible el recurso de apelación por dirigirse contra una providencia que no le causa al Consejo un gravamen irreparable (fs. 182).

3. Al resolver el incidente, el juez de primera instancia decidió: *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 la Resol. 963/2005 por inconstitucionalidad que aquí se declara"; *c)* "disponer la intervención en las actuaciones principales del titular de la Asesoría Tutelar Nº 1 en su calidad de subrogante en la Asesoría Tutelar Nº 2 ante este fuero. Ello, sin perjuicio de que el Asesor General Tutelar pueda disponer que, bajo las directivas de dicho subrogante, actúe otro integrante del Ministerio Público Tutelar en los términos del art. 32, inc. 4º de la ley 21" (fs. 183/199).

El Consejo de la Magistratura y el doctor Alejandro Gastón Petrucci interpusieron recursos de apelación contra la sentencia (fs. 206/215 y 217, respectiva-

mente). Sólo fue concedido el primero de ellos (fs. 216), el segundo, en cambio, fue denegado por no haber sido fundado, conforme lo establece el art. 15 de la ley 16.986 (fs. 218). La señora Fiscal de primera instancia procedió a responder los agravios formulados por el Consejo de la Magistratura (fs. 221/227).

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. 232/240 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 el recurso de apelación deducido por el Consejo de la Magistratura y confirmar la sentencia apelada" (fs. 242/260 vta.).

5. Contra la sentencia dedujeron recurso de inconstitucionalidad la señora Fiscal ante la Cámara (fs. 262/270) y el Consejo de la Magistratura (fs. 271/288 vta.).

La Sala declaró parcialmente admisibles los recursos reseñados, salvo aquellas quejas que tenían relación con el motivo de arbitrariedad y configuración de "gravedad institucional" (fs. 294 y vta.).

6. El Consejo de la Magistratura planteó el recurso de queja contra la inadmisibilidad parcial de su recurso dispuesta por la Sala II (fs. 380/392).

7. 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, con remisión a los fundamentos expuestos en el expte. nº 5427/07 "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", dictamen de fecha 11/9/2007 (fs. 399/419).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión planteada en estas actuaciones resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008.

En consecuencia, por los fundamentos desarrollados al expedirme en el precedente aludido, al que me remito por razones de brevedad y que será agregado en copia para formar parte de este pronunciamiento, voto por hacer lugar a los recursos interpuestos, revocar la sentencia de Cámara de fs. 242/260 vta., dejar sin efecto todo lo actuado en este "incidente" y ordenar su archivo.

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

Tal como lo señalan nuestra colega, jueza Ana María Conde, en su voto y el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 416/419), la cuestión planteada

en estas actuaciones resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, 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)'", resolución del 12 de marzo del corriente año.

En consecuencia, por los fundamentos desarrollados en nuestros respectivos votos en aquella oportunidad —a los que nos remitimos por razones de brevedad— votamos por hacer lugar a los recursos interpuestos, revocar la sentencia impugnada, dejar sin efecto el procedimiento seguido para desconocer la designación del doctor Alejandro Gastón Petrucci y ordenar su archivo sin más trámite. Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del citado precedente.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

La cuestión planteada en estas actuaciones, tal como lo señalan mis colegas magistrados, es sustancialmente análoga a la resuelta en jurisprudencia actual por este Tribunal *in re* "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008. Por lo demás, en este mismo caso judicial existe otra impugnación idéntica pero relativa a la intervención del Defensor oficial, que es resuelta también de manera idéntica (expte. nº 5907/08).

Como lo anticipé en el caso citado arriba, si bien en apariencia la resolución impugnada no parece ser, en principio, una sentencia definitiva, que de pie al recurso interpuesto, como exige la ley para el caso (ley local 402, art. 27), dada la confusión que incorpora la formación del llamado "incidente" —referido a un litigio institucional entre partes distintas de aquellas verdaderamente en conflicto en el caso, y por un objeto también distinto del caso judicial planteado—, lo cierto es que resulta descabellado ocultar bajo el rótulo de un incidente y una decisión interlocutoria, con protagonistas oficiales ajenos a las partes de un proceso judicial concreto, una disputa de otro nivel jurídico-institucional acerca de las facultades y limitaciones de un órgano estatal, ajeno también por completo al litigio real trabado. Incluso el llamado "incidente" traduce también escaso respeto procesal por la opinión de quien, en el caso, resulta defendido.

En consecuencia, con fundamento en los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente mencionado —repetidos en este mismo caso con referencia al señor Defensor Oficial a quien le tocó en suerte intervenir—, al que remito por razón de brevedad (agregado en copia para formar parte de este pronunciamiento), voto por hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad planteados por la Fiscal de Cámara local, por el Consejo de la Magistratura y por el Asesor Tutelar, revocar la sentencia impugnada, dejar sin efecto el procedimiento seguido para desconocer la designación del doctor Alejandro Gastón Petrucci y ordenar el archivo de estas actuaciones.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y de queja han sido interpuestos en tiempo y forma. En el recurso directo, el Consejo de la Magistratura formula una crítica adecuada y suficiente del auto denegatorio que rechaza parcialmente su presentación. Anticipo que aun cuando el Tribunal está habilitado para ejercer su competencia, ninguno de los agravios introducidos por los recurrentes puede prosperar.

2. La cuestión planteada en estas actuaciones resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; expte. nº 5427/07, resolución del 12/3/2008. Por razones de brevedad, doy aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en la citada causa cuya copia deberá agregarse a esta sentencia. En consecuencia, voto por declarar admisible la queja, rechazar los recursos de inconstitucionalidad, con costas y confirmar la decisión recurrida.

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 y por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; revocar la sentencia de fs. 242/260 vta., dejar sin efecto el procedimiento seguido con ocasión del desconocimiento de la designación del doctor Alejandro Gastón Petrucci y ordenar su archivo.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5427/07), de fecha 12/3/2008.

3º. *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.*

En similar sentido se resolvió en las causas 5790/08 "Montes, Érica Eliana y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus acumulado: expte. nº 5766/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Montes, Érica Eliana y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Montes, Érica y otro c/GCBA s/amparo, art. 14, CCBA)'", del 3/9/2008 y 5907/08 "Olivera, María Rosa y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 24/9/2008.

CCVIII

"RODRÍGUEZ, FEDERICO HERNÁN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Clausura de comercio. UNIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL DE FALTAS: Interrupción de la atención al público. Presentación de documentación. AMPARO: Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

SUMARIOS:

1. Si la cuestión introducida por el amparista no atañe a una decisión de un órgano administrativo (Unidad de Control de Faltas) con competencia para imponer sanciones en virtud del régimen de faltas, no corresponde el conocimiento del fuero Penal, Contravencional y de Faltas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Es competente el fuero contencioso administrativo y tributario para entender en el amparo incoado frente a la imposibilidad del administrado de presentar ante el Controlador de Faltas documentación destinada a demostrar el cumplimiento de los requisitos cuya ausencia ocasionó la clausura de su negocio, porque el personal de la Unidad de Control de Faltas se encontraba en interrupción total de la atención al público, situación que, consecuentemente, prolongaba la clausura del comercio de mención. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Si en el marco de la actividad desplegada por los Controladores de Faltas se genera alguna lesión de aquellas contra las que protege el art. 14 de la CCBA, resulta competente el fuero Penal, Contravencional y de Faltas, para expedirse en relación con la actuación de esos organismos, dentro del alcance propio de la función que a esos jueces concierne como autoridad del proceso iniciado por la comisión de una falta *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6112/08 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 14/8/2008 el señor Federico Hernán Rodríguez promovió demanda de amparo y medida cautelar ante el fuero en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad (fs. 1/3), contra el GCBA (Unidad Administrativa de Control de Faltas), "para solicitar la apertura de negocio clausurado en la calle Sánchez de Bustamante 2153 ... y la designación de Inspector *ad hoc* a esos fines" (acápite objeto, fs. 1).

Expresó que es propietario de un fondo de comercio minorista de carnicería y granja que explota en el lugar aludido que, el día 14/7/2008, fue clausurado por

inspectores de la Dirección Gral. de Higiene y Seguridad por las razones que detalla el acta que acompaña (ver fs. 5).

Agregó que el 18/7/2008 presentó "el descargo administrativo correspondiente ante la Controladora nº 36" y manifestó haber cumplido con todos los requisitos exigidos para habilitar su negocio, pero que "debido a la interrupción total de la atención al Público por parte de los empleados del Gobierno de la CABA, por las razones de público conocimiento, que importan el impedimento para presentar toda la documentación exigida y que" tiene en su poder no puede "abrir las puertas del negocio y empezar a trabajar" (fs. 1 vta.).

A fs. 5/35 acompañó diversa documentación.

2. La fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 propició a fs. 38/39 la competencia del fuero, con sustento en el art. 7º de la ley de amparo de la Ciudad aunque advirtió con respecto a la clausura, que la acción escogida no es la vía más idónea para su tratamiento (fs. 39).

3. A fs. 41/42 la jueza en lo Contencioso Administrativo Nº 15 decidió su incompetencia fundado en los argumentos expuestos por este Tribunal en las causas"Mercado Romero" y "Freytes" (fs. 41 vta.).

4. A fs. 47, la jueza en lo Penal, Contravencional y de Faltas a cargo del Juzgado Nº 26 declaró, a su vez, que no era a ese fuero al que correspondía conocer de la cuestión. Consideró que el presente amparo no es análogo al resuelto por este Tribunal en la causa "Mercado Romero", "toda vez que no se cuestiona una decisión adoptada en el marco de un proceso administrativo sustanciado por una Unidad Administrativa de Control de Faltas, sino la falta de atención de los empleados del GCBA, por lo que en estos actuados, prevalece la regla general prescripta por el art. 7º de la ley 2145" (fs. 47 vta.).

5. A fs. 49 la jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario mantuvo su declaración de incompetencia y remitió los autos al Tribunal Superior de Justicia.

6. A fs. 53/57, el señor Fiscal General Adjunto a cargo de la Fiscalía General se inclinó por la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Nº 9, basado —en sustancia— en el art. 7º de ley 2145.

7. La Sra. Jueza instructora dispuso, previo a resolver el conflicto de competencia bajo estudio que, habida cuenta del objeto procesal del amparo y el tiempo transcurrido desde su interposición, informara la Secretaría el estado actual de la causa.

8. A fs. 59 de dio cumplimiento a lo ordenado en el punto anterior.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. En forma preliminar expreso que el presente conflicto no encuadra en la doctrina sentada por el Tribunal en el precedente "Mercado Romero" (expte.

nº 5506/07 "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art.14, CCBA) s/conflicto de competencia", resolución del 25/10/2007), en la medida de que la cuestión introducida por el amparista no atañe a una decisión de un órgano administrativo (Unidad de Control de Faltas) con competencia para imponer sanciones en virtud del régimen de faltas, extremo en el que, conforme a la jurisprudencia de mención, correspondería el conocimiento del fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

2. En efecto, más allá de alguna falta de precisión en el escrito de demanda, lo que surge con evidencia es que el núcleo de la cuestión traída a sede judicial a través de la vía intentada, es la imposibilidad del administrado de presentar ante el Controlador de Faltas documentación destinada a demostrar el cumplimiento de los requisitos cuya ausencia ocasionó la clausura de su negocio, *porque el personal de la Unidad de Control de Faltas se encontraba en interrupción total de la atención al público,* situación que, consecuentemente, prolongaba la clausura del comercio de mención.

En otras palabras, la cuestión trata de una acción de amparo contra una omisión por parte del GCBA, en la medida de que —como bien lo señala la magistrada Contravencional y de Faltas que suscribe la resolución de fs. 47/48— "no cumplió con la obligación, expresamente reglamentada de atender al ciudadano a los fines de proveer un servicio público", y ello como consecuencia de "la falta de atención al público por parte de los agentes que deben recibir la documentación..." enderezada a producir el levantamiento de la clausura de marras.

3. A partir de lo expuesto, descartada la especialidad a la que se refiere el precedente "Mercado Romero", la cuestión planteada en la demanda encuadra en el criterio general de atribución de competencia establecido en el art. 7º, ley 2145, en materia de amparos dirigidos contra autoridades públicas de la Ciudad y, consecuentemente corresponde al conocimiento de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

4. Por lo expuesto, considero que debe declararse la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15. Así voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

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

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, sin perjuicio de advertir que —según surge de la información obrante a fs. 59— ya se habría encauzado el procedimiento que se intentaba impulsar con esta acción de amparo y que el interesado, mediante su activa participación en la UACF nº 36, ya habría logrado que la Administración local hiciera efectivo el levantamiento de la clausura preventiva que pesaba sobre su comercio. Aún así, tal como indica la jueza Ruiz, lo cierto es que el propósito de esta acción consistió en conjurar el

supuesto perjuicio provocado por un accionar que el actor describió como un típico comportamiento omisivo de la Administración —la imposibilidad de presentar un descargo y cierta documentación, porque, aparentemente, se habría interrumpido la atención al público en una de sus reparticiones— y en tales condiciones, al margen de los distintos problemas de fondo que eventualmente podrían ventilarse ante aquélla en el marco de la causa de faltas seguida contra el amparista, la competencia para entender en dicha omisión debía recaer en el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La acción de amparo iniciada por Federico Hernán Rodríguez tiene directa vinculación con el expte. adm. nº 847708-000/08, que tramita ante la Unidad Controladora de Faltas Nº 36. Tal como relata el actor, su intento de realizar una presentación en ese expediente vio frustrado "[...] debido a la interrupción total de la atención al Público por parte de los empleados del Gobierno de CABA [...]" (fs. 1 vta.). Ello habría retrazado la reapertura de su local de "carnicería y granja", sobre el que pesaba una clausura impuesta en el marco de una inspección realizada el 14/7/2008, ratificada luego por disposición 0608-DGHySA/08 (notificada el 18/7/2008). Por ello, solicita que, en atención a su dependencia de los ingresos producidos en ese local, como medida cautelar, se ordene "[...] la inmediata designación *de inspector ad hoc y la apertura del negocio de carnicería y granja* [...]" (fs. 2; con negritas en el original).

De la lectura del escrito, en especial del apart. "IX. *Petitorio*" (fs. 2 vta. y 3; con negritas en el original), surge que la única pretensión que el actor incluye en su escrito se circunscribe a la medida cautelar transcripta. Ello, sin perjuicio de que, entre los puntos de su petitorio, solicite que "[o]portunamente se haga lugar al amparo con costas".

El actor realizó presentaciones en el expediente administrativo en cuestión antes y después de los hechos que dieron motivo a este amparo. Ello surge de su escrito de inicio —en donde dice que "[e]n la misma fecha [en que le fue notificada la resolución que confirmó la clausura] presenté el descargo administrativo correspondiente" (fs. 1)— y de la certificación telefónica realizada por este Tribunal (fs. 59), en donde, además, consta que el 1º/9/2008 la señora Controladora de Faltas dispuso levantar la clausura transitoria y que solo queda pendiente la resolución de la pertinencia o no de sanciones patrimoniales contra el actor. Sin perjuicio de ello, es una cuestión atinente al juez de la causa la de pronunciarse acerca de si corresponde o no continuar con el trámite de la acción.

En ese marco, entiendo que corresponde aplicar la doctrina sentada por este Tribunal *in re* "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5506/07, sent. del 25/10/2007. La pretensión del actor tiene directa vinculación con la resolución de un expediente administrativo correspondiente a una Unidad Controladota de Faltas y en esos casos, por aplicación de

los arts. 8º, 24 y 27 de la ley 1217, debe atribuirse la competencia al fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

Si en el marco de la actividad desplegada por los Controladores de Faltas se genera alguna lesión de aquellas contra las que protege el art. 14 de la CCBA, nadie estaría en mejores condiciones que el fuero Penal, Contravencional y de Faltas, para expedirse en relación con la actuación de esos organismos, dentro del alcance propio de la función que a esos jueces concierne como autoridad del proceso iniciado por la comisión de una falta; y esto es lo que establece el derecho aplicable, interpretado en su contexto y conforme manda su espíritu, 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 controladores como ejercicio de función materialmente jurisdiccional. En este sentido, si bien para una cuestión relacionada con la actividad de los fiscales, me expedí *in re* "Freytes, María Graciela c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5610/07, sent. del 20/2/2008.

El criterio expuesto —que implica que, como principio, las cuestiones relacionadas con la actividad de los Controladores de Faltas debe ser juzgada por los jueces del fuero Penal, Contravencional y de Falta— tiende también a evitar que cuestiones relacionadas con los mismos asuntos sean atendidas por jueces diferentes. De esta manera, se evita el riesgo de sentencias que puedan resultar contradictorias, así como la multiplicación innecesaria de expedientes en el marco de la justicia de la Ciudad.

Por estas razones, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por atribuir la competencia al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 22.

Por ello, por mayoría, y oído lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15 para intervenir en el caso.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor Fiscal General, se ponga en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y Faltas Nº 26 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.*

CCIX

"BUENOS AIRES CONTAINER SERVICES S.A. C/GCBA S/RECURSO APEL. JUD. C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caso constitucional. MULTA TRIBUTARIA: Naturaleza. Graduación del monto. Error excusable. Cuestiones de hecho y prueba. Principio de proporcionalidad. Principio de igualdad. Principio de razonabilidad. Principio de no confiscatoriedad. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA: Garantía del contribuyente. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL: Ley penal más benigna. CONTROL JUDICIAL: Principio de división de poderes. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.

SUMARIOS:

1. Cuando la multa por evasión fiscal compromete el ejercicio de una función de índole jurisdiccional, la sanción impuesta por la Administración no queda sujeta, en cuanto al alcance que admite su control judicial, al régimen limitado de los actos que canalizan el despliegue de funciones administrativas sino que, por el contrario, es plena. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. No basta con señalar que la sanción de multa alcanza un importe alto en relación con el gravamen en juego para demostrar que el mínimo previsto en la ley para sancionar el ingreso demorado entre uno y tres días de los importes correspondientes a los anticipos del tributo es desproporcionado como respuesta del orden jurídico a ese retraso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La valoración acerca del monto de la multa impuesta por evasión fiscal debe estar sostenida en una pauta objetiva o al menos en una intersubjetiva tan vastamente compartida que privara de legitimidad a la aplicada por el legislador, y en todos los casos, la apreciación debe ser sumamente cuidadosa, para no sustituir al criterio del legislador por el del juez. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Aplicar una multa mínima del 50 % del impuesto omitido por el ingreso de tres anticipos con una demora no mayor de tres días afecta la proporcionalidad que deben observar las sanciones. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La sentencia que elimina el mínimo de la multa por evasión fiscal por estimarlo inconstitucional no brinda apoyo a la decisión de dejarla sin efecto, por lo que corresponde fijarla en el importe que los jueces aprecien, en ejercicio de sus funciones propias como adecuado a la infracción. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La fijación del *quantum* de la sanción por evasión fiscal remite necesariamente a analizar cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la vía intentada (arts. 27 y 31 de la ley 402), de modo que corresponde reenviar la causa a la Cámara CAyT para que jueces distintos de los que intervinieron dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina que surge de este fallo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El principio de legalidad sólo representa una garantía para el ciudadano y, específicamente en materia impositiva, una garantía para el contribuyente. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. Resulta singular y contrario a toda sana hermenéutica del orden jurídico conforme a un Estado democrático de derecho, la utilización del principio de legalidad como garantía del Estado —esto es, en contra del ciudadano— o, como garantía de la recaudación impositiva de la Administración —esto es, en contra del contribuyente—, para fundar un recurso relativo a una sentencia contraria que agravia al Estado o a su Administración, pues a él no lo ampara esta garantía. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. El hecho de que la imposición de sanciones por la Administración merezca un recurso judicial para que el afectado la discuta, se oponga a la sanción impuesta, de manera alguna importa la asunción por el Poder Judicial de competencias que no le han sido asignadas, sino, por lo contrario, tal competencia representa a la garantía del control judicial de la decisiones de la Administración respecto de los administrados y en relación a sus derechos, sin la cual carecería de sentido republicano la llamada jurisdicción administrativa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. Está mal concedido el recurso de inconstitucionalidad cuando no se da acabado cumplimiento al requisito de debida y suficiente fundamentación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Más allá de lo que parezcan disponer literalmente los preceptos normativos, corresponde a los magistrados indagar lo que han venido a prescribir jurídicamente, armonizando tales regulaciones con los principios, derechos y garantías de rango constitucional, pues no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del Estado constitucional, social y democrático de derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. Es función del Poder Judicial, en la aplicación del derecho, interpretar la ley dando a las normas significados concretos, calificar los hechos que conforman las particulares circunstancias de la causa y subsumirlos, finalmente, en las hipótesis normatológicas, todo ello partiendo de la base de que todo el ordenamiento jurídico se cuenta presidido por la Constitución Nacional (art. 31), los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, elevados a igual rango (art. 75, inc. 22) y, en su caso, por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. Se vulnera el principio de igualdad tributaria cuando se pondera la escasísima entidad en la mora incurrida —uno, dos y tres días hábiles— para el ingreso de los anticipos, confrontando tal situación con un incumplimiento prolongado y, por ende, contumaz, en el ingreso de las obligaciones tributarias. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. Las sanciones tributarias no están concebidas como recursos fiscales a pesar de que ingresan al Tesoro Público sino que al asignárseles, en la mayoría de los casos, naturaleza penal, funcionan esencialmente como medidas ejemplificadoras e intimidatorias para lograr el acatamiento de los preceptos legales y no como indemnización. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. Cuando la multa o accesorios —intereses o recargos— son desproporcionados ponen en riesgo el derecho de propiedad de los contribuyentes e, irrazo-

nablemente, pueden conducir a que se produzcan efectos confiscatorios. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

16. Si se cancelaron los anticipos impositivos con más los intereses respectivos a los pocos días de los pertinentes vencimientos y sin intimación alguna del Fisco, tomando en cuenta la naturaleza penal que, por regla general, se atribuye a las sanciones tributarias, por aplicación de los principios generales informadores del derecho penal de base constitucional, dado que la sanción nunca quedó firme y ejecutoriada, puede entenderse que resulta de aplicación el principio de ley penal más benigna (arts. 2º y 4º del C.P.*). (Voto del señor juez José O. Casás).*

17. El recurso de inconstitucionalidad debe declararse mal concedido si no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta en una afectación meramente ritual de principios y garantías constitucionales, que brinda al recurso tan solo la apariencia de un caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. El recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido si no desarrolla una argumentación tendiente a demostrar la lesión, de manera directa y concreta, de la garantía de reserva de ley invocada, circunstancia que se verifica cuando el fallo recurrido contiene una interpretación de la ley infraconstitucional centrada en circunstancias de hecho, como lo son los días transcurridos entre el vencimiento de las obligaciones fiscales y su pago y la incidencia del retraso para el orden tributario de la Ciudad; aspectos éstos propios de los jueces de la causa y ajenos al ámbito del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. Ha sido mal concedido el recurso de inconstitucionalidad cuando remite a cuestiones de hecho y prueba que motivaron la decisión recurrida y no se advierte que de su ponderación se derive una real afectación de principios de raigambre constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

20. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues el error excusable como única excepción prevista en el ordenamiento fiscal que hubiera permitido eximir de multa a la actora sin lesionar ningún principio constitucional, no fue invocado por ella ni formó parte del debate en autos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

21. La norma tributaria no efectúa distinción alguna en cuanto a la cantidad de días de atraso con que se abona el tributo para que opere la sanción, de modo que la conducta reprochada consiste en abonar el impuesto fuera de término, una vez iniciada o librada orden de inspección, por lo que, la diferenciación que realiza la Cámara en punto al poco o mucho tiempo de atraso en el pago, no surge de la normativa aplicable y esa interpretación afectó el principio de legalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5890/08 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Dirección General de Rentas (en adelante, "DGR") por resol. 4388-DGR/99: *a)* impugnó las declaraciones del impuesto sobre los ingresos brutos que efectuara Buenos Aires Container Terminal Services S.A. (en adelante, "BACTS-SA") en relación con los períodos fiscales 1994 (11º y 12º ant. mens.), 1995 (4º y 11º ant. mens.), 1996 (1º, 2º, 5º, 9º y 11º ant. mens.) y 1997 (1º ant. mens); *b)* determinó de oficio sobre base cierta la materia imponible y el tributo correspondiente; *c)* aplicó una multa de $ 214.168,10 por considerar a la contribuyente incursa en la figura de evasión fiscal, equivalente al 65 % del impuesto evadido; y *d)* intimó a la actora a ingresar las sumas resultantes.

BACTSSA interpuso recurso de reconsideración, que fue desestimado por resol. 3101-DGR/00. Contra esa resolución, la sociedad articuló recurso jerárquico, que fue rechazado por resol. 1039-SHyF/01.

A fin de impugnar la resol. 1039-SHyF/01, la empresa presentó recurso de apelación judicial, que fue denegado por resol. 2572-SHyF/01.

2. Con fecha 22/3/2002, BACTSSA interpuso recurso de queja ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a que se dejara sin efecto la resol. 2572-SHyF/01 (fs. 1/24). A fs. 187 la jueza Elena Liberatori de Haramburu tuvo por habilitada la instancia judicial y, conforme surge del referido proveído, le otorgó al mencionado recurso carácter de demanda contra la autoridad administrativa en los términos del arts. 269 y ss. del CCAyT. El GCBA opuso excepción de falta de habilitación de la instancia, que fue rechazada por la jueza Liberatori. Apelada esta decisión por el Gobierno, la Cámara confirmó el pronunciamiento de la magistrada.

3. En su demanda, la actora cuestiona únicamente la multa impuesta por ampliación de sumario como consecuencia del ingreso tardío de los anticipos correspondientes a los períodos 6/97, 9/97 y 11/97, que no habrían sufrido ajustes ($ 208.399,30). Por lo tanto, no forman parte del debate de autos ni lo relativo al ajuste determinativo ni la multa impuesta para los períodos que sí fueron ajustados por la DGR.

En su escrito de inicio, BACTSSA destacó que la verificación fáctica de la omisión del pago no implicaba necesariamente la existencia de una infracción. Adujo que a su criterio resultaban aplicables los principios y garantías del derecho penal. Afirmó que al no haberse afectado en el caso el bien jurídico tutelado (la recaudación tributaria), no se había configurado la infracción. Resaltó que la mora incurrida había sido de uno a tres días y que en relación con los períodos que originaron la multa cuestionada, no se tuvo que recurrir al procedimiento de determinación de oficio.

En relación con el período junio de 1997 en particular, la accionante agregó a los argumentos *supra* resumidos, que al momento de iniciarse la inspección a la sociedad, tal período ya estaba cancelado.

Por lo demás, la empresa sostuvo que la graduación de la multa en un 65 % del impuesto era excesiva y arbitraria, máxime cuando el legislador le permitía al Fisco aplicar un mínimo de 50 %.

Finalmente, en subsidio, y para el supuesto de confirmarse la sanción, BACTSSA solicitó la aplicación del principio de "ley penal más benigna". Expresó (fs. 19 vta.) que "(...) reviste trascendencia comparar el texto del art. 73 del C.F. en su redacción original con el art. 77 según su ordenamiento 2000 aplicable a la fecha de la interposición del recurso jerárquico y que actualmente [se refiere a la fecha de inicio de la demanda de autos, a saber, 22/3/2002] corresponde al art. 84 según el texto aprobado por la ley 541". Manifestó que la nueva normativa cambió la denominación de la conducta (el término "evasión" se reemplazó por "omisión") y eliminó la fijación de un mínimo para la graduación del *quantum* de la pena.

4. A fs. 296/310 vta., el GCBA contestó demanda.

El demandado sostuvo (fs. 303 vta.) que "(...) la mera omisión de la *integración total o parcial*[29] del impuesto, constituye evasión punible (art. 73, ley 150)"; que "(...) no requiere (...) dolo (...), bastando la inobservancia de las obligaciones del contribuyente, puesto que lo que se penaliza es el incumplimiento." Y añadió (fs. 303 vta.) que "(...) toda vez que en el caso ha quedado probada la materialidad de la infracción impuesta, la exención de responsabilidad sólo podría fundarse en alguna de las circunstancias admitidas por la legislación vigente".

Por lo demás, el Gobierno afirmó que se está en presencia de una infracción tributaria, no de un "delito tributario". Destacó que a los delitos tributarios se les aplica la teoría general del derecho penal, no así a las infracciones tributarias. Agregó (fs. 304) que "[l]as sucesivas normas fiscales establecen que las sanciones por incumplimiento a los deberes formales y por evasión, no son aplicables cuando la infracción debe ser atribuida a error u omisión excusable, sea de hecho o de derecho", y que en autos la actora no alegó ninguno de esos extremos, con lo cual la multa impuesta era inconmovible.

Por otra parte, la Ciudad resaltó que los pagos de los anticipos omitidos fueron efectuados en el transcurso de la verificación a que fuera sometida BACTSSA.

En cuanto a la magnitud de la infracción, el accionado recordó que la normativa aplicable le permitía imponer como multa hasta un 100 % del impuesto omitido, con lo cual la sanción aplicada en el caso era incuestionable.

Finalmente, el GCBA manifestó que el planteo de BACTSSA fundado en el principio de la ley penal más benigna era improcedente. Explicó que tanto la producción del hecho como el acto que dispone la sanción, cayeron bajo la luz de la normativa vigente para el año 1999. Por último, señaló que no se modificó la conducta a sancionar sino que sólo varió la terminología: lo que antes era "evasión", pasaba a llamarse "omisión".

[29] El resaltado pertenece al original.

5. En primera instancia, se rechazó la demanda en todas sus partes, con costas (fs. 338/342).

La jueza explicó (fs. 341) que "[c]omo se aprecia de la propia letra del art. 73, el Legislador no adoptó un criterio a los fines de la imposición de la multa, que no fuera el vencimiento de la obligación, por lo que quedó fuera el hecho de que el cumplimiento se verifique con algunos —aunque sean pocos— días posteriores al mismo...".

La sentenciante concluyó (fs. 341) que "[n]o se advierte entonces que la Administración haya obrado con arbitrariedad o incurriendo en nulidades, si precisamente ha encuadrado la conducta de la actora en la descripta por el art. 73. En este sentido, nótese que la propia actora se asume como morosa en el cumplimiento de las obligaciones en cuestión, aunque en grado 'leve', ponderación que, reitero, el Legislador ha excluido de la norma que lisa y llanamente toma como supuesto de hecho de la sanción de multa, el vencimiento de la obligación una vez iniciado el procedimiento de inspección o librada la orden del mismo, que es lo que sucedió en este caso".

Por otra parte, la magistrada afirmó (fs. 341 vta.) que "al desechar la interpretación que formula la actora con relación al factor 'tiempo', en consecuencia es desechable también la eventual aplicación del principio de 'bagatela' que postula a fin de que se pondere excesiva la graduación de la multa en el 65 % del impuesto, graduación que se encuentra en el Código Fiscal antes de ser sustituido por la ley 322, que establecía una base del cincuenta por ciento (50 %)".

Por último, en la sentencia también se desestimó el planteo de la accionante en cuanto a la aplicación del principio de la ley penal más benigna. La jueza Liberatori entendió que era aplicable el Código Fiscal en su versión anterior, dado que el acto de determinación de oficio había sido dictado a fines de diciembre de 1999.

6. Apelado el decisorio de primera instancia por BACTSSA, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario lo revocó e impuso las costas de ambas instancias en el orden causado, "atento la complejidad de las cuestiones debatidas" (fs. 397/405). El juez Russo adhirió al voto de la jueza Daniele. El juez Centanaro coincidió en la solución, aunque por sus fundamentos.

La jueza Daniele (en voto al que adhirió el juez Russo) expresó que la naturaleza represiva de las infracciones tributarias hace exigible para su procedencia la culpabilidad del contribuyente. Destacó (fs. 400 vta.) que "[n]o se trata, como lo sostiene la accionada, de una sanción objetiva, sino que, en rigor, se invierte la carga probatoria". Explicó (fs. 400 vta.) que "(...) se establece una presunción *iuris tantum,* de que acaecidos los extremos referidos en la norma, el infractor debe comprobar algún eximente que exculpe su conducta." Resaltó que el poder punitivo del Estado debe estar sujeto a los principios constitucionales de debido proceso, legalidad, razonabilidad, etc., y que, en consecuencia, la sanción debe ser proporcional a la conducta reprochada y a la afectación del bien jurídico que se trate.

En el fallo se explicó que cabía distinguir entre las "sanciones civiles" previstas en el ordenamiento fiscal (como por ejemplo, los intereses punitorios) y las

"represivas". Los magistrados destacaron que en cuanto a estas últimas sanciones, se aplican en principio y por vía analógica, reglas propias del derecho penal. De allí extrajeron que, atento lo exiguo de la mora imputada a la actora, el debate debía dilucidarse desde el "principio de bagatela" o de insignificancia. En tal sentido, afirmaron (fs. 401 vta.) que "la conducta reprochada no llega a consumar, atento la ausencia de entidad, lesión al bien jurídico tutelado".

En la sentencia se concluyó (fs. 402 vta.) que "[n]o puede sostenerse, de los extremos arrimados en la causa, que la incolumidad de la renta pública se haya afectado, por la conducta imputada a la actora, de manera tal como para legitimar la aplicación de la sanción dispuesta, que (...) exorbita la razonabilidad que debe observar, y por ende comporta una lesión al derecho de propiedad". Asimismo, se indicó (fs. 402 vta.) que "[e]n la emergencia, un atraso nimio en el ingreso en los anticipos al impuesto sobre los ingresos brutos (de uno, dos y tras *[sic]* días respectivamente) comprueban excesiva y sumamente desproporcionada la multa de $ 208.399,30 aplicada".

7. Contra el pronunciamiento de la Cámara, el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 421/432) y BACTSSA contestó el pertinente traslado (fs. 439/455 vta.).

El GCBA fundó su presentación en la violación de los principios de legalidad, división de poderes, igualdad y del derecho de propiedad. El demandado también expresó que la decisión recurrida era arbitraria y que ocasionaba gravedad institucional.

8. A fs. 459 y vta., la Sala II concedió el recurso de inconstitucionalidad de fs. 421/432, excepto en lo que se refiere a la invocación de la arbitrariedad y gravedad institucional. El Gobierno no vino en queja ante el Tribunal por la parte en que su recurso fue denegado.

9. A fs. 469/473 el señor Fiscal General Adjunto emitió su dictamen.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 421/432 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. Los agravios expresados por el Gobierno, en aquello que deberá resolver el Tribunal, plantean un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. Pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) El GCBA afirma que se violó el principio de legalidad dado que a su criterio la Cámara dejó de aplicar injustificadamente el art. 73 del C.F. para el año 1999, que define los presupuestos legales que configuran la multa por evasión.

b) La Ciudad argumenta que la sentencia recurrida vulneró los principios de división de poderes, de igualdad y el derecho de propiedad.

Respecto del principio de división de poderes, el Gobierno expresa que los jueces desconocieron una norma dictada por el Poder Legislativo, haciéndole perder vigencia y contrariando la expresa voluntad del legislador que dispuso cuáles eran las condiciones para la aplicación de la multa establecida en el art. 73 del C.F. para el año 1999. El recurrente dice (fs. 427 vta.) que "(...) aquí se configura una evidente intromisión del Poder Judicial en la zona reservada del Poder Legislativo, por cuanto se hizo prevalecer un criterio interpretativo por encima de la expresa normativa vigente emanada del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires". Afirma que la sentencia atacada creó una nueva norma, y sin fundamento legal alguno distinguió entre "omisión de pago" y "omisión de pago leve o exigua".

3. Al conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 421/432, los magistrados señalaron (fs. 459 vta.) que: "(...) el recurrente sostiene que en el pleito se ha controvertido la aplicación de artículos contenidos en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 18 y 129) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 1º y 9º, entre otros) y que tales normas tienen una relación directa e inmediata con la solución de la causa." Por fin, los jueces concluyeron (fs. 459 vta.) que "(...) toda vez que de los términos de la sentencia cuestionada surge que, en lo sustancial, las cuestiones tratadas y decididas versaron sobre la interpretación de los principios constitucionales que limitan la actividad punitiva del Estado, se encontraría cuestionada en el caso de autos la apreciación de las normas constitucionales precedentemente mencionadas. En consecuencia, corresponde conceder el recurso articulado".

4. Me ocuparé inicialmente del agravio del GCBA vinculado con la afectación del principio de legalidad.

En este punto, la discusión está limitada a determinar si la decisión de la Cámara en cuanto a la multa excede el ámbito de aplicación del art. 73 del C.F. para el año 1999.

Cabe destacar que no hay controversia en cuanto a que el pago del impuesto por parte de la empresa fue, como ella misma lo calificara, tardío. No se cuestiona que BACTSSA abonó fuera de término los anticipos mensuales 6º, 9º y 11 de 1997, que no habrían sufrido ajustes. Tampoco está discutido que el ingreso de los anticipos correspondientes a septiembre y noviembre de 1997 fue efectuado una vez iniciada una inspección a la empresa y que el pago del período junio de 1997 tuvo lugar cuando ya se había librado la orden de inspección (a mayor abundamiento, ver folios 33/40 de la carpeta interna nº 52391/01 y folio 1 de la carpeta interna nº 18.312-DGRyEI/97).

5. Al dictarse la resol. 4388-DGR/99 que impuso a BACTSSA la multa atacada, se encontraba vigente el Código Fiscal para el año 1999 (aprobado por ley 150 publicada en el *Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires* del 29/1/1999; texto ordenado por dec. 629/1999 publicado el 14/4/1999). El art. 73 del mencionado

cuerpo legal, en lo que aquí interesa, establecía lo siguiente: "Los contribuyentes o responsables que omiten el pago total o parcial del impuesto, derecho, tasa o contribución y la presentación de la declaración jurada mensual o anual, cuando ello resulta exigible, incurren en evasión y son sancionados con una multa graduable entre el cincuenta por ciento (50 %) y el cien (100 %) del gravamen omitido. La sanción sólo se aplica cuando se ha iniciado o se ha librado una orden de inspección".

Por lo demás, el texto citado es sustancialmente similar al que estuviera vigente según sus diversas numeraciones a partir de la ordenanza fiscal 40.731 reformada por dec. 268/1997 (texto ordenado de la ordenanza fiscal para el año 1997) hasta el dictado del Código Fiscal para el año 1999. Ello, con la salvedad que desde 1997 hasta 1999, la sanción por evasión funcionaba si el pago fuera de plazo se producía cuando se hubiera iniciado o fuera *"*inminente*"* una inspección.

6. La Cámara destacó que la mora en el ingreso de los anticipos 6º, 9º y 11 de 1997 había sido exigua y concluyó (fs. 413) que "(...) avalar la aplicación de una multa de la magnitud de la pretendida, fundada en un mero atraso de pocos días en el ingreso de los anticipos señalados, sin que medie una notoria afección al bien jurídico tutelado, torna (...) deproporcionado *(sic)* el parecer de la accionada". Luego de citar el art. 73 del C.F. para el año 1999, la Sala II concluyó (fs. 414 vta.) que "[e]n la emergencia, un atraso nimio en el ingreso en los anticipos al impuesto sobre los ingresos brutos (de uno, dos y tras *[sic]* días respectivamente) comprueban excesiva y sumamente desproporcionada la multa de $ 208.399,30 aplicada".

El recurrente, por su parte, manifiesta que la conducta de BACTSSA consistente en abonar el tributo fuera de término y durante el curso de una inspección, es la prevista por la normativa fiscal para la aplicación de la sanción. Sostiene que el art. 73 del C.F. para el año 1999 no descarta la aplicación de la multa cuando la demora sea escasa y que el legislador tomó en cuenta la ocurrencia de presupuestos objetivos. El demandado señala que la norma no distingue entre demora leve o no. A partir de estas afirmaciones, el Gobierno denuncia que la Sala II afectó el principio de legalidad.

Considero que asiste razón al GCBA. En efecto, el error excusable es la única excepción prevista en el ordenamiento fiscal del año 1999 que hubiera permitido eximir de multa a la actora sin lesionar ningún principio constitucional. Sin embargo, tal extremo no fue invocado por la empresa ni formó parte del debate en autos.

Como con acierto lo señala la sentencia de primera instancia, el art. 73 del C.F. para el año 1999 no efectúa distinción alguna en cuanto a la cantidad de días de atraso con que se abona el tributo para que opere la sanción. La conducta reprochada en la norma consiste en abonar el impuesto fuera de término, una vez iniciada o librada orden de inspección, que es lo que hizo BACTSSA, conforme ella misma lo reconociera. Por lo tanto, la diferenciación que realiza la Cámara en punto al poco o mucho tiempo de atraso en el pago, no surge de la normativa aplicable. En consecuencia, la interpretación del *a quo* afectó, en el caso, el principio de legalidad.

7. En atención a que los restantes agravios ensayados por el accionado se desprenden del planteo vinculado con la lesión al principio de legalidad, resulta innecesario expedirme al respecto.

8. Por lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA y revocar la sentencia recurrida, con costas a la accionante.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue parcialmente concedido por cuanto según el *a quo* "(...) de la sentencia cuestionada surge que, en lo sustancial, las cuestiones tratadas y decididas versaron sobre la interpretación de los principios constitucionales que limitan la actividad punitiva del Estado" (fs. 459). En ese marco, y para lo que ahora importa, el GCBA se agravia porque el pronunciamiento no se limitó a expedirse "(...) sobre la legalidad de la procedencia de la multa (...)" y en línea con ello señala que "(...) el monto fijado no puede ser objeto de discusión en autos". El planteo de la recurrente postula que la decisión atacada provoca "(...) una clara violación al principio constitucional de garantía de división de poderes y al sistema republicano de gobierno (...) ya que con la sentencia recurrida se configura la preponderancia del Poder Judicial por sobre los dos restantes" (fs. 427 y 428 vta.).

Así las cosas, corresponde señalar que en la tarea de establecer la interpretación y alcance que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego este Tribunal no se encuentra limitado por el modo en que la parte formula sus objeciones (*mutatis mutandi, Fallos,* 308:647, entre muchos otros).

2. La multa que involucra este pleito fue impuesta en los términos del art. 73 del C.F. (texto ley 150), según el cual "los contribuyentes o responsables que omiten el pago total o parcial del impuesto, derecho, tasa o contribución y la presentación de la declaración jurada mensual o anual, cuando ello resulta exigible, incurren en evasión y son sancionados con una multa graduable entre el cincuenta por ciento (50 %) y el cien (100 %) del gravamen omitido. // La sanción sólo aplica cuando se ha iniciado o se ha librado una orden de inspección".

Para un supuesto análogo he explicado que la imposición de una multa con exclusivo carácter retributivo es una típica función jurisdiccional, sin importar que sea ejercida por la Administración, o por los órganos permanentes del Poder Judicial a quienes naturalmente compete (conf. mi voto en "Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. públ.'", expte. nº 5041/06, sent. del 20/7/2007 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 5549/07, sent. del 2/5/2008). Ello es así, porque la multa consiste en la transmisión forzosa de una propiedad del sancionado al Estado, y nadie, con arreglo al art. 17 de la C.N., puede ser privado de aquel derecho sin sentencia fundada en ley

válidamente puesta en vigencia. No se halla en tela de juicio que dicha sanción no tiene por finalidad respaldar a la Administración en la obtención del cumplimiento de sus instrucciones, de naturaleza administrativa, como ocurre en los regímenes disciplinarios o en los de servicio público, por lo que no es menester extenderme en consideraciones acerca de esa hipótesis. A su turno, el art. 18, C.N. confiere a las personas el derecho a defender en juicio el universo de derechos que acuerda o reconocen la Constitución y restantes normas del orden jurídico. Esto impone que la decisión final de la cuestión repose en la actividad de un juez.

En consecuencia, como la multa aplicada en autos compromete, por lo dicho, el ejercicio de una función de índole jurisdiccional, la sanción impuesta por la Administración no queda sujeta, en cuanto al alcance que admite su control judicial, al régimen limitado de los actos que canalizan el despliegue de funciones administrativas sino que, por el contrario, es plena, conforme la doctrina que se desprende del precedente publicado en *Fallos,* 247:646.

3. Las consideraciones formuladas resultan suficientes para rechazar los agravios del GCBA orientados a circunscribir el control judicial de la multa, instado por la contribuyente, al plano de su legalidad cuando, en realidad, la revisión por los motivos antes expuestos resulta plena e impone, para respetar las previsiones constitucionales en juego (arts. 17 y 18 de la C.N.), asegurar la posibilidad de analizar en sede judicial la totalidad de las cuestiones de hecho y prueba involucradas por el ejercicio de funciones jurisdiccionales que el legislador encomienda excepcionalmente a la Administración.

4. En cambio, el marco conceptual desarrollado conduce a admitir parcialmente las objeciones que el GCBA apoya en el principio de división de poderes, relativas al modo en que el *a quo* ejerció el control sobre el *quantum* de la sanción impuesta a la actora.

La sentencia impugnada sostuvo que la aplicación automática del art. 73 del C.F. condujo a producir una sanción arbitraria e inadmisible cuya falta de razonabilidad y desproporción vulnera limitaciones constitucionales (art. 28 y 33 de la C.N.) y lesiona el derecho de propiedad de la contribuyente. Por ese motivo, la Sala II, dejó sin efecto la multa pues consideró que "(...) aún aplicando el mínimo legal previsto (...) el *quantum* de la multa sería excesivo y desproporcionado" (fs. 401 y 402 vta./403). Ese resultado, que se aparta de las previsiones del precepto mencionado, en cuanto allí se dispone que la multa para el supuesto de evasión tiene un mínimo establecido en el 50 % del gravamen omitido, implica que la decisión cuestionada declaró, implícitamente, la inconstitucionalidad de la normativa; único mecanismo que, en nuestro sistema, permite a los jueces dejar de aplicar la solución legal prevista para los casos en los que intervienen (*Fallos,* 238:434 y 241:178 entre otros). En definitiva, el pronunciamiento en cuestión consideró que la inconstitucionalidad del precepto mencionado excluía, automáticamente, cualquier ejercicio de la potestad punitiva en juego.

En tal contexto, según explicaré, el recurso del GCBA sólo progresa en relación con la consecuencia que el fallo derivó de la inconstitucionalidad dispuesta,

es decir, la posibilidad de, con los argumentos dados, eximir a la contribuyente de toda sanción.

5. En relación con la inconstitucionalidad de la escala prevista por el Código Fiscal para fijar el mínimo de la sanción aplicable ante supuestos de evasión que, para el período que nos ocupa oscilaba entre el 50 % y el 100 % del gravamen omitido, resulta imprescindible formular algunas precisiones. Tal como señaló el *a quo,* la multa impuesta a la contribuyente dentro del rango tasado por la norma (v. gr. 65 % del impuesto evadido), e incluso una aplicada conforme el mínimo admitido, resultaría desproporcionada (fs. 402 vta./403). Para demostrar la tesis del *a quo*, según la cual el mínimo previsto en la ley para sancionar el ingreso demorado entre uno y tres días de los importes correspondientes a los anticipos del tributo es desproporcionado como respuesta del orden jurídico a ese retraso, no basta con señalar que la sanción alcanza un importe alto en relación con el gravamen en juego. La desproporción quedaría expuesta ante la configuración de alguno de estos supuestos: *a)* privación de un bien o irrogación de un mal mayores a las que sufriría el autor de una vulneración a un bien tutelado igual o más valioso o que desplegara una conducta igual o más reprochable, *b)* privación de un bien o irrogación de un mal iguales a las que sufriría el autor de una vulneración a un bien tutelado más valioso o que desplegara una conducta más reprochable, como en la menos imaginable hipótesis de, *c)* una intolerable exageración del conjunto de penas. En cualquier supuesto, la valoración debe estar sostenida en una pauta objetiva o al menos en una intersubjetiva tan vastamente compartida que privara de legitimidad a la aplicada por el legislador. En todos los casos, la apreciación debe ser sumamente cuidadosa, para no sustituir al criterio del legislador por el del juez.

Desde esa perspectiva, y tomando como representativo al período que abarca los años 1994 a 2008, puede advertirse que el régimen de multa para el supuesto de evasión no siempre tuvo regulado un piso (véase art. 54, ordenanza fiscal, t.o. dec. 505/94 y art. 61 C.F., t.o. dec. 324/98). A su vez el mínimo para esas multas desaparece en el Código Fiscal del año 2000 (art. 77, C.F. según t.o. dec. 347/00), esquema que se mantiene sin alteración hasta la fecha (véase art. 77, C.F., t.o. dec. 347/200; art. 84, C.F. ley 541, ley 745; art. 93, C.F., t.o. dec. 319/03; art. 95, C.F., t.o. dec. 394/05; art. 93, C.F., t.o. dec. 246/06; art. 93, C.F., t.o dec. 109/07 y art. 89, C.F., t.o. dec. 651/08), sin que se haya argumentado, o pueda presumirse sobre alguna base concreta, que la valoración formulada por el legislador en la normativa citada no sea una pauta relevante, aprovechable aun para el período anterior a la derogación del mínimo. En este punto, el GCBA no aporta argumentos para mostrar que el mínimo de la multa por evasión tuviera relación con necesidades especiales de estimular el cumplimiento estricto de las obligaciones tributarias al tiempo en que fue cometida la infracción materia de autos. Tampoco el desenvolvimiento posterior de la regulación en la materia muestra esa conexión y, de todos modos, su existencia no permitiría soslayar que si el Estado debió recurrir excepcionalmente a un régimen más gravoso, quizás en un contexto de emergencia, esa coyuntura también alcanzaba a los contribuyentes y debería poder ser valorada al

momento de asignar dimensión a los retrasos en que incurrieran respecto de sus obligaciones tributarias.

Por otra parte, el modo en que fue regulado el sistema de infracciones revela, que los agentes de retención o de percepción que omitieran retener o percibir eran sancionados con una multa, cuyo mínimo original fue del 20 % del importe omitido (v. art. 60, ordenanza fiscal, t.o. dec. 505/94), luego incrementado al 50 % (véase art. 79, C.F., 1999, t.o. dec. 629/99), valor que se mantuvo hasta el corriente (véase art. 95, C.F., 2008, t.o. dec. 651/08 criterio adoptado desde el C.F., t.o. dec. 629/99). La envergadura de la obligación que pesa sobre esos agentes, así como las consecuencias que proyecta en relación con la recaudación de la renta —en tanto frustra el aprovechamiento de una solvencia cierta que es la que surge del pago que se retiene o percibe— justifican la adopción de incentivos eficientes para desalentar el incumplimiento. Ese objetivo podría buscarse mediante la aplicación de multas altas que, por tanto, arrancaran de un piso significativo en relación con los importes en juego. Parece evidente que esa situación no es trasladable a los supuestos de contribuyentes por deuda propia, para quienes, en todo caso, sería suficiente regular la multa con tope pero sin un mínimo exageradamente gravoso. En este supuesto, y sólo en la medida que lo permitan las circunstancias del caso, nada impediría ascender lo necesario en la escala de la sanción y, al propio tiempo, nada impondría fijar un mínimo elevado para la multa que desatienda el perjuicio irrogado al bien protegido en desmedro de las garantías constitucionales que limitan las potestades punitivas del Estado. A este respecto, el GCBA tampoco aporta argumentos para justificar el alcance de la atribución sancionatoria que reclama.

Además, en línea con la valoración sistemática del régimen de infracciones tributarias, cabe señalar que los mínimos de las sanciones aplicables a contribuyentes cuando aquellos rectifican sus DD.JJ. en los plazos previstos por la normativa, y pagan o ingresan en un plan de facilidades (regulados para el período que nos ocupa según las previsiones de la ley 671), pueden llegar a caer al orden del doce por ciento del gravamen omitido (véase art. 82, C.F. 1999, t.o. dec. 629/99 y, en sentido análogo regímenes vigentes hasta la fecha). En este aspecto, la evolución del régimen tributario incorpora mínimos aun más bajos y en situaciones que, además, involucran supuestos con determinaciones de oficio ya notificadas e incluso que hubieran adquirido firmeza (arts. 93, 102, 104, 102 y 98 de los C.F. correspondientes a los años 2001, 2003, 2005 a 2008 respectivamente).

6. Todo lo anterior, ilustra suficientemente sobre el modo en que el régimen de infracciones bajo estudio pondera las diversas figuras que contempla.

Así, según quedo expuesto, la omisión de retener o percibir que compromete una conducta reprochable más gravosa que el ingreso tardío aquí analizado (entre tres y un día de mora), tuvo prevista sanciones, según las modificaciones sufridas por el Código Fiscal, que arrancaban de un piso del 20 % y nunca superaron el 50 % de mínimo, es decir una privación menor o igual que la comprometida por una acción objetivamente menos reprochable, como lo es la que suscitó estas actuaciones.

A su vez, dentro del régimen analizado, también quedo demostrada la existencia de hipótesis en las que la multa por evasión puede llegar a caer al orden del diez por ciento del gravamen omitido. Ello, concretamente, en situaciones en las que los contribuyentes rectifican sus DD.JJ., o aun cuando existe determinación de oficio, es decir hipótesis que involucran inexactitudes de la declaración y otras que imponen al Fisco la necesidad de esclarecer el impuesto adeudado; circunstancias todas más gravosas para el bien tutelado que aquella otra representada por la declaración y pago de anticipos con una demora máxima de tres días.

Por las razones dadas, aplicar una multa mínima del 50 % del impuesto omitido para un caso como el de autos que involucra el ingreso de tres anticipos con una demora no mayor de tres días afecta la proporcionalidad que deben observar las sanciones.

7. La confirmación de la sentencia en cuanto elimina el mínimo de la multa por estimarlo inconstitucional en las circunstancias de autos no brinda apoyo, en cambio, a la decisión de dejarla sin efecto. Corresponderá, entonces, fijarla en el importe que los jueces aprecien, en ejercicio de sus funciones propias por lo dicho más arriba (puntos 3 y 4), como adecuado a la infracción. Esta solución, que armoniza con la propiciada por la CSJN para situaciones análogas (*Fallos,* 217:163 299:362 y 321:3103 entre otros) es adecuada porque el supuesto de autos involucra el control judicial de una sanción aplicada en ejercicio de funciones jurisdiccionales. Dentro de ese ámbito, lo que excepcionalmente fue encomendado a la administración pero que constituye una tarea propia del Poder Judicial debe, por regla, quedar resuelto en la oportunidad que la ley asigna para revisar el acto jurisdiccional emanado de la administración (*mutatis mutandi,* doctrina *Fallos,* 217:163, en especial p. 177).

Sin embargo, dado que fijar el *quantum* de la sanción cuestionada remitiría necesariamente a analizar cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la vía intentada (arts. 27 y 31 de la ley 402), corresponder reenviar la causa a la Cámara CAyT para que jueces distintos de los que intervinieron en autos dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina que surge de este fallo.

Por todo ello, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad concedido, revocar la sentencia de fs. 409/417 en cuanto dejó sin efecto la multa impugnada y remitir la causa a la Cámara CAyT para que, jueces distintos de los que intervinieron en autos, dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina que surge de este fallo. Costas por su orden atento el resultado al que se arriba.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Supuesto que el recurrente no interpuso queja contra el rechazo de su recurso por los motivos que mencionara como "arbitrariedad y gravedad institucional" —según el rechazo del *a quo*— no queda otra cosa que no se derive de la interpretación que merece el art. 73 del C.F. vigente en 1999, sobre cuya interpretación, a mérito de diferentes argumentos, han concluido los diversos protagonistas de esta causa de diferente manera. La regla, según se observa, carece por sí misma de entidad

constitucional: se trata de una regla de derecho común (infraconsitucional) que la Cámara utiliza con diferente criterio de aquel que informa la sentencia de primera instancia, a mérito de argumentos que no son descalificables, y menos aún lo son en virtud del principio de "legalidad".

2. El principio de legalidad sólo representa una garantía para el ciudadano y, específicamente en materia impositiva, una garantía para el contribuyente. Resulta singular y contrario a toda sana hermenéutica del orden jurídico conforme a un Estado democrático de derecho, su utilización como garantía del Estado —esto es, en contra del ciudadano— o, específicamente en el caso, como garantía de la recaudación impositiva de la Administración —esto es, en contra del contribuyente—, para fundar un recurso relativo a una sentencia contraria que agravia al Estado o a su Administración. Según ello, el Gobierno no puede fundar en esta garantía la petición de condena para el contribuyente, pues a él no lo ampara esta garantía.

3. Se menciona en el recurso la lesión al principio republicano de división de los poderes. Esa lesión, a tenor del recurso, consistiría en la usurpación por los jueces del poder de imposición correspondiente al Gobierno de la Ciudad. Basta decir, como en otros casos he dicho, que el hecho de que la imposición de sanciones por la Administración merezca un recurso judicial para que el afectado la discuta, se oponga a la sanción impuesta, de manera alguna importa la asunción por el Poder Judicial de competencias que no le han sido asignadas, sino, por lo contrario, tal competencia representa a la garantía del control judicial de la decisiones de la Administración respecto de los administrados y en relación a sus derechos, sin la cual carecería de sentido republicano la llamada jurisdicción administrativa.

4. Por lo tanto, voto por declarar mal concedido el recurso; las costas del recurso se debe imponer al recurrente (art. 62 del CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora, si bien fue interpuesto en tiempo hábil, por escrito y contra una sentencia definitiva emitida por el superior tribunal de la causa, ha sido mal concedido por los agravios en que el inferior ha entendido que correspondía habilitar esta superior instancia, en razón de no haberse dado acabado cumplimiento al requisito de debida y suficiente fundamentación.

2. En las condiciones expuestas en el punto anterior, la pieza recursiva se apoya en alusiones genéricas a preceptos constitucionales que se dicen vulnerados (arts. 16, 17, 18 y 129 de la C.N. y 1º y 9º entre otros, de la CCBA) pero no logra conectar de modo directo los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada con lo prescripto por las normas constitucionales invocadas. Como ya se ha dicho en anteriores precedentes, la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento y su relación directa con el basamento fáctico de la causa, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional para acceder a este

estrado el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. este Tribunal *in re*: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sent. del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [*Fallos,* del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

3. En orden a la alegada afectación al *principio de legalidad* por apartamiento, según el GCBA, de las disposiciones contenidas en el art. 73 del C.F. de esta jurisdicción para el año 1999 —en el cual se contempla la *figura de evasión* aplicable a los contribuyentes y responsables que omitieren el pago total o parcial de impuestos, derechos, tasas y contribuciones y la presentación de las declaraciones juradas cuando ello resultare exigible, sancionándolos con una multa graduable entre el 50 % y el 100 % del gravamen omitido— debe tenerse en cuenta la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud de la cual, más allá de lo que parezcan disponer literalmente los preceptos normativos, corresponde a los magistrados indagar lo que han venido a prescribir jurídicamente, armonizando tales regulaciones con los principios, derechos y garantías de rango constitucional.

Es que, de lo que se trata no es de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del Estado constitucional, social y democrático de derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo. Cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas, es menester hacer primar las coordenadas basales que informan desde la Constitución al bloque de legalidad en su conjunto. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la norma con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctrina de *Fallos,* 302:1284; 234:482, sus citas y voto del ministro doctor Eugenio Raúl Zaffaroni en la causa individualizada en el registro del Alto Tribunal con la letra F, nº 352, libro XL, caratulada: "Fisco nacional Dirección General Impositiva c/Llámenos S.A.", sent. del 6/11/2007).

4. Por lo demás, en cuanto a la alegada conculcación del *principio de la división de poderes*, debe enfatizarse que es función del Poder Judicial, en la aplicación del derecho, interpretar la ley dando a las normas significados concretos, calificar los hechos que conforman las particulares circunstancias de la causa y subsumirlos, finalmente, en las hipótesis normatológicas, todo ello partiendo de la base de que todo el ordenamiento jurídico se cuenta presidido por la Constitución Nacional (art. 31), los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, elevados a igual rango (art. 75, inc. 22) y, en su caso, por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Más aún, la labor de los jueces debe orientarse, en el supuesto de que exista una contradicción insalvable de las reglas jurídicas sancionadas por el Poder Legislativo, o los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, con el plexo constitucional, a descalificarlos.

5. En cuanto a la violación del *principio de igualdad*, el agravio se sustenta en escuetas afirmaciones dogmáticas, pasando por alto las precisiones y matizaciones aportadas desde antiguo por nuestro Máximo Tribunal en virtud de las cuales, la igualdad se infringe, tanto al no tratar en forma igual a los iguales, como en el caso de que se trate en forma igual a los desiguales. Es así que "la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o aceptación de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social" (*sic*, véase *in re*: "Criminal c/Don Guillermo Olivar, por complicidad en delito de rebelión" —*Fallos,* 16:118—, sent. del 1º/5/1875). En el *sub lite*, la Cámara ha ponderado particularmente en el caso la escasísima entidad en la mora incurrida —uno, dos y tres días hábiles— para el ingreso de los anticipos, confrontando tal situación con un incumplimiento prolongado y, por ende, contumaz, en el ingreso de las obligaciones tributarias.

Es que, como lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia en un caso que guarda estrecha semejanza al descartar la aplicación de la sanción de clausura de establecimientos ante un incumplimiento mínimo en materia de deberes de facturación, sanción prevista en la Ley 11.683 de Procedimientos Tributarios, corresponde a los jueces el control de legitimidad "en especial, referido a la denominada 'proporcionalidad' del acto [administrativo sancionatorio] respecto de la finalidad propuesta en la ley" (el texto entre corchetes ha sido agregado, conf. considerando 9º *in fine*, del pronunciamiento recaído en la causa: "Roberto Carlos Godoy" —*Fallos,* 316:1223—, sent. del 8/6/1993).

En igual sentido, se pronunció el Tribunal cimero *in re:* "José Agustín Martínez" —*Fallos,* 312:826—, sent. del 3/6/1989, donde, más allá de reconocer la facultad del legislador para contemplar de manera diferente, y fuera de una simetría abstracta, perfecta y matemática, diversas situaciones, declaró la inconstitucionalidad de una pena ostensiblemente irrazonable cuya severidad la mostraba como desproporcionada a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado, fundando tal decisión en los arts. 28 y 33 de la C.N.

6. Respecto del *derecho de propiedad*, el apelante, para considerarlo infringido ante la inaplicación de la multa, desnaturaliza la función de este tipo de sanciones que no están concebidas como recursos fiscales a pesar de que ingresan al Tesoro Público sino que al asignárseles, en la mayoría de los casos, naturaleza penal, funcionan esencialmente como medidas ejemplificadoras e intimidatorias

para lograr el acatamiento de los preceptos legales y no como indemnización. Así, aún ante ingresos provenientes de dichas sanciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado, en el más de los casos, que, en tanto las multas revisten carácter represivo, la finalidad que con ellas se persigue es restaurar el orden jurídico infringido y su cometido es herir al infractor en su patrimonio y no reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario (conf. *in re*: "Establecimiento Modelo Terrabusi S.A." —*Fallos,* 324:3083—, sent. del 27/9/2001). Por tanto, en el *sub examine* es desacertado sostener que la revocación de la multa genere una afectación del derecho de propiedad estatal o un demérito de los ingresos públicos.

Por el contrario, tanto una multa como unos accesorios —intereses o recargos— desproporcionados sí ponen en riesgo el derecho de propiedad, en este caso de los contribuyentes e, irrazonablemente, pueden conducir a que se produzcan efectos confiscatorios, como lo expresé en el dictamen que emitiera como Procurador Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: "Obras Sanitarias de la Nación v. Propietario Avda. Coronel Roca 1732" —*Fallos,* 307:2070—, sent. del 29/10/1985, opinión receptada por el Alto Estrado en su pronunciamiento.

7. Por lo demás, incluso, podría conjugarse en el caso el principio que propicia la aplicación de la *ley penal más benigna.* Adviértase que la disposición que aquí se controvierte (art. 73 de la ley 150, t. o. 1999) y que establecía: "Los contribuyentes o responsables que omiten el pago total o parcial del impuesto, derecho, tasa o contribución y la presentación de la declaración jurada mensual o anual, cuando ello resulta exigible, incurren en evasión y son sancionadas con una multa graduable entre el cincuenta por ciento (50 %) y el cien (100 %) del gravamen omitido. // La sanción sólo se aplica cuando se ha iniciado o se ha librado una orden de inspección", fue sustituida por el art. 27 de la ley 322 que introduce modificaciones al texto ordenado de dicho Código Fiscal, consagrando: "*Art. 73:* Los contribuyentes o responsables que omiten el pago total o parcial del impuesto, derecho, tasa o contribución y la presentación de la declaración jurada mensual o anual, cuando ello resulta exigible, salvo error excusable, incurren en omisión y son sancionados con una multa graduable hasta el cien por ciento (100 %) del gravamen omitido". De la lectura de ambos preceptos surge nítido que a partir de la sanción de la ley 322 (Código Fiscal para el ejercicio 2000), se elimina el mínimo aplicable en concepto de multa y la exigencia del inicio o libramiento de una orden de inspección para que procediera su aplicación. Así las cosas, las sanciones de multa en el impuesto sobre los ingresos brutos operan a partir de la intimación respectiva, o de la rectificación de la declaración jurada como consecuencia del ajuste que reclama, lo que resulta claro de la lectura del tercer párrafo del art. 82 del C.F. para el año 2000, donde se dispone: "Si un contribuyente presentara las declaraciones juradas y paga el impuesto resultante, dentro del plazo de quince (15) días de intimado por la inspección interviniente, mediante acta suscripta al efecto, la multa a aplicar en el sumario se reducirá de pleno derecho al cinco por ciento (5 %) del impuesto omitido".

En tales condiciones, habiéndose cancelado los anticipos con más los intereses respectivos a los pocos días de los pertinentes vencimientos y sin intimación alguna

de la entonces Dirección General de Rentas, y tomando en cuenta la naturaleza penal que, por regla general, se atribuye a las sanciones tributarias (conf. punto 6 de este voto), cabe recordar que resultan de aplicación en este campo los principios generales informadores del derecho penal de base constitucional.

Ello sentado, y al encontrarnos en presencia de una sanción que nunca quedó firme y ejecutoriada al haber sido recurrida judicialmente, puede entenderse a todo evento que resulta de aplicación el *principio que propicia conjugar al caso la ley penal más benigna*, principio consagrado en nuestra legislación nacional en el art. 2º del C.P., complementado, en lo que aquí interesa, por el art. 4º de igual ordenamiento, que lo proyecta a los restantes ámbitos del derecho represivo (conf. voto del camarista Esteban Centanaro —fs. 403/405—).

Téngase en cuenta, a este respecto, diversos pronunciamientos del Tribunal cimero, entre ellos, *in re*: "Luis Dolub v. Impuestos Internos" —*Fallos,* 220:114—, sent. del 6/6/1951 y "Eligio Rodríguez" —*Fallos,* 221:388—, sent. del 29/11/1951, en los cuales se hizo aplicación del principio de la ley penal más benigna en los precedentes citados con relación a infracciones en los Impuestos Internos.

Asimismo, no corresponde perder de vista que el principio, para algunos, con formulación implícita en el art. 18 de la C.N., ha adquirido rango constitucional expreso en virtud de lo prescripto por el art. 75, inc. 22 de nuestro Estatuto Fundamental, que asigna tal jerarquía a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos allí enumerados, entre los cuales se encuentra la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en cuyo art. 9º se halla explícitamente consagrado, como también ocurre en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 15, con lo cual la regla ha pasado a resultar imperativa para el legislador (que no puede excepcionarla), la Administración y/o los jueces.

Por las razones hasta aquí expuestas me pronunció por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA. Las costas del recurso se imponen al apelante en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad se halla interpuesto por escrito fundado y dentro del término de ley, sin embargo participo del criterio de mis colegas doctores Maier y Casás en cuanto a que debe ser declarado mal concedido por la Cámara.

2. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno a fs. 421/432 no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta en una afectación meramente ritual de principios y garantías constitucionales, que brinda al recurso tan solo la apariencia de un caso constitucional.

En efecto, la recurrente no ha conseguido desarrollar, a partir de lo resuelto en la sentencia de Cámara una cuestión que involucre en forma directa para su resolución, la interpretación o aplicación de una norma de jerarquía constitucional. En este sentido, no basta con la mera invocación de preceptos o garantías constitu-

cionales, siendo necesario que éstos guarden una vinculación estrecha con la materia del litigio, de modo tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión de la causa. En este caso, si bien se mencionan afectadas las garantías consagradas en los arts. 13, inc. 2º y 51 de la CABA, lo cierto es que no se las vincula argumentalmente con la cuestión debatida, ni se controvierten los fundamentos de la sentencia sobre esa base, lo que priva al recurso del sustento constitucional necesario para habilitar su tratamiento en esta instancia excepcional.

En este sentido, cabe tener presente que —a diferencia de lo que ocurre en el orden federal (art. 14, ley 48)—, la interpretación de preceptos impositivos en el orden local no habilita la vía recursiva de excepción (art. 113, inc. 3º, CCBA y art. 26, inc. 4º de la ley 7). Tal regla cede cuando el recurrente demuestra en forma suficiente que se encuentra en juego en forma concreta y directa la interpretación, aplicación o afectación de normas contenidas en la Constitución nacional o local (conf. TSJBA *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", expte. nº 1644/02 y nº 1639/02, resolución del 16/10/2002, voto del doctor Casas y "Alto Palermo Shopping Argentino S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alto Palermo Shopping Argentino S.A. c/GCBA (DGR, resol. 3106-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. nº 2094/03, resolución del 20/3/2003).

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno no cumple con el mencionado recaudo ya que no ha desarrollado una argumentación tendiente a demostrar la lesión, de manera directa y concreta, de la garantía de reserva de ley. En efecto, el fallo recurrido contiene una interpretación de la ley infraconstitucional centrada en circunstancias de hecho, como lo son los días transcurridos entre el vencimiento de las obligaciones fiscales y su pago y la incidencia del retraso para el orden tributario de la Ciudad; aspectos éstos propios de los jueces de la causa y ajenos al ámbito del recurso de inconstitucionalidad.

3. La Cámara, para fundar su decisión, sostuvo que: "…avalar la aplicación de una multa de la magnitud de la pretendida, fundada en el mero atraso de unos pocos días en el ingreso de los anticipos señalados, sin que medie una notoria afección del bien jurídico tutelado, torna desproporcionado el parecer de la accionada" (del voto de la doctora Daniele, fs. 401) y "…por lo demás —y esto se advierte como determinante para el recurso— lo fueron (los pagos ingresados tardíamente) con una demora de uno, dos y tres días" (del voto del doctor Centanaro, fs. 404 vta.)

De esta fundamentación surge con claridad que los jueces de la Cámara valoraron especialmente el número de días atrasados y su entidad para perturbar el sistema de recaudación fiscal cuando decidieron que dichos extremos no resultaban, en verdad, configurativos de la infracción fiscal que le imputara a la empresa actora por lo que la imposición de la multa, en este caso, se tornaba "irrazonable" y "desproporcionada".

En síntesis, son cuestiones de hecho y prueba las que motivaron la decisión que ahora se recurre y no se advierte que de su ponderación se derive una real afectación de principios de raigambre constitucional, tal como lo argumenta el Gobierno.

4. Por último, sólo cabe agregar que, cuando la Cámara funda su decisión bajo el argumento de que: "No puede sostenerse, de los extremos arrimados a la causa, que la incolumidad de la renta pública se haya afectado por la conducta imputada a la actora, de manera tal como para legitimar la aplicación de la sanción dispuesta, que exorbita la razonabilidad que debe observar, y por ende comporta una lesión al derecho de propiedad" (fs. 402 vta.) se limita a interpretar una regla del Código Fiscal, declarando que las circunstancias del caso descartan una aplicación automática de dicha norma.

Es decir, las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia, especialmente el art. 73 de la ley 150, constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

En mérito de lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, con costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad 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.*

CCX

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional.
Derecho común. Arbitrariedad de sentencia.
MULTA: Condonación. Principio de igualdad. Control judicial.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la

recurrente con la decisión del tribunal *a quo. (Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando no se logra rebatir los fundamentos de la sentencia cuestionada, limitándose a disentir con lo resuelto en la instancia anterior sobre el alcance del beneficio de condonación de multas previsto en el art. 5º del dec. 1736/03. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente si las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia constituyen aplicación e interpretación de reglas de derecho común de índole tributaria, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del Tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No hay arbitrariedad de sentencia si la Cámara trató los puntos propuestos en el debate y arribó a una solución sustentada en las normas legales aplicables interpretadas concretamente con relación al supuesto planteado, de modo que la decisión impugnada resulta razonable y suficiente a efectos de su fundamentación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

5. A los efectos del recurso de queja, si el tribunal *a quo* expone las razones que motivan la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la afectada debe hacerse cargo de ellas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. El recurso de queja es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El recurso de inconstitucionalidad es correctamente denegado cuando no se logra exponer con claridad y precisión un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Cabe rechazar el recurso de queja cuando la tacha de arbitrariedad no logra poner en crisis la sentencia del *a quo* si las afirmaciones realizadas por la actora sólo reflejan sus discrepancias con los fundamentos utilizados por el tribunal, sin aportar, como en el resto de su recurso, argumentaciones fundadas de índole constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La decisión de la Cámara que para disponer la condonación de las multas cuestionadas se basó en el art. 5º del dec. 1736/03, en el entendimiento de que la situación del demandante debía ser equiparada a la de aquel que goza de los beneficios dispuestos por la ley 671 y concs., ya que, en caso contrario, se configuraría una vulneración de la garantía de la igualdad (y razonabilidad), se apoya en la implícita declaración de inconstitucionalidad del régimen aplicado por el GCBA, circunstancia que habilita la consideración del caso en esta instancia. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Cabe hacer lugar al recurso de queja y al de inconstitucionalidad pues la verificación de la concurrencia de requisitos y su corroboración para acceder a los

beneficios contemplados en cualquiera de los dos títulos de la ley 671 no incumbe al Poder Judicial, sino que es una función típicamente administrativa. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5548/07 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. "Sanatorio Parque S.A." promovió una demanda para impugnar la resol. 45-SHyF/99 por la cual se rechazó el recurso jerárquico interpuesto contra la resol. 3731-DGCyEI/98 que concluyó el sumario instruido en su contra, y que la consideró incursa en la figura de evasión fiscal aplicándole una multa de $ 32.761 en los términos del art. 59 de la O.F. 1997 (fs. 3/17).

2. La jueza de primera instancia rechazó la demanda y el pedido de condonación de deuda planteado, con costas (fs. 32/48).

3. La actora apeló la decisión y expresó agravios a fs. 50/58.

4. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió revocar la sentencia de primera instancia y declarar condonada la multa impuesta a Sanatorio Parque S.A. en los términos de la ley 1078 y de los arts. 5º y 14, inc. 1º), apart. a) del dec. 1736-GCBA/03, con costas a la vencida (fs. 66/71).

5. Contra esa decisión, la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs.73/91) el que fue declarado inadmisible por la Cámara (fs. 94/95) y originó el planteo de la queja que tramita en este expediente (fs. 98/108).

6. A fs. 123/125 el Fiscal General Adjunto propició rechazar el recurso de queja impetrado.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja se halla interpuesto por escrito fundado, dentro del término de ley, según surge de las constancias del expediente. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. El recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo.*

La queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un mo-

tivo 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, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los derechos de propiedad y de defensa en juicio.

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre vincular aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales que alega, extremos que no se verifican en la presente causa. En efecto, el escrito que sustenta el recurso no logra rebatir los fundamentos de la sentencia que se cuestiona, limitándose a disentir con lo resuelto en la instancia anterior sobre el alcance del beneficio de condonación de multas previsto en el art. 5º del dec. 1736/03.

Como lo señala el Fiscal General en su dictamen (fs. 123/125), en los escritos mediante los que se interpusieron los recursos de inconstitucionalidad y de queja, se enuncia en abstracto la afectación de derechos constitucionales pero sin vincularla concretamente con el contenido de la sentencia recurrida. El recurrente solamente formula reproches genéricos a la sentencia recurrida y menciona meramente disposiciones constitucionales (los arts. 16, 17 y 18, C.N. y 9º y 129, CCBA) sin conectar esos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, considerandos 1 y 2; "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. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia —especialmente la ley 1078 y el dec. regl. 1736— constituyen aplicación e interpretación de reglas de derecho común de índole tributaria, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del Tribunal, mientras su validez no sea cuestionada por razones constitucionales, más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

En tal sentido, y aun cuando pudiera admitirse que la sentencia de Cámara evidencia un cambio de criterio respecto de la interpretación de la normativa aplicable, ello no altera el presupuesto básico que genera la inadmisibilidad del recurso, cual es que la cuestión en debate transcurre por canales infraconstitucionales (en el

mismo sentido, mi voto en autos "Rodo Hogar S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 2612/03, sent. del 7/4/2004).

4. Debo destacar además, que la totalidad de los agravios remiten en su fundamentación a la arbitrariedad de la sentencia puesto que —centralmente— se alega haber inaplicado directamente las disposiciones de la ley 1078 para arribar a la resolución. Sin embargo, la sentencia efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y por tanto resulta pertinente la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

En este aspecto, la queja se limita a esbozar, sin argumentación que rebata lo afirmado en la sentencia, la arbitrariedad de la interpretación efectuada por la Cámara acerca de la condonación de la multa impuesta por la DGR en función del pago del impuesto que efectuara el contribuyente en forma espontánea con anterioridad a la sanción de la ley 1078. Pese a esta afirmación, lo cierto es que la Cámara trató los puntos propuestos en el debate y arribó a una solución sustentada en las normas legales aplicables interpretadas concretamente con relación al supuesto planteado, por lo que —aun cuando el recurrente discrepe con lo allí decidido—, la decisión impugnada resulta razonable y suficiente a efectos de su fundamentación.

En consecuencia, la queja planteada 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 directo interpuesto por los actores a fs. 98/108 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 porque consideraron que "[d]el fallo recurrido se desprende que las cuestiones tratadas versaron sobre la inteligencia asignada a la ley 1078 y su reglamentación, de índole local y que, tal como lo admite el propio recurrente, son de naturaleza infraconstitucional" (fs. 94 vta.). Asimismo, sostuvieron que "[e]n el planteo se proced[e] a citar garantías o derechos contemplados en disposiciones constitucionales en forma genérica (...) en tanto su específico contenido no se relaciona o fundamenta adecuada y lógicamente con los hechos y el conjunto de normas legales contempladas y aplicadas en el decisorio. Una propuesta de tales características no es suficiente y apta para autorizar la admisibilidad del remedio intentado" (fs. 95).

3. En la queja (fs. 98/108 vta.), el Gobierno de la Ciudad no intentó desvirtuar los argumentos que da la Sala II en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

El escrito es sorprendentemente contradictorio. El Gobierno confunde las pretendidas impugnaciones al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad con críticas que dirige a la decisión de fondo (fs. 102). Así, cita fragmentos de doctrina sobre arbitrariedad de sentencia, pero no intenta conectarlos con el auto que está criticando. Luego afirma que la sentencia impugnada es arbitraria y viola las garantías contenidas en los arts. 16, 17 y 18 de la C.N., incurre en gravedad institucional, y vulnera el principio de legalidad y las garantías de debido proceso y defensa en juicio (fs. 101 vta.). Sin embargo, no se detiene a fundamentar siquiera mínimamente ninguna de sus alegaciones ni, reitero, aclara si de este modo pretende construir su crítica a la resolución de fs. 94/95.

El recurrente sostiene que "en el caso no se niega el carácter infraconstitucional de la ley 1078 y sus decretos reglamentarios, sin embargo, su no aplicación o su aplicación contradictoria, generando incertidumbre jurídica, constituye relación directa con la norma constitucional, necesaria para sostener el presente recurso de inconstitucionalidad" (*sic,* fs. 101). Ahora bien, a continuación no logra ni siquiera individualizar la regla constitucional a la que alude.

En casos como en el presente, en el que el tribunal *a quo* expuso las razones que motivaran la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la afectada debió hacerse cargo de ellas, y el recurrente no cumplió con esta carga.

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 nº 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. 98/108 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. Ello es así porque, como es sabido, no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. En consecuencia, las deficiencias de la presentación del GCBA definen su rechazo.

4. Por las razones expuestas, voto por no hacer lugar a la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al criterio y fundamentos que informan el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde y, por tanto, entiendo que si bien el recurso de queja fue planteado en tiempo y forma, no puede tener acogida favorable.

2. En el caso, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el *a quo*, toda vez que no se ha logrado exponer con claridad y precisión un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, para contrarrestar la interpretación del *a quo* para tener por condonada una multa impuesta por la Administración Fiscal local en razón del pago de una obligación vencida, realizado por el contribuyente con anterioridad a la sanción de la ley 1078 de regularización

tributaria. La presentación del recurrente se apoya en alusiones genéricas a preceptos constitucionales que se dicen vulnerados (arts. 15, 16, 17, 18 y 19 de la C.N. y de los arts. 10, 11 y 13, inc. 3º de la CCBA) pero no logra conectar de modo directo los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada, con la aplicación de las reglas constitucionales invocadas. Como ya se ha dicho en anteriores precedentes, 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 para acceder a este estrado el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. este Tribunal *in re*: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sent. del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Por otra parte, la aducida tacha de arbitrariedad, en la cual la recurrente subsume la mayor parte de sus agravios, no logra poner en crisis la sentencia del *a quo* ya que las afirmaciones realizadas por la actora (v. gr. "falta de consideración de argumentos dirimentes de la cuestión propuestos por mi parte, reiteración dogmática de consideraciones generales, remisión a precedentes que sustentan su postura cuando existen precedentes que también sustentan la postura de mi parte" —conf. fs. 98 y 99 vta.—) 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.

Este Tribunal ha sostenido en innumerables precedentes que la circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 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 quejosa 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 la doctora Ana María Conde, lo concordantemente dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto (conf. fs. 123/125), así como por los desarrollos aquí expuestos, entiendo que la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El actor inició demanda impugnando las sanciones impuestas por la DGR. Conforme lo establecieron los jueces de mérito, esas sanciones nacieron en virtud de que en "...la inspección efectuada por esta Dirección General en el domicilio de la contribuyente [se] constató que abonó fuera de término y como consecuencia de la inspección, las diferencias de verificación de los anticipos mensuales 11 y 12 de 1996 y 01 de 1997" (sentencia de primera instancia, fs. 32).

A fs. 210, bien avanzado el proceso (a fs. 196/205 obran los alegatos de la parte demandada), "...la parte actora solicita que se declare la condonación de la deuda en atención al dictado de la ley 1078 y su decreto reglamentario" (sentencia de primera instancia, fs. 37 vta.). A fs. 214/225, "[r]efuta la accionada que la multa impuesta se encuentre condonada como pretende la actora" (sentencia de primera instancia, fs. 37 vta.).

2. En lo que aquí importa, la sentencia de primera instancia denegó el beneficio con sustento en que "...la sanción impuesta no se halla comprendida por las condonaciones [...] Ello, en razón de haber ingresado las sumas declaradas en forma personal *sin haber mediado intervención de la Dirección General a fin de acogerse a los beneficios.* // A mayor abundamiento, la multa bajo examen ha pasado en autoridad de cosa juzgada administrativa, en los términos expresados en la normativa..." (fs. 48, la negrita es propia). La actora apeló esa decisión.

3. La sentencia de Cámara resolvió declarar condonada la deuda sosteniendo que si bien la vía administrativa (para cuestionar la multa) se encontraba agotada a la fecha dispuesta por la ley 1078, "...debe partirse [...] de una hermenéutica acorde y razonable de dicho precepto, de modo de integrarlo armónicamente con su última parte cuanto dispone que '[e]n los casos *de obligaciones en gestión judicial*' también se condonan, aun cuando estuvieran firmes, las obligaciones regularizadas de manera total de conformidad con dicho régimen" (fs. 70; la cursiva pertenece a la sentencia transcripta). Entiende el *a quo* que "...si la condonación abarca las multas que se encuentran firmes cuando se regularice la deuda tributaria a instancias de una gestión judicial, con mayor razón aún aprehende la norma —por exigencia de coherencia y razonabilidad— a las multas firmes en sede administrativa referidas a obligaciones impositivas sin que la administración haya tenido que iniciar la pertinente acción judicial" (fs. 70/70 vta.).

4. En el recurso de inconstitucionalidad y en la queja motivada por la denegatoria de aquel, el GCBA se agravia de la forma en que el *a quo* interpretó la normativa aplicable. Entiende que la Cámara se aparta, sin fundamentos, de la letra de la ley y que ello deriva en la extensión del beneficio de la condonación a contribuyentes a quienes el legislador no quiso alcanzar. Con base en ello, sostiene que la sentencia debe ser descalificada por arbitraria. Luego también agrega que se encuentran en juego los arts. 15, 16, 17 y 28 de la C.N. y concs. de la CCBA.

Con respecto a la arbitrariedad, específicamente, dijo que: "[s]i la parte tenía o no el impuesto cancelado con anterioridad ello no innovaría en la situación de hecho

actual, cual es que la multa estaba y está en el estado de cosa juzgada administrativa, encontrándose firme, líquida y exigible [...] La multa se encontraba firme en sede administrativa, la actora no efectúo cancelación alguna de obligaciones inherentes a la multa por el régimen de la ley que invoca" (fs 103 vta./104).

5. Para disponer la condonación de las multas cuestionadas, la Cámara se basó, en lo que aquí importa, en el art. 5º del dec. 1736/03. La Cámara entiende que ese artículo debe aplicarse en el caso de autos con base en su última parte, interpretada a la luz de las garantías de igualdad y razonabilidad de los actos de gobierno. En otras palabras, el *a quo* entiende que la situación del demandante debe ser equiparada a la de aquel que goza de los beneficios dispuestos por la ley 671 y concs., ya que, en caso contrario, se configuraría una vulneración de la garantía de la igualdad (y razonabilidad).

Con ello vino a apoyar su decisión en la implícita declaración de inconstitucionalidad del régimen aplicado por el GCBA, circunstancia que habilita la consideración del caso en esta instancia.

6.1. El artículo citado por la Cámara no puede ser leído en forma aislada, sino incluido en un plexo normativo que abarca al resto del articulado del decreto ya citado y normas de rango superior como las leyes 671 y 1078. Así, el art. 1º del dec. 1736/03 —reglamentario de la segunda de las leyes citadas— dispone que para acogerse al régimen de condonación los deudores de obligaciones tributarias deben cumplir con las previsiones de las leyes 671 y 1078, además de las del decreto y normas complementarias.

La ley 1078, en virtud de la cual fue dictado el dec. 1736/03, régimen de condonación en el que solicitó ser incluido la parte actora, no solo debe ser leída en conjunto con la ley 671 sino que remite a ella en estos términos: "[r]establécese el régimen previsto en los Títulos I y II de la ley 671, *B.O.* 1330 y las normas dictadas en su consecuencia..." (art. 1º, ley 1078).

6.2. En su Título I, la ley 671 regula el "régimen de presentación espontánea", mientras que en el Título II dispone el "régimen de regularización de obligaciones exteriorizadas e impagas". Ambos regímenes requieren de la presentación del contribuyente y el cumplimiento de diversos requisitos para poder acceder a los beneficios dispuestos en esa normativa. Pero funciona correlativamente, la declaración jurada es la misma para ambos. Visto desde otro ángulo, no opta el contribuyente entre uno u otro sino que el régimen al que accede depende de su situación objetiva frente al Fisco. Si una persona tiene una deuda impaga y otra no exteriorizada, la declaración jurada que debe presentar para uno u otro régimen la llevará a comprometer una modalidad de pago al tiempo que autodenuncia su posición fiscal. Ello así, puesto que declara la posición ante el impuesto de modo completo.

Así las cosas, la Cámara, siguiendo la argumentación del demandante, termina igualando dos situaciones que no son equiparables. La diferencia que justifica el trato desigual es la presentación y acreditación de los requisitos establecidos por

la ley y normas reglamentarias presente en los beneficiarios del régimen pero no en el caso.

6.3. El régimen, tal como se encuentra regulado, no puede ser descripto como un perdón automático de todas las multas sino como la suspensión de esas sanciones bajo la condición del cumplimiento de los requisitos establecidos y del acatamiento estricto de los planes de pago. En este sentido, el art. 10 del dec. 2076/01 prevé que "[e]n caso de caducidad del plan de facilidades, renacen íntegramente los intereses resarcitorios y punitorios condonados o reducidos desde la fecha de vencimiento original de cada una de las obligaciones reconocidas como adeudadas en el respectivo acogimiento, como así también las sanciones materiales aplicadas o que pudieran imponerse en proporción al saldo impago". A su turno, el art. 7º, último párrafo, de ese mismo decreto prevé que "[e]l incumplimiento de alguno de estos requisitos, ya sea total o parcial y de los que prevean la restantes normas complementarias que se dicten en su consecuencia, supone de pleno derecho y sin necesidad de comunicación alguna la nulidad del acogimiento, sin perjuicio del carácter de declaración jurada de la solicitud respectiva, lo que importa para los contribuyentes o responsables el allanamiento liso y llano a la pretensión del Fisco local en la medida de que se pretendió regularizar la asunción de las responsabilidades consiguientes en el caso de falseamiento, error u omisión de la información".

6.4. Por otra parte, el acogimiento a los regímenes de la ley 671 requiere reunir otros requisitos que deben ser acreditadas ante la Administración, por ejemplo, no haber incumplido beneficios anteriores, no estar en quiebra o declarar una posición fiscal por completo. La concesión de la condonación en sede judicial impide a la Administración realizar la verificación del estado actual de la situación tributaria del deudor, que, por ejemplo, podría haber adquirido nuevas deudas con posterioridad al saneamiento que ahora intenta hacer valer. En este sentido, la resol. 3471-SHYF/03 reglamenta los pasos a seguir para acogerse al régimen de condonación ahora pretendido por el actor. Allí, impone la necesidad de realizar una presentación mediante formularios aprobados por dicha resolución en los que se da cuenta —con valor de declaración jurada— de la situación tributaria de quien quiere acogerse al régimen. La competencia para imponer esos requisitos emerge del dec. 1078/03 que, entre otras facultades, le otorga a la DGR la de "[i]mplementar y aprobar los formularios que resulten pertinentes".

Tanto el régimen del Título I como el del Título II, arriba mencionados, excluyen a determinados sujetos de la posibilidad de acceder a los beneficios de cada régimen. Para ello los arts. 3º y 9º de la ley 671 poseen un texto casi idéntico. Estos dicen:

> "Quedan excluidos de beneficiarse con este régimen [de presentación espontánea]:
>
> *a)* Los agentes de recaudación, por los gravámenes retenidos o percibidos y no depositados.

b) Los contribuyentes o responsables en estado de quiebra judicialmente declarado.
c) Los contribuyentes o responsables querellados o denunciados penalmente por el Fisco de la Ciudad de Buenos Aires, por la comisión de delitos que tengan conexión con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias.
d) Los contribuyentes o responsables con procesamiento firme por denuncia o querella iniciados por terceros, por la comisión de delitos que tengan conexión con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias".

Por su parte, los formularios de la resol. 3471-SHYF/03, que no han sido cuestionada por el actor y forman parte de la normativa aplicable, prevén que, con relación las deudas por ingresos brutos, el contribuyente debe dar cuenta —con valor de declaración jurada— del "total de anticipos omitidos", las "multas" y el "total de importe adeudado". De ello surge que para poder acceder a los beneficios del régimen es necesario denunciar el total de la deuda que se tienen con el Fisco y la Administración debe tener oportunidad de controlar la veracidad de lo declarado.

6.5. De los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, se deduce que para acceder a los beneficios contemplados en cualquiera de los dos títulos de la ley 671 debe verificarse la concurrencia de requisitos y su corroboración no incumbe al Poder Judicial, sino que es una función típicamente administrativa. Esto vino a decir la sentencia de primera instancia en el considerando trascripto *supra*.

6.6. Por otro lado, esta conclusión también se sustenta en que la condonación de deudas en sede judicial otorgaría a dicho acto efectos distintos a los buscados por el régimen y que, por lo demás, no parecerían ser los más lógicos o naturales. Como se citó más arriba, la reglamentación del régimen prevé la posibilidad de caducidad de los beneficios otorgados. Sin embargo, el otorgamiento en sede judicial implicaría darle a ese acto una firmeza indeseada. Al alcanzar la condonación fuerza de cosa juzgada judicial, consecuencia a la que elevaría la sentencia apelada a este acto sería inmodificable y, por lo tanto, de imposible aplicación la caducidad. En caso contrario, se socavaría la autoridad de la cosa juzgada judicial o se estaría frente a la aplicación de un instituto como el de la suspensión del juicio a prueba, previsto para cuestiones de materia penal o contravencional, pero nunca para supuestos como el que nos ocupa. Por lo demás, en esos supuestos —al menos en el ámbito local— los jueces se limitan a un control formal de los acuerdos que son realizados por el Ministerio Público Fiscal y el imputado y no son ellos quienes otorgan ese beneficio.

Equiparar la denominada por la ley 671 como "condonación" con una absolución como la que viene decretada importaría un menoscabo a la igualdad. Ello debido a que aquellos que accedan al régimen mediante los mecanismos previstos

(presentación en sede administrativa), estarían expuestos a la posible caducidad, mientras que aquellos que lo hubieran obtenido en sede judicial no tendrían ningún riesgo a futuro.

6.7. En resumen, para hablar de afectación a la igualdad habría que comenzar por demostrar que ella existe, cosa que no ha ocurrido en el caso.

Lo dicho supone sostener que la emisión de una declaración jurada, asunción de deberes, ejercicios de control por la Administración, etc. constituyen diferencias relevantes entre la situación del recurrido y la de aquellos otros con quienes aquel se compara. En cambio, no afirma que la circunstancia de haber o no cancelado el tributo a un determinado tiempo sea relevante para distinguir entre quienes merecen la condenación de una multa y quienes no.

Lo expuesto no importa abrir juicio sobre la posible afectación de la garantía de la igualdad que podría surgir del hecho de que la condonación sea prevista para aquellos contribuyentes que poseen deudas pendientes de cancelación y aquellos que también han sido objeto de una sanción pero que ya han cancelado la deuda que la motivó; ello siempre que las deudas de ambos posean condiciones equiparables, en especial, que correspondan al mismo período descripto por la ley.

Tampoco implica lo dicho que los actos administrativos, emitidos a propósito de las solicitudes de condenación, no sean revisables. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que, como el principio, el control judicial de los actos administrativos debe limitarse a un control negativo. Esto significa que los jueces deben limitarse a anular los actos en los casos que corresponda y que luego sea la Administración la que dicte un nuevo acto, atendiendo lo dicho por el Poder Judicial. Este principio posee algunas excepciones, que no corresponde desarrollar aquí.

7. Por las razones expuestas, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y anular la sentencia de Cámara, en cuanto dispone la condonación de las sanciones cuestionadas.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el GCBA.

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

CCXI

"ORRICO S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ORRICO S.R.L. C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUT. ADMINISTRATIVA'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja cuando la cuestión propuesta al Tribunal, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los derechos de igualdad, propiedad, defensa en juicio y debido proceso, no resulta idónea para demostrar la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues remite al conocimiento de cuestiones propias de los jueces de la causa, vinculadas a la valoración de hechos y pruebas, y a la interpretación de preceptos de derecho infraconstitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. No es arbitraria la sentencia que, más allá de la discrepancia de la recurrente con lo decidido, efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja cuando la recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin hacer referencia a la resolución que lo declaró inadmisible. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurso de queja es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5760/08 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Orrico S.R.L. inició demanda contra el GCBA por el cobro de facturas parcialmente impagas emitidas en virtud de sucesivos suministros de alimentos para dependencias del Hospital Parmenio T. Piñero por un total de $ 767.928,88 con más los intereses correspondientes (fs. 431, expediente principal).

El GCBA contestó la acción intentada (fs. 463/490, expediente principal) y solicitó su rechazo, a la vez que reconvino por la nulidad del contrato en virtud de las normas aplicables en la materia (dec. 5720/72, reglamentario del dec. ley 23.354/56, "Ley de Contabilidad", vigente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires por disposición de la ordenanza 31.655).

A fs. 492/511, expediente principal, obra contestación de dicha reconvención por parte de Orrico S.R.L.

2. Al momento de dictar sentencia, el juez de primera instancia, hizo lugar a la acción por entender que "las prestaciones de la actora realizadas, aún fuera del marco contractual debido, circunstancia que por otra parte no cabe achacarle a la propia administración, tienen respaldo documental, en cuanto a que efectivamente existieron a requerimiento de la propia demandada" (fs. 1004/1007, expediente principal).

3. Luego de que actora y demandada presentaran (fs. 1018 y 1017, expediente principal) y fundaran sendos recursos de apelación (fs. 1022/23 y 1026/39, respectivamente, expediente principal), la Sala II de la Cámara CAyT resolvió "revocar la sentencia en todas sus partes, y por ende, rechazar la demanda promovida por Orrico S.R.L." *(*fs. 21/26).

4. Orrico S.R.L. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 27/43), que fue contestado por el GCBA (fs. 44/53 vta.).

5. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora pues, a su juicio, no se verifica en autos el presupuesto ineludible establecido en el art. 27 de la ley 402, referido a la existencia de un caso constitucional (fs. 54/56).

6. Frente a tal rechazo, Orrico S.R.L. interpuso recurso de queja ante este Tribunal (fs. 57/70 vta.).

7. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, postuló el rechazo del recurso de queja (fs. 84/87).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

2. La presentación efectuada por el recurrente reitera el defecto que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado delinear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402 en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia del recurrente con la decisión del tribunal *a quo.*

En efecto, una vez más se cuestiona: *a)* por una parte, la declaración de invalidez del vínculo jurídico de la actora con la demandada, basándose en las sucesivas prórrogas contractuales concedidas; y *b)* por otra, el marco normativo aplicable.

3. En este punto es de señalar que los jueces de la Cámara valoraron los hechos y las pruebas arrimadas a la causa, y para decidir partieron de la base que no puede soslayarse que la validez de los contratos administrativos se encuentra supeditada, en razón del principio de legalidad que rige toda acción u omisión administrativa, al cumplimiento de los procedimientos de selección impuestos por las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes, para concluir, entonces, en que en el *sub lite*, por aplicación de los principios y reglas propios del derecho público que exigen que las contrataciones sean efectuadas por licitación pública (dec. ley 23.354/56 y su dec. regl. 5720/72), el vínculo contractual bajo análisis era nulo; precisando, asimismo, que el argumento de la prórroga para validar el contrato no podía ser acogido pues ello mismo configuraba también una grave irregularidad por establecerse sin mediar las circunstancias habilitantes.

4. A partir de lo señalado, es posible afirmar que la cuestión propuesta al Tribunal por la vía intentada, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los derechos de igualdad, propiedad, defensa en juicio y debido proceso, no resulta idónea para demostrar la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues remite al conocimiento de cuestiones propias de los jueces de la causa, vinculadas a la valoración de hechos y pruebas, y a la interpretación de preceptos de derecho infraconstitucional.

En tal sentido, la queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA])", expte. nº 3264/04, resolución del 23/2/2005).

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere, extremo que no se verifica en la presente causa.

5. En cuanto a los agravios referidos a la arbitrariedad, debo señalar que la sentencia, más allá de la discrepancia de la recurrente con lo decidido, efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y por tanto resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente disienta con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y

sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

En virtud de los argumentos expuestos, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo obrante a fs. 57/70 vta. cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar por las razones que expongo a continuación.

2. Los miembros de la Sala II denegaron el acceso al Tribunal. En apoyo de su decisión dijeron: "[e]n el *sub lite*, de los términos de la sentencia recurrida surge que, en lo sustancial, los temas que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella se circunscribieron a aspectos de hecho y prueba, a los términos del vínculo jurídico habido entre las partes, así como a la inteligencia asignada a normas del Código Civil, de la ley de procedimiento administrativo local y de los decs. 23.354/56, 5720/72 y 225/96 y su aplicación al caso. Asimismo se sostuvo lo decidido con precedentes jurisprudenciales, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. // De todo ello se colige la carencia de sustento en torno a los defectos, incongruencia o afectaciones de los derechos invocados por la recurrente, en tanto la materia involucrada se encuentra delimitada por normas infraconstitucionales, propias de los jueces de la causa" (fs. 55). Asimismo, sostuvieron que "[n]o se comprueba una argumentación que conecte las hipotéticas afectaciones de derechos constitucionales con los concretos hechos y probanzas del proceso consideraron", y consideraron que "en el planteo se proced[e] a citar garantías o derechos contemplados en disposiciones constitucionales en forma genérica, o tan sólo mencionadas numéricamente" (fs. 55 vta.).

3. En la queja que obra a fs. 57/70, la actora no intentó desvirtuar los argumentos que dio la Sala II en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni cumplió con la carga de demostrar el supuesto error en que incurrieron estos jueces al cerrar su acceso al TSJBA. La presentación directa ante este Tribunal, entonces, no dedica una sola línea a fundar la habilitación de instancia que persigue.

Por ello, la pretendida queja de fs. 57/70 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 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 prosperar como queja.

En este sentido, en casos en los que —como en el presente— el tribunal *a quo* expuso las razones que motivaran la decisión denegatoria, más allá de su acierto

o desacierto, la afectada debe hacerse cargo de ellas. En otras palabras, tal 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 nº 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. 57/70 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 Orrico S.R.L, definen su rechazo.

4. En atención a las razones expuestas, voto por no hacer lugar a la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero a la solución y a las consideraciones que conforman el voto de la señora jueza de trámite, Ana María Conde. En efecto, bien señala en su voto la magistrada que la cuestión propuesta al Tribunal, aparte de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los derechos de propiedad, igualdad, defensa en juicio y debido proceso, no resulta idónea para demostrar la existencia de un caso constitucional, esto es, no configura una hipótesis capaz de subsumir el conflicto en los términos del art. 27 de la ley 402. Al efecto, debe tomarse en cuenta que tanto el recurso, como la queja con base en él, carecen, verdaderamente, de un examen metódico y ordenado de las menciones constitucionales invocadas y hasta de las valoraciones imprescindibles para acordar certeza a la erogación de aquello que se dice adeudado. Especialmente esta queja, que estaría llamada a tornar factible el recurso de inconstitucionalidad articulado por la quejosa, incurre en el mismo error que contiene el recurso, yerro consistente en la carencia de conexión entre el agravio concreto que —solamente afirma— provoca la sentencia de Cámara, con un motivo también concreto de impugnación de carácter constitucional. Por lo contrario, todo lo discutido se agota en cuestiones de hecho y de valoración de la prueba según la exposición de la sentencia de Cámara que cierra el juicio de mérito, acerca de la cual no puede ignorarse sus fundamentos, aunque no se los comparta. La mera expresión del disentir con ella no funda la competencia del TSJBA conforme al recurso interpuesto. En el mismo sentido trascurre la opinión del señor Fiscal General Adjunto (fs. 85 vta. del expediente de la queja), a la que adhiero mediante trascripción: "...la lectura de esa sentencia que revoca la de primera instancia, permite advertir que la cuestión sometida a debate transcurre por canales infraconstitucionales, en tanto se cuestiona la valoración que los jueces de Cámara realizaron de los hechos y pruebas arrimados a la causa y la interpretación y aplicación de normas de derecho público local, todo lo cual resulta materia ajena a esta instancia extraordinaria".

2. Allí podría finalizar el examen del recurso, pero, yendo algo más allá, en realidad el contrato quedó resuelto hacia 1996 —y aun con anterioridad, a estar al desconocimiento de las prórrogas posteriores a 1995 según juzga la sentencia de la Cámara— y la actora no reclama deberes incumplidos, sino que, antes bien, lidia a través de varios cuerpos de la causa con intentos de prorrogar el contrato primigenio y con pagos parciales, por descuentos porcentuales en pagos que ella recibió, pero que no consiente —prórrogas efectivas y reales algunas, y otras desconocidas por la Administración y por la sentencia que le da a ella la razón—. Empero, paradojalmente, queda pendiente un interrogante mayúsculo: la quejosa, en ningún momento demandó, eventualmente, ni —conforme a ello— intentó acreditar, el enriquecimiento indebido del gobierno local (y consiguiente empobrecimiento de quien aquí recurre) como extremos que, alegados y probados, hubieran contribuido a poner en evidencia la verosimilitud de las sumas de dinero que la recurrente pretende que le sean pagadas en virtud de prestaciones que pretende realizadas y en razón de otro tipo de responsabilidad (extracontractual). La misma sentencia de Cámara le reprocha esta carencia, en el sentido de no haber acreditado la recepción del servicio, ni su aprovechamiento por parte de la demandada para cubrir una necesidad.

De tal manera, la acción fracasa por dos razones básicas. Excluida la realización del contrato y de deberes que de él —su prórroga— partan para el demandado, la carencia de una demanda eventual por el enriquecimiento sin causa de la demandada y la menor contracción a la prueba de aquello que el actor invirtió o del gasto realizado en beneficio de la demandada impiden todo reconocimiento aun por una responsabilidad distinta de la contractual.

3. Finalmente, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la *arbitrariedad* ha pasado a ser un motivo general de cualquier recurso, quizá por efecto de la conocida, pero nunca clara, doctrina de la CSJN, quizá por efecto de aquello que a los alumnos se le explica en la cátedras de derecho constitucional y derecho procesal de las facultades de derecho con sede en la Ciudad. Lo cierto es que casi todos los abogados de esta Ciudad conocen, bajo el gentilicio *arbitrariedad*, al motivo de los motivos de los recursos. A mí me parece que tras esa palabra se esconde, en los recursos y en el vocabulario jurídico, algo así como lo que define la palabra *agravio*, referida a la decisión judicial que se impugna, y, en lenguaje vulgar, algo así como "la sentencia no me gusta", porque valora los hechos o aplica las normas de manera distinta a la pretendida por el recurrente, ambas definiciones correctas para aquello que comprendemos como *recurso* en general, pues este mecanismo procesal necesita del *agravio* o del disgusto del litigante con relación a aquello que fue decidido. Esta causa y la actora recurrente no pudieron eximirse de la inclinación general a argumentar sobre la arbitrariedad de la sentencia que rechaza el recurso de inconstitucionalidad.

Todo ello sucede a pesar de la doctrina sentada por el TSJBA, con base en las afirmaciones de la CSJN, según la cual la mayoría de los recursos fundados en esta llamada *arbitrariedad* de la sentencia están destinados al fracaso (conf. TSJBA *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitu-

cionalidad", 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., "GCBA s/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo" expte. nº 726/00, sent. del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires 2004, t. III, pp. 240 y ss., y "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC —causa 555-CC/2000 s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 9112/01. sent. del 5/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos —extraordinarios en nuestra jerga procesal, porque sólo proceden ante ciertos motivos de injusticia y dejan de lado otros—, esas decisiones expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito ni corregir decisiones erróneas. Para colmo de males, en mi opinión particular, los recurrentes por este motivo coliden con una cierta limitación mía referida a él —consciente debido a mi formación— y con cierto aspecto teórico-constitucional (el juicio por jurados, al menos en materia penal) que me impide considerar a la llamada arbitrariedad —falta, escasez o ilogicidad de fundamentos— como un requerimiento constitucional de *toda* decisión judicial *sine qua non* (conf. mi voto en Compañía Meca S.A. c/DGR [RES. nº 429/DGR/2000] 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 2585/03, sent. del 12/8/2004). No obstante ello, allí mismo puede leerse que considero racional la exigencia de fundamentación con la cual, regularmente, los códigos procesales de nuestro país condicionan la validez de la sentencia en el caso de aquellas dictadas por jueces profesionales. En este aspecto, la sentencia de mérito de la Cámara ni su rechazo del recurso interpuesto en su contra carecen de fundamentación, ni tales decisiones están basadas en argumentos ridículos o no permitidos.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución a la que arriba la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto propicia rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora, coincidente con la contenida en el dictamen del señor Fiscal General Adjunto (fs. 84/87).

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene, la recurrente se agravia de la decisión de la Sala II CAyT que revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la demanda entablada contra el GCBA por cobro de $ 767.928,88 más intereses, en concepto de facturas parcialmente impagas por el servicio de elaboración y distribución de comidas destinadas a la población hospitalaria y personal autorizado del Hospital Parmenio T. Piñero de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires durante los años 1996, 1997 y principios de 1998. Para así decidir, en lo que aquí interesa, el tribunal *a quo* analizó las normas específicas que regían la vida del contrato de suministro que

la actora invocaba como causa de la obligación de pago exigida y concluyó que, en el período 1996/1998 —durante el cual se generaron las facturas involucradas en la pretensión—, el apuntado vínculo contractual ya se encontraba extinto, toda vez que, según se afirmó en la sentencia, la vigencia del mismo se extendía tan sólo entre los años 1990/1992, con una posibilidad de ser prorrogado, por única vez, por un plazo de 92 días hábiles (conf. voto de la jueza preopinante, doctora Nélida Mabel Daniele, fs. 23). Desde esta perspectiva, la Cámara estimó que el contrato invocado no podía exhibirse como una *causa válida* de las facturas que, como se dijo, datan del período 1996/1998. Por último, se destacó que, en atención a que la actora no había invocado el enriquecimiento sin causa de la contraparte ni probado tal supuesto, no correspondía reconocer monto alguno por este concepto.

3. La actora alega en su recurso que la resolución recurrida vulnera los derechos de igualdad ante la ley, acceso a la justicia y de peticionar ante las autoridades, las garantías tuteladas por los arts. 10 y 12, incs. 4º y 5º, de la CCBA y configura una sentencia arbitraria. Asimismo, aduce que los magistrados habrían desvirtuado la ley "prevaleciente", por cuanto aplicaron diversas normas infraconstitucionales para resolver acerca de la validez del contrato y la invalidez de sus prórrogas, en lugar de hacer prevalecer su derecho de propiedad, violentado a su criterio debido a que brindó en definitiva un servicio y con ello adquirió un derecho al pago del mismo (fs. 60 vta./61).

4. Sentado lo expuesto, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad incoado ha sido correctamente denegado por el *a quo*.

En efecto, se advierte que las cuestiones propuestas por la quejosa no logran configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, tal como lo afirman en sus votos respectivos la señora jueza de trámite Ana María Conde y mi colega Julio B. J. Maier, sino que, en definitiva, remiten al examen de circunstancias de hecho y prueba, así como a la interpretación de preceptos de jerarquía infraconstitucional que brindó la Cámara para resolver en los términos detallados en el considerando 2 precedente —con el propósito de dilucidar la validez del contrato y de las supuestas prórrogas que, a criterio de la actora, habrían mantenido vigente la relación contractual entre las partes durante los años involucrados en el reclamo—. Lo mismo cabe consignar respecto del examen efectuado sobre el alcance que, en el caso, los jueces atribuyeron al proceso de verificación de créditos previsto en el dec. 225/96.

Resulta oportuno recordar que el Tribunal ya ha dicho en numerosas ocasiones que "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf., "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

5. Por lo demás, en lo que respecta a la invocada doctrina de la arbitrariedad de sentencia, cabe añadir que el planteo tampoco puede tener andamiento. En este punto, 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). 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 las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida por la parte actora a fs. 57/70.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la solución propuesta por jueza de trámite, doctora Ana María Conde. Como resaltan ella y el resto de mis colegas preopinantes, el recurrente no logra plantear un caso constitucional capaz de habilitar la intervención de este Tribunal por esta vía extraordinaria.

2. Más allá del acierto o error de la sentencia de Cámara, el quejoso no trae agravios con sustento en una norma constitucional o un tratado internacional. Por lo demás, sus argumentos sólo reflejan su desacuerdo con la decisión del tribunal *a quo,* y no demuestran que esa resolución no pueda ser considerada como un acto jurisdiccional válido, conforme lo exige la doctrina de la arbitrariedad.

Específicamente, ni la queja, ni el recurso de inconstitucionalidad se dirigen a demostrar que la Cámara realizó una interpretación arbitraria de la pretensión del actor, cuestión, como principio, privativa de los jueces de mérito. Así las cosas, la determinación de si asiste o no derecho al actor al cobro de las facturas que reclama, requiere considerar cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional que, como principio, son ajenas a esta instancia extraordinaria.

Por lo demás, como resaltan mis colegas preopinantes, la mera enunciación de normas de rango constitucional no resulta suficiente para sustentar un caso constitucional.

3. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuestas a fs. 57/70.

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 Orrico S.R.L. a fs. 57/70 vta.

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

En similar sentido se resolvió en la causa 5772/08 "Orrico S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Orrico S.R.L. c/GCBA s/otras demandas c/la aut. Administrativa'", también del 24/9/2008.

CCXII

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Sentencia definitiva. Prescripción. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja frente a la decisión que declaró no prescripta la acción de daños y perjuicios intentada, pues no configura una sentencia definitiva o equiparable a tal, en los términos del art. 27, LPT, desde que en lugar de poner fin al litigio o impedir su continuación, admitió su prosecución. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. La decisión que declaró no prescripta la acción de daños y perjuicios permite que los agravios oportunamente articulados por la recurrente puedan ser eventualmente considerados una vez dictada la sentencia definitiva, y en tanto ellos subsistan, se mantengan y fundamenten ante este estrado, no se ha demostrado la existencia de perjuicio irreparable que permita abrir el recurso de queja en esta instancia del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5863/08 - 24/9/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Iniciada una acción de daños y perjuicios contra el GCBA, el juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por el Gobierno de la Ciudad, en virtud de lo dispuesto por el art. 4037 del Código Civil. En consecuencia, rechazó la demanda, con costas (fs. 104/106).

2. Apelado este pronunciamiento por la parte actora (fs. 67/70), la Sala II de la Cámara resolvió hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución de primera instancia, con costas (fs. 63/65).

3. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esta decisión (fs. 74/81), el que fue declarado inadmisible por la Cámara por considerar, entre otras razones, que la resolución impugnada no revestía carácter de sentencia definitiva (fs. 84/85).

4. Frente al rechazo, el Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de queja ante este Tribunal (fs. 87/98).

5. El Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 110/111, propiciando rechazar el recurso de queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por el GCBA fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Cámara.

La decisión recurrida, al declarar no prescripta la acción de daños y perjuicios intentada, no configura una sentencia definitiva o equiparable a tal, en los términos del art. 27, LPT. En el caso, la resolución, en vez de poner fin al litigio o impedir su continuación, admitió su prosecución (conf. este Tribunal *in re* "Droguería Americana S.A. c/GCBA (Dirección Gral. de Rentas —resol. 7346/91—) s/rec. de apel. jud. c/dec. DGR s/queja por denegación de apelación ordinaria", expte. nº 967/01, resolución del 28/6/2001).

Asimismo, y como ya lo he dicho anteriormente (véase, entre otros, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Prealco Sociedad Anónima Industrial, Comercial, Inmobiliaria c/GCBA s/daños y perjuicios", expte. nº 2205/03, resolución del 7/5/2003), toda vez que la decisión de la Cámara permite que los agravios oportunamente articulados por la recurrente puedan ser eventual-

mente considerados una vez dictada la sentencia definitiva por la Cámara, y en tanto tales agravios subsistan, se mantengan y fundamenten ante este estrado, no se ha demostrado la existencia de perjuicio irreparable que permita abrir el recurso en esta instancia del proceso.

Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde. En efecto, la decisión recurrida (fs. 63/65 vta.) no configura una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, toda vez que al rechazar un planteo de prescripción opuesto por el GCBA, aquella no pone fin al litigio ni impide su continuación (conf. TSJBA, causa nº 2205/03 *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Prealco Sociedad Anónima, Industrial, Comercial, Inmobiliaria c/GCBA s/daños y perjuicios'", entre otros). En tales condiciones, no concurre un recaudo básico —cual es el carácter final de la decisión de mérito recurrida— para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA. Por lo demás, el recurrente no se ha molestado en indicar con detalle en su recurso de hecho las razones por las cuales estima que la decisión es definitiva, a contrario de lo expuesto expresamente en el auto de rechazo del recurso de inconstitucionalidad dictado por la Cámara.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y a las consideraciones que en sentido concordante efectúa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs.110/111), dado que ponen adecuadamente de resalto que tanto el recurso de inconstitucionalidad como la queja que lo sostiene no se dirigen contra una sentencia definitiva, tal como lo exige el art. 27 de la ley 402. En este punto se advierte que la recurrente tampoco ha ofrecido fundamentos que permitan equiparar el decisorio impugnado a uno de tal naturaleza.

Resulta oportuno recordar que nuestra 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; también en este punto, remito a mis recientes votos en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bargiela, Juan Carlos c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa", expte. nº 5593/07, sent. del 30/6/2008, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Varela, José c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)", expte. nº 5741/08, sent. del 13/8/2008).

Así entonces, más allá del acierto o error de lo decidido por el *a quo*, las consideraciones expuestas sellan la suerte adversa del recurso de queja intentado por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello,

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 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.*

CCXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCAL DE CÁMARA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SANTANA, ÁNGELO MARTÍN S/INF. ART. 85 CC —PORTAR ARMAS NO CONVENCIONALES EN LA VÍA PÚBLICA SIN CAUSA QUE LO JUSTIFIQUE— APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Suspensión del proceso. Sentencia definitiva. MATERIA CONTRAVENCIONAL. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación procesal.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja ante la petición de la señora fiscal para que se suspenda el curso del procedimiento, esto es, impedir que la justicia contravencional prosiga el trámite de la causa hacia la sentencia, pues no se trata de evitar la ejecución de una sentencia definitiva, único objeto de la previsión contenida en el art. 33, 4º párrafo, de la ley 402, dado que lo único recurrible por el recurso interpuesto son, precisamente, las sentencias definitivas (ley local 402, art. 27). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La ausencia de razones que permitan apartarse de la expresa oposición de la defensa oficial al recurso que se intenta mantener con la queja interpuesta por la señora Fiscal, descarta la posibilidad de que pueda considerarse que las presentaciones efectuadas son a favor del imputado, cuando tampoco se ha hecho referencia (ni puede deducirse de las actuaciones) que se encuentre en juego un agravio de índole federal, capaz de habilitar esta instancia incluso para acusación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja deducido por la señora Fiscal, pues la no logra desarrollar razones que justifiquen apartarse del criterio general según el cual el Ministerio Público Fiscal no posee legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad (ni su consecuente queja) en materia contravencional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. En el proceso contravencional, el art. 53, ley 12, no concede al Fiscal posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La regulación del legislador local es autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento del art. 53 de la ley 12, con lo que no resulta de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPPCABA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El Ministerio Público Fiscal no tiene posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de un expediente contravencional, pues la ley procesal y específica que gobierna esta materia no la habilita para hacerlo, sino que sólo confiere esa posibilidad al "contraventor". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La restricción que pesa sobre los representantes del Ministerio Público Fiscal en cuanto a la posibilidad de acudir ante este Tribunal mediante el recurso de inconstitucionalidad, o de queja, es absoluta y opera indistintamente tanto cuando la acusación pretenda recurrir a favor o en contra del presunto contraventor. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6065/08 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Al momento de formular el requerimiento de juicio en este proceso, la fiscal interviniente solicitó la aplicación supletoria a este caso del art. 210 del CPPCABA. La jueza de primera instancia rechazó aquel pedido, la solicitante apeló ese fallo y la Cámara confirmó la decisión de primera instancia.

Ante ello, la señora Fiscal ante la Cámara CyF interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue denegado por los camaristas.

2. Frente a esta decisión, la fiscalía acudió en queja ante este Tribunal. En su presentación directa (específicamente en el petitorio, fs. 46), la recurrente requirió al Tribunal que "[s]e disponga la suspensión del curso del proceso durante el tiempo que insuma la tramitación de este recurso de queja, para evitar que el señor Santana sea juzgado por un juez sospechado de parcialidad (art. 33, ley 402)".

El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 57).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La señora fiscal peticionó al Tribunal que se suspenda el curso del procedimiento (fs. 46), esto es, impedir que la justicia contravencional prosiga el trámite de la causa hacia la sentencia.

Se comprende, entonces, que no se trata de evitar la ejecución de una sentencia definitiva, único objeto de la previsión contenida en el art. 33, 4º párrafo, de la ley 402, dado que lo único recurrible por el recurso interpuesto son, precisamente, las sentencias definitivas (ley local 402, art. 27).

2. Por lo demás, se desprende también de mi explicación anterior que lo recurrido, más allá de cualquier defecto —incluso susceptible de nueva denuncia y corrección durante el debate— no constituye una sentencia definitiva conforme a la regla de admisibilidad antes citada. En el mismo sentido, ver mis votos en "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, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis C.P.'", expte. nº 4962/06, resolución del 20/12/2006 y sus citas, "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'", resolución del 12/9/2007, "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)'", expte. nº 5345, resolución del 6/11/2007 e, incluso, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrera, Juan s/art. 189 bis, C.P. —apelación'", expte. nº 4750/06, resoluciones del 24/10/2006, 20/12/2006 y 18/6/2008, entre otras.

El hecho de que, en el caso, fracase el juicio de impugnabilidad objetiva —posibilidad jurídica de recurrir la decisión— me libera de decidir acerca de la impugnabilidad subjetiva —existencia de la facultad jurídica de recurrir en el recurrente.

3. Por ello, voto por rechazar la queja.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Llegan estas actuaciones al acuerdo para resolver la solicitud de efecto suspensivo realizada por el recurrente. Sin embargo, el defecto que padece la presentación impone necesariamente, desde ya, el rechazo del recurso intentando.

La presente queja ha sido interpuesta por la señora Fiscal de Cámara (fs. 39/46). A fs. 50/51 el señor Fiscal General Adjunto dictaminó a favor de la sus-

pensión solicitada. En la queja, la recurrente sostiene que si bien, como principio, el Ministerio Público Fiscal no se encuentra habilitado para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (y su consecuente queja), en el caso se configura, por ser a favor del imputado, un supuesto de excepción. En apoyo a esta postura cita, de este Tribunal, "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 339/00, sent. del 5/9/2000.

En el relato de los antecedentes realizado en la queja también se menciona que la Defensa Oficial se opuso al recurso que se intenta mantener con esta queja. Por solicitud del señor juez de trámite (fs. 48), la Fiscalía acompañó copias que dan cuenta de ello (fs. 54/55).

La ausencia de razones para apartarse de la expresa oposición de la defensa descarta la posibilidad de que pueda considerarse que las presentaciones efectuadas son a favor del imputado. Tampoco se ha hecho referencia (ni puede deducirse de las actuaciones) que se encuentre en juego un agravio de índole federal, capaz de habilitar esta instancia incluso para acusación, conforme mi voto *in re* "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación'", expte. nº 4603/05, sent. del 19/7/2006.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 39/46.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Llega a conocimiento del Tribunal un recurso de queja interpuesto por la señora Fiscal de Cámara.

Tal como señala mi colega preopinante, señor juez Lozano, la apelante no logra desarrollar razones que justifiquen apartarse del criterio general según el cual el Ministerio Público Fiscal no posee legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad (ni su consecuente queja) en materia contravencional.

La señora Fiscal alega defensa de la legalidad frente a lo que entiende una violación de la garantía del juez imparcial, pero esa afirmación no es suficiente para sostener un recurso de inconstitucionalidad al que expresamente se opuso la defensa, si se toma en consideración que dicha oposición no originó agravio fiscal alguno respecto de un eventual estado de indefensión del señor Santana.

Por ello, voto por rechazar la queja de fs. 39 y ss.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo afirman mis colegas en los votos que anteceden, la queja presentada por la señora Fiscal ante la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas debe ser rechazada.

Según lo expone la presentante en el recurso de hecho, el Ministerio Público Fiscal se encontraría legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad

(y, por tanto, la queja interpuesta para defender aquel recurso) pues, "conforme lo dispuso el legislador local en el art. 6º de la LPC, se debe aplicar supletoriamente el Código Procesal Penal de la Ciudad, para el procedimiento contravencional. Ello implica que todo lo que no está expresamente previsto por la ley procesal contravencional deberá ser suplido con lo dispuesto por el CPPCABA, siempre que no se contraponga a sus previsiones normativas" (fs. 43). Así, siguiendo el razonamiento de la presentante, a través del art. 268, CPPCABA —que, según entiende, faculta al Fiscal para recurrir siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento, incluso a favor del imputado— el legislador le ha brindado una potestad amplia al Ministerio Público para recurrir todas las decisiones que se aparten de la legalidad, de acuerdo a la función constitucional otorgada por el art. 125, CCBA.

Sin embargo, tal como lo ha expuesto este Tribunal en anteriores oportunidades, cuando se trata de un proceso contravencional, el art. 53, ley 12, "no concede al Fiscal posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que de la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor (...)" (véanse mis votos *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 570 y ss. y "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 339/00, resolución del 5/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 247 y ss.). En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, la cuestión ha sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resulta de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPPCABA.

Lo expuesto basta para afirmar que la vía intentada —en función del sujeto procesal que se vale de ella— no puede habilitar la intervención de este Tribunal.

Por lo demás, y más allá del valor específico que corresponda otorgar a la presentación en la que la defensa oficial del señor Santana manifestó su oposición a la concesión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora fiscal (fs. 54/55), no puede soslayarse como dato objetivo que, de tener acogida favorable, el recurso del Ministerio Público Fiscal podría "dilatar la resolución definitiva de la situación procesal de [su] defendido" (fs. 54 vta.).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Con independencia de que este primer acuerdo fue convocado por el señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, con el propósito de que este Tribunal resuelva

la solicitud de "suspensión del curso del proceso" presentada por la señora Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, un primer análisis de las actuaciones permite concluir que la queja interpuesta no puede ser admitida por razones formales. En efecto, tal como lo desarrolla mi distinguido colega José O. Casás, la integrante del Ministerio Público Fiscal no tiene posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de un expediente contravencional, pues la ley procesal y específica que gobierna esta materia no la habilita para hacerlo, sino que sólo confiere esa posibilidad al "contraventor" (en *Constitución y Justicia*, I-570, CXXXVII, "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", sent. del 22/10/1999). Tiene relevancia recordar que, en mi opinión, la restricción que pesa sobre los representantes del Ministerio Público Fiscal es absoluta y opera indistintamente en todos los supuestos, es decir, tanto cuando la acusación pretenda recurrir a favor o en contra del presunto contraventor (ver pto. 2 de mi voto en "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). Por tal motivo, y más allá de que el Defensor Oficial del interesado expuso distintas razones para que no se hiciera lugar a la impugnación intentada por la señora Fiscal, la consideración de dicha oposición —acertada o desacertada— deviene, en pocas palabras, absolutamente superflua e innecesaria. Ello así, puesto que no tiene sentido desentrañar si el recurso interpuesto hipotéticamente podría favorecer o empeorar la situación del encartado, toda vez que, en uno u otro caso, ese recurso fue presentado por quien no podía hacerlo.

La determinación del criterio que expongo en este voto también torna innecesario evaluar la posición asumida por el señor Fiscal General Adjunto en cuanto a la suspensión solicitada, pues es claro que no puede sostenerse o desistirse un recurso o una petición que, en definitiva, no se está habilitado a articular ("Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional— s/queja s/recurso de inconstitucionalidad denegado en Tenembaum, Gladys Paulina y Markoff, Marta S. s/arts. 47 y 72, CC", expte. nº 1987, sent. del 26/3/2003).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 39/46.

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.*

CCXIV

"ESTABLECIMIENTO GERIÁTRICO SAN JORGE S.A. S/RECURSO DE QUEJA EN 'ESTABLECIMIENTO GERIÁTRICO SAN JORGE S.A. S/INFR. ART. 2.1.2 DE LA LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Competencia del Tribunal Superior de Justicia. Desglose.

SUMARIOS:

1. Corresponde desglosar la presentación junto con las copias acompañadas, y devolverlas al presentante pues la queja por recurso de apelación denegado, en los términos del art. 58 de la ley 1217 no se refiere a una cuestión de competencia de este Tribunal (art. 113, CCBA y ley 402). *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. Dado que la recurrente funda su recurso de queja en los alcances del art. 58 de la ley 1217" y que en autos se pretende controvertir el auto denegatorio de un recurso de apelación deducido contra una sentencia condenatoria en una causa de faltas, queja, ésta, que debe ser examinada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, la presentación debe ser remitida —sin más trámite— a esa instancia a los efectos que allí se consideren pertinentes *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6129/08 - 24/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Ricardo Paldino quien, según invoca, sería el presidente del Establecimiento Geriátrico San Jorge S.A., presentó ante el Tribunal un escrito cuyo encabezado indica "Recurso de queja" (fs. 9/11).

En esa presentación sostiene "[q]ue en legal tiempo y forma vengo a interponer recurso de queja atento haber sido denegado el recurso de apelación por resolución dispuesta por S.S. en los autos de referencia". En el mismo sentido, en el petitorio expresa "[p]or todo lo expuesto de esa Excelentísima Cámara solicito: (...) *1.* Que se tenga por presentado el presente recurso de queja en los alcances del art. 58 de la ley 1217 (...) 2. Que se rechace la sentencia dictada por el Juzgado Nº 15 actuante en los [*sic*] presentes actuaciones por ser dicha sentencia arbitraria y en clara violación de la ley". Asimismo, acompañó copias de las siguientes actuaciones: *a)* providencia mediante la cual el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 15 fijó audiencia de juicio en los términos del art. 46, inc. b) de la ley 1217 y su correspondiente cédula de notificación; *b)* recurso de apelación contra la condena impuesta; y *c)* cédula de notificación en la que se

transcribe el auto a través del cual el juez de primera instancia denegó la apelación ya mencionada.

2. El señor juez de trámite, atento a la presentación efectuada, dictó el llamado de autos al Acuerdo (fs. 13).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ, y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Según surge de la presentación efectuada y de las copias acompañadas, se ha presentado ante este estrado una queja por recurso de apelación denegado, en los términos del art. 58 de la ley 1217. Por tanto, al no tratarse de una cuestión de competencia de este Tribunal (art. 113, CCBA y ley 402), corresponde desglosar la presentación de fs. 9/11, junto con las copias acompañadas, y devolverlas al presentante.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Dado que la recurrente funda su "recurso de queja en los alcances del art. 58 de la ley 1217" (fs. 11) y que en autos —*según parece*— se pretende controvertir el auto denegatorio de un recurso de apelación deducido contra una sentencia condenatoria pronunciada por un juez de primera instancia en una causa de faltas, queja, ésta, que ciertamente debiera ser examinada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, soy de la opinión de que esta presentación debe ser remitida —sin más trámite— a esa instancia a los efectos que allí se consideren pertinentes (conforme a lo que oportunamente resolviera como jueza de trámite —*mutatis mutandi*— en autos "Menutti, Juan Armando s/recurso de queja por apelación denegada en 'Suanno, Jorge Omar y Menutti, Juan Armando s/inf. arts. 116, 117 y 118 ley 1472 —apelación'", expte. nº 5302/07, proveído del 3/5/2007).

En consecuencia, corresponde *remitir* estas actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas —con la aclaración de que esta remisión no importa emitir juicio alguno acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la impugnación que, *en apariencia*, se dedujo.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

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

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desglosar* la presentación agregada a fs. 9/11, junto con las copias acompañadas, y devolver dichas piezas al presentante.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se archive.

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

CCXV

"LOÑ, CAROLINA Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LOÑ, CAROLINA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN 'LOÑ, CAROLINA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Agravios extemporáneos. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Sentencia definitiva. Cosa juzgada judicial. LOCAL BAILABLE: Habilitación. ACTO ADMINISTRATIVO: Control judicial.

SUMARIOS:

1. En principio, los pronunciamientos dictados durante la etapa de ejecución de sentencia no son definitivos conforme lo prescripto por el art. 27 de la ley 402, salvo que el recurrente logre acreditar que lo resuelto le ocasiona un agravio de difícil o imposible reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja cuando se reformulan algunas líneas argumentales del recurso de inconstitucionalidad para alegar la existencia de una sentencia equiparable a definitiva, que resultan reflexiones extemporáneas y no pueden ser tenidas en cuenta para valorar la admisibilidad de la queja ya que ésta no constituye el momento procesal para satisfacer los recaudos que no se hubiesen cumplido oportunamente al articular el recurso de inconstitucionalidad*. (Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La decisión tomada en el trámite de ejecución posterior a la sentencia que resolvió el fondo del asunto planteado en el amparo no es definitiva, y sólo le sería equiparable en el supuesto de apartarse palmariamente de ella, extremo que debe ser acreditado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. La habilitación original otorgada por el GCBA, que se ordenó cumplir en la sentencia definitiva, no ha dejado de ser un acto administrativo que, como tal, aún es susceptible de ser modificado, sustituido o revocado por la Administración, con respeto del bloque de juridicidad que domina la situación y tutela, entre otros valores, los derechos de los vecinos del barrio en que se sitúa el local bailable, pero no alcanza en ese aspecto la estabilidad de la cosa juzgada judicial. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. Si bien corresponde al Poder Judicial controlar la actividad de la Administración, los jueces no pueden, con ese pretexto, invadir funciones que corresponden al ámbito del Poder Ejecutivo, de modo que el examen de la forma en que había sido ejercida una función administrativa —el dictado de la ampliación de la habilitación del local bailable—, no importa poner en la órbita de los jueces el ejercicio de esa función. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

6. La función jurisdiccional se agota en controlar la legitimidad del acto administrativo de habilitación del local bailable, pero no alcanza a emitirlo, pues no es esta una función que le encomendó la Legislatura, ni que hubiera podido encomendarle, dada su naturaleza administrativa, y ello no varía por la circunstancia de

que la función esté en el caso reglada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

7. La estabilidad que se espera de un acto de habilitación de un local no es la pétrea de la cosa juzgada judicial sino que debe poder variar según las necesidades del bien común. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

8. La decisión de la Cámara que se limitó a levantar los impedimentos que ella había impuesto para la reapertura del local, no otorgó, lisa y llanamente, una habilitación para su funcionamiento, cuestión que corresponde, conforme la legislación vigente y al tipo de función involucrada, a la Administración, de modo que no hay apartamiento palmario de una cosa juzgada judicial, no cabe asimilar la decisión objetada a una sentencia definitiva, ni pueden prosperar los agravios formulados en torno a la afectación del derecho de defensa en juicio. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

9. Cabe admitir el recurso de queja que refuta en forma suficiente el carácter definitivo de la sentencia impugnada y la existencia de una cuestión constitucional vinculada con la afectación, en la etapa de ejecución, de lo dispuesto en la sentencia del juicio de conocimiento, devenida una decisión judicial firme, esto es, pasada en autoridad de cosa juzgada, pues están involucrados los derechos tutelados por esa sentencia (a la salud y al medio ambiente urbano) y la tutela de la cosa juzgada mediante las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5558/07- 24/9/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Según surge de la sentencia dictada por el Tribunal con fecha 22/2/2006 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 "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)'" expte. nº 4143/05, la parte actora dedujo una demanda de amparo contra Sound Garage S.A. (en adelante: SG) y el GCBA (en adelante: GCBA) con el objeto de solicitar el cierre definitivo del local bailable "Amérika" (o "Abadía", según el horario).

El juez de grado hizo lugar parcialmente a la acción intentada y ordenó a SG mejorar su aislamiento acústico, así como arbitrar los medios necesarios para evitar la aglomeración de personas durante el ingreso y egreso de público; y condenó al GCBA a controlar el cumplimiento de lo dispuesto.

La parte actora y SG interpusieron sendos recursos de apelación contra el pronunciamiento de primera instancia.

La Sala I de la Cámara CAyT rechazó la apelación de SG e hizo lugar parcialmente a la apelación de la actora. En lo que interesa, dispuso declarar la nulidad de la ampliación de la habilitación de SG como local bailable para 1.731 personas; ordenar a SG el cumplimiento estricto de los términos de la habilitación original, bajo apercibimiento de clausura; disponer la clausura preventiva del local "Amérika" y/o "Abadía" hasta el cumplimiento de las obligaciones impuestas. La Cámara especificó claramente que la clausura sólo podía ser levantada por el *a quo* previa comprobación del "íntegro cumplimiento" por SG de las medidas dispuestas por la alzada y el pronunciamiento recaído en primera instancia.

La parte actora y la codemandada SG plantearon ante la Cámara recursos de inconstitucionalidad, que fueron parcialmente concedidos. El rechazo parcial de sus impugnaciones, dio lugar a un recurso de queja interpuesto por SG.

El Tribunal resolvió "*1.* Rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora (...) // *2.* Rechazar los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por Sound Garage (...)".

2. Agotados los recursos previstos por la legislación local, el juez de primera instancia ordenó el 18/6/2006 la clausura provisoria del local "Amérika". SG interpuso recurso de reconsideración y apelación en subsidio que fueron denegados por el *a quo*. No obstante, en tanto SG manifestó haber realizado las obras de insonorización ordenadas y reducido la capacidad del local en forma acorde a la habilitación original, el juez de primera instancia produjo determinadas medidas de prueba vinculadas con ambas cuestiones. De su producción surgió que "la superficie actualmente en uso alcanzaría a 1.730,79 m^2, lo cual excede ampliamente a la habilitada (1.346 m^2)"; por tal razón consideró "prematuro que me expidiera sobre el cumplimiento de los requisitos de insonorización de local, porque las condiciones pueden variar ante cualquier modificación edilicia...". La sentencia de primera instancia concluyó en que "la demandada no ha cumplido con la sentencia en cuanto le ordena ajustarse estrictamente con los términos de la habilitación original, y la prueba de insonorización se deberá repetir (...) una vez que quede determinada la estructura edilicia definitiva del local", y dispuso "*1)* Mantener la clausura del local bailable denominado 'Amérika' y/o 'Abadía'..." (fs. 2/5).

3. SG apeló la sentencia (fs. 7/12). Expresó en su memorial haber cumplido con todas las normas del GCBA para que se inscribiera el local en el nuevo registro de locales bailables —de acuerdo al régimen establecido luego de los hechos acontecidos en Cromañón—, para una superficie de 1.346 m^2, conforme a la habilitación original, y con un nivel de sonido que no supera el máximo tolerable en horario nocturno de 50 db establecido en el art. 46 de la ley 1540. Explicó que si bien el inmueble tiene una superficie de 1.730,79 m^2 "sólo se afecta para uso y permanencia de clientes 938 m^2, una superficie de uso menor a la originaria —1.010 m^2—. El resto de la superficie del local se utiliza para cumplir las nuevas normas de seguridad establecidas por el GCBA desde el dictado del DNU 1-GCBA/05...". SG afirmó que "Una cosa es la superficie habilitada para cumplir con todas las normas

vigentes sobre seguridad —1.730,92 m²— [*sic*] y otra muy distinta la actualmente afectada a uso de personas concurrentes —938 m²— que es anterior [*sic*, *rectus*: inferior] a la originariamente habilitada de 1.010 m²". SG justificó además la capacidad actual del local (1866 personas) en la nueva normativa. Se agravió también contra la decisión de realizar una nueva pericia de sonido, y consideró válida y suficiente la ya practicada.

La parte actora contestó el traslado de los agravios y solicitó el rechazo de la apelación (fs. 14/20 vta.). Sucintamente, afirmó que la superficie del local no se adaptó a la habilitación originaria, y que, de acuerdo la legislación vigente, el nivel máximo de ruido tolerable en horario nocturno es de 40 db, que son excedidos por el local Amérika.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, tras considerar lo actuado por SG ante la autoridad administrativa, la nueva normativa vigente y la sentencia anterior, entendió que el excedente de superficie no vulnera lo establecido en la sentencia pues "la superficie afectada al uso y permanencia de clientes es de solamente 938 m2, cantidad menor que la superficie de uso aprobada originariamente", admitiendo las razones expuestas por SG en relación con la restante superficie. De igual forma, consideró suficientes los resultados de la peritación practicada para tener por acreditado que los valores de nivel sonoro en los domicilios afectados, imputables al local bailable son inferiores a 45 db. Concluyó, entonces, en que SG cumplió las condiciones impuestas en la sentencia del amparo y dispuso "revocar la resolución apelada en cuanto dispuso el mantenimiento de la clausura del local" (fs. 27/31 vta.).

4. La parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/49). Sostuvo que la cuestión constitucional se presenta en tanto la sentencia "se sustenta en afirmaciones dogmáticas", "deja sin efecto decisiones pasadas bajo autoridad de cosa juzgada", es "autocontradictoria" y lesiona "el derecho de mis mandantes a gozar de un medio ambiente sano y a no sufrir afectaciones a su salud" (fs. 35). Tacha de arbitraria la sentencia y denuncia, con ello, la afectación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio (fs. 36 vta.).

Afirma que la sentencia, pese a reconocer que el local cuenta ahora con una superficie de 1.730,79 m², superior a la habilitada originariamente en casi 400 m², admite que él se ajusta a lo dispuesto en la sentencia del amparo que, al declarar la nulidad de la segunda habilitación, dejó en pie la habilitación originaria por 1346 m². Sostiene que las medidas de seguridad deben llevarse a cabo dentro del metraje habilitado, y no justifican su extensión, como lo admitió la Cámara. Cuestiona también las mediciones practicadas del nivel de sonido, y la admisión de un nivel superior al que actualmente establece la legislación, que es de 40 db. Finalmente plantea que no se constató, para levantar la clausura, si SG instaló el sistema de video filmaciones ordenado en la sentencia firme.

El GCBA contestó el recurso y se opuso a su admisibilidad y procedencia. Sostuvo que no se dirige contra una sentencia definitiva, que no está en juego la interpretación o aplicación de alguna norma constitucional y solicitó su rechazo.

Posteriormente contestó los agravios (fs. 51/61). SG también dio respuesta al recurso. Cuestionó su procedencia formal con similares argumentos que el GCBA, y se opuso a su procedencia sustancial (fs. 63/69).

La Sala I denegó el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva, por no haberse acreditado que ella cause un perjuicio irreparable, por no involucrar argumentos constitucionales, por no presentarse los requisitos que habilitan la impugnación bajo la doctrina de la sentencia "arbitraria", por no justificarse la traslación al ámbito local de la doctrina de la "gravedad institucional" creada por la CSJN para el recurso extraordinario federal y por no exponer un agravio autónomo sobre este punto (fs. 71 y vta.).

La parte actora planteó ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 72/89. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto se expidió por el rechazo de la queja ya que "las medidas de ejecución, en principio, no se equiparan a sentencia definitiva" y la parte tampoco logra demostrar que sea equiparable a tal. Además, las cuestiones en que la recurrente funda la arbitrariedad "trasuntan cuestiones de hecho, prueba y de derecho infraconstitucional ajenas a esta instancia extraordinaria" (fs. 94/95 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja planteada por la parte actora ha sido interpuesta en tiempo y forma y refuta en forma suficiente lo decidido en el auto denegatorio en cuanto al carácter definitivo de la sentencia impugnada y la existencia de una cuestión constitucional vinculada con la afectación, en la etapa de ejecución, de aquello que fue dispuesto en la sentencia del juicio de conocimiento, devenida una decisión judicial firme, esto es, pasada en autoridad de cosa juzgada, cuestión que involucra, por una parte, los derechos tutelados por esa sentencia (a la salud y al medio ambiente urbano) y, por la otra, a la tutela de la cosa juzgada mediante las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio.

En este sentido, considero aplicable al recurso de inconstitucionalidad local lo afirmado por la CSJN para el recurso extraordinario federal: "Las resoluciones posteriores a la sentencia y concernientes a su ejecución, no son susceptibles de apelación extraordinaria, salvo que importen un apartamiento palmario e inequívoco de aquélla, con el consiguiente menoscabo de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad" (*in re*: "Fernández Pinto, Augusto José c/Estado nacional s/juicios de conocimientos", sent. del 16/4/1998, publicada en *Fallos,* 321:756, entre otros). El apartamiento, en el caso, no podrá ser reparado en una etapa ulterior o en un juicio posterior ya que el levantamiento de la clausura dispuesto por la Cámara, de acuerdo a los términos de la sentencia, no podrá ser revertido en un aspecto: que la superficie actual habilitada de 1.730,79 m^2 satisface la exigencia impuesta por la sentencia definitiva a SG en cuanto a que el local debía ajustarse, para funcionar, a los términos de la habilitación originaria, es decir: 1.346 m^2. En este sentido,

la sentencia que culmina el recurso de apelación *es definitiva*, ya que, frente a la que quedó firme después de varias instancias, constituye, en verdad, una solución distinta, esto es, una nueva sentencia que con su solución contradice a la anterior, incluso en el hipotético caso de que la primera fuera injusta y, sin embargo, ya pasada en autoridad de cosa juzgada.

2. Tanto SG como la Sala admiten que la superficie actual del local Amérika (o Abadía) es de 1.730 m^2. No se trata de un hecho discutido, sino, simplemente, de un hecho tolerado frente a la solución de la sentencia firme.

Cualquiera que sea, en general, la razonabilidad del argumento expresado por la Sala I para considerar que los aproximadamente 400 m^2 excedentes no tienen vinculación con la superficie destinada a la recreación de los clientes; lo cierto es que, de cara a las cuestiones ya definidas en la sentencia final dictada en este amparo, la admisión de esa ampliación desvirtúa los alcances de la sentencia —pasada en autoridad de cosa juzgada— que retrotrajo la situación del local a los términos de su habilitación originaria.

Los principios de identidad y no contradicción impiden considerar que una superficie de 1.730 m^2 es equivalente a otra de 1.346 m^2, cualquiera que fuere la razón —incluso injusta— por la cual la sentencia firme del juicio de conocimiento fijó aquella superficie. La sentencia firme no convalidó el funcionamiento de un local con 1.346 m^2 destinados al uso de la clientela, más cualquier otro excedente para satisfacer requisitos de seguridad. La superficie máxima habilitada es la de 1.346 m^2, razones aparte, superficie dentro de la cual, según correctamente lo postula la recurrente, deben disponerse los espacios necesarios vinculados a seguridad, tránsito, ventilación, etcétera.

3. Por tal razón, la sentencia recurrida debe ser revocada. La forma en que se decide, torna innecesario considerar los restantes planteos de la recurrente que, por lo demás, resultan problemáticos para su determinación en esta instancia, pues están referidos a situaciones fácticas atinentes al nivel de ruidos generados en el local y a su encuadramiento en la normativa infraconstitucional vigente (cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada).

4. En consecuencia, me pronuncio por: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de queja interpuesto por la parte actora, *b)* hacer lugar, con igual alcance, al recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, *c)* revocar la sentencia apelada y disponer el reenvío del caso para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento que resuelva el recurso de apelación de SG contra la decisión de primera instancia que dispuso mantener la clausura del local; y *d)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 72/89 fue oportunamente interpuesta. Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/49), cuya denegatoria motivó esta presentación directa, fue deducido por la actora contra la resolución que dictara la Sala I de la Cámara CAyT en el marco de un incidente de ejecución de sentencia.

En principio, los pronunciamientos dictados durante esa etapa no son "definitivos" conforme lo prescripto por el art. 27 de la ley 402. Pese a ello, cabría hacer una excepción a dicha regla si quien recurre logra acreditar que lo resuelto le ocasiona un agravio de difícil o imposible reparación ulterior.

3. El escrito de fs. 33/49 no fue concedido por la Cámara porque consideró —entre otros motivos precisados en el auto denegatorio— que la amparista no había expuesto en su presentación las razones por las cuales pudiese asimilarse la resolución en crisis a una sentencia definitiva. En palabras de la Sala, "...la sentencia recurrida no presenta la característica de ser definitiva..." y "...el recurrente no ha acreditado que la sentencia le causa un perjuicio irreparable. Es decir: se pretende una excepción a la regla general (existencia de sentencia definitiva), sin justificar por qué, en el caso, dicha excepción sería considerable".

4. La queja no logra criticar tal aserto. A fs. 75 y 76, la quejosa reformula algunas líneas argumentales del recurso de inconstitucionalidad para alegar la existencia de una sentencia equiparable a definitiva (cuestión que no había abordado al interponer el recurso denegado). La introducción de esas reflexiones deviene extemporánea y no pueden ser tenidas en cuenta para valorar la admisibilidad de la queja ya que ésta no constituye el momento procesal para satisfacer los recaudos que no se hubiesen cumplido oportunamente al articular el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, en el recurso extraordinario local, la actora se había limitado a mencionar que "[e]l decisorio que se cuestiona reviste entidad de sentencia definitiva, pues pone fin al pleito, resolviendo, con agravio a los derechos de esta parte, las cuestiones allí controvertidas" (fs. 35). En cambio, en la queja, dijo: "...los Autos y Vistos apelados se equiparan, en sus efectos, a sentencia definitiva pues de no ser revocados, habría pasado bajo autoridad de cosa juzgada el inconstitucional decisorio del cual nos agraviamos, ya que resulta insusceptible de ser conjurado por otro remedio distinto al recuso interpuesto (...) allí se dispuso (...) la reapertura del local (...) pese a infringir —de modo palmario— las pautas trazadas en el ordenamiento positivo" (fs. 75/76 vta.).

Resulta oportuno destacar que, como sostuve en múltiples expedientes, "... 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 ("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, resolución del 7/4/2004, entre otros).

5. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por rechazar la queja obrante a fs. 72/89.

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

1. La queja deducida por la parte actora no puede prosperar, pues, por su intermedio, se intenta mantener un recurso de inconstitucionalidad que no se dirige contra una *sentencia definitiva* —exigencia contemplada en el art. 27 de la ley 402 para el andamiento de la vía elegida.

2. En efecto, la decisión cuestionada ha sido tomada en el trámite de ejecución posterior a la sentencia que resolvió el fondo del asunto planteado en el amparo. No se trata, pues, de la definitiva sino de una posterior que sólo le sería equiparable en el supuesto de apartarse palmariamente de ella, extremo que no resulta acreditado en el *sub lite* (*Fallos,* 316:2315 y 321:756, entre otros).

3. La parte actora afirma que, mediante la decisión de fecha 3/11/2006 dictada en el trámite de ejecución, los jueces de la Sala I de la Cámara CAyT habrían modificado el alcance de la sentencia de ese mismo tribunal de fecha 11/2/2005.

Para respaldar la afirmación precedente, se sostiene que la sentencia que resolvió el fondo de la cuestión debatida supeditó el levantamiento de la clausura del local bailable "Amérika" al estricto cumplimiento de los requisitos contemplados en la habilitación original oportunamente otorgada al emprendimiento, considerándose allí como superficie habilitada para funcionar la de *1.346 m*^{2}.

En consecuencia —siempre en la línea argumental propuesta por la recurrente—, la Cámara se habría excedido del marco de la decisión al disponer el levantamiento de la clausura cuando, en la actualidad, se ha corroborado que el local cuenta con una superficie total de *1.730 m*^{2}, es decir, mayor a la contemplada en la aludida habilitación original.

Lejos de verlo como el apartamiento que le imputa el recurrente, la Cámara entendió cumplir su sent. del 11/2/2005, en razón de que, si bien es cierto que la superficie total del emprendimiento en la actualidad es mayor a la originalmente habilitada por la autoridad administrativa (1.346 m^2) esta circunstancia no tiene una incidencia determinante para continuar con la clausura de "Amérika", pues, en los hechos, el aumento del metraje de superficie utilizado para la instalación y funcionamiento de la infraestructura de apoyo a la actividad del local bailable (diferentes servicios, escaleras, pasillos de circulación, equipos, etc.), al haber tenido que adaptarse el local a una serie de exigencias en materia de seguridad emitidas por el GCBA, derivó en una *reducción* o *desafectación* del espacio susceptible de ser

utilizado por los asistentes en pistas, salón y otras zonas de estar. Según expresa la Cámara, a partir de lo mencionado en un informe técnico, concretamente, el espacio destinado a la permanencia del público hoy se habría visto reducido a *938 m2*.

Al dictar la sent. del 3/11/2006, la Cámara debió interpretar la sentencia definitiva emitida por ella en el marco de su primera intervención en la causa (sent. del 11/2/2005). Al observar los límites de ese primer pronunciamiento, la Sala I sostuvo que la obligación impuesta a Sound Garage S.A. de "(...) cumplir estrictamente con la habilitación original (...)" se encontraba matizada por el hecho de que "(...) la sentencia definitiva dictada por esta alzada en los autos principales estableció que '...las obras aquí mencionadas cuanto las demás medidas ordenadas en la sentencia de grado y en el presente pronunciamiento *deberán ajustarse estrictamente a las normas de seguridad vigentes* y a las demás impuestas por los términos de la habilitación'" (fs. 30 vta.; el destacado pertenece al original).

A su turno, la recurrente intenta controvertir esta construcción de la Cámara, al expresar que la sentencia que devino firme contemplaba una *superficie distinta* (menor a la actual) y que la misma, al no haberse efectuado distinción alguna, debe respetarse *a todos los efectos*, es decir, la superficie de 1346 m2 debe contener no sólo los espacios destinados al público, sino también toda la infraestructura de apoyo a la actividad del local bailable. Es por ello que, según la actora, debe respetarse estrictamente el metraje indicado en la habilitación original y sobre esa superficie, cumplidos los recaudos de seguridad exigidos por el Gobierno, destinarse los espacios al uso de los asistentes. En este escenario, es evidente que el espacio destinado a la permanencia del público sería aún menor a los *938 m2* que hoy aparecen afectados al uso para pistas, salón y zonas de estar.

4. Desde esta perspectiva, entonces, más allá del acierto o error de la solución adoptada, no se constata un apartamiento sustancial e inequívoco de lo decidido con anterioridad en la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, si es que se tienen en cuenta las circunstancias sobrevinientes que fueron puestas de resalto en forma detallada por la Cámara a la hora de revocar la sentencia del juez de grado que había dispuesto mantener la clausura del local.

5. En este sentido, cabe recalcar que, por las particularidades del objeto de la pretensión amparista, en rigor, el alcance de la cosa juzgada que proyecta este juicio no posee la amplitud que parece sugerir el recurso. Baste decir al respecto que la habilitación original otorgada por el GCBA, que se ordenó cumplir en la sentencia definitiva, no ha dejado de ser un acto administrativo que, como tal, aún es susceptible de ser modificado, sustituido o revocado por la Administración, claro está, con respeto del bloque de juridicidad que domina la situación y tutela, entre otros valores, los derechos de los vecinos del barrio en que se sitúa el local bailable "Amérika", pero no alcanza en ese aspecto la estabilidad de la cosa juzgada judicial.

Difícilmente la Cámara pudo buscar darle a la sentencia el alcance sugerido por el recurrente. En ese caso se le estaría dando al acto administrativo de habilitación la firmeza propia de la cosa juzgada judicial.

En esta tesitura, lejos de intentar brindarle fuerza de cosa juzgada judicial a un acto administrativo, los pasajes referidos a la obligación de cumplir con las condiciones dispuestas en la habilitación originaria de la sentencia de Cámara parecerían estar dirigidos a resaltar que la anulación del acto de ampliación de la habitación no afectaba al acto que otorgó la habilitación originaria. En otras palabras, busca aclarar que, tal como le fueron planteadas las cuestiones, los vicios detectados en el segundo acto y que llevaron a que la Cámara dispusiera su anulación no acarreaban la anulación del primero, sino que ese acto mantenía vigor en su primitiva formulación.

Esa interpretación también cobra fuerza por el simple hecho de que una sentencia judicial que se limitase a ordenar que se dé cumplimiento a un acto administrativo (fuera de supuestos, ajenos al presente, en que la ley no faculta a la Administración a ejercer la autotutela de su decisión sino que deriva a la justicia la atribución de disponer los actos concretos de ejecución) cuando es *a priori,* por si solo, obligatorio, carecería de sentido o, peor aún, si se la viera como haciendo suyo un acto administrativo generaría una sujeción permanente de las partes, irrevisable e inmutable, más allá del ámbito previsto por el legislador.

Si bien corresponde al Poder Judicial controlar la actividad de la Administración, los jueces no pueden, con ese pretexto, invadir funciones que corresponden al ámbito del Poder Ejecutivo. Anteriormente, estuvo en juego el examen de la forma en que había sido ejercida una función administrativa —el dictado de la ampliación de la habilitación—, pero ello no importa poner en la órbita de los jueces el ejercicio de esa función.

Como consideración general, es indispensable señalar que la función jurisdiccional se agota en controlar la legitimidad del acto de habilitación, pero no alcanza a emitirlo. Ello así, porque no es esta una función que le haya encomendado la Legislatura, ni que hubiera podido encomendarle, dada su naturaleza administrativa, y no varía lo expuesto la circunstancia de que la función esté en el caso reglada. Hay buenas razones para que ello sea así, la estabilidad que se espera de un acto de habilitación no es la pétrea de la cosa juzgada judicial sino que, como evidencia la mención de la Cámara a la "normativa vigente", debe poder variar según las necesidades del bien común.

Es cierto que el lenguaje en la materia puede tornarse oscuro y ello obliga a desentrañar, en cada caso, frente a qué tipo de acto estamos y hasta dónde puede llegar la cosa juzgada judicial. Sin embargo, de acuerdo a lo expresado, solo cabe entender que la Cámara se limitó a levantar los impedimentos que ella había impuesto para la reapertura del local en cuestión, pero no que con ello otorgó, lisa y llanamente, una habilitación para su funcionamiento, cuestión que corresponde, conforme la legislación vigente y al tipo de función involucrada, a la Administración.

Así las cosas, descartado que, en el caso, haya habido un apartamiento palmario de una cosa juzgada judicial, estimamos que no cabe asimilar la decisión objetada a una sentencia definitiva, ni los agravios formulados en torno a la afectación del derecho de defensa en juicio pueden prosperar.

Lo expuesto no impide recalcar que corresponde entonces a la función administrativa tanto el dictado de los actos que establezcan las condiciones de funcionamiento del local bailable como el estricto control del cumplimiento de las mismas, teniendo en cuenta el bloque normativo vigente que, ciertamente, también tutela los derechos de los vecinos y ha experimentado importantes cambios desde el inicio de este proceso —tal como lo destacó la Cámara en su sentencia—. De las consideraciones precedentes se desprende que la actuación de la Administración debe traducirse en una adecuada y oportuna respuesta a todos los derechos e intereses en juego mediante un comportamiento diligente y activo pues, en definitiva, ni ella ni los administrados pueden trasladar a los tribunales la decisión originaria y primigenia en aspectos que hacen al ejercicio del poder de policía, más allá del control posterior que corresponda ejercer en cada caso concreto, según lo establece la Constitución (art. 106, CCBA). Desde esta perspectiva, además, no existen óbices para que los vecinos que se sientan afectados por la actividad que se despliega en el salón de baile "Amérika" inciten la intervención de la Administración para que efectúe todos los controles que fueran menester, a fin de verificar el respeto de las exigencias derivadas de las regulaciones legales y reglamentarias que, en un proceso dinámico de ajuste y actualización, fijan el cauce dentro del cual debe funcionar el mencionado local, en tanto lo decidido por la Administración al dictar el acto de habilitación original no ha venido a adquirir la firmeza de una cosa juzgada judicial —según se ha explicado en este voto.

6. Por último, tampoco resultan atendibles los planteos formulados en torno al derecho a la salud y al derecho al medioambiente sano, ambos tutelados a nivel constitucional, pues ellos no han sido conectados de manera clara y concreta con los argumentos de la decisión que ahora se impugna; por el contrario, las objeciones desarrolladas a lo largo del escrito recursivo en este aspecto, en realidad, remiten de manera directa a la valoración de diversas normas infraconstitucionales, resoluciones adoptadas por la Administración, hechos y pruebas, por regla, materia propia de los jueces de la causa.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja.

Así lo votamos.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Carolina Loñ, María Claudia Gavi, María Gabriela Inchaurraga y Alejandra Mabel Miramón.

2. 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.*

CCXVI

"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 EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. Dado 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 los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando la invocación de la arbitrariedad de sentencia sólo logra traducir la disconformidad del recurrente con 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. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si no se demuestra que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso (art. 3º, inc. e], Acordada 4/07, CSJN). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5540/07 - 1º/10/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Pedro Benedicto Balbiani interpuso recurso extraordinario federal (fs. 243/259) contra la decisión de fecha 10/6/2008 (fs. 233/240) mediante la cual el Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesta por él.

Corrido el traslado pertinente, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires solicitó su rechazo (fs. 263/265 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

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

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.

Esa doctrina resulta aplicable al *sub lite* en tanto la decisión que se pretende llevar a conocimiento de la CSJN desestimó un recurso de queja por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que lo regulan. El Tribunal denegó el recurso de queja fundado en que el actor no cumplió con la carga de refutar los fundamentos de la resolución de la Cámara que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (véase punto 2 del voto de la jueza Ana María Conde y voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz) y porque no se planteaba un caso constitucional (punto 3 del voto de la jueza Ana María Conde, punto 2 del voto del juez Julio B. J. Maier y punto 2 del voto conjunto de los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).

3. Las garantías constitucionales genéricamente invocadas (arts. 16 y 18, C.N.) no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48).

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 (fs. 256), pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte 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).

4. 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).

El recurrente manifiesta que "la arbitrariedad en el caso planteado se detecta al verificar que la sentencia cuestionada contraria el sistema normativo" (fs. 256). Una vez más, sólo logra traducir su disconformidad con 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)".

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

Así, omitió señalar en la carátula (art. 2º) la fecha en que fue notificado del pronunciamiento contra el cual interpuso el recurso extraordinario (inc. h) y no efectuó en ella la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d). Por último, el recurrente ha omitido transcribir los arts. 1º, 4º y 7º del CCAyT, el art. 173 de la ley 404, y el art. 7º del dec. 1510/97 (LPA) que cita en su escrito, y nada ha expresado respecto de su vigencia.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal obrante a fs. 243/257 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 prosperar por las razones que se exponen a continuación.

El recurrente no demuestra que "media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso", tal como lo exige el art. 3º, inc. 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. Tampoco cumple en general con los requisitos previstos en los arts. 1º, inc. b), 2º, incs. a), f), g), h) e i), y 3º del reglamento referido.

Por tal motivo, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del reglamento referido, el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Balbiani debe ser desestimado por inoficioso. Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Pedro Benedicto Balbiani, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 239, punto 2.

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

CCXVII

"SOCIEDAD DE FOMENTO DE BELGRANO R S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SOCIEDAD DE FOMENTO DE BELGRANO R C/GCBA Y OTROS S/AMPARO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. AMPARO: Sentencia definitiva. COMUNAS: Creación y organización. Atribución de la Legislatura.

SUMARIOS:

1. La fundamentación de un recurso de queja debe ser autónoma, es decir, debe contener un relato de los hechos relevantes de la causa, de los pronunciamientos judiciales dictados y una crítica pormenorizada de la resolución que denegara el recurso de inconstitucionalidad, expuestos de manera clara y ordenada, a fin de permitir su adecuada lectura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Las leyes relativas a la creación y organización de las comunas y demás normas dictadas en consecuencia, en tanto establecen la disposición en diversas comunas de partes del territorio que el amparista denomina "Belgrano R" y la específica incorporación de ese barrio a la Comuna Nº 13, resulta judicialmente intrascendente, pues se trata de una competencia legislativa específica, ejercida por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires según su ley fundamental. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El recurso de queja no puede prosperar cuando el pronunciamiento impugnado mediante el recurso de inconstitucionalidad no constituye una sentencia definitiva tal como lo requiere el art. 22 de la ley 2145. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El art. 22 de la ley 2145 establece cuál es la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal y no modificó el esquema adoptado por la ley 402, en tanto mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas, salvo que el recurrente muestre que la decisión le irroga un perjuicio irreparable, en cuyo caso podría ser equiparada a definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6006/08 - 1º/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Julio Reinoso, en su carácter de Presidente de la Sociedad de Fomento de Belgrano R, presentó un recurso de queja (fs. 73/83 vta.) contra la resolución de la Cámara (fs. 70/71) que le denegó el recurso de inconstitucionalidad previamente articulado (fs. 64/69).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Sin perjuicio de haber sido interpuesta en tiempo oportuno, la presentación efectuada no satisface las exigencias formales básicas que caracterizan al recurso de queja.

2. Ante todo, la fundamentación de una queja debe ser autónoma. Ello significa que debe contener un relato de los hechos relevantes de la causa, de los pronunciamientos judiciales dictados y una crítica pormenorizada de la resolución que denegara el recurso de inconstitucionalidad. Tales contenidos deben ser expuestos, como en todo escrito que se produce en el curso de un proceso judicial, de manera clara y ordenada, a fin de permitir su adecuada lectura.

El escrito aquí examinado no permite comprender qué se ha discutido en la causa, ni qué decisiones judiciales fueron dictadas. Los sucesivos agravios expuestos no llegan a conformar un relato articulado, susceptible de ser comprendido por sí mismo.

Es de destacar que, a pesar del requerimiento efectuado a fs. 85, el quejoso no ha acompañado la copia de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictada con motivo de la apelación cuya copia obra a fs 56/60, la que constituye una pieza procesal fundamental para analizar la existencia, alcance y procedencia del presunto caso constitucional invocado por el recurrente.

En suma, el escrito presentado no satisface el requisito de autosuficiencia que todo recurso debe cumplir para bastarse a sí mismo y ser procedente formalmente (conf. este Tribunal *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, pp. 570 y ss.).

3. Por ello, y de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, estimo que corresponde desestimar la queja interpuesta ante estos estrados.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto y a los fundamentos de mi colega, la señora jueza Ana María Conde, y agrego que el objeto complejo de la demanda —la incorporación de "Belgrano R" a la nómina de barrios de la CABA, la inconstitucionalidad de las leyes relativas a la creación y organización de las comunas (1777, 2094, 2329 "y demás normas dictadas en consecuencia")—, en tanto esas leyes establecen la disposición en diversas comunas de partes del territorio que el amparista denomina "Belgrano R" y la específica incorporación del barrio en cuestión a la Comuna Nº 13, resulta judicialmente intrascendente, pues se trata de una competencia legislativa específica, ejercida por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires según su ley fundamental.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite Ana María Conde en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el señor Julio Reinoso en su carácter de presidente de la Sociedad de Fomento de Belgrano R (fs. 73/83).

2. En coincidencia con la postura de mi colega preopinante señalo que la presentación directa carece de autonomía. En efecto, la queja debía contener (lo que no sucedió) una exposición ordenada y prolija de los antecedentes relevantes de la causa y una crítica concreta y pormenorizada de las razones que llevaron a la Sala I de la Cámara CAyT a denegar el recurso de inconstitucionalidad.

Respecto de la necesidad de que quien recurre critique el auto denegatorio, agrego lo siguiente:

La Sala I no concedió el recurso de inconstitucionalidad en el entendimiento de que la decisión recurrida no era definitiva con relación a ninguna cuestión constitucional ni susceptible de equiparación ya que versó sobre la reconducción del proceso en el marco del art. 6º de la ley 2145 y que la recurrente había omitido vincular de manera directa la interpretación del régimen procesal efectuada en la sentencia con la garantía de la defensa en juicio (fs. 70/71).

Como lo anticipara más arriba, la quejosa no logró poner en crisis la resolución de fs. 70/71. En el capítulo 4º del recurso de hecho se limitó a disentir con el criterio de la Sala I pero omitió explicar fundadamente las razones que darían sustento a su discrepancia. La mera manifestación de una opinión contraria a la que propició la Cámara, por su generalidad, no alcanza a constituir una crítica en los términos del art. 33 de la ley 402.

Destaco, asimismo, que a pesar del requerimiento que formulara la jueza de trámite a fs. 85, la quejosa omitió acompañar a estas actuaciones copia de la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que decidió sobre la apelación de fs. 56/60.

3. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 73/83 por el señor Julio Reinoso en su carácter de presidente de la Sociedad de Fomento de Belgrano R.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en tanto propicia el rechazo de la queja incoada a fs. 73/83.

2. Si bien una detenida lectura del recurso permite al menos comprender que la actora cuestiona una decisión de la Sala I de la Cámara en lo CAyT que confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto ordenó reconducir por las vías ordinarias la acción de amparo deducida, lo cierto es que la presentación en estudio no satisface el requisito de autosuficiencia que todo recurso debe cumplir, tal como lo afirman mis colegas preopinantes en sus votos respectivos y el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen de fs. 92/93. En este sentido, corresponde destacar que la interesada no ha acompañado copia del pronunciamiento de la Sala I que rechazó su apelación, a pesar de haber sido intimada para ello por la señora jueza de trámite a fs. 85.

3. Los importantes defectos de fundamentación que se constatan en la presentación en estudio, en suma, se traducen en la ausencia de una exposición clara y ordenada de los antecedentes de la causa, así como en la falta de crítica del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto, pronunciamiento que no sólo destacó que no se controvierte una sentencia definitiva —argumento que, en lo personal, no comparto por los motivos expuestos en mi voto *in re*: "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, sent. del 27/8/2008—, sino que puso de resalto la inexistencia de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, atento que el planteo de arbitrariedad de sentencia, fundamento básico de la impugnación, trasuntaba tan sólo una discrepancia del recurrente con lo decidido. Por lo demás, el tribunal *a quo* también resaltó que la sentencia resistida no podía considerarse equiparable a una definitiva por los efectos que provoca y la quejosa, a su turno, tampoco ha fundado en forma suficiente sus agravios para poner en crisis tal afirmación.

Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos 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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 60 y ss.; "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; entre otros).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida por la parte actora.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada por SFBR no puede prosperar, porque el pronunciamiento impugnado mediante el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara, no constituye una sentencia definitiva tal como lo requiere el art. 22 de la ley 2145.

En un pronunciamiento reciente, señalé que "(...) esa norma establece cuál es la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal" y que ella no ha "(...) modificado el esquema adoptado por la ley 402, en tanto (...) mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas". En ese marco, sostuve que la solución adoptada por la ley 2145 "(...) está destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo", acordándole a esa decisión carácter definitivo, condición que, en cambio, niega al "resto de los pronunciamientos apelables durante el proceso de amparo" (el desarrollo completo de la cuestión surge de mi voto *in re* "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, sent. del 27/8/2008). A diferencia de lo que sucede cuando se rechaza *in limine* un amparo, en el supuesto que nos ocupa —reconducción de la acción al proceso ordinario previsto en el art. 269 y concs. del CCAyT— el juez mantiene la posibilidad de expedirse en relación con la pretensión esgrimida en el pleito. En tales condiciones, la tutela judicial subsiste e impide atribuir carácter definitivo al pronunciamiento cuya revisión se pretende.

2. Sin embargo, una decisión como la que origina esta queja, podría ser equiparada a definitiva cuando el recurrente muestre que ella le irroga un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

En este punto, las presentaciones de la SFBR, no cumplen con el recaudo apuntado. El menoscabo inminente de los derechos en juego se fundó en las previsiones de la ley 2405 sin que, a esta altura, la convocatoria a elecciones comunales allí anunciada para el mes de agosto del corriente año, tenga virtualidad para provocar los daños irreparables aducidos en su momento por la actora.

Además, la recurrente omite demostrar que el objeto del pleito, tal como estimaron los jueces de mérito, no excedería el marco de debate y prueba que admite el proceso de amparo. En tal contexto, la decisión de reconducir el proceso bajo las reglas de los juicios de conocimiento pleno, conforme lo permite el art. 6º de la ley 2145, tampoco se exhibe como insostenible. Ello así, porque el recurrente soslaya que la pretensión de autos involucra, por un lado, el ejercicio de funciones privativas del Poder Legislativo —a quien el constituyente encomendó definir los límites territoriales de cada comuna garantizando el equilibrio demográfico, considerando al efecto, los aspectos urbanísticos, económicos, sociales y culturales involucrados (art. 127, CCBA)— y, por otro, el invocado compromiso del patrimonio urbanístico y arquitectónico, así como el discriminatorio menoscabo de los derechos políticos

que la recurrente estima afectados por la normativa impugnada (v. gr. leyes 1777, 2094, 2329 y 2650) en desmedro de las previsiones de los arts. 11, 13, inc. 3º, 27 y 127 de la CCBA. La complejidad fáctica y jurídica de esas cuestiones no aparece rebatida por la Sociedad actora.

Por las razones dadas, oído el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 73/83.

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 Sociedad de Fomento de Belgrano R.

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.*

CCXVIII

"PRATO, OSVALDO C/CASSABA Y OTROS S/OTRAS CAUSAS EN TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. CASSABA. Ley 1181. Honorarios profesionales. NORMA TRIBUTARIA: Aplicación retroactiva. Derecho de propiedad. Derechos adquiridos.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal pues 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 los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal cuando el escrito por el que se demanda la intervención de la CSJN no constituye una crítica fundada y suficiente de la sentencia del Tribunal que es objeto del recurso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

3. Corresponde conceder el recurso extraordinario en tanto el recurrente sostiene que el art. 62, inc. 1º, de la ley local 1181 al elegir gravar los honorarios de los profesionales afiliados a CASSABA al momento de su percepción, lo obliga a tributar por honorarios que devengó con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley sobre los que afirma detentar un derecho adquirido, lo que acarrea, a su juicio,

una aplicación inconstitucional "por retroactiva" de la norma tributaria, y la decisión recurrida mantuvo la validez de esa ley local. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5775/08 - 1º/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Osvaldo A. Prato interpuso recurso extraordinario federal (fs. 153/164 vta.) contra la decisión de fecha 7/7/2008 (fs. 135/147) mediante la cual el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

Corrido el traslado pertinente, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 172/188 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

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

2. En el caso se ha puesto en debate la validez del art. 62, inc. 1º de la ley 1181 que, en lo pertinente, establece: "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 agregado). 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 ocurre con la ley local 1181).

Aunque el Tribunal, al decidir el recurso de inconstitucionalidad planteado por el actor contra el fallo de Cámara que rechazó su recurso directo, admitió que existía una cuestión constitucional vinculada con las disposiciones de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires referidas al principio de irretroactividad de las leyes en materia tributaria, 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.

3. Además, el escrito por el que la parte actora demanda la intervención de la CSJN no constituye una crítica fundada y suficiente de la sentencia del Tribunal que es objeto del recurso. En efecto, a partir del punto IV del escrito y bajo el acápite "Agravios" el actor transcribe el art. 51 de la CCBA (fs. 157), reitera el argumento central de su planteo (fs. 157 vta./158), transcribe fallos (fs. 158/160 vta.) de los que concluye que "no caben dudas que para al [*sic*] aplicación de la normativa

importa la *causa* de los honorarios y no así su regulación o percepción, como mal pretende la resolución recurrida" (fs. 160 vta., segundo párrafo), menciona el carácter alimentario de los honorarios y agrega una cita de doctrina (fs. 160 vta.), transcribe el art. 3º del Cód. Civil (fs. 161, primer párrafo), explica la diferencia de criterio que se establece entre el art. 62, inc. 1 e, inc. 2 (fs. 161/161 vta.); transcribe un fallo de la jurisdicción federal que declaró inconstitucional la ley (fs. 162/164 primer párrafo); finalmente cuestiona la imposición de costas por no "merituar lo novedoso de la cuestión debatida. Tal es así que hubo dos disidencias al respecto" y transcribe jurisprudencia (fs. 164).

El extenso escrito sólo efectúa ciertas anotaciones puntuales referidas a la sentencia impugnada y abunda en transcripciones de pronunciamientos de otros tribunales. Ello no constituye una crítica desarrollada y suficiente de los diferentes fundamentos expresados en la sentencia para descartar la existencia de una lesión a los principios constitucionales invocados por el actor. El recurso reproduce, en sustancia, la impugnación ya resuelta por el Tribunal. El abogado Osvaldo A. Prato no ha cumplido, entonces, con el requisito de adecuada fundamentación exigido por la doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 316:420; entre muchos otros.

La ausencia de esa fundamentación deja sin sustento el recurso extraordinario federal, que debe ser denegado.

4. Por lo demás, la sentencia impugnada, para arribar a la solución mencionada —ausencia de lesión constitucional—, se basó en la interpretación de una ley local que descartaba según su texto toda lesión constitucional.

La presentación tampoco satisface otros recaudos, establecidos en el reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN.

Así, el señor Prato no satisfizo la exigencia señalada en el art. 8º de ese reglamento, ya que ha omitido transcribir los arts. 62, inc. 1º, 62, inc. 2º y 99 de la ley 1181, los arts. 5º y 8º de la ley 189, y tampoco se ha expresado respecto de su vigencia. A ese respecto, cabe señalar que la ley local 1181, base del agravio que sostiene el recurso, ha sido derogada por la ley local 2811 que, a su vez, dispone la disolución y el inicio del proceso de liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. Por las razones señaladas en lo puntos precedentes corresponde denegar el recurso extraordinario federal planteado por Osvaldo A. Prato, con costas por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68 del CPCCN).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde conceder el recurso extraordinario, con relación a la tacha de inconstitucionalidad del art. 62, inc. 1º, de la ley local 1181 que el recurrente formula sobre la base de lo dispuesto en el art. 17 de la C.N. Ello así, porque el actor sostiene que esa norma local al elegir gravar los honorarios de los profesionales afiliados a CASSABA al momento de su percepción, vino a obligarlo tributar por importes —honorarios que devengó con anterioridad a la entrada en vigencia de la 1181— sobre los que afirma detentar un derecho adquirido, lo que acarrea, a su

juicio, una aplicación inconstitucional "por retroactiva" de la norma tributaria, y la decisión recurrida mantuvo la validez de esa ley local. En tales condiciones, a ese respecto, el recurso federal se halla subsumido en la previsiones del art. 14, inc. 2º de la ley 48, por lo que debe ser concedido.

Finalmente, en cuanto al agravio relativo a la forma en que fueron impuestas las costas (a la vencida, en virtud de lo dispuesto en el art. 62 del CCAyT), coincido con el voto de mayoría en que el recurso debe ser denegado. Ello así, toda vez que, conforme lo tiene dicho la CSJN, dicha cuestión constituye una materia ajena a la vía procesal que hoy intenta el recurrente (*Fallos,* 303:145; 308:1076, entre muchos otros).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez Lozano y a la solución que propicia.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el abogado Osvaldo A. Prato, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 146, punto 2.

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 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", también del 1º/10/2008.

CCXIX

"POUILLEUX, ALBERTO MARCELO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'POUILLEUX, ALBERTO MARCELO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional.
AMPARO: Medida cautelar. Requisitos. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. Si bien el art. 22 de la ley 2145 establece la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, el esquema adoptado por la ley 402 no fue modificado, en tanto dicho precepto

mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

2. El art. 22 de la ley 2145, cuando establece que se consideran definitivas las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa, debe interpretarse a la luz de las características propias de la acción de amparo, desde cuya perspectiva, no cabe asumir que el legislador haya usado el concepto de sentencia definitiva para abarcar a todos los pronunciamientos que la ley de amparo declara apelables. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

3. El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la "sentencia definitiva" y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad "se consideran definitivas" todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa que, en una interpretación sistemática de la ley son aquellas a las que el art. 20 considera como decisiones apelables, a saber, las que disponen el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso o la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en el marco de un proceso de amparo en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. El recurso de queja deducido, más allá de dirigirse contra una sentencia definitiva, no logra delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues de acuerdo con la Constitución de la Ciudad, el nombramiento de los funcionarios y agentes de la administración es —al menos por regla— una atribución del Poder Ejecutivo (art. 104, CCBA) por lo que la arbitrariedad o ilegitimidad requerida para la procedencia de una medida cautelar en un juicio de amparo con tal objeto debería aparecer manifiestamente verosímil, y descartar cualquier grado de potestad discrecional en el órgano ejecutivo para dictar el acto y establecer su contenido. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Cabe rechazar el recurso de queja pues la declaración de inconstitucionalidad de las normas, *ultima ratio* del sistema de control judicial, requiere un marco de debate que no parece compatible con la sumaria cognición del procedimiento cautelar. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. El actor logra introducir una cuestión constitucional en tanto funda la procedencia del recurso de queja en lo dispuesto en el art. 22 de la ley 2145 y en los perjuicios irreparables que devendrían de confirmarse el decisorio de la Cámara que revocó la medida cautelar dictada por la magistrada de primera instancia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El art. 22 de la ley 2145, que establece que las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, es una ley procesal especial —regula el proceso de amparo— posterior a la ley 402, por lo que en principio tiene aptitud para modificarla. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Dictada la sentencia en un juicio de amparo, no pueden ser materia de otro proceso los aspectos vinculados a la existencia o inexistencia de una lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o ilegal de un derecho o garantía constitucional provocada por acto u omisión de autoridades públicas o particulares, ni la obligación estatal de otorgar tutela efectiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. La ley de amparo de la Ciudad califica, en principio, como "sentencias definitivas" recurribles por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior, a aquellas decisiones que deciden sobre el mérito o fondo del asunto. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Siempre que se esté ante una situación que, en principio, afecte la tutela efectiva o el derecho de defensa en juicio y que de no ser considerada en tiempo oportuno tornaría inútil el proceso, la resolución impugnada (cualquiera fuera) habilita el recurso extraordinario local, en tanto éste propone una cuestión constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La medida cautelar innovativa dictada tiende a garantizar la efectividad del proceso y el anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión es coherente con la vía del amparo, con la efectividad de la vía judicial elegida y con los aspectos fácticos y jurídicos que presenta la causa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6015/08 - 1º/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alberto Marcelo Pouilleux promovió acción de amparo contra el GCBA (en adelante GCBA), con el objeto de que se lo designe en el cargo de Controlador Administrativo de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, como consecuencia del resultado del concurso para la selección de Controladores Administrativos —cuyo reglamento fue aprobado por dec. 942/04— del que participó y en cual resultó incluido en el orden de mérito definitivo. Afirmó que ese orden de mérito debió ser tenido en cuenta para efectuar las designaciones resultantes de la ampliación de la Unidad Administrativa de Control de Faltas establecida por la ley 2128 (fs. 1/4 vta. de esta queja).

Solicitó, también, que se declarase la inconstitucionalidad de la resol. 826-LCABA/06 que incorporó a treinta y ocho (38) abogados como Controladores Administrativos de Faltas y del dec. 340/07 que derogó el dec. 942/04 y aprobó el Reglamento de Concurso para la Selección de Controladores Administrativos de Faltas y de Agentes Administrativos en Atención de Faltas Especiales. En lo que respecta a la resol. 1315-MGGC, señaló que el GCBA incurrió en una evidente contradicción que vulnera el principio de razonabilidad en tanto designa como controladores titulares a personas que no han concursado para ocupar los cargos mencionados violando así los preceptos que surgen de la ley 471 y del dec. 942/04.

Con la demanda, el actor requirió el dictado de una medida cautelar innovativa que dispusiese su designación como Controlador Administrativo de Faltas (fs. 3 vta./4). Subsidiariamente, solicitó que se ordenase al Gobierno de la Ciudad reservar a su favor un cargo de Controlador Administrativo de Faltas de la Unidad Administrativa de Control de Faltas del Gobierno de la Ciudad y se abstuviese de efectuar designaciones dentro de la citada Unidad, a resultas de esta acción.

2. La jueza de primera instancia ordenó al GCBA que —hasta tanto se resolviese la cuestión principal— incorporase en el cargo de controlador administrativo de faltas al actor (fs. 9/13 vta.).

Para ello, tuvo en cuenta que el amparista se encontraba en el puesto número sesenta y cinco (65) del orden de mérito definitivo del concurso sustanciado conforme el dec. 942/04. En este sentido, señaló que parecía razonable interpretar que la cláusula transitoria tercera de la ley 2128 no pretendió avasallar el concurso sustanciado a tenor del dec. 942/04. Concluyó que, al ocupar la posición antes apuntada en el orden de mérito, hubiera correspondido que, como resultado de la ampliación dispuesta por la ley 2128, se designase primero a las personas que atravesaron las exigencias legales impuestas. Destacó que dichos concursantes tienen prelación frente a quienes no integraren un orden de mérito en ese, ni en ningún otro concurso. Afirmó que este grupo de personas podrían ser designadas en forma transitoria hasta un nuevo llamado a concurso en dicho carácter. Ponderó, también, que el GCBA podría poner en funciones a los nuevos controladotes administrativos, en forma inminente, con el consiguiente perjuicio para el actor.

3. Contra dicha decisión se alzó el GCBA (fs. 58/63 del incidente de apelación de la medida cautelar). Contestado el memorial por la parte actora (fs. 5/8 vta. de esta queja), la Cámara de Apelaciones —en atención al estrecho marco cognoscitivo propio de medidas como la solicitada y en mérito a los elementos de juicio obrantes hasta ese momento en autos— admitió el recurso de apelación interpuesto y revocó la sentencia apelada (fs. 82/86 vta. del incidente de apelación de la medida cautelar).

Para así decidir consideró que: *a)* la medida requerida en estas actuaciones era de carácter innovativa, es decir, pretendía una modificación de la situación jurídica existente y no un mantenimiento; *b)* no se advertían fundamentos suficientes —frente al complejo marco normativo que reseñó— para acceder a la tutela solicitada; *c)* más allá de las interpretaciones que pudiesen formularse en torno al art. 31 del dec. 942/04, lo cierto es que, en todo caso, los controladores que debían nombrarse en ese contexto legal eran cincuenta; *d)* los controladores de faltas designados mediante la resol. 117-MGGC/07 ejercen el cargo de manera *transitoria* hasta tanto se sustancie el respectivo concurso; *e)* el dictado del dec. 340/07 tendió a regularizar la situación planteada con la sanción de la ley 2128, que en principio pareció admitir un proceso discrecional de designación de controladores; *f)* la eventual determinación de quiénes serían las personas que accederían a tales cargos se hallaba supeditada al desarrollo de un concurso público de oposición y antecedentes, en los términos

exigidos por la Constitución de la Ciudad, por lo que *prima facie* no cabía afirmar que la ley 2128 afectaba en forma manifiesta un derecho adquirido del actor; y g) la vía para acceder a tales cargos consistiría en la participación en el nuevo concurso regulado por el dec. 340/07.

4. El actor planteó recurso de inconstitucionalidad contra lo decidido por la alzada (fs. 20/34). Adujo que tratándose de una resolución emanada del tribunal superior de la causa, debía considerársela definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, en virtud de lo establecido por el art. 22 de la ley 2145. Sostuvo, también, que la sentencia recurrida: *a)* resultaba equiparable a definitiva, pues al no ser susceptible de ser revisada mediante recurso ordinario alguno, le provocaba un perjuicio irreparable insusceptible de ser evitado; *b)* había convalidado lo actuado por el Gobierno de la Ciudad, situación que agraviaba sus legítimos derechos constitucionales, tales como el de igualdad, de no discriminación negativa, de la idoneidad como único requisito para el acceso a los cargos públicos, el de propiedad, el de trabajar y la garantía institucional de ingreso y promoción en el empleo público y el principio de razonabilidad en la interpretación, aplicación y sanción de normas y actos por las autoridades públicas, así como el debido proceso.

Tachó de arbitraria la sentencia porque, según afirmó en dicha oportunidad, ella: *a)* incurrió en el error de considerar que el concurso (dec. 942/04) fue llamado para cubrir cincuenta cargos; *b)* entendió que el dec. 340/07 *prima facie* tendía a regularizar la situación planteada con la sanción de la ley 2128; y *c)* no daba ninguna explicación, ni siquiera hacía mérito de los motivos por los que las treinta y ocho (38) personas designadas tenían derecho a un nombramiento transitorio y él —que había acreditado su idoneidad— no tenía derecho a ningún tipo de resguardo.

5. La Sala I, previo traslado del recurso de inconstitucionalidad deducido por el actor a la parte contraria (el que fue contestado a fs. 130/132 vta. del incidente de apelación de la medida cautelar), denegó la concesión del recurso en atención a que *a)* el pronunciamiento impugnado no constituía sentencia definitiva, ni podía ser equiparada a tal; *b)* tampoco el actor había logrado justificar el carácter irreparable del perjuicio que alegaba; y *c)* no se encontraba configurada la causal de arbitrariedad (fs. 36/37 de esta queja).

6. Contra dicha denegatoria, el actor interpuso el presente recurso de queja que tramita en autos (fs. 38/58).

En apretada síntesis sostiene que la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad resulta arbitraria en tanto: *a)* se aparta abiertamente de la norma del art. 22 de la ley 2145 que considera definitivas —a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal— a todas las resoluciones emanadas de los tribunales superiores de la causa, inclusive las referidas a medidas cautelares dictadas en los procesos de amparo; *b)* entiende que no se ha invocado ni acreditado el perjuicio irreparable, cuando la resolución objeto del recurso de inconstitucionalidad lo privó de seguir ejerciendo el cargo de Controlador Administrativo de Faltas, así como del ingreso consecuente y provocó la vacancia de este cargo.

7. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto se pronunció por el rechazo de la queja, en tanto el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva ni la parte ha demostrado la existencia de un gravamen irreparable (fs. 65/67 vta. de esta queja).

Fundamentos:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La cuestión planteada en estas actuaciones es análoga a la resuelta por este tribunal *in re* autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, de fecha 27/8/2008.

Cabe reiterar, por tanto, los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido.

2. El recurrente postula que el pronunciamiento impugnado constituye una sentencia definitiva en virtud del significado que, a su entender, la ley de amparo atribuye a esa categoría. La normativa en cuestión, art. 22 de la ley 2145 prevé, para lo que ahora importa, que "[l]as sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad". Es cierto, entonces, que esa norma establece cuál es la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, pero también lo es que no fue modificado el esquema adoptado por la ley 402, en tanto el precepto mencionado, mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas.

El matiz que presenta la normativa aludida, cuando establece que se considerarán definitivas las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa, debe interpretarse a la luz de las características propias de la acción de amparo. Desde esa perspectiva, no cabe asumir que el legislador haya usado el concepto de sentencia definitiva para abarcar a todos los pronunciamientos que la ley de amparo declara apelables. Antes bien, resulta lógico concluir que la noción aludida estuvo orientada a superar el debate que pudiera suscitarse en torno al carácter de cosa juzgada formal que la ley atribuye a las sentencias que contempla el art. 18 de la ley 2145 —aquellas que dejan "subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo"— y su condición de pronunciamiento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad; solución ésta destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo, si el recurrente demuestra que la decisión compromete la interpretación y/o aplicación de cláusulas de la C.N. y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de LP).

La opción legal adoptada, entendida con ese alcance, también logra equilibrar la necesidad de imprimir un trámite veloz al amparo, sin excluir toda revisión de la instancia extraordinaria prevista en el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, para admitirla

en relación con la sentencia que resuelve el amparo, y negarla, como principio, respecto del resto de los pronunciamientos apelables durante el proceso de amparo. Al respecto, el significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no al menos mientras no haya razones para equipararlos excepcionalmente a definitivas.

Aclarado el significado que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145, resulta evidente que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar otorgada en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva.

3. En efecto, el actor sostiene que la sentencia recurrida le provoca "dos perjuicios irreparables, consistente, *el primero,* en la *pérdida de su trabajo, único medio de subsistencia con que cuenta el actor*" y "El *segundo perjuicio irreparable* consiste en que la resolución de Cámara al separarme del cargo que ocupara (...) como Controlador Administrativo de Faltas provoca la vacancia del mismo. Esta circunstancia permite al Gobierno de la Ciudad designar a otra persona en el cargo que esta parte sostiene le corresponde por derecho, (lo cual ha sido reconocido por la resolución de primera instancia), lo cual haría imposible el cumplimiento de una sentencia final favorable a la pretensión de esta parte debido a que *la designación de terceras personas como controladores administrativos de faltas en el cargo que ocupo tornaría ilusoria, atemporal e ineficaz la decisión jurisdiccional favorable*, puesto que generaría un derecho subjetivo de la persona nombrada" (fs. 38 vta./39 expediente de queja, el destacado corresponde al texto transcripto).

En este sentido, cabe señalar que con anterioridad al inicio de la acción de amparo el actor no revistaba en el cargo de Controlador Administrativo de Faltas, sino que fue la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia la que ordenó su incorporación, hasta tanto se resolviese la cuestión principal. Dicha incorporación —en la mejor de las hipótesis para el actor— tampoco fue efectuada con carácter definitivo (como lo peticionó en su cautelar) sino en forma provisoria, limitada en el tiempo y sujeta al resultado de la acción principal. En tal contexto, por un lado, el curso de acción seguido por el accionante no resulta ajeno al perjuicio que invoca, y por otro, tampoco brinda el recurrente motivos que permitan atribuir al obrar de la administración una injerencia preponderante para originar las consecuencias que el actor postula como de insuficiente reparación ulterior.

4. Ello así, los agravios constitucionales articulados por el recurrente podrán, si subsisten y se verifican el resto de los recaudos pertinentes, ser analizados por el Tribunal en ocasión de revisar la sentencia definitiva.

En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja articulada por Alberto Marcelo Pouilleux.

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. Tal como lo destaca el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, la cuestión planteada en el *sub examine* resulta análoga a la resuelta por este Tribunal *in re*: "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, sent. del 27 de agosto del corriente año, por lo que cabe hacer aplicación de los argumentos pertinentes que fueran desarrollados en aquella oportunidad.

Al igual que en el precedente aludido, el actor viene en queja ante el Tribunal a fin de sostener el recurso de inconstitucionalidad que fuera interpuesto contra la decisión de la Cámara que revocó la medida cautelar concedida por la señora jueza de primera instancia que había dispuesto su incorporación en el cargo de controlador administrativo de faltas hasta tanto se resolviese la acción principal incoada.

2. Ahora bien, el art. 27 de la ley 402 sólo permite cuestionar ante el tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad "las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa", entendiéndose por tales, por regla, aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida. El art. 22 de la ley 2145 que regula la acción de amparo en la Ciudad, por su parte, expresa que "[l]as sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad".

Así, la expresión "las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa" no parece referirse únicamente a las sentencias definitivas (en el sentido más usual señalado en el párrafo anterior), ya que, a ese respecto, hubiera bastado con la previsión del art. 27 de la ley 402 y, como lo ha dicho la CSJN, no es dable suponer la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Algo más, y distinto, quiere decir la ley de amparo de la Ciudad.

El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la "sentencia definitiva" y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad "se consideran definitivas" todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa. ¿Cuáles son, entonces, esas sentencias? Una interpretación sistemática de la Ley de Amparo me inclina a pensar que son aquellas a las que el art. 20 del apuntado plexo legal considera como decisiones *apelables*, a saber, las que disponen "el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares".

Independientemente de la opinión que me merezca la solución legal adoptada, sobre todo a partir de la caracterización de la vía en el art. 14, CCBA como rápida y expedita, el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones, reguló de esa forma especial el recurso de inconstitucionalidad para la acción de amparo.

Por otra parte, debe recordarse que la Constitución de la Ciudad al regular el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal establece que procederá en "*ca-*

sos" que "versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución" (art. 113, inc. 3º). No hay entonces en la Constitución referencia alguna al tipo de sentencia en la cual se produce tal interpretación o se practica la aplicación de esas normas constitucionales.

Además, las partes en este juicio no han formulado planteos contrarios a la validez de las normas procesales involucradas sino que, por el contrario, el actor ha invocado en su favor la regulación contenida en el art. 22 de la ley de amparo.

En consecuencia, entiendo que en este caso la sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

3. Sin perjuicio de ello, entiendo que el recurso de queja deducido —más allá de dirigirse contra una sentencia que estimo definitiva— no logra delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, por los motivos que se expondrán a continuación.

4. Antes de adentrarme en el estudio del recurso de marras, entiendo necesario formular las siguientes puntualizaciones.

En primer término, de acuerdo con la Constitución de la Ciudad, el nombramiento de los funcionarios y agentes de la administración es —al menos por regla— una atribución del Poder Ejecutivo (art.104, CCBA) [este Tribunal, *in re*: "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja pro recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5860/08, sent. del 7/7/2008], por lo que la arbitrariedad o ilegitimidad requerida para la procedencia de una medida cautelar en un juicio de amparo con tal objeto —que pretende, aún en forma provisoria, sustituir al Jefe de Gobierno en la designación de un empleado— debería aparecer manifiestamente verosímil, y descartar cualquier grado de potestad discrecional en el órgano ejecutivo para dictar el acto y establecer su contenido.

En segundo lugar, la declaración de inconstitucionalidad de las normas, *ultima ratio* del sistema de control judicial, requiere un marco de debate que no parece compatible con la sumaria cognición del procedimiento cautelar.

Por último, en tanto la medida peticionada no persigue el mero mantenimiento de una situación de hecho preexistente —para impedir que los cambios puedan frustrar el resultado del pleito—, sino lisa y llanamente la modificación del *status quo*, se impone una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que la tornan procedente. En el caso, el actor pretende —ni más ni menos— que cautelarmente se lo designe como Controlador Administrativo de Faltas (fs. 3 vta./4 de los autos principales).

Bajo estos parámetros pasaré a considerar los planteos del apelante teniendo en cuenta que el problema central que se plantea pasa por determinar si —en este estado del proceso— resulta procedente ordenar al GCBA como medida precautoria que incorpore al recurrente en el cargo de controlador administrativo de faltas

hasta que se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión debatida. Para lograr lo pretendido por el actor, como se verá, debería prescindirse de la aplicación de distintas normas vigentes que gozan de presunción de legitimidad e impiden el acceso, incluso provisorio, al cargo que se reclama.

5. El recurrente argumenta que la verosimilitud del derecho (y la existencia de un caso constitucional) estaría dada por vulneración de diversos derechos y garantías en que habría incurrido la demandada con su proceder; como, por ejemplo, de la garantía de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), de su derecho de propiedad (art. 17, C.N.); del derecho de acceso a la carrera administrativa por especialidad mediante concurso público abierto (art. 43, CCBA) y diversos derechos del trabajador consagrados en los arts. 43 y 44 de la CCBA (fs. 50 vta./54 vta., punto V.2 del recurso de queja).

Sin embargo, en momento alguno refiere qué norma lo habilitaría a peticionar, en el sentido en el que lo hace, su designación como Controlador Administrativo de Faltas.

6.a) No podría considerarse —en principio y más allá de lo que se decida en su hora luego de sustanciarse debidamente el proceso— que el dec. 942/04 sea esa norma, pues el concurso se hallaba destinado a seleccionar *treinta (30) titulares y veinte (20) eventuales reemplazantes* para cubrir los cargos de Controladores Administrativos de Faltas, y el actor obtuvo el puesto número *sesenta y cinco (65)* en el Orden de Mérito Definitivo del apuntado procedimiento de selección.

Si el GCBA —con el objeto de cubrir la ampliación hasta un máximo de noventa (90) Controladores Administrativos de Control de Faltas, autorizado por la ley 2128— optó mediante resol.1315-MGGC/06 por designar a dieciocho (18) personas que habían resultado seleccionadas como eventuales reemplazantes, tal decisión —contrariamente a lo sostenido por el actor— no aparece *prima facie* valorada, al menos a los fines de decidir la medida cautelar, como manifiestamente arbitraria o ilegal, si se tiene en cuenta que el recurrente —al haber obtenido el puesto número sesenta y cinco (65) en el concurso sustanciado por el dec. 942/04— no se encontraba dentro de esa categoría (la de los eventuales reemplazantes).

6.b) Por otra parte, en relación con los agentes designados mediante resol. 117-MGGC/07, y aun cuando se entendiese que el actor se encontraba en igualdad de condiciones para ser incorporado a tales cargos, tampoco se advierte, en este estado liminar del proceso, una manifiesta arbitrariedad en tales designaciones, que, como se adelantó, tuvieron *sustento legal en la cláusula transitoria tercera de la ley 2128, y se realizaron con carácter transitorio;* es decir, hasta tanto se designase a los agentes en *forma definitiva,* conforme a los resultados del *Concurso convocado por el dec. 340/07,* en los términos del art. 4º del Anexo de la ley 591 (tal como expresamente se explica en la motivación del dec. 340/07).

Este actuar de la Administración se compadecería con la normativa general que rige el ingreso a la carrera administrativa, en tanto difiere la designación definitiva de los agentes al resultado del concurso convocado por dec. 340/07. La

suspensión de la evaluación convocada en tal procedimiento de selección —que el actor estima relevante para que se decida en su favor—, tampoco posee la gravitación pretendida en esta fase cautelar, en tanto no se advierte que provoque por sí sola la falta de "seriedad" *(sic)* del concurso, de acuerdo con los fundamentos expresados en la resol. 1129-MGGC/07 que no han sido controvertidos (fs. 50, expediente de queja).

7. Desde otro ángulo, el actor sostiene que la sentencia recurrida le provoca "dos perjuicios irreparables, consistente, *el primero,* en la *pérdida de su trabajo, único medio de subsistencia con que cuenta el actor..."* y "(e)l *segundo perjuicio irreparable* consiste en que la resolución de Cámara al separarme del cargo que ocupara (...) como Controlador Administrativo de Faltas provoca la vacancia del mismo. Esta circunstancia permite al Gobierno de la Ciudad designar a otra persona en el cargo que esta parte sostiene le corresponde por derecho, (lo cual ha sido reconocido por la resolución de primera instancia), lo cual haría imposible el cumplimiento de una sentencia final favorable a la pretensión de esta parte debido a que *la designación de terceras personas como controladores administrativos de faltas en el cargo que ocupo tornaría ilusoria, atemporal e ineficaz la decisión jurisdiccional favorable*, puesto que generaría un derecho subjetivo de la persona nombrada" (fs. 38 vta., expediente de queja, el destacado en negritas y mayúsculas corresponde al texto transcripto).

En este sentido, cabe señalar que, con anterioridad al inicio de la acción de amparo, el actor no revistaba en el cargo de Controlador Administrativo de Faltas, sino que fue la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia la que ordenó su incorporación, hasta tanto se resolviese la cuestión principal. Dicha incorporación —en la mejor de las hipótesis para el actor— tampoco fue efectuada con carácter definitivo sino en forma provisoria, limitada en el tiempo y sujeta al resultado de la acción principal.

Por lo demás, de las constancias obrantes en el expediente no se desprende una inminente designación de controladores que vaya a completar de manera definitiva y final el total de las vacantes en juego.

8. En cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado (fs. 48 vta./50 vta., expediente de queja), 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 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

Por las razones expuestas, propicio rechazar la presente queja.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La presente causa es análoga a la resuelta en autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008.

En atención a la circunstancia que señalo en el párrafo anterior y a fin de emitir opinión en el caso de autos, me remito a los fundamentos que expusiera en el precedente indicado de cuya sentencia habrá de agregarse copia.

Voto, pues, por: *a)* admitir los recursos de queja y de inconstitucionalidad que interpusiera el señor Alberto Marcelo Pouilleux a fs. 38/58 y a fs. 20/34, respectivamente, *b)* revocar la sentencia que emitiera la Sala I de la Cámara CAyT a fs. 14/19, *c)* confirmar la medida cautelar dictada en primera instancia, *d)* agregar a este expediente copia de la resolución del 27/8/2008 emitida por el Tribunal en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08 y, *e)* ordenar que se notifique la presente decisión con copia de la sentencia indicada en el punto d).

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 Alberto Marcelo Pouilleux.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 27/8/2008, en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/otros procesos incidentales en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" (expte. nº 5872/08).

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

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

CCXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/WILTON SACIFI Y DICKENS SACIFI S/EJECUCIÓN FISCAL - ABL'"

RECURSO DE QUEJA. EJECUCIÓN FISCAL: Excepción de inhabilidad de título. LEGITIMACIÓN PASIVA: Sentencia definitiva. Caso constitucional. Cuestión de hecho. Derecho común.

SUMARIOS:

1. Las decisiones dictadas en un juicio ejecutivo no pueden ser calificadas como sentencia definitiva, en tanto no clausuran una oportunidad posterior de

constatar la obligación en un juicio ordinario. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. No existe una sentencia definitiva pues cualquiera que sea el fundamento del rechazo del título ejecutivo, tiene sólo valor formal (por injusto que él sea) y, por lo tanto, la Ciudad de Buenos Aires tiene oportunidad de verificar los extremos de la obligación tributaria de los deudores en el proceso ordinario que corresponda y con la prueba que sea necesaria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La discrepancia del GCBA con la sentencia impugnada se plantea con respecto a cuestiones de hecho, de interpretación del título ejecutivo y de derecho común, cuestiones ajenas al objeto del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Cabe rechazar el recurso de queja desde que el ejecutante no explica por qué el análisis efectuado por la Cámara respecto de la excepción de inhabilidad de título opuesta en el marco de un juicio de ejecución fiscal le impide iniciar un juicio de conocimiento contra el propietario anterior y debatir allí la procedencia de la deuda. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Si bien la sentencia recaída en juicios ejecutivos, en principio no reviste el carácter de definitiva, corresponde equipararla a tal, pues en virtud de no habérsele reconocido legitimación pasiva al ejecutado, el Fisco local no podrá en el futuro hacer valer sus derechos contra él en otra oportunidad procesal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. Corresponde rechazar el recurso de queja pues el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara sólo contiene una genérica invocación de que se hallan vulnerados los principios de legalidad, propiedad, defensa en juicio e igualdad y autonomía de la Constitución Nacional, así como los arts. 9º a 13, 51, 102 y 104 de la CCBA, que no resulta suficiente para superar que no se ha logrado exponer con claridad y precisión un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

7. El recurso de inconstitucionalidad está dirigido contra una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, si la Cámara se expidió con relación a la obligación de fondo, impidiendo de esta manera que dicha discusión pueda tener lugar en un proceso ordinario ulterior. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5515/07 - 1º/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA (en adelante: GCBA) promovió ejecución fiscal contra el propietario del inmueble sito en la calle Florida 663, PB 8, partida 3.609.145, por

cobro de diferencias en concepto de Contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos y Aceras (ley 23.514, decs. 2107/92 y 606/96), por la suma de $ 152.709,18, más sus intereses y costas (fs. 3/4 vta., expediente principal —en lo que sigue la indicación de fojas corresponde a ese expediente—). Posteriormente denunció como demandado al señor Walterio Roberto Worst (fs. 7). Por otra presentación (fs. 15) el GCBA enderezó la demanda contra Wilton Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera e Inmobiliaria y Dickens Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera e Inmobiliaria (en adelante: WyD).

WyD opuso excepción de inhabilidad de título, fundada, principalmente, en no haber sido propietario del inmueble durante el período en que se habría generado la obligación ejecutada (fs. 156/159 vta.).

El juez de primera instancia rechazó la excepción y ordenó llevar adelante la ejecución, con intereses y costas (fs. 343/344 vta.).

2. WyD apeló la sentencia. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "*1)* Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la resolución recurrida en todo cuanto ha sido materia de apelación y agravio. *2)* Desestimar la ejecución intentada. 3) Imponer las costas en ambas instancias a la accionante...". El tribunal consideró que el ejecutado no era el poseedor del bien durante el período ejecutado y no asumió la responsabilidad patrimonial por las obligaciones tributarias pendientes al momento de adquirirlo, y que el escribano que intervino en la compraventa solicitó oportunamente, y obtuvo de la Dirección General de Rentas, el certificado de libre deuda, por lo que fue el ente recaudador quien no informó correctamente la existencia de créditos pendientes (fs. 383/384 vta.).

3. El GCBA planteó recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia (fs. 401/419). Alegó que la decisión soslaya los principios constitucionales de congruencia, igualdad ante la ley, propiedad, defensa en juicio, legalidad y razonabilidad y que afecta el régimen rentístico de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99, 129 de la C.N. y 9º, 10, 12, 13, 51, 102 y 104 de la CCBA).

Previa contestación del traslado por la ejecutada (fs. 421/422), la Sala I denegó la concesión del recurso porque no se dirigía contra una sentencia definitiva, no versaba sobre cuestiones constitucionales y no presentaba los supuestos que habilitan el motivo de arbitrariedad (fs. 424/425).

4. Ante el rechazo, el GCBA planteó ante el TSJBA el recurso de hecho (fs. 100/114 vta., expte. de queja). Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició su rechazo: no se atacaba una sentencia definitiva, pues "los pronunciamientos dictados en juicios ejecutivos no son revisables mediante esa vía por no constituir, como regla, sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, exigencia ésta que no se suple mediante la invocación de cláusulas constitucionales" (fs. 125/127, expte. de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja, no obstante haber cumplido el recurrente con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, no puede prosperar.

2. La Sala I ya denegó el recurso fundada en que la impugnación no se dirigía contra una sentencia definitiva, pues, por regla, las decisiones que se dictan en un juicio ejecutivo no pueden ser calificadas así.

Es extremamente dudoso que la decisión de la Cámara configure una *sentencia definitiva*, requisito exigido por el art. 27 de la ley 402 para la procedencia del recurso. Bien mirado el caso —y confieso que una mirada más profunda debí dar una vez conocida la opinión de mi colega, el juez Luis Lozano— se trata, en verdad, de una excepción por inhabilidad de título en una ejecución fiscal resuelta por la Cámara a favor del excepcionante, el ejecutado. Rige, entonces, la jurisprudencia unívoca del Tribunal acerca de que, por regla, esas decisiones del juicio ejecutivo no constituyen sentencia definitiva, en tanto no clausuran una oportunidad posterior de constatar la obligación en un juicio ordinario, tal como lo exponen la Cámara y el señor Fiscal General Adjunto en la decisión de rechazo del recurso y el dictamen sobre la improcedencia de la queja, respectivamente.

La confusión se produce al rechazar la Cámara formalmente el título ejecutivo para promover la ejecución, pero con fundamentos materiales: los ejecutados no serían poseedores del inmueble en cuestión durante el período ejecutado y tampoco corresponde que asuman responsabilidades patrimoniales por obligaciones tributarias previas a la adquisición del inmueble.

Para entender que aquí no existe una *sentencia definitiva*, a pesar de los fundamentos del rechazo del título, basta comprender que, cualquiera que sea el fundamento, el rechazo tiene sólo valor formal (por injusto que él sea) y que, por lo tanto, la Ciudad de Buenos Aires tiene oportunidad de verificar los extremos de la obligación tributaria de los deudores en el proceso ordinario que corresponda y con la prueba que sea necesaria (p. ej.: los ejecutados eran poseedores del inmueble antes de adquirir su dominio). En suma, la Cámara no puede darle otro valor a su decisión que aquella que la ley procesal le concede en los juicios ejecutivos: el simple rechazo de la ejecución porque el título ejecutivo, expedido por la propia Ciudad de Buenos Aires, no la funda.

3. No obstante lo señalado en el punto anterior, fue correcta también la decisión de la Sala de no conceder el recurso de inconstitucionalidad porque en el caso no se debate cuestión alguna que involucre un genuino caso constitucional.

Por lo contrario, la discrepancia del GCBA con la sentencia impugnada se plantea con respecto a cuestiones de hecho (si se pidieron o no los certificados de libre deuda en forma correcta), de interpretación del título (certificados expedidos por la DGR) y de derecho común (alcance de los deberes impuestos por la ley 22.427), cuestiones ajenas al objeto del recurso de inconstitucionalidad. Precisamente, la opinión que me hizo cambiar el rumbo inicial seguido en mi voto, ya

citada, abunda en el examen de los hechos que provocaron el titulo, por imperio de la cuestión de fondo que constituye tan sólo el fundamento de la decisión de rechazo de la vía ejecutiva por excepción. Cualquiera que sea el grado de acierto de ese examen sobre los hechos entiendo que no es competencia del TSJBA por la vía del recurso de inconstitucionalidad. No existe en esa opinión alusión alguna a una regla constitucional lesionada, mucho menos a cualquiera de las enumeradas proficuamente por el recurrente

4. Las numerosas referencias a la arbitrariedad de la sentencia, vinculadas con tales tópicos, intentan, de modo oblicuo, que el TSJBA considere y decida aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional, actividad para la cual él no resulta competente. La arbitrariedad denunciada múltiplemente en el recurso de inconstitucionalidad de la actora, no alude a otra realidad distinta —semánticamente— que la voz agravio, más utilizada académicamente para señalar un presupuesto de todos los recursos. Y ella, a su vez, no significa otra cosa que el perjuicio que la decisión provoca por no haber aceptado los puntos de vista del recurrente en cuanto a la valoración del caso y a la determinación de la norma jurídica que le da solución. Como lo he señalado 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).

Sin embargo, más allá del grado de rigidez personal en cuanto a esta doctrina, remarco que el recurrente, en su crítica de la sentencia, tampoco ha demostrado a través de la invocación de este motivo un déficit de fundamentación que permita invalidar el pronunciamiento en crisis como un acto jurisdiccional defectuoso.

La propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que "la (...) arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación" (*Fallos,* 323:2879). Asimismo, la Corte sostiene que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente: "[esta doctrina] 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: "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sent. del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 912/01, resolución del 5/12/2001; *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.).

Dicho con otras palabras: el GCBA no demostró que sus planteos superen la simple discrepancia sobre la interpretación de los hechos y sobre las normas infraconstitucionales que menciona, ni que la sentencia recurrida presente graves vicios lógicos o defectos insuperables de fundamentación.

5. La referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales —en el caso: los principios constitucionales de congruencia, igualdad ante la ley, propiedad, defensa en juicio, legalidad y razonabilidad, y el régimen rentístico de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99, 129 de la C.N. y 9, 10, 12, 13, 51, 102 y 104 de la CCBA)— si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf., entre tantos otros, "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sent. del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia*, t. II, pp. 20 y ss.).

6. Por lo tanto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta por el GCBA.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 100/114 vta. cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra el pronunciamiento de la Sala I que revocó la decisión del juez de grado y desestimó la ejecución fiscal intentada.

Los magistrados explicaron que el recurso cuya copia luce a fs. 74/92 no se dirigía contra una sentencia definitiva, que no se había logrado exponer adecuadamente un caso constitucional y que no resultaba aplicable la doctrina de la arbitrariedad.

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 deducido por el Gobierno.

Anticipo que, en mi opinión, el GCBA no alcanza a acreditar que la sentencia de la Cámara sea definitiva o asimilable (art. 27, ley 402).

Los jueces advirtieron con acierto que, en principio, las decisiones adoptadas en el marco de procesos ejecutivos no son definitivas y que en el caso de autos el recurrente no había demostrado que la sentencia impugnada pudiera equipararse a una resolución de tal carácter.

El actor intenta justificar la equiparación que pretende manifestando que "(...) al haberse expedido el sentenciante con respecto al fondo de esta ejecución fiscal, no existe ninguna instancia ni judicial ni administrativa, por la cual pueda mi parte reclamar o debatir sobre el crédito fiscal adeudado..." (fs. 101 vta.).

El argumento del ejecutante no se sostiene. El Gobierno no explica por qué el análisis efectuado por la Sala I respecto de la excepción opuesta en estas actua-

ciones le impide iniciar un juicio de conocimiento contra el propietario anterior y debatir allí la procedencia de la deuda. Nótese, en este sentido, que tal posibilidad le es reconocida por el juego armónico de los arts. 13 y 48 de la ordenanza fiscal texto ordenado en 1992 (reproducidos en lo relevante en las sucesivas ordenanzas fiscales de los períodos reclamados) con las disposiciones de la ley 22.427.

La Cámara se limitó a evaluar si WyD tenía legitimación pasiva y concluyó que no. Y el Fisco no demuestra que para así decidir los magistrados hubieran avanzado sobre aspectos que excedieran el marco de la excepción introducida por la ejecutada como así tampoco que se hubieran pronunciado respecto de la existencia o no del crédito del que dice ser titular.

En lo que resta del capítulo IV a) del escrito en examen, el accionante transcribe fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Tribunal en los que resoluciones dictadas en juicios ejecutivos fueron equiparadas a sentencias definitivas. No obstante, no indica cuáles son las similitudes entre tales antecedentes y los hechos de este caso ni por qué dicha jurisprudencia debería ser aplicada en el marco de la presente ejecución fiscal.

En síntesis, los señalamientos de la Ciudad no son suficientes para demostrar la existencia de un gravamen irreparable que permitiera equiparar la decisión recurrida a una sentencia definitiva.

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 lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 100/114 vta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de tramite, doctor Julio B. J. Maier, en el sentido que, aunque interpuesta en tiempo y forma (conf. art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable.

2. Tanto en esta queja como en el recurso de inconstitucionalidad se cuestiona la decisión de la Cámara que, en el marco de una ejecución fiscal promovida por cobro en diferencias en concepto de Contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos y Aceras, ley 23.514, dec. 2107/92 y 606/96) en concepto de unificación de partidas horizontales, hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada.

Si bien la sentencia recaída en juicios ejecutivos, en principio no reviste el carácter de definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, tengo para mí que

en estos actuados la recurrente invoca y logra demostrar que procede equiparar el pronunciamiento aquí atacado, a uno de tal carácter.

Al tratar esta cuestión en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad —fundamental para que se habilite la jurisdicción recursiva del Tribunal en el caso, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402—, la Procuración General de la Ciudad sostiene: "El recurso de inconstitucionalidad se opone contra un decisorio que concluye la cuestión, lesionando de manera irremediable el derecho de defensa en juicio y la recaudación de la Ciudad de Buenos Aires, afectando la normal percepción de la renta pública, causando un agravio de imposible reparación ulterior... // Asimismo en el caso de autos el decisorio recurrido resulta ser una sentencia definitiva en tanto, al menos en apariencia, decidió sobre el fondo de la cuestión litigiosa en debate y tiene la virtualidad fundamental de agotar la jurisdicción del Tribunal que la dicta.... // Tal como surge de estos autos, en la sent. del 26/12/2006, la Sala I del Fuero Contencioso Administrativo decidió rechazar la presente ejecución fiscal, haciendo lugar a la excepción de inhabilidad de título, analizando la causa de la obligación, no aplicando lo que la ley establece resulta ser la Ordenanza Fiscal (t.o. 1998) y la ley 22.427, dejando de esta manera de lado las normas que rigen el proceso de ejecución fiscal" (conf. fs. 75/77).

Téngase en cuenta que el *a quo* en oportunidad de resolver la apelación interpuesta sostuvo que "el demandado no se encuentra obligado al pago de la deuda reclamada" (conf. fs. 70) y "que la acción intentada contra el contribuyente resulta manifiestamente improcedente" (conf. fs. 71), por considerar que el ejecutado no era el poseedor del bien durante el período ejecutado y, además, porque no había asumido la responsabilidad patrimonial por las obligaciones tributarias pendientes al momento de la celebración de la escritura traslativa de dominio.

En suma, en virtud de no habérsele reconocido legitimación pasiva al ejecutado, el Fisco local no podrá en el futuro hacer valer sus derechos contra él en otra oportunidad procesal, por lo que, conforme a la doctrina de nuestro Máximo Tribunal (conf. *Fallos,* 320:1251, 1793; 321:1748, 2093; y 323:816 y 2793, entre otros), el pronunciamiento debe ser equiparado a uno definitivo.

3. Adviértase que de la escritura de compra venta de las unidades funcionales del inmueble sito en la calle Florida 651/653, surge que el aquí demandado las adquirió el 3/8/1998, es decir con posterioridad a los períodos comprendidos entre los años 1993 y 1998 que se reclaman en la presente ejecución, y que al momento de efectuarse la transferencia del dominio del inmueble, el escribano que intervino solicitó a la Dirección General de Rentas un certificado de libre deuda en el cual no constaba la deuda aquí ejecutada, ni referencia alguna a que había procedido una unificación de partidas, sino tan sólo una atestación manuscrita que consignaba: "Verificar nueva pda.".

Al respecto cabe señalar que la ley 22.427 exige que el escribano interviniente en las operaciones de transferencia de derechos reales sobre inmuebles obtenga "el certificado de libre deuda o el pago o retención del monto que resulte del certificado de deuda líquida y exigible expedido por el órgano recaudador" para poder proceder a la autorización del acto, y que, en el caso de que dicho órgano recaudador no se

expida en el plazo previsto o "cuando en la constancia no se especifique la deuda líquida y exigible, podrá el escribano proceder a la transferencia del derecho real y su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble" (conf. arts. 1º, 2º, 3º).

En este sentido, la Sala I de la Cámara en el pronunciamiento que aquí se ataca señala: "La circunstancia de que se haya hecho constar en el mencionado documento en forma manuscrita, la necesidad de verificar una nueva partida, no puede perjudicar al adquirente. Ello así pues... recaía sobre la administración el deber de informar en forma completa sobre toda deuda líquida y exigible que estuviese relacionada con el inmueble, lo cual fue incumplido por el órgano recaudador" (conf. fs. 70 vta.). Argumento que no ha sido eficazmente rebatido en el recurso.

Por lo demás, estimo que resulta oportuno traer a colación que conforme a un antiguo y significativo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaído *in re*: "Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas" (*Fallos*,10:203), sent. del 27/6/1871, es dable exigir que la Administración Fiscal, en el caso la Dirección General de Rentas, sea *leal, franca y pública en sus actos*, lo que también resulta aplicable, sin dudas, al *sub examine*, en tanto pareciera que la atestación consignada en los certificados no alcanza a suplir el hecho de que el fisco no podría reclamar un crédito tributario que no hubiera sido informado al adquirente de modo preciso en los certificados requeridos a dicho órgano con motivo de la transmisión de dominio del inmueble.

4. Asimismo, el recurso de inconstitucionalidad que fuera denegado por la Cámara sólo contiene una genérica invocación de que se hallan vulnerados los principios de legalidad, propiedad, defensa en juicio e igualdad y autonomía de la C.N., así como los arts. 9º a 13, 51, 102 y 104 de la CCBA, alusión genérica que no resulta suficiente para superar, en el caso, que la recurrente no ha logrado exponer con claridad y precisión un caso constitucional en los términos del ya citado art. 27 de la ley 402, en tanto no logra conectar de modo directo los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada, con la aplicación de las reglas constitucionales invocadas.

Como ya se ha dicho en anteriores precedentes, 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 para acceder a este estrado el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. este Tribunal *in re*: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sent. del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

Por lo tanto, al estar ausente en el recurso un verdadero "caso constitucional", acreditado con una fundamentación precisa y certera, la suerte adversa del mismo ha quedado sellada.

5. 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, cuando, en realidad a lo que se limita es a manifestar su discrepancia con los razo-

namientos vertidos en la sentencia cuestionada. Valga indicar en este punto, que el Tribunal también ha dicho, en numerosas oportunidades, que tal discrepancia no significa que la oclusión por el *a quo* de este estrado resulte 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) y que la arbitrariedad aquí esgrimida debe ser apreciada estricta y restrictivamente, como excepción, pues, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." ("GCBA c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sent. del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.)

En virtud de las consideraciones expuestas, así como por los fundamentos en sentido concordante vertidos en su voto por mi colega el doctor Julio B. J. Maier, corresponde rechazar el recurso de hecho planteado.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adelanto que los agravios formulados por el GCBA suscitan, como expondré en lo que sigue, una cuestión constitucional suficiente para su tratamiento en esta instancia.

2. El recurso de inconstitucionalidad —a diferencia de lo que entendió el *a quo* al denegar dicho remedio procesal— está dirigido contra una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. Tal cual apunta, no lo sería si el pleito pudiera ser repuesto en un juicio ordinario posterior —el efecto de la excepción de inhabilidad de título, por regla, consiste en que, de prosperar esa excepción, pueda emitirse una nueva constancia de deuda—. Pero, esto no es lo que ocurre en el caso, porque la Cámara en el *sub examine* se expidió con relación a la obligación de fondo, impidiendo de esta manera que dicha discusión pueda tener lugar en un proceso ordinario ulterior. En este orden de ideas, el *a quo* sostuvo "...que el demandado no se encuentra obligado al pago de la deuda reclamada..." (fs. 383). Para así decidir, expresó que "...la acción intentada contra el contribuyente resulta manifiestamente improcedente, por dos razones: *1)* el demandado no asumió la responsabilidad patrimonial por las obligaciones pendientes al momento de adquirir el bien; y *2)* el escribano interviniente en la operación solicitó oportunamente el certificado de libre deuda ante el órgano recaudador, y fue este último quien no cumplió correctamente con su obligación de informar los créditos pendientes"

(fs. 384). En concordancia con lo expuesto, la CSJN tiene dicho, para un remedio procesal, en lo pertinente, de similares características, que "[e]s sentencia definitiva la dictada en un proceso de ejecución fiscal cuando el fisco recurrente no dispondrá en el futuro de otra oportunidad procesal para hacer valer sus derechos" (*Fallos,* 271:158; 295:363, entre muchos otros).

3. El GCBA se agravia, principalmente, de la forma en que la Cámara valoró la labor del escribano a la luz de las obligaciones que le impone la ley 22.427 (señala que el *a quo* yerra al sostener que "…el escribano solicitó debidamente los certificados de deuda antes de otorgar la escritura traslativa de dominio, [puesto que] no advierte que nunca lo hizo con relación a la partida cuya ejecución se promueve en estos autos, la 3.609.145…") (fs. 404 vta.). Relata que el escribano nunca pidió el certificado de deuda con relación a la partida cuya ejecución se promueve en autos, esto es, la nº 3.609.145, sino que lo hizo, únicamente, con relación a partidas nº: 1.372.414, 1.372.415, 1.372.411, 1.372.412. Afirma, a su vez, que la hoy demandada tenía pleno conocimiento de la unificación de partidas; "prueba de ello es que la propia ejecutada inició un pedido en sede administrativa (ver fs. 63 de la nota 196-DGATyRF/05, la cual se encuentra en autos ofrecida y acompañada como prueba), en donde solicitó la imputación de los créditos de las partidas 1.372.411, 1.372.414, 1.372.415 y *3.609.145,* a la Partida Matriz nº 0220580" (fs. 410 vta.) (el resaltado corresponde al original). Aduce, asimismo, que "resulta fútil, la excusa que utilizan los sentenciantes, en cuanto trasladan la responsabilidad a la Dirección General de Rentas, quienes se limitaron a otorgar la información que pedía el escribano" (fs. 404 vta.).

Tacha, también, de arbitraria la sentencia de Cámara porque no valoró el hecho de que el escribano no tuvo a la vista, al realizar la escritura, los certificados de deuda requeridos, situación que se encuentra acreditada, a juicio del GCBA, con la leyenda consignada en la escritura que dice que "'[c]on los certificados administrativos que una vez liberados agregaré a la presente se acreditará que no se adeudan servicios vencidos en concepto de Impuestos Municipales'" (fs. 411 vta.).

Por último, sostiene que, por todo lo expuesto, la sentencia recurrida resulta violatoria de los arts. 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99 y 129 de la C.N. y 9º, 12, 13, 51, 102 y 104 de la CCBA.

4. En primer lugar resulta necesario repasar las cuestiones suscitadas en la presente causa. El GCBA inició la presente ejecución fiscal sobre la base del certificado que obra a fs. 2 que reza del siguiente modo: "[c]onsta en los libros de esta Dirección General que el *Sr. Propietario* Propietario *(sic)* del inmueble ubicado en *Florida* 668 PB 8 (1005), adeuda al *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, la suma de Pesos ciento cincuenta y dos mil setecientos nueve con dieciocho centavos ($ 152.709,18), por la contribución que se detalla: diferencia en contribución de *Alumbrado, Barrido y Limpieza,* y de *Pavimientos y Aceras*, y *ley 23.514,* dec. 2107/92 y 606/96" "*Partida*: *3.609.145*" en "[c]oncepto: Unific. de Partidas Horizontales". "Períodos liquidados: *1º/1/1993* a *31/12/1998*" (la mayúscula y la negrita corresponden al original). A fs. 51/53, se redujo el monto reclamado a la suma de $ 114.442,50 porque se procedió "...a compensar el pago en exceso de las partidas

1.372.412/413 a la partida nº *3.609.145,* perteneciente a la unidad 8 planta baja del inmueble ubicado en Florida 663" (fs. 48). La demandada opuso al progreso de la demanda la excepción de inhabilidad de título fundada, principalmente, en: *i)* que adquirió las unidades funcionales en agosto de 1998, esto es, con posterioridad a que se devengara la obligación reclamada en autos; *ii)* que se requirieron al momento de la escrituración los certificados de deuda correspondientes a cada unidad funcional que formó parte de la operación de compraventa —unidades 3, 5, 6 y 7— sin que de ellos surgiera adeudado monto alguno y, menos aún, la existencia de la partida que hoy se pretende ejecutar. Con el objeto de acreditar ello acompañó al *sub lite* la documentación requerida al Archivo de Actuaciones Notariales de la que surge que fueron otorgados certificados por las partidas 1.372.413, 1.372.414, 1.372.145, 1.372.411 y 1.372.412; y, por último, *iii)* que en la escritura de compraventa acordaron ambas partes, vendedora y compradora que, de existir deudas pendientes, sería la primera quien se haría cargo de ella, por lo que, en todo caso, la Administración debería iniciarle demanda al anterior dueño de los inmuebles.

El juez de primera instancia rechazó la mencionada excepción sobre la base de *i)* que no surge de la escritura que el escribano haya tenido a la vista, al tiempo de otorgarla, los certificados de deuda, situación que, a juicio del magistrado, se halla acreditada "…por la fecha que luce en los pedidos de informes…" (15/12/1998); y *ii)* que rentas le había informado al escribano que con relación a las partidas 1.372.412 y 1.372.413 existía una nueva partida al consignar en ambos certificados la leyenda 'verificar nueva pda'. La Cámara, a su turno, hizo lugar a la apelación y revocó la sentencia recurrida desestimando la ejecución intentada. Sostuvo, esencialmente, que el escribano había actuado diligentemente al momento de dar cumplimiento a las previsiones de la ley 22.427 (afirma que requirió los certificados de deuda de las unidades funcionales objeto de la operación) y que, por el contrario, la Administración lo hizo de manera inadecuada al omitir informar la existencia de la nueva partida, sin que a tales fines resultara suficiente la leyenda consignada en los certificados de deuda de las mencionadas partidas nº 1.372.412 y nº 1.372.413.

5. El presente proceso tiene por objeto la ejecución de un título —constancia de deuda— emitido con características que el gobierno emisor estimó idóneas a ese fin. Certifica que el propietario adeuda cierta suma en concepto de ABL, territorial y de pavimentos y aceras y ley 3514, dec. 2107/92 y 606/96 correspondientes a la partida nº *3.609.145*. La demandada pretende haber quedado desobligada por efecto de los certificados de deuda requeridos por el escribano respecto de las partidas nº 1.372.413, 1.372.414, 1.372.415, 1.372.411 y 1.372.412 que, no se discute, comprendieron en algún momento el inmueble comprendido en el presente por la citada partida nº 3.609.145. La certificación de deuda, tampoco se discute, no comprendió el período iniciado a partir de la unificación de las nº 1.372.412 y 1.372.413 en una sola unidad la registrada bajo la partida nº 3.609.145. La sola confrontación entre la constancia de deuda —título ejecutado— y los certificados basta para rechazar la excepción de inhabilidad de título esgrimida, toda vez que la verificación que la modalidad procesal del juicio ejecutivo permite se reduce al examen exclusivamente extrínseco que, como dije, arroja un resultado negativo para la demandada.

En este orden de ideas, la CSJN tiene dicho que esa excepción sólo puede fundarse en las irregularidades de que éste pueda adolecer, en sus formas extrínsecas, sin que sea posible mediante esta defensa, cuestionar la causa de la obligación (*Fallos,* 312:1163, entre muchos otros).

De todos modos, el examen material que permite el desarrollo heterodoxo que se le ha dado a la mencionada excepción sugiere idéntica conclusión.

5.1. La Cámara *a quo* decidió que pesaba sobre la Administración la obligación de otorgar un certificado por la partida nueva, producto de la unificación de las partidas nº 1.372.412/3, aun cuando el correspondiente a aquélla no fue requerido debido a la circunstancia de que era resultante de la citada unificación. En otras palabras, el *a quo* entendió que al haberse unificado las mencionadas partidas era deber de la Administración informar dicha situación al solicitante del certificado de deuda, sin que bastase a tales fines la inclusión de la leyenda, "verificar nueva pda.", por lo que decidió que la deuda no podía ser reclama al adquirente. Vale comenzar por el hecho de que para sostener que pesa sobre un sujeto de derecho una obligación es condición necesaria poder identificar su fuente. Ello no formó parte del pronunciamiento. Cabe agregar que tampoco lo fue de las presentaciones de la demandada.

A su vez, esa decisión no resulta ajustada a las constancias que obran en la presente causa. Las copias de los certificados de deuda acompañadas al *sub lite* sugieren arribar a la conclusión opuesta. El servicio de solicitud de informes que realizan los escribanos ante la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario —conforme surge del sello que obra en los márgenes superiores derechos de las copias acompañadas al expte. a fs. 209, 212, 215, 218 y 221— es uno tarifado; situación que impide tener por cierto que constituye una obligación del GCBA "...poner en conocimiento del notario actuante la totalidad de las obligaciones pendientes..." (fs. 383 vta.), como lo sostuvo el *a quo*. En todo caso, los textos de los certificados reducidos cada uno de ellos a una partida, cuando habría sido natural reunir a varias en un solo pedido, hace probable que la tarifa esté liquidada a razón de una por partida acerca de la cual se informa. Si ello fuera así, la razón por la cual la Administración no evacua el informe más que por la partida solicitada no es otra que el modo en que tanto ella como el requirente del certificado entienden la relación jurídica que se establece a partir del acto de requerir y abonar por el requerimiento. A partir de ello, no se puede esperar que un empleado de la Administración otorgue información por la cual no se ha abonado, puesto que de hacerlo vendría a otorgar una indebida exención.

No obstante que no hay, como dije, causa para suponer un deber en la Administración con el alcance postulado en el fallo que viene recurrido, aquélla informó al escribano —a diferencia de los señalado por las partes y el *a quo*—, la existencia de una nueva partida no sólo por medio de la leyenda "verificar nueva pda." consignada en los certificados correspondientes a las partidas nº 1.372.412/3, sino que, también dejó sentado en ellos, conforme surge de lo asentado a la vera del número de partida a que corresponde cada certificado, que esas dos partidas habían sido dadas de baja el 1º/1/1993 (conf. fs. 211 y 223, parte superior izquierda de la copia

agregada). Dicha situación fue plasmada en los certificados requeridos mediante la siguiente expresión: "*Partida*: 1372413 *Baja*: 1º/1/1993" (fs. 211) y "*Partida*: 1372412 *Baja*: 1º/1/1993" (fs. 223). Por otra parte, en el resto de los certificados solicitados se puede leer la siguiente expresión: "*Partida*: 1372414 *Alta*: 00/00/00" (fs. 214), "*Partida*: 1372415 *Alta*: 00/00/00" (fs. 217) y "*Partida*: 1372411 *Alta*: 00/00/00" (fs. 220). No más, según parece, podía certificar el agente público.

Asimismo, tampoco se halla acreditado que la actividad investigativa que el escribano debía desplegar, al tomar conocimiento de la advertencia consignada en las partidas nº 1.372.412/3, esto es, la leyenda "verificar nueva pda." y que esas partidas habían sido dadas de baja el 1º/1/1993, para completar sus deberes fuera, como sostiene la Cámara, de envergadura. Ello así, toda vez que no hay elementos en el expediente que permitan afirmarlo; tuvo la noticia de la existencia de una nueva partida, también la fecha en que fueron dadas de baja aquellas por las que había formulado el requerimiento.

5.2. Cabe señalar, que tampoco operó con relación a la tantas veces mencionada partida nº 3.609.145, el plazo previsto en el art. 2º de la ley 22.427. Ese artículo establece que "[e]l juez o escribano interviniente podrá ordenar o autorizar el acto de constitución o transferencia de derechos reales sobre inmuebles y su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble *una vez transcurridos veinte (20) días de presentada la solicitud para obtener el certificado de deuda líquida y exigible* o si se expide sin especificar la deuda líquida y exigible. En el acto deberá dejarse constancia de la certificación requerida y sobre el vencimiento del plazo, quedando liberados el escribano interviniente y el adquirente de toda responsabilidad por la deuda, sin perjuicio de los derechos del organismo acreedor de reclamar el pago de su crédito contra el enajenante como obligación personal" (sin resaltar en el original). Ello así, porque conforme quedó señalado en los párrafos que anteceden, no se halla controvertido en autos que el escribano no solicitó el certificado de deuda líquida y exigible correspondiente a la partida nº 3.609.145 (con lo cual no comenzó a correr el plazo), sino si era deber de la Administración informar acerca de la nueva partida acerca de la cual no había sido requerida certificación, cosa que, como dije, no encuentra respuesta positiva en las constancias de la causa. Tampoco, si cupiera tenerlo en cuenta, está acreditado que el escribano haya dejado sentada en la escritura una constancia refiriendo que fue requerida la certificación por esa partida y, por tales motivos, menos aún, una que estableciera que hubiera operado el vencimiento del plazo. Es decir, que el adquirente no se encontró con una mención que pudiera hacerle suponer que quedaba desobligado por esa vía.

6. En otro orden de ideas, el texto de los certificados, que expone: "cualquier importe que por diferencias, reajuste, deudas pendientes de liquidación u otros conceptos, pudieran corresponder y no estuvieren informados en el presente, estarán a cargo de quien en la fecha respectiva haya estado en posesión del bien, salvo que su continuador en el dominio o la posesión hubiese asumido tales obligaciones solidariamente de acuerdo con lo dispuesto por el art. 5º de la ley 22.427", no varía lo expuesto, ya que cualquier valor que cupiera asignarle carece de interés en el

caso porque no fue establecido para la partida que hoy se pretende ejecutar, sino exclusivamente para las que fueron requeridas por el escribano.

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por: *i)* admitir la queja, *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, y *iii)* revocar la sentencia de Cámara y confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto resolvió llevar adelante la ejecución. Costas a la vencida.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el GCBA.

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.*

CCXXI

"AGUAS ARGENTINAS S.A. C/GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5811/08 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'AGUAS ARGENTINAS S.A. C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Caso constitucional. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia contradictoria. CONCURSO PREVENTIVO. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA LOCAL: Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Potestad tributaria.

SUMARIOS:

1. Corresponde equiparar la decisión impugnada a una sentencia definitiva si la declaración de incompetencia por la Cámara sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. Los agravios expresados plantean un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, si demuestran que la declaración de incompetencia por la Cámara pone en debate la garantía del juez natural y la autonomía de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad frente a la sentencia de la Cámara que no se hace cargo de lo dispuesto en el art. 21 de la L.C.Q., que se refiere a procesos "contra" el concursado, es decir, en que éste sea parte demandada, pues los jueces debieron haber explicado por qué en el caso concreto correspondía extender la norma citada a un supuesto de hecho no alcanzado por ella. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Eduardo A. Russo).*

4. Resulta contradictoria la sentencia de la Cámara si se afirma que el proceso era de carácter patrimonial, pero a renglón seguido se expresa que la sentencia a dictarse no tenía por fin inmediato la detracción de parte del patrimonio de la concursada en perjuicio de la masa concursal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Eduardo A. Russo).*

5. La impugnación de un tributo local debe ser resuelta por los tribunales de la jurisdicción del gravamen que se cuestiona, pues se trata del ejercicio legítimo de las competencias que corresponden a los tribunales de la Ciudad por aplicación del principio de autonomía. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Eduardo A. Russo).*

6. Como consecuencia de los principios y prerrogativas de orden constitucional —no solo para las provincias sino también para la Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma constitucional de 1994—, la CSJN ha establecido la competencia de la jurisdicción local para entender en las cuestiones relacionadas con la percepción de los tributos y la interpretación y aplicación de las normas involucradas a ese efecto. *(Voto del señor juez Eduardo A. Russo).*

7. Obsta a la admisibilidad formal del recurso ordinario de apelación, que no se disputa en esta instancia un monto pecuniario, ya que la decisión judicial cuestionada por los recurrentes consiste en una declaración de incompetencia, que no pone fin al proceso ni implica ningún tipo de pronunciamiento sobre la procedencia o improcedencia de los derechos patrimoniales invocados en autos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. A los efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos ordinarios de apelación, no interesa el monto del juicio sino de los agravios. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Cabe admitir el recurso de queja si se plantea un efectivo caso constitucional centrado en la afectación de la garantía constitucional del juez natural y la autonomía que las Constituciones federal y local le reconocen a la Ciudad de Buenos Aires. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. No se desplaza la competencia al juez del concurso en los términos del art. 21 de la ley 24.522 (sustituido por el art. 4º de la ley 26.086), frente a la solicitud de que se declare abstracta la medida cautelar decretada y se devuelva la póliza de caución contratada como contracautela, en virtud de la apertura del concurso preventivo, por cuanto difícilmente la decisión estimatoria o denegatoria de ese pedido pueda tener incidencia en el patrimonio de la concursada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Independientemente del trámite judicial específico para la impugnación de los créditos tributarios determinados (demanda contencioso administrativa ante

la justicia local), la Ley de Concursos ante la situación excepcional de cesación de pagos de la persona física o jurídica que recurre o es llevada a un juicio de carácter colectivo donde se halla involucrado la totalidad del pasivo y del activo del deudor, establece procedimientos específicos obligatorios para la totalidad de los acreedores, sin distinción de la naturaleza del crédito, salvo las limitadas excepciones legales previstas en la ley 24.522, haciendo valer, en definitiva, no ya si la incursa en cesación de pagos reviste como actora o demandada en un proceso judicial, sino, más bien, si reconoce en el vínculo obligacional controvertido el carácter de acreedora o deudora. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. El recurso ordinario de apelación ante el TSJBA está previsto sólo para litigios de envergadura en que la Ciudad sea parte, que superen los $ 700.000 (conf. art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificado por el art. 2º de la ley 189), contra la sentencia definitiva que pone fin al pleito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. Corresponde rechazar el recurso ordinario y el recurso de hecho cuando se dirigen a cuestionar la sentencia de la Cámara que declaró la incompetencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad para continuar su intervención en el caso y dispuso remitir las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Comercial —que tramita el concurso de la firma actora—, a fin de que continúe con la tramitación del caso, pues no se trata de una sentencia definitiva. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5432/07 - 2/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Aguas Argentinas S.A., concesionaria del servicio público de provisión de agua y desagües cloacales, interpuso una demanda (fs. 170/206 autos principales) dirigida a que se declare la nulidad de la resol. 2514-SHyF/04 por la que "se rechaza la impugnación presentada oportunamente (...) contra la pretensión del GCBA de gravar la ocupación del subsuelo que realiza Aguas Argentinas S.A., con cañerías para la prestación del servicio concesionado". Señaló que el GCBA le intimó el pago $ 18.249.788 en concepto de capital y $ 9.672.388 por intereses correspondientes al gravamen previsto por el art. 276 del C.F. (t.o. 2004) por el uso y ocupación de espacios públicos por los períodos fiscales 1998 (1º a 4º trimestre); 1999 (1º a 4º trimestre), 2000 (1º a 4º trimestre), 2001 (1º a 4º trimestre), 2002 (1º a 4º trimestre), 2003 (1º trimestre). Posteriormente, el GCBA remitió a la actora los certificados de las cuotas 2º a 4º del 2003 y 1º a 3º del 2004, por un monto de $ 5.214.228.

La actora tachó de inconstitucional el tributo exigido por vulnerar las reglas federales que regulan la prestación de los servicios públicos de agua potable y cloacales, lo establecido en el contrato de concesión (leyes 13.577 y 23.696 y decs. 999/92 y 787/93), y el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el

Crecimiento, en cuanto establece la libre ocupación del espacio para el desarrollo de su actividad interjurisdiccional sin cargo alguno.

Con la demanda solicitó, además, una medida cautelar para que el GCBA se abstenga de reclamar por cualquier vía la supuesta deuda, hasta tanto se decida la cuestión de fondo.

2. La jueza de primera instancia con fecha 25/2/2005 (fs. 246/249, autos principales) hizo lugar a la medida cautelar solicitada y fijó como contracautela una caución real equivalente al 10 % de las sumas reclamadas por el GCBA, que fue satisfecha mediante un seguro de caución por la suma de $ 4.300.000 (fs. 254/256, autos principales).

El GCBA apeló la medida (fs. 268, autos principales) y expresó agravios (fs. 275/288 vta., autos principales), que fueron contestados por AA (fs. 311/331 vta., autos principales).

Con copia de las actuaciones reseñadas se formó el incidente de apelación (expte. 13.652/1), elevado a la Cámara de Apelaciones.

3. Sin perjuicio de ello, en los autos principales AA amplió la demanda y el pedido de medida cautelar el 23/5/2005 (fs. 348/349 vta., autos principales) en relación a la posiciones 4 de 2004 y 1 de 2005, por una suma total de $ 1.807.598. Por otra presentación efectuó una nueva ampliación, de fecha 21/11/2005, en relación a la boleta correspondiente a la cuota 2º de 2005, por la suma de $ 869.037,50 (fs. 369/370 vta., autos principales).

4. La jueza de primera instancia, el 7/2/2006, extendió la medida cautelar ordenada a los períodos correspondientes a las ampliaciones de demanda, bajo caución real equivalente al 10% de las sumas reclamadas por el GCBA (fs. 378/379 vta., autos principales), rendida por AA mediante un seguro de caución por la suma de $ 4.600.000, mediante el cual cubría las contracautelas exigidas en ambas decisiones (4.300.000, primero y 300.000, luego; véase fs. 381 y vta., autos principales).

El GCBA apeló la ampliación de la medida cautelar (fs. 403, autos principales) y fundó el recurso (fs. 406/421 vta., autos principales). AA contestó el memorial de agravios (fs. 430/449 vta., autos principales). La causa se elevó a la Cámara de Apelaciones el 6/7/2006 (fs. 451 y vta., autos principales).

5. Ante la alzada, la parte actora denunció —el 21/7/2006 (fs. 457 y vta., autos principales)— que el 28/4/2006 solicitó la apertura de su concurso preventivo y que el 24/5/2006 el Juzgado Comercial Nº 17, Secretaría Nº 24 del Poder Judicial de la Nación admitió la apertura. A raíz de ello, y con sustento en lo dispuesto por el art. 21 de la ley 24.552 (modificado por ley 26.086) solicitó que se declare abstracta la apelación del GCBA contra la sentencia que concedió la medida cautelar por los períodos 4 del 2004 y 1 y 2 del 2005 “dado que se encuentra suspendido el trámite de la ejecución por las razones antes expuestas [apertura del concurso], con lo cual la medida cautelar deviene innecesaria. Asimismo, solicito la devolución de la póliza de caución”.

Corrido traslado de la presentación, el GCBA consideró que se trataba de un desistimiento de la medida cautelar y solicitó que se impongan las costas al desistente (fs. 461/463 vta., autos principales).

6. Entretanto, en el incidente formado con la apelación de la sentencia de primera instancia del 25/2/2005 (ver punto 2 precedente) la Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió con fecha 27/6/2006: "*1)* Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido y, en consecuencia, suspender la ejecución del acto impugnado respecto de las posiciones correspondientes al año 2003 (1º a 4º trimestre) y 2004 (1º a 3º trimestre). *2)* Revocar la resolución recurrida respecto de las restantes cuotas (períodos 1º a 4º de los años 1998 a 2002). *3)* Modificar la contracautela dispuesta por la *a quo* fijando una caución real de pesos tres millones ($ 3.000.000). *4)* Atento el modo en que se resuelve, imponer las costas en un 75 % a cargo de la actora y un 25 % a cargo de la demandada atento la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 65, CCAyT)". El tribunal señaló que "en el juicio ejecutivo nº 709349/0 se reclama la suma de $ 17.380.750, en concepto de 'contribución por ocupación del subsuelo de la vía pública' (años 1998 a 2002)", razón por la cual no resultaba posible que en estas actuaciones se decretara una medida cautelar que afectase la tramitación de aquella ejecución. Por lo contrario, en relación con las cuotas posteriores (año 2003: 1º a 4º, y año 2004: 1º a 3º) no incluidas en la ejecución fiscal nº 709349 consideró cumplidos los recaudos para la concesión de la medida precautoria, rechazó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 422/427, incidente).

7. El GCBA dedujo recurso se inconstitucionalidad contra esa sentencia, en cuanto mantuvo la suspensión de la ejecución por las posiciones correspondientes a los años 2003 y 2004 (fs. 442/465 vta., incidente).

Dispuesto el traslado del recurso, el 21/7/2006 la parte actora denunció también en el incidente que el 28/4/2006 solicitó la apertura de su concurso preventivo y que el 21/5/2006 el Juzgado Comercial Nº 17, Secretaría Nº 24, del Poder Judicial de la Nación, declaró su apertura. A raíz de ello, y con sustento en lo dispuesto por el art. 21 de la ley 24.552 (modificado por ley 26.086) solicitó "[r]especto de los períodos 2003(1º a 4º trimestre) y 2004 (1º a 3º trimestre) se restituya a mi mandante la póliza de caución, por haber quedado sin efecto la medida cautelar oportunamente ordenada por V.S. // Respecto de los períodos 1º a 4º de los años 1998 a 2002 se ordene también la restitución a mi mandante de la póliza de caución por devenir abstracta la medida cautelar otorgada por V.S. ante la presentación en concurso preventivo" (fs. 467/469 y 474 y vta.).

Por providencia de secretaría se dispuso que en tanto la Sala ya se había pronunciado sobre la apelación, la petición quedaría a consideración en la instancia de origen (fs. 475).

No obstante ello, el GCBA expresó que "toda vez que la actora desistió de la medida cautelar solicitada por haberse presentado en concurso preventivo, mi parte, en resguardo de su derecho ha iniciado la correspondiente verificación, haciendo

reserva de verificar tardíamente". Agregó que en caso de admitirse que la presentación de AA "importa un desistimiento", debía declararse abstracto el recurso de inconstitucionalidad que su parte interpusiera (fs. 477).

Corrido el traslado de esta presentación (fs. 481), AA sostuvo que, de acuerdo con el art. 21 de la ley 24.522, la apertura del concurso preventivo produce a partir de su publicación la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado de causa o título anterior a su presentación y a la radicación en el juzgado del concurso. Por tal razón, la declaración de abstracción sería un efecto propio de la apertura del concurso ya que "en estos autos la pretensión fiscal resulta ser anterior a la presentación en concurso". Agregó que su parte no desistió de la acción y sólo pidió que se declare abstracta la medida cautelar y la devolución de las pólizas (fs. 483/484).

8. El 26/2/2007, la Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió "*1)* Declararse incompetente para seguir entendiendo en las presentes actuaciones; *2)* Remitir las presentes actuaciones al Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 17, Secretaría Nº 24 a fin de que continúe con la tramitación del expediente" (fs. 489/490 vta.).

El tribunal consideró que "más allá de los pedidos formulados por las partes —a partir de la denuncia de la apertura del concurso preventivo de la actora—, la materia objeto de debate se refiere a la competencia de este fuero para seguir entendiendo en estos actuados. Ello así, dado que, el art. 21 de la ley 24.552 modificado por la ley 26.086 determina que la apertura del concurso preventivo —a partir de su publicación por edictos— da lugar a la suspensión de los procesos patrimoniales contra el concursado de causa o título anterior a la presentación del concurso y 'su radicación en el juzgado' donde aquél tramite...". La Sala agregó que "si bien este expediente es de contenido patrimonial, la sentencia que se adopte no tiene como fin inmediato la detracción de parte del patrimonio de la concursada en perjuicio de la masa concursal" pues la demanda tuvo por fin la declaración de nulidad de la resol. 2514-SHyF/04. No obstante ello destacó que "en estos actuados, se ha dictado una medida cautelar donde se ha exigido una caución real de pesos tres millones ($ 3.000.000). De allí que la vigencia de dicha medida —por la incidencia que la misma puede tener en el patrimonio de la concursada— debe ser decidida por el juez del concurso". El tribunal concluyó en que "pese a tratarse de una de las causas excluidas del fuero de atracción, la demandada ya inició el procedimiento de verificación, circunstancia que mantiene el fuero de atracción del concurso. En tal sentido, por imperio legal, el levantamiento de la medida cautelar dispuesta recae sobre el juez del concurso, previa vista a los interesados".

9. El GCBA (fs. 497) y AA (fs. 498) interpusieron sendos recursos ordinarios de apelación contra esa sentencia. El GCBA también dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 502/19).

La Sala I concedió las apelaciones y denegó el recurso de inconstitucionalidad del GCBA con el siguiente fundamento: "...dado que el recurso antes concedido permite el ejercicio de la plenitud de la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia

y, por lo tanto, su ámbito cognoscitivo comprende eventuales agravios constitucionales, corresponde rechazar el deducido por la demandada..." (fs. 523).

El GCBA planteó ante este Tribunal la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad (expte. nº 5324/07, fs. 568/588).

La decisión del Tribunal revocó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad y dispuso que la Sala le imprimiera el trámite dispuesto por el art. 28 de la ley 402 (fs. 594/596).

Corrido a AA el traslado del recurso de inconstitucionalidad, lo contestó coincidiendo con el GCBA en cuanto a la competencia de la justicia local (fs. 610/611 vta.).

La Sala, por mayoría, denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad del GCBA por considerar que no se presentan los supuestos de arbitrariedad y gravedad institucional invocados por el recurrente (fs. 613/614).

Dicha denegatoria dio lugar la presentación de una nueva queja por el GCBA (expte. nº 5811/08), que se encuentra agregada a fs. 648/663 vta.

En cuanto a las apelaciones oportunamente concedidas por la alzada, AA presentó su memorial de agravios a fs. 671/676. El GCBA hizo lo propio a fs. 680/695. Por su parte, tanto el GCBA como AA contestaron los recursos de la contraria (fs. 701/702 y 704/706 vta., respectivamente).

Ambas partes coincidieron en que: *a)* la declaración de incompetencia carece de sustento legal, ya que el fuero de atracción opera en relación a los juicios de contenido patrimonial en que el concursado es demandado; por lo contrario, no opera el principio en esta causa, en la que AA es parte actora y no se trata de un juicio de contenido patrimonial cuya sentencia pueda afectar el patrimonio de la concursada en perjuicio de la masa concursal; *b)* la competencia del fuero local ha sido consentida tanto por el actor como por el demandado.

El GCBA, además, señaló: *a)* la contradicción en que incurre la sentencia ya que, por una parte, niega el contenido patrimonial del juicio, pero, por la otra, desplaza la competencia por el fuero de atracción; *b)* la declaración de incompetencia afecta el principio de congruencia (no fue una cuestión articulada por las partes para su consideración por la alzada), carece de sustento legal, y afecta la potestad tributaria del GCBA y la jurisdicción local en la determinación del valor de esas normas.

El señor Fiscal General Adjunto en su dictamen propició que el Tribunal haga lugar a los recursos de apelación articulados por ambas partes y revoque la sentencia recurrida (fs. 710/714).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Según jurisprudencia unánime del Tribunal (ver, por ejemplo: sentencias TSJBA *in re:* "Playas Subterráneas c/GCBA s/impugnación de actos administrativos, expte. nº 860/01, sent. del 9/4/2001; "GCBA c/Administración General

de Puertos s/queja por denegación de recurso de apelación ordinario", expte. nº 1151/01, sent. del 4/10/2001; GCBA s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en Telecom Argentina STET France Telecom S.A. c/GCBA s/nulidad de acto administrativo", expte. nº 1252, sent. del 19/12/2001, entre otros), el recurso de apelación ante el TSJBA, previsto sólo para litigios de envergadura en que la Ciudad sea parte —que superen cierto valor (el valor debatido ante esta instancia de ser superior a $ 700.000, conf. art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificado por el art. 2º de la ley 189)—, como el que hoy nos toca decidir, sólo es posible contra la sentencia definitiva que pone fin al pleito.

2. La decisión recurrida por ambas partes no es una sentencia definitiva: los recursos ordinarios de apelación y el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, cuya denegatoria dio lugar a la interposición del recurso de hecho, que fue agregado a este expediente, se dirigen a cuestionar la sentencia de la Sala I que declaró la incompetencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad para continuar su intervención en el caso y dispuso remitir las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 17, Secretaría Nº 24 —que tramita el concurso de la firma actora—, a fin de que continúe con la tramitación del caso.

Explicada así la cuestión a resolver, me parece claro que los recursos no cuestionan una sentencia definitiva, según la opinión que yo fijara en el expte. nº 726/00 "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo" y repitiera en el 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)'". Sostuve entonces y reitero ahora que, en mi opinión, la decisión 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 Ciudad de Buenos Aires frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. En verdad, como sucede en este caso, la situación puede derivar, eventualmente, en un conflicto de competencia, si el juez del concurso no admite la competencia que le es adjudicada unilateralmente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en la decisión cuestionada por la partes. El conflicto, de plantearse, deberá ser resuelto por un tribunal específico, el primer tribunal común a ambos, en este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como lo dije en los precedentes citados: "De tal manera, lo que hasta ahora ha sucedido ha sido la resolución que pone fin a la mitad de un eventual problema de competencia, y no es posible, por la vía de declarar a esa resolución como definitiva o equiparable a una decisión de este tipo, transformar las reglas que debe seguir un problema de competencia según la ley".

Por ello, me pronuncio por declarar mal concedidos los recursos ordinarios de apelación deducidos por AA y el GCBA, con costas por su orden, y por rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. En autos, las partes plantearon sendos recursos ordinarios de apelación a fin de cuestionar la decisión de la Cámara que declaró la incompetencia del fuero local para continuar interviniendo en el caso y ordenó la remisión de las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 17, Secretaría Nº 24, donde tramita el concurso preventivo de la actora.

El GCBA (en adelante, "GCBA") dedujo además un recurso de inconstitucionalidad contra la referida resolución que, denegado, dio lugar a la presentación directa de fs. 648/663 vta.

Trataré en primer término el recurso de hecho de la Ciudad para referirme luego a los restantes escritos traídos a consideración del Tribunal.

Recurso de queja:

2. La queja de fs. 648/663 vta. fue interpuesta en tiempo y forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio que habilita el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad:

3. El recurso de inconstitucionalidad de fs. 502/519 satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal. Asimismo, como lo señala el recurrente, corresponde equiparar la decisión impugnada a una sentencia definitiva pues la declaración de incompetencia por la Sala I sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local. Tal solución se impone por aplicación del 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.

4. Los agravios expresados por el Gobierno plantean un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues demuestran que la declaración de incompetencia por la Cámara pone en debate la garantía del juez natural y la autonomía de la Ciudad.

El GCBA afirma (fs. 502 vta.) que "[e]l resolutorio en crisis, sin razón ni motivo alguno es dictado violentando de forma flagrante las normas que rigen la competencia, tanto en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires como en los procesos universales, la legalidad tributaria, el debido proceso ajustado a derecho, vulnerando de esta forma el derecho de defensa de mi parte representada, considerando aplicable al caso normativa que no rige el sustento de hecho." Agrega (fs. 502 vta.) que "[s]e trata en el caso, de una sentencia que se encuentra desprovista de todo apoyo legal, apartándose del cumplimiento de la ley para privar a mi representada del juez natural, afectando así el derecho de defensa y el debido proceso, cuya inviolabilidad está asegurada por disposiciones expresas

de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y de la Constitución Nacional, tornándose por lo tanto en arbitraria...".

Para fundar la arbitrariedad que atribuye a la decisión cuestionada, el recurrente plantea:

i) que la Cámara omitió considerar que el fuero de atracción funciona solamente en forma pasiva y no activa, es decir, que el art. 21 de la ley 24.522 [modificado por la ley 26.086] se refiere expresamente a juicios *contra* el concursado;

ii) que la Sala I incurrió en una contradicción al analizar el contenido patrimonial o no del juicio;

iii) que los jueces justificaron indebidamente el desplazamiento de la competencia por la incidencia que la contracautela pudiera tener en el patrimonio de la concursada;

iv) que a diferencia de lo señalado por los magistrados, el inicio del procedimiento de verificación de crédito por parte del Gobierno no atrae el proceso de autos al juzgado del concurso;

v) que el pronunciamiento impugnado importa una renuncia del juez natural, lo que configuraría una invasión de un poder de la Nación en el ámbito de competencia exclusiva de la Ciudad.

Por lo demás, el GCBA señala que las partes no solicitaron la declaración de incompetencia, sino que, por el contrario, consintieron la competencia del fuero local.

Por fin, el demandado explica que el juez del concurso no es competente para entender en los procesos que se entablen contra la autoridad administrativa local sobre tributos que, de acuerdo a su autonomía, le corresponde determinar. Agrega que los tribunales locales de la jurisdicción del gravamen cuestionado son los que deben entender en las acciones en las que se impugnan tales fuentes de recursos estatales.

5. Cabe recordar, en primer término, que al denunciar la apertura de su concurso preventivo, AA solicitó que se declarara abstracta la medida cautelar concedida y se le devolvieran las pólizas del seguro de caución oportunamente contratado como contracautela. El GCBA, por su parte, postuló que tal planteo debía tratarse como un desistimiento.

La Cámara resolvió, previo a tratar la controversia de que se da cuenta en el párrafo anterior, declarar la incompetencia de la justicia local y ordenar la remisión del expediente al juzgado en el que tramita el concurso preventivo de la accionante.

Por lo tanto, la intervención del Tribunal a esta altura del proceso queda limitada a revisar la declaración de incompetencia de la Sala I.

6. En el pronunciamiento recurrido, tras citar el art. 21 de la ley 24.522 según éste fuera sustituido por el art. 4º de la ley 26.086, los jueces analizaron si el de autos es o no un proceso patrimonial. Expresaron que si bien el expediente

es de contenido patrimonial, la sentencia a dictarse no tiene por fin inmediato la detracción de parte del patrimonio de la concursada en perjuicio de la masa concursal. Afirmaron (fs. 623), en cambio, que "será —en el hipótetico *(sic)* caso de que se rechace la pretensión de la actora— a través de las ejecuciones fiscales de los importes reclamados por el GCBA que la accionante podría ver mermada dicha masa concursal."

Sin perjuicio de lo anterior, los camaristas señalaron (fs. 623) que "lo cierto es que, en estos actuados, se ha dictado una medida cautelar donde se ha exigido una caución real de pesos tres millones ($ 3.000.000)". Y concluyeron que, por tal motivo, "la vigencia de dicha medida —por la incidencia que la misma puede tener en el patrimonio de la concursada— debe ser decidida por el juez del concurso" (fs. 623).

Finalmente, los sentenciantes indicaron (fs. 623) que "(...) pese a tratarse de una de las causas excluidas del fuero de atracción, la demandada ya inició el procedimiento *(sic)* de verificación, circunstancia que mantiene el fuero de atracción del concurso". A partir de esta consideración, concluyeron que el levantamiento de la medida cautelar dispuesta debía recaer sobre el juez del concurso, previa vista a los interesados.

7. Anticipo que, a mi criterio, la presente causa debe continuar tramitando ante la jurisdicción local.

El art. 21 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522[30] según éste fuera sustituido por ley 26.086[31] (en adelante, "el art. 21 de la L.C.Q.") establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

"Art. 21: *Juicios contra el concursado.* La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos. Quedan excluidos de los efectos antes mencionados:

1. Los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales;

2. Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los arts. 32 y concs.;

3. Los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario.

En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria o ante el que resulte competente si se trata de acciones laborales nuevas (...).

[30] Publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* del 9/8/1995.
[31] Publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* del 11/4/2006.

En los procesos indicados en los, incs. 2º y 3º no procederá el dictado de medidas cautelares. Las que se hubieren ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados. La sentencia que se dicte en los mismos valdrá como título verificatorio en el concurso...".

8. En primer lugar, tal como lo señala el Gobierno, el art. 21 de la L.C.Q. se refiere a procesos "contra" el concursado, es decir, en que éste sea parte demandada.

Sin embargo, la Cámara en ningún momento se hace cargo de esta circunstancia. Los jueces debieron haber explicado por qué en el caso concreto correspondía extender la norma citada a un supuesto de hecho no alcanzado por ella.

Lo expresado en el párrafo anterior es suficiente para dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado. Sin embargo, entiendo necesario formular otras consideraciones.

9. El GCBA también acierta al agraviarse del análisis efectuado por la Cámara respecto del contenido patrimonial o no del juicio.

Los jueces afirmaron que el proceso era de carácter patrimonial, pero a renglón seguido expresaron que la sentencia a dictarse no tenía por fin inmediato la detracción de parte del patrimonio de la concursada en perjuicio de la masa concursal. La contradicción es evidente.

La frase "juicios de contenido patrimonial" incluida en el primer párrafo del art. 21 de la L.C.Q. se refiere, al decir de Pablo Heredia con cita de Quintana Ferreyra, a aquellos procesos "cuyo objetivo es la obtención de algún beneficio patrimonial a favor del actor, en desmedro de la igualdad en el tratamiento de los acreedores, importando un desequilibrio que atenta contra la integridad del patrimonio" (Heredia, Pablo D.: "Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción en el concurso preventivo", *JA,* 2006-II-950).

Por lo tanto, si el proceso no conlleva a la afectación de la masa concursal, no es un juicio de carácter patrimonial en los términos del artículo arriba citado. En consecuencia, la sentencia recurrida resulta en este punto contradictoria.

10. Por lo demás, debe acogerse el planteo del Gobierno en cuanto a la improcedencia del desplazamiento de la competencia por la incidencia que la caución real pudiera tener en el patrimonio de la concursada.

En este aspecto corresponde formular algunas precisiones en atención a circunstancias ocurridas luego de que la Cámara se expidiera que quitan entidad a algunos de los argumentos que los jueces sostuvieran en su sentencia.

Según surge de las actuaciones, la póliza del seguro de caución tomado por la actora en cumplimiento de la contracautela ordenada en primera instancia venció el 13/3/2007, y no hay constancia en los autos principales y tampoco en el incidente de que la empresa hubiera renovado la póliza. Así las cosas, una póliza vencida no puede afectar en modo alguno el patrimonio de la actora concursada.

Reitero que el vencimiento en cuestión operó con posterioridad al pronunciamiento atacado y en consecuencia no pudo ser valorado por la Sala I. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145, último párrafo del CCAyT, el Tribunal puede considerar hechos sobrevinientes, aun cuando no hubieran sido invocados.

11. Por fin, tal como lo advierte el demandado, la impugnación de un tributo *local* debe ser resuelta por los tribunales de la jurisdicción del gravamen que se cuestiona. Se trata del ejercicio legítimo de las competencias que corresponden a los tribunales de la Ciudad por aplicación del principio de autonomía.

La sentencia atacada que, como ya se ha mostrado, carece de fundamentos válidos para desplazar la competencia a la justicia nacional, afecta injustificadamente la autonomía porteña consagrada en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recursos ordinarios de apelación interpuestos por las partes:

12. El GCBA y Aguas Argentinas S.A. coinciden en la improcedencia del desplazamiento de la competencia al fuero comercial. Ambas partes critican la interpretación de la Sala I respecto del fuero de atracción, del contenido patrimonial del juicio, y de la incidencia de la contracautela en el patrimonio de la concursada. Por lo tanto, correspondería tratar conjuntamente las presentaciones de fs. 680/695 y 671/676.

Sin embargo, dado que los agravios ensayados por el Gobierno en el memorial de su recurso ordinario son sustancialmente similares a los planteados en su recurso de inconstitucionalidad, deviene innecesario expedirme sobre aquéllos.

13. Por todo lo expuesto, voto por *i)* admitir la queja de fs. 648/663 vta.; *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 502/19; y *iii)* revocar la sentencia recurrida. Costas por su orden en atención a que no medió controversia entre las partes respecto de la improcedencia de la resolución cuestionada.

El juez EDUARDO ÁNGEL RUSSO dijo:

I. Coincido en todos los términos con el meritorio voto de mi colega, doctora Alicia E. C. Ruiz. Sin perjuicio de ello, entiendo prudente agregar algunas consideraciones acerca de la competencia del fuero local.

II. Estimo que el análisis de la cuestión traída a estudio debe realizarse a la luz del nuevo *status* constitucional de la Ciudad de Buenos Aires; su régimen emerge directamente de la Constitución Nacional que en su art. 129 establece: "La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad...".

En consecuencia, de dicho máximo origen surge el nuevo *status*, que no puede ser desconocido por las instancias propias del poder constituido. En este sentido ninguno de los poderes del gobierno federal puede dejar de respetar la letra y el espíritu de la ley suprema de la Nación.

La Ciudad de Buenos Aires: *a)* tiene un régimen específico (art. 129, C.N.), ubicado en el título sobre los "Gobiernos de Provincia", como resultado de una clara decisión en cuanto a la sistemática de la Constitución; *b)* se la ha distinguido con toda precisión de la Capital Federal, con normas específicas para ambas (v. gr. art. 45 y disposición transitoria séptima); *c)* tiene representación en el Senado de la Nación (art. 54, C.N.): *d)* su pueblo tiene representación en la Cámara de Diputados de la Nación (art. 45, C.N.); *e)* interviene en la distribución de la coparticipación impositiva con la Nación y las provincias (art. 75, inc. 2º, C.N.); *f)* debe aprobar toda transferencia de competencias, servicios o funciones con la respectiva reasignación de recursos efectuada por ley del Congreso (art. 75, inc. 2º, C.N.); *g)* tiene representación en el organismo fiscal federal (art. 75, inc. 2º, C.N.); *h)* puede ser intervenida por el gobierno de la Nación (arts. 75, inc. 31 y 99, inc. 20); *i)* puede integrar regiones para el desarrollo económico y social y celebrar convenios internacionales (art. 124); *j)* puede conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales (art. 125, C.N.); *k)* tiene facultades judiciales (art. 129 y disposición transitoria decimoquinta); y *l)* dicta su Estatuto organizativo acorde a su naturaleza especial, que no es idéntico a las cartas orgánicas municipales, aunque ambos instrumentos traduzcan ejercicio del poder constituyente (Hernández (h.), Antonio María: *Derecho municipal*, vol. I, Teoría General, Depalma, Buenos Aires, pp. 602/603).

El art. 129 de la C.N. reza que la Ciudad tiene un régimen de gobierno autónomo que comprende un poder constituyente, elección directa del jefe de gobierno, con facultades de legislación, administración y jurisdicción que son propias. En atención a estas atribuciones conferidas constitucionalmente a favor de la Ciudad de Buenos Aires es que esta ejerce sus prerrogativas de derecho público local y en este sentido se encuentra facultada para establecer sus propios tributos y disponer su recaudación y administración en forma autónoma.

Se hace necesario a estas alturas señalar que, como consecuencia de los principios y prerrogativas de orden constitucional —no solo para las provincias sino también para la Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma constitucional de 1994—, *la CSJN ha establecido la competencia de la jurisdicción local para entender en las cuestiones relacionadas con la percepción de los tributos y la interpretación y aplicación de las normas involucradas a ese efecto.* Esto es uniforme en los casos en que una provincia reclama el pago de tributos locales ya sea a vecinos de su provincia o a vecinos de otra provincia. En este sentido la Corte tiene establecido que "si fuese dado a la justicia federal intervenir en cuestiones judiciales destinadas, dentro de los estados, a exigir el pago de los impuestos que le son debidos por sus habitantes, sin ser llamada a resolver si ellos son o no contrarios a la carta fundamental de la Nación, quedarían desvirtuadas las bases ordinarias del sistema de gobierno federal y perturbado el juego regular de las autoridades y prerrogativas locales" (*Fallos,* 154:25; en sentido coincidente *Fallos,* 95:234).

En *Fallos,* 115:64, señaló que "la jurisprudencia ha establecido que la justicia nacional es incompetente para conocer del cobro de impuestos provinciales y que

la inconstitucionalidad de éstos sólo puede ser llevada a ella por apelación, con arreglo al art. 14 de la ley 48, o por la demanda contra la provincia, después de pagar el impuesto con las reservas correspondientes". En sentido coincidente, el mismo tribunal expresó que "si el fuero federal de privilegio no obsta a la percepción de los impuestos por intermedio de las autoridades locales, tampoco puede oponerse contra la competencia de éstos el fuero del domicilio u otros" (*Fallos,* 119:310). Finalmente, dijo en *Fallos,* 94:421 que "tampoco procede en el pleito la jurisdicción federal por razón de las personas, porque él versa sobre impuesto provinciales y porque, con arreglo al art. 105 de la Constitución Nacional, las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas". Los actos de las autoridades provinciales no pueden ser llevados a la Justicia Federal "sino cuando se pretende que con ellos se lesiona garantías amparadas por la Constitución Nacional y leyes del Congreso" (*Fallos*, 94:421). "[E]l respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve, a los jueces locales, el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios de su derecho público *(Fallos,* 310:295 y 2841; 314:94, 810; 315:1892)*"* (*Fallos,* 322:190; en igual sentido, *Fallos,* 322:616).

De conformidad con estas citas de nuestro más alto tribunal surgen claramente las potestades públicas respecto de la percepción de los tributos y la prevalencia de la competencia y jurisdicción local para entender en los conflictos que se susciten en su consecuencia. Esta conclusión resulta aplicable a Ciudad ya que se tratan en el caso de impuestos locales en uso de sus prerrogativas de legislación y jurisdicción otorgadas por el art. 129 de nuestra carta magna (véase mi voto *in re* "GCBA c/Ferrocarriles Argentinos Bmé. Mitre s/ejec. fisc. —radicación de vehículos"), expte. EJF-61722/0, Sala II Cámara CAyT, sent. del 26/8/2003.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Los recursos ordinarios de apelación interpuestos por la actora y la demandada son formalmente inadmisibles, y deben ser declarados mal concedidos.

Como hemos dicho en innumerables precedentes de este Tribunal (véase, entre otros, "Playas Subterráneas c/GCBA s/impugnación de actos administrativos, expte. nº 860/01, sent. del 9/4/2001), resultan condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación ante este Tribunal, las siguientes: *a)* que la Ciudad sea parte; *b)* que el valor disputado en último término sea superior a $ 700.000; *c)* que se dirija contra una sentencia definitiva.

Pues bien, la Ciudad es parte y la sentencia cuestionada resulta susceptible de ser recurrida mediante el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 26, inc. 6º de la ley 7, ya que, como dijera en el voto emitido junto a los doctores Muñoz, Casás y Ruiz en "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001, resulta equiparable a definitiva aquella declaración de incompetencia que sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, doctrina que resulta enteramente aplicable al caso.

Sin embargo, lo que obsta a la admisibilidad formal de los mencionados recursos, es que no se disputa en esta instancia un monto pecuniario, ya que la decisión

judicial cuestionada por los recurrentes consiste en una declaración de incompetencia, que no pone fin al proceso ni implica ningún tipo de pronunciamiento sobre la procedencia o improcedencia de los derechos patrimoniales invocados en autos.

Cabe destacar que el monto disputado en último término es diferente del monto del juicio, ya que consiste en la suma en que se pretende modificar el fallo impugnado, es decir el monto del agravio (*Fallos,* 250:594; 258:13; 276:362; 310:631; 319:167, entre muchos otros). Este último equivale a la diferencia entre el importe de la condena impuesta en el fallo recurrido, y lo reclamado por la parte recurrente en los escritos constitutivos —demanda, contestación de demanda, reconvención— (véase mi voto en "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, resolución del 17/3/2005). Por lo tanto, a los efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos ordinarios de apelación, no interesa el monto del juicio sino de los agravios, y en tal sentido la presente pretensión recursiva no es susceptible de apreciación pecuniaria.

2. En cuanto al recurso de queja interpuesto por el GCBA, debe ser admitido ya que cumple los requisitos formales exigidos por el art. 33 de la ley 402, y contiene una crítica concreta y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

La Cámara desestimó el recurso extraordinario local por considerar que no existía un caso constitucional y que la alegación de arbitrariedad era improcedente, ya que el fallo recurrido no podía ser descalificado por dogmático, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

Sin embargo, y como lo destaca en la queja, los agravios planteados por el GCBA plantean un efectivo caso constitucional centrado en la afectación de la garantía constitucional del juez natural y la autonomía que las Constituciones federal y local le reconocen a la Ciudad de Buenos Aires.

3. En cuanto al fondo del asunto, la cuestión a analizar se circunscribe a la declaración de incompetencia formulada por la Cámara en la resolución del 26/2/2007 (fs. 489/490). Atento el modo en que decidió la Cámara, y los agravios del recurrente, el debate relativo a la vigencia de la medida cautelar dictada en autos —y la correspondiente caución real— resulta ajeno al ámbito del presente recurso.

Delimitada la cuestión a analizar, ésta ha sido adecuadamente tratada por la doctora Ruiz en los aparts. 7 a 11 —inclusive— de su voto, cuyos fundamentos adhiero y me remito.

4. Por todo lo expuesto, voto por:

a) declarar mal concedidos los recursos ordinarios de apelación deducidos por la parte actora y la demandada;

b) admitir la queja deducida por el GCBA a fs. 648/663 vta., y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 502/519;

c) revocar la sentencia de fs. 489/490;

d) imponer las costas por el orden causado, en atención a que no medió controversia entre las partes respecto de la improcedencia de la resolución cuestionada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al orden de abordaje que de los recursos interpuestos realiza la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto principia la consideración, dentro de las vías incoadas para incitar la intervención de este estrado, por la queja que sostiene el recurso de inconstitucionalidad denegado —ambos interpuestos por el GCBA— y, luego de habilitar la instancia y pronunciarse sobre la competencia debatida, descarta la consideración de los recursos ordinarios de apelación —impetrados por ambas partes— por ser sustancialmente análogos los agravios ensayados en ellos, a los tenidos en cuenta al resolver el recurso de inconstitucionalidad. Ello así, en virtud de resultar particularmente restrictiva la apreciación del cumplimiento del requisito de "sentencia definitiva" en la apelación ordinaria (conf. doctrina de *Fallos,* 315:47; 316:451; 317:363, y 318:1228, entre muchos otros) y por suscitar razonables dudas que una apelación en una cuestión de competencia pueda reconducirse al supuesto contenido en el art. 26, inc. 6º de la ley 7 —Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— en cuanto allí se requiere para la procedencia del apuntado remedio procesal no sólo que la Ciudad sea parte sino, también, que "el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)" —texto conforme a la ley 189—, por cuanto el reclamo para que intervengan los jueces de una jurisdicción en detrimento de los de otra no se traduce, necesariamente, en una pretensión susceptible de apreciación pecuniaria, cualquiera sea el monto del objeto central del litigio.

2. Igualmente participo del temperamento adoptado por mi colega, la doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto equipara la decisión impugnada a una sentencia definitiva, pues la declaración de incompetencia decretada por el *a quo* sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, en un todo de acuerdo con lo que he sostenido en diversos precedentes.

3. En cuanto a la cuestión que estrictamente ahora se ventila, ella se circunscribe a la solicitud formulada por "Aguas Argentinas S.A.", enderezada a que en virtud de la apertura de su concurso preventivo se declare abstracta una medida cautelar decretada, así como a que se le devuelva una póliza de caución oportunamente contratada como contracautela. Se confronta dicha posición con la sostenida por el GCBA en el sentido de que tal reclamo sea tratado como un desistimiento. Adviértase, por lo demás, que la póliza cuya restitución se requiere venció el 13 de marzo del 2007 (fs. 380, de los autos principales) sin que obre constancia en el expediente principal, ni en el incidente, de que hubiera alguna contracautela vigente que afecte la situación económica de "Aguas Argentinas S.A.".

Limitada la controversia a la incidencia brevemente descripta en el párrafo anterior, nada hace pensar que dicha secuencia procesal, y sólo ella, para ser resuelta

desplace la competencia al juez del concurso en los términos del art. 21 de la ley 24.522 (sustituido por el art. 4º de la ley 26.086), por cuanto difícilmente la decisión estimatoria o denegatoria del pedido para que se declare abstracta la cautelar y se proceda a la devolución de la contracautela —una póliza caduca— pueda tener incidencia en el patrimonio de la concursada.

4. La solución a que arribo no importa desconocer que, más allá de la cuestión incidental referida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene señalado que aunque "la concursada reviste el carácter de actor en la demanda, esta acción [se refiere a un supuesto semejante de autos pero donde se impugnaba un tributo nacional] constituye el ejercicio de una vía de revisión en sede judicial de la decisión administrativa que determina la existencia del crédito cuyo cobro se pretende y que indudablemente debe reclamarse en el concurso preventivo de la supuesta deudora (art. 32 de la ley 24.522) ya que importa una demanda judicial que discute la existencia del crédito, materia ésta que debe sujetarse a la ley de concursos salvo las excepciones allí previstas" (*sic* —el agregado entre corchetes ha sido añadido— transcripción del dictamen de la Procuradora Fiscal al cual remitiera el Alto Tribunal por razones de brevedad en la causa individualizada en el registro de dicho estrado bajo la letra B, número 109, Libro XLI: "Baterplac S.R.L. c/AFIP s/contencioso administrativo", sent. del 18/9/2007, criterio que se reiterara en la causa B.1201, Libro XLI, "Baterplac S.R.L. c/AFIP-DGI s/contencioso administrativo", sent. del 27/11/2007, entre otras). Es que, "al existir un procedimiento de reconocimiento del crédito promovido ante el tribunal judicial ordinario con competencia universal por propia iniciativa del pretenso acreedor y en virtud de disposición legal de orden público que atiende al interés general, resulta evidente que no puede admitirse la existencia de dos procedimientos judiciales con el mismo objeto, es decir tendientes a revisar la existencia y alcance del crédito y viabilizar su reclamo ante la empresa deudora, porque ello importaría limitar la facultad jurisdiccional de los jueces intervinientes, afectar los principios liminares de defensa en juicio y debido proceso, abriendo la posibilidad de alterar la cosa juzgada y generar el peligro de decisiones contradictorias, con afectación del supremo objetivo de la seguridad jurídica" (v. *Fallos,* 326:1774, *in re*: "Supercanal S.A.", sent. del 2/6/2003).

Es que, independientemente del trámite judicial específico para la impugnación de los créditos tributarios determinados (demanda contencioso administrativa ante la justicia local), la *Ley de Concursos* ante la situación excepcional de cesación de pagos de la persona física o jurídica que recurre o es llevada a un juicio de carácter colectivo donde se halla involucrado la totalidad del pasivo y del activo del deudor, establece procedimientos específicos obligatorios para la totalidad de los acreedores, sin distinción de la naturaleza del crédito, salvo las limitadas excepciones legales previstas en la ley 24.522, haciendo valer, en definitiva, no ya si la incursa en cesación de pagos reviste como actora o demandada en un proceso judicial, sino, más bien, si reconoce en el vínculo obligacional controvertido el carácter de acreedora o deudora.

5. Por las razones expuestas, me pronuncio por declarar mal concedidos los recursos de apelación ordinaria interpuestos por ambas partes; admitir la queja de fs. 648/663 vta., hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 502/519 y revocar la sentencia recurrida.

Costas por su orden en atención a que ambas partes afirmaban la competencia local en sus recursos (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, en sentido concordante con el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedidos* los recursos ordinarios de apelación deducidos por Aguas Argentinas S.A. y el GCBA.

2º. *Admitir* la queja deducida por el GCBA a fs. 648/663 vta., *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 502/519 y *revocar* la sentencia recurrida.

3º. *Imponer* las costas por su orden.

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.*

CCXXII

"AROMANDO, DIEGO MAXIMILIANO C/GCBA Y OTROS S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5885/08: "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'AROMANDO, DIEGO MAXIMILIANO C/GCBA Y OTROS S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. DEFENSOR OFICIAL: Designación. Incidente de nulidad. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la providencia dictada por el juez de grado que ordenó el traslado al Consejo

de la Magistratura para que se expidiera acerca de la legitimidad de la resolución de designación del defensor oficial y prescindir, por tanto, de la exigencia propia del recurso consistente en tener como objeto de agravio una sentencia definitiva dada la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. 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).*

3. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto 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).*

4. El Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial con competencias exclusivas, 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), de modo que no resulta posible que jueces o fiscales cuestionen 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).*

5. 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).*

6. El recurso de inconstitucionalidad, y la queja a éste acumulada, deben rechazarse pues se dirigen a cuestionar la decisión del juez de primera instancia de correr traslado a fin de que el Defensor Oficial y el Consejo de la Magistratura se expidan respecto de la legitimidad de la resolución de designación del defensor, decisión que no puede ser equiparada a sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de "irreparables" que permitan autorizar esa equiparación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Corresponde rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en cuanto la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al Defensor Oficial y al Consejo de la Magistratura, con

el objeto de que se expidan sobre la legitimidad de la resolución de designación del defensor, pues se trata de resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia meramente física que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno, ni representan a la exigencia de sentencia definitiva impuesta por el art. 27 de la ley 402. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5913/08 - 8/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia —según relato de fs. 20/23 vta.— dispuso, con fecha 16/7/2007, y "...a raíz de la intervención del Defensor Oficial Nº 2 ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, doctor Guillermo A. Gracia en las actuaciones principales (...) la formación de incidente por separado, a fin de resolver lo atinente a la legitimidad de la resol. 51/2006 de este Consejo de la Magistratura". En el marco de ese incidente, ordenó el 19/7/2007 correr traslado, a fin de que se expidiesen respecto de la legitimidad de la resol. CM-51/06 por el término de cinco días, el doctor Guillermo Gracia y el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires —como órgano emisor del acto cuestionado— (fs. 3).

2. Frente a la providencia del 19/7/2007, apeló el Consejo de la Magistratura (en adelante CM, fs. 5/6 vta.).

El juez de grado, tras considerar que el recurso de apelación comprensivo del de nulidad se dirigía contra una providencia simple que no causaba gravamen irreparable, lo denegó (fs. 7).

3. El CM interpuso recurso de queja por apelación denegada (fs. 8/10).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de queja interpuesto el CM por tratarse de una providencia simple "que no causa un gravamen que pueda considerarse no susceptible de una ulterior reparación" (fs. 14).

4. El CM dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 20/23 vta.).

La Sala II declaró parcialmente admisible el recurso, lo denegó respecto de los planteos de arbitrariedad articulados por el CM (fs. 27/28 vta.).

5. Contra la denegatoria parcial, el CM planteó la queja que tramita en estas actuaciones (fs. 52/56 vta.).

6. En su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto sostuvo que "la cuestión debatida en las presentes actuaciones resulta ser sustancialmente análoga a la suscitada en el expte. TSJBA nº 5427/07, 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido'...", y que si bien "...la

resolución recurrida no resulta definitiva, encuentro aplicable la doctrina previa de V.E. que la considera equiparable a ella cuando ocasiona un perjuicio grave de insuficiente o muy difícil reparación ulterior (doctr. de 'Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido'; expte. nº 2570/03, entre otros)". Propició, en definitiva, que el Tribunal "admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad, revoque la resolución apelada y, sin más, deje sin efecto todo lo actuado en estos obrados" (fs. 62/81).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS y la jueza ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La relación de antecedentes efectuada en las "resultas" de esta sentencia pone de manifiesto que la cuestión ventilada en las instancias anteriores y en el recurso traído a decisión del Tribunal es sustancialmente similar a la que se resolviera en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008; que es mencionada por el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen a fs. 80 y vta.

En aquella oportunidad el Tribunal, a partir de los argumentos coincidentes de cuatro de sus integrantes, constató la existencia de un caso constitucional susceptible de habilitar la vía recursiva prevista en el art. 113, inc. 3º, CCBA y dejó sin efecto el procedimiento incidental iniciado de manera oficiosa por el juez de la causa para evaluar la validez del acto de designación del Asesor Tutelar que se había presentado en el expediente.

2. En consecuencia, por los fundamentos coincidentes que fueran expresados en el precedente citado —a los que cabe remitirse como parte integrante de este pronunciamiento—, entendemos que corresponde hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura local, revocar la sentencia recurrida, dejar sin efecto todo lo actuado para resolver lo atinente a la legitimidad de la resol. CM-51/06 y ordenar su archivo sin más trámite.

3. Por último, una aclaración adicional. A diferencia de lo ocurrido en "Skiba", donde se objetaba la decisión judicial que había declarado la nulidad del acto de designación del señor Asesor Tutelar que se había presentado en el expediente, en esta causa el Consejo de la Magistratura de la Ciudad ha dirigido sus cuestionamientos contra una providencia dictada por el señor juez de grado —la que ordenó el traslado al CM a fin de que se expidiese respecto de la legitimidad de la resol. 51/2006.

A pesar de lo señalado, entendemos que en esta ocasión la decisión a dictarse no debe variar respecto de la adoptada en el precedente antes referido, pues cabe

prescindir en el caso de la exigencia propia del recurso de inconstitucionalidad consistente en tener como objeto de agravio una *sentencia definitiva*. Ello se explica por la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que ya se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad, asunto que, naturalmente, excede el interés individual de las partes —aunque hablar de *partes* en este peculiar proceso incidental, en rigor, resulte un contrasentido, como se explicó *in extenso* al decidir "Skiba"—. Además, al resolver de este modo también se conjura el evidente dispendio jurisdiccional que conllevaría para todos los sujetos involucrados tener que tramitar y verse sometidos a un proceso que, en circunstancias análogas, el Tribunal ya ha descalificado por tratarse de una actuación viciada de ilegitimidad desde su génesis.

Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia de la sentencia dictada en la aludida causa *"*Skiba*"*.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La decisión que viene recurriendo el CM (esto es, la formación de incidente) si bien no constituye la definitiva a que se refiere el art. 27 de ley 402, resulta equiparable a tal porque le irroga un perjuicio de imposible reparación ulterior. Al ordenar la formación de un incidente con el objeto de tratar los planteos de la señora Fiscal dirigidos a controvertir la legalidad de la resol. CM-51/06, el juez actuó *ultra vires*. Ello así, en tanto puso en vilo, sin que existiese una pretensión de parte legitimada, la validez del acto emitido por la recurrente, esto es, un órgano del Estado. 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 —conf. mi voto *in re* "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008—. A su vez, tampoco, el Ministerio Público Fiscal cuenta con la competencia, tanto para controlar por sí al Defensor Oficial como para requerir tal control del juez (conf. los fundamentos dados en el punto 6 de mi voto *in re "*Skiba*"*, ya citado, a los que cabe remitirse).

Por ello, corresponde concluir, tal como lo adelanté al comienzo del párrafo que antecede, que la decisión recurrida configura un palmario detrimento de las facultades del CM no susceptible de ser reparado ulteriormente.

2. Con relación al tema de fondo, la cuestión controvertida en el *sub lite* resulta análoga a la analizada por este Tribunal en la causa "Skiba", ya citada, por lo que a ella corresponde remitirse. A tales fines, a esta sentencia se agregará copia de dicho precedente.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, *ii)* revocar la decisión impugnada, *iii)* dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión, y *iv)* ordenar su archivo.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

I. *Recurso de inconstitucionalidad concedido.*

1. El CM afirma que "el recurso se interpone contra la sentencia de fecha 20/9/2007, dictada por la Sala II (...) que resulta ser el superior tribunal de la causa, y que respecto al Consejo de la Magistratura resulta definitiva dado que al denegar la revocatoria de la providencia que ordena el traslado para que esta parte se expida respecto de la resol. CM-51/06, cuestión introducida de oficio por el Magistrado de primera instancia, vulnera gravemente sus facultades constitucionalmente otorgadas, y su derecho de defensa en juicio (...) el pronunciamiento cuestionado (...) reviste el carácter de sentencia asimilable a definitiva ya que ordena correr traslado a esta parte para que se expida sobre un acto administrativo por ella dictado, vislumbrando en forma evidente el cuestionamiento de tal acto, de oficio, por el señor magistrado de grado, el que en sí mismo resulta un agravio, tanto por la formación del incidente que también se encuentra cuestionado, como por la ilegítima sustanciación pretendida por el doctor Treacy, fuera de todo caso o controversia, en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (fs. 21 vta./ 22).

La relación de antecedentes efectuada en las "resultas" y la resolución de la Cámara de Apelaciones que concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad (fs. 27/28 vta.) ponen de manifiesto que más allá de la similitud —que señala el Fiscal General Adjunto en su dictamen y el CM en su recurso— que la cuestión ventilada en las instancias anteriores pudiera presentar con la decidida por el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008, existe una diferencia sustancial que no puede ser obviada: en "Skiba" el incidente referido a la personería del señor Asesor Tutelar Nº 2 llegó a conocimiento del Tribunal luego de haber sido fallado en las dos instancias de mérito.

Por el contrario, el recurso de inconstitucionalidad —y la queja a éste acumulada— que el CM trae ahora a consideración del Tribunal se dirigen a cuestionar, finalmente, la decisión del juez de primera instancia de correr traslado a fin de que el doctor Guillermo Gracia y el Consejo de la Magistratura "se expidan respecto de la legitimidad de la resol. CM-51/06" (fs. 4).

2. Por ello, la decisión de la Sala II de equiparar la resolución cuestionada a una sentencia definitiva no ha sido correcta.

Los agravios que el CM plantea atacan la disposición que ordena en el marco de un incidente que se expresen "respecto de la legitimidad de la resol. CM-51/06" quienes, a criterio del magistrado, deberían hacerlo: el doctor Guillermo Gracia y el Consejo de la Magistratura. Por su naturaleza, la decisión no es una sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de "irreparables" que permitan autorizar su equiparación con ese tipo de sentencias.

Como ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal en relación al recurso de inconstitucionalidad local —en consonancia con el criterio sentado por la CSJN para el recurso extraordinario federal— la ausencia de sentencia definitiva no puede ser suplida mediante la invocación de arbitrariedad o de la violación de garantías constitucionales (*Fallos,* 308:62; entre otros).

Cabe concluir, entonces, que la sentencia que rechaza la queja interpuesta por el CM (fs. 14) y el auto de primera instancia que dispuso dar traslado (fs. 4), no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

Consecuentemente, el recurso de inconstitucionalidad planteado por el CM fue mal concedido por la Cámara de Apelaciones.

II. *Recurso de queja.*

Lo expresado al considerar el recurso de inconstitucionalidad erróneamente concedido por la Cámara, resulta igualmente aplicable para rechazar la queja acumulada.

Por las razones expuestas en los puntos I y II, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y por rechazar la queja planteados por el CM.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido con los votos precedentes en señalar que este caso, en sus elementos materiales básicos, es sustancialmente análogo al que el TSJBA decidió *in re* "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 5381/97, sent. del 12/3/2008. Se trata aquí, otra vez, de la decisión inconsulta, de oficio, de un problema institucional mediante el aprovechamiento de un litigio judicial que se suscita entre partes extrañas al llamado "incidente".

2. En este mismo caso citado señalé que, aunque la resolución impugnada no aparecía procesalmente como una *sentencia definitiva*, que daba base al recurso interpuesto según lo exige la ley local (402, art. 27), ello se debía a la confusión que, para la fundamentación de un agravio real, incorporaba la formación del —mal llamado— "incidente" (sobre un problema institucional) en un litigio entre partes distintas de aquellas verdaderamente en conflicto y por un objeto también

distinto del caso judicial planteado por las partes. Resulta así descabellado ocultar bajo el rótulo de "incidente" una decisión supuestamente "interlocutoria", con protagonistas oficiales ajenos a las partes de un proceso judicial concreto, sobre una disputa de otro nivel acerca de las facultades y limitaciones de un órgano estatal, también ajeno por completo al litigio real trabado y sin reparar en la voluntad del presunto afectado.

3. El caso que aquí se nos presenta, con poseer esos mismos elementos, representa, sin embargo, una verdadera anticipación de la intervención recursiva que eventualmente le corresponde como competencia al TSJBA. Aquí se ha recurrido, en verdad, la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al señor Defensor Oficial Nº 2 ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, doctor Guillermo A. Gracia, y al Consejo de la Magistratura, con el objeto de que se expidan sobre la legitimidad de la resol. CM-51/06 (fs. 4), resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia meramente física que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno y, mucho menos, representan a la exigencia de *sentencia definitiva* impuesta por el art. 27 de la ley local 402.

4. Por lo tanto, me inclino por rechazar la queja interpuesta y por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en su parte pertinente.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer* lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura local, *revocar* la decisión impugnada, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictadas por el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5427/07), de fecha 12/3/2008.

3º. *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.*

En similar sentido se resolvió en la causa 5957/08 "Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5911/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada'", del 14/10/2008; y en la causa 5955/08 "Ramírez Flores, Patricia Lorena c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 29/10/2008.

CCXXIII

"FINOLI, MICAELA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Audiencia pública. Prueba de informes.

Expte. nº 5851/08 - 8/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 80, el GCBA solicita se deje sin efecto la audiencia pública convocada (fs. 74) para el día 12/11/2008, a fin de que el Tribunal ordene la apertura a prueba en estas actuaciones y provea la que ofreció al contestar la demanda.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

A los fines señalados por la requirente, y en atención a la fecha en que se realizará la audiencia pública (12/11/2008), resulta innecesario dejarla sin efecto, pues parece suficiente ordenar la prueba ofrecida y librar los oficios solicitados a fs. 57 y vta., cuya respuesta podrá ser considerada —juntamente con la documental también acompañada por el GCBA— en el acto de la audiencia de mención (arg. art. 10, ley 402).

A tales efectos, deberá indicarse en los oficios que serán librados a la Legislatura, a la asociación "Luchemos por la Vida" y a ALPI, la necesidad de que ellos sean contestados antes de la fecha de la audiencia.

Así lo voto.

Los jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

Comparto el voto del juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto no hace lugar al pedido de suspensión de la audiencia pública prevista para el día 12 de noviembre.

Con respecto a la solicitud de prueba informativa, considero que —de acuerdo con los términos en que quedara planteada la acción de inconstitucionalidad— su producción resulta innecesaria.

Sin perjuicio de ello, de estimarlo conducente, el peticionante podrá acompañar tal información como prueba documental en el marco de la audiencia convocada para el día 12 de noviembre.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de fs. 80 de la demandada, de dejar sin efecto la audiencia pública convocada para el día 12/11/2008.

2º. *Hacer lugar* a la prueba informativa ofrecida a fs. 57 y vta. por el GCBA y, en consecuencia, ordenar se libren los oficios solicitados, en la forma indicada en el voto del juez Luis F. Lozano.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes y al señor Fiscal General, y se cumpla.

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

CCXXIV

"HOTEL CORRIENTES (DOMINGO MARTÍN - ANTONIO EDGARDO MESSIA) C/GCBA (SUBSECRETARÍA DE ACCIÓN SOCIAL) S/COBRO DE PESOS"

RECURSO DE REPOSICIÓN: Regulación de honorarios.

SUMARIO:

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 de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 2565/03 - 8/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Hernán Mariano Gargiulo Palladino solicita que el Tribunal "adecue la regulación de honorarios dispuesta en estos autos" tomando en consideración que la resolución que fijó su estipendio en el expte. nº 2564/03 hace cosa juzgada en este expediente (por haberse encontrado acumulados) en cuanto a que la base de cálculo debe computar los intereses del capital objeto de la condena en los autos principales (fs. 839/840 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. En primer lugar cabe señalar que las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7, no son susceptibles —por regla— de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia en la ley 402 de algún recurso contra sus decisiones (CSJN, doctrina de *Fallos,* 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784, entre muchos otros; el Tribunal, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. 1, pp. 136 y ss. *in re* "Partido Justicialista y otros c/GCBA s/nulidad", expte. nº 50/99, resolución del 16/6/1999; "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, "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 otros).

2. Además, las razones que expone el recurrente —sobre la suma a considerar como base regulatoria— no tienen entidad para justificar una excepción a dicha regla.

Como fue dicho en la sentencia de fs. 832/836 por los jueces que conformaron la mayoría, los letrados no cuestionaron que la Cámara fijara los honorarios de primera y segunda instancia tomando en cuenta sólo el capital reclamado y sin considerar los intereses (punto 3, segundo párrafo y punto 4 del voto de la jueza Ana María Conde, al que adhirió el juez Luis F. Lozano, y segundo párrafo, *in fine*, del voto del juez José O. Casás), cuestión ésta en la que la presente regulación difiere de la practicada en el expte. nº 2564/03, entre las mismas partes.

Además, cualquiera que fuera la pertinencia de su pretensión ella no fue tan siquiera expresada al peticionar que se remitiera el expediente al Tribunal para que efectúe la regulación por su actuación ante este estrado (fs. 824). Por el contrario, la petición menciona la resolución de la Cámara de fecha 13/12/2005 (fs. 626) que fue, precisamente, la que fijó la cuantía de los honorarios prescindiendo de considerar los intereses del capital en la base regulatoria.

3. Por ambas razones, no corresponde hacer lugar a la petición efectuada a fs. 839/840 vta. por el abogado Hernán Mariano Gargiulo Palladino.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto que antecede, pues, como se observa en el punto 1 de sus fundamentos, sobre todo, las decisiones del TSJBA no son susceptibles de recurso de reposición.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la petición efectuada a fs. 839/840 vta. por el abogado Hernán Mariano Gargiulo Palladino.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 836, punto 2.

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

CCXXV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MANFREDI, CAROLINA CLAUDIA S/INF. ARTS. 116 Y 117, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento. Manifestación expresa de la imputada. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. La presentación realizada por el Defensor General no puede ser entendida como un desistimiento válido del recurso de queja interpuesto a favor de su defendida, pues el art. 274 del Código Procesal Penal de la Ciudad, aplicable al caso, exige que sea la propia imputada la que exprese su voluntad de abandonar la vía recursiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La revocatoria de la suspensión de juicio a prueba que motivara el recurso de queja perdió actualidad, pues durante el transcurso del plazo legal con que cuenta el Tribunal para expedirse acerca del recurso de queja se sustanció la audiencia de juicio y se arribó a una sentencia condenatoria fundada en la confesión de la imputada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Cuando el recurso de queja procede de la defensa oficial corresponde la exención del pago del depósito. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sen-*

tido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde).

4. La resolución revocatoria del fallo de primera instancia que anuló la sentencia que, a su vez, revocaba 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Cabe declarar desistido el recurso de queja pues, más allá del desistimiento formulado por el Defensor General, la concreta voluntad de la interesada ya ha sido expresada mediante su formal conformidad con la condena resuelta, circunstancia ésta que quita toda relevancia a la posible interpretación que —en el caso— podría llegar a efectuarse acerca del art. 274 del CPP, si se lo creyera aplicable en cuanto a la necesidad de que el eventual desistimiento de un recurso se encuentre respaldado por la aprobación expresa de quien hubiera podido beneficiarse de aquél. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5602/07 - 8/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Carolina Claudia Manfredi interpuso a fs. 57/66 un recurso de queja contra la decisión de fs. 53/56 por la que la Sala II de la Cámara CyF declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. Dicha impugnación fue presentada contra la resolución que revocó la decisión del juez de primera instancia —de fecha 2/5/2007— que declaró nula la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba decidida el 5/2/2007 y, en consecuencia, sobreseyó a la imputada por extinción de la acción contravencional.

2. De tal presentación se corrió vista al Fiscal General Adjunto de la Ciudad y, una vez contestada, los autos pasaron al Acuerdo con fecha 7/2/2008.

3. Atento lo solicitado por el señor juez Luis F. Lozano, el día 25/5/2008 la señora jueza de trámite dispuso librar oficio a la Cámara CyF a fin de requerir los autos principales y, asimismo, dejó sin efecto el llamado de autos al Acuerdo (fs. 84).

4. Una vez recibido el "Incidente de nulidad en autos Manfredi, Carolina Claudia s/inf. 116 y 117 (Maza 1102) —apelación", el día 26/5/2008 la señora jueza de trámite dispuso un nuevo llamado de autos para el Acuerdo.

5. Atento a las constancias obrantes en el expediente, como en el incidente de nulidad referido, la señora jueza de trámite dispuso que la Secretaría interviniente certificara en forma telefónica ante el Juzgado de primera instancia en lo Contraven-

cional y de Faltas Nº 18, el estado del trámite de la causa. En razón de lo ordenado, la funcionaria que realizó la certificación informó que "el 29/5/2008, en el marco de la audiencia prevista en el art. 46 de la ley 12, se resolvió aplicar el art. 231 del CPPCABA y, por lo tanto —ante la confesión llana y circunstanciada del hecho que realizó la imputada— se omitió la producción de prueba y, en consecuencia, se condenó a la acusada —por los hechos ventilados en este proceso— a la pena de multa por $ 20.000 en suspenso, más las costas del proceso, y se le impusieron las siguientes reglas de conducta por el plazo de un año: *a)* fijar residencia y comunicar a la fiscalía el cambio de esta; y *b)* cumplir con las citaciones o requerimientos que la fiscalía o el juzgado le realice. Asimismo, se unificó la pena impuesta con aquella que el Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 9 le había fijado por otros hechos, en un total de $ 35.000 de multa, cuya ejecución quedó en suspenso" (fs. 96).

6. A fs. 100 la señora jueza de trámite dispuso que se agregue al expediente la copia certificada de la sentencia de condena de la señora Carolina C. Manfredi que fuera remitida por el señor juez de primera instancia.

7. Atento lo solicitado por el señor juez José O. Casás, el día 28/8/2008 la señora jueza de trámite dispuso certificar telefónicamente el estado de la causa. Asimismo, también se intimó a la defensa a que manifestara si mantenía o desistía la queja (fs. 101).

8. El Defensor General, como respuesta a la intimación aludida en el punto anterior, se presentó ante este Tribunal y adjuntó copia certificada de la condena dictada el 29/5/2008. En esa oportunidad, además, manifestó que "desiste de mantener el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que fue presentado con fecha 4/12/2007 a favor de Carolina Claudia Manfredi" (fs. 107).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La última presentación realizada por el Defensor General (fs. 107) no puede ser entendida como un desistimiento válido del recurso de queja interpuesto a favor de su defendida. El art. 274 del Código Procesal Penal de la Ciudad, aplicable al caso, exige que sea la propia imputada la que exprese su voluntad de abandonar la vía recursiva. En este sentido, como el escrito que presentó la defensa carece de la firma de la señora Manfredi, debo analizar la queja intentada.

2. Como surge de los resultas, durante el transcurso del plazo legal con que cuenta el Tribunal para expedirse acerca del recurso de queja obrante a fs. 57/66 vta., se ha sustanciado la audiencia de juicio y se ha arribado a una sentencia condenatoria fundada en la confesión de la señora Manfredi.

En estas condiciones, considero que la cuestión referida a la revocatoria de la suspensión de juicio a prueba que motivara la queja ha perdido actualidad.

Es oportuno recordar que el recurso de queja en análisis está dirigido contra la resolución de la Cámara que revocó la decisión del juez de primera instancia

—de fecha 2/5/2007— que había declarado nula la revocatoria de la suspensión del proceso a prueba decidida oportunamente y, en consecuencia, había sobreseído a la imputada por extinción de la acción contravencional.

3. 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. 189 bis, C.P.'".

4. Voto, en consecuencia, por el rechazo de la queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, pues el desarrollo de los acontecimientos —reflejados en el detallado relato que da comienzo a esta sentencia— determina que la queja no pueda progresar. En consecuencia voto por rechazar el recurso de hecho articulado a fs. 57/66.

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 —revocatoria del fallo de primera instancia que anuló la sentencia que, a su vez, revocaba 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, 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 (ver mi voto en "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, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 4962/06, resolución del 20/12/2006 y sus citas, "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'", resolución del 12/9/2007, "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]'", expte. nº 5345, resolución del 6/11/2007, entre otras).

3. Parece que este mismo caso corrobora el acierto de la afirmación anterior. En efecto, el proceso siguió su curso durante la tramitación de este recurso y ahora nos hallamos frente a la realidad de una sentencia condenatoria no recurrida por la condenada, o por otros en su favor, esto es, aceptada por ella y por su defensa y, por lo tanto, firme, con lo cual, la única corrección al párrafo anterior debería aclarar que no sólo las sentencias favorables al recurrente subsanan el posible defecto denunciado, sino que, antes bien, cualquier sentencia que quede firme, aun de sentido contrario al explicado, remedia el eventual defecto.

El caso se presenta casi ridículo para ese problema, pues, para colmo de males o de bienes, la defensa oficial pretende, en conocimiento del resultado, desistir la queja. Según se observa, el desistimiento es inoportuno, dada la finalización del proceso por sentencia firme, razón por la cual él no merece ser aceptado ni rechazado. Sólo se dirá en estos fundamentos que la queja ha quedado sin sentido y sin utilidad posible —cualquiera que hubiera sido eventualmente su resultado— frente a una condena aceptada por quien la sufre —no recurrida— y, por lo tanto, pasada en autoridad de cosa juzgada.

4. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas 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:

Tal como lo exponen mis colegas en sus votos, más allá de que sea menester requerir la firma de la señora Manfredi para tener por desistido el recurso de queja

presentado por su defensa, en definitiva, puede afirmarse que la pretensión puesta a estudio de este Tribunal devino abstracta pues la condena impuesta en el caso ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja agregada a fs. 57/66.

En razón de las particularidades del caso, no corresponde exigir el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ciardullo, Roberto s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3820/05, resolución del 18/5/2005 y "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, resolución del 15/3/2006 y "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Leyva Willivalda, Hinojosa s/inf. art. 73, CC'", expte. nº 5742/08, resolución del 15/7/2008).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

El Defensor General de la Ciudad pretendía mediante su presentación directa que este Tribunal analizara, una vez corroborado el desacierto de los argumentos expuestos por la Sala II de la Cámara para denegar su recurso de inconstitucionalidad, el mérito de ciertos planteamientos pretendidamente constitucionales ocasionados —al parecer— por la resolución del *a quo* que, en lo que aquí interesa, confirió plenos efectos a la primera decisión del juez de grado que oportunamente habría revocado una suspensión del proceso a prueba. Mientras el expediente se encontraba en estado de ser resuelto ante estos estrados el juez de primera instancia informó que, durante la audiencia de debate que ordenó sustanciar la Cámara a consecuencia de la resolución impugnada mediante esta vía, la imputada —asistida por la defensa oficial— admitió su plena responsabilidad y participación en el hecho investigado por la Fiscalía, consintió que se omitiera toda producción de prueba que avalara aquella conclusión y, en atención de lo dispuesto en el art. 231 del CPP local (cuya aplicación se consideró supletoria), prestó su conformidad con la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal. Esa decisión naturalmente adquirió firmeza porque no fue recurrida por ninguna de las partes.

Más allá del desistimiento formulado por el Defensor General, lo cierto es que la concreta voluntad de la interesada ya ha sido expresada mediante su formal conformidad con la condena resuelta, circunstancia ésta que quita toda relevancia a la posible interpretación que —en el caso— podría llegar a efectuarse acerca del art. 274 del citado CPP, si se lo creyera aplicable, esto es, en cuanto a la necesidad de que el eventual desistimiento de un recurso se encuentre respaldado por la aprobación expresa de quien hubiera podido beneficiarse de aquél. Ello así, toda vez que la elección de esa determinada estrategia procesal, como ciertamente lo habría sido el reconocimiento liso y llano de la interesada acerca de su responsabilidad

contravencional, importó un abandono implícito de la vía anteriormente iniciada con independencia de los fundamentos argüidos por el distinguido recurrente.

Por los argumentos expuestos voto por *declarar desistido* el recurso de hecho y considero que, en razón de la manera como aquí se resuelve, *no corresponde exigir depósito* alguno.

Por ello, oído el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 57/66.

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.*

CCXXVI

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SANOGUERA, DIEGO LORENZO S/INFRACCIÓN ART. 189 BIS C.P. —HONORARIOS DE PERITO PSIQUIATRA—'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Incidente de regulación de honorarios. Perito psiquiatra. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: Legitimación procesal. DEBIDO PROCESO: Derecho de defensa en juicio. Acceso a la justicia.

SUMARIOS:

1. Cabe hacer lugar al recurso de queja interpuesto contra la denegatoria del de inconstitucionalidad incoado contra una decisión emanada del tribunal superior de la causa que resulta equiparable a una sentencia definitiva, pues el pronunciamiento objetado imposibilita cualquier discusión posterior en torno al monto de los honorarios regulados a la perito psiquiatra.

2. Es admisible el recurso de inconstitucionalidad frente a las afirmaciones efectuadas por la Cámara, fundadas en que no se encontraría involucrado el derecho de defensa del Consejo de la Magistratura debido a que ese tribunal se abocó a la revisión de la regulación de honorarios controvertida por la perito psiquiatra, desde que la respuesta brindada a los planteos de la perito no permite descartar un puntual cuestionamiento de la decisión que rechazó *in limine* la apelación del Consejo de la Magistratura local con apoyo en una supuesta falta de legitimación procesal activa.

(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).

3. 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); y la irrazonable interpretación de esa norma efectuada tácitamente por los jueces de la causa impidió 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. La decisión de la Cámara que 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 son impuestas, vulnera el ejercicio del derecho de defensa que le asiste y resiente el legítimo ejercicio de las funciones que el constituyente local le otorgó. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad contra la resolución que dispuso que quien debía pagar las costas era el Consejo de la Magistratura, sin haberle dado intervención en el procedimiento para fijarlas y atribuirlas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. El recurso de inconstitucionalidad introduce oportunamente y funda de modo adecuado una cuestión constitucional dada 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 de la perito psiquiatra, en un proceso en el cual hasta entonces no había intervenido en modo alguno. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. 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).*

Expte. nº 5739/08 - 8/10/2008

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. 11/12) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto frente a la decisión de esa misma Sala de rechazar

in limine su apelación. Aquella presentación (fs. 2/3) se dirigía a obtener la revisión del monto fijado por el juez de primera instancia en concepto de honorarios por la producción de un peritaje psiquiátrico desarrollado en el proceso (fs. 1).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado, la recurrente afirmó, sintéticamente, que la decisión impugnada —que rechazó *in limine* su apelación— era arbitraria y generaba gravedad institucional, por violar el principio de división de poderes y la forma republicana de gobierno en tanto los magistrados habían avasallado las funciones propias de administración del Consejo, al vedarle la posibilidad de impugnar el monto establecido, en perjuicio del derecho de defensa en juicio y de la garantía de debido proceso (fs. 6/10).

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 a la perito psiquiatra, 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 se limitó a interpretar las normas procesales para concluir en que el Consejo de la Magistratura no resultaba parte del proceso. A su vez, los jueces entendieron que no existía la afectación del derecho de defensa que se denunciaba porque, en el marco del recurso de apelación intentado por la perito psiquiatra, se había revisado y convalidado la regulación atacada. 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. 11/12).

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 decisión de la Sala I de la Cámara CyF de fecha 19/12/2007 y se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 14/20).

5. En oportunidad de contestar la vista dispuesta a fs. 23, punto 2, el señor Fiscal General Adjunto consideró que la decisión impugnada es una sentencia equiparable a 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. Solicitó entonces que se haga lugar a la queja y se declare la nulidad del auto cuya copia obra a fs. 4 —por el que se rechazó *in limine* el recurso de apelación del Consejo de la Magistratura— para que se dicte una nueva resolución conforme a derecho, con intervención de la parte que resulte obligada al pago (fs. 25/27).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La presentación de fs. 14/20 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 resulta equiparable a una sentencia definitiva. Ello así, en tanto el pronunciamiento objetado imposibilita cualquier discusión posterior en torno al monto de los honorarios regulados a la perito psiquiatra, doctora Susana M. Kleiban, en razón de su intervención en la causa 24.002/07, caratulada "Sanoguera, Diego Lorenzo s/inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil", 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).

2. Además, la queja interpuesta expone una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 6/10. En este aspecto, la recurrente ha logrado exponer en sus presentaciones una cuestión constitucional al argumentar 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), poniéndose en juego el derecho de defensa en juicio que también le asiste (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA).

En ese sentido, entiendo que las afirmaciones efectuadas por los jueces de la Cámara, orientadas a poner de resalto que, en el caso, no se encontraría involucrado el derecho de defensa del Consejo de la Magistratura debido a que, en definitiva, ese tribunal se ha abocado a la revisión de la regulación de honorarios controvertida, a partir del tratamiento del recurso de apelación deducido por la perito psiquiatra (fs. 12, primer y segundo párrafo), no resultan idóneas para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la respuesta brindada a los planteos de la perito vinculados a la regulación de honorarios, en realidad, no permite descartar un puntual cuestionamiento de la decisión que rechazó *in limine* la apelación del Consejo de la Magistratura local con apoyo en una supuesta falta de legitimación procesal activa. A ello se suma que los agravios de la perito psiquiatra estuvieron basados en la supuesta *exigüidad* de los honorarios regulados, mientras que los desplegados por el Consejo fueron articulados en razón de la alegada *exorbitancia* del mismo monto. Desde esta perspectiva, parece razonable concluir que los desarrollos de la sentencia de Cámara utilizados para decidir que la regulación de honorarios no era baja, no pueden ser trasladados de manera automática, sin más, para rechazar al mismo tiempo planteos que intentan demostrar que la misma regulación fue excesivamente alta.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso de hecho deducido.

3. Las actuaciones en estudio tienen relación con otras, ya resueltas por este Tribunal, en las que se plantearon circunstancias similares a las acaecidas durante este proceso (conf. "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 12/3/2008). Como en aquella oportunidad, 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 se agravia en razón del perjuicio que le genera la decisión de los jueces de la Sala I de la Cámara CyF que decidieron rechazar *in limine* el recurso de apelación dirigido a impugnar el monto de los honorarios regulados por el titular del Juzgado en lo Contravencional Nº 27 a la perito designada durante el trámite de la causa seguida a Sanoguera, cuyo pago se impusiera al Consejo. La decisión tuvo por base la siguiente afirmación: "[..] en relación a la legitimación del Consejo de la Magistratura para intervenir en este tipo de incidencias, es criterio de este Tribunal que dicho órgano carece de la misma toda vez que no ostenta el carácter de parte del proceso (este Tribunal *in re* recurso de queja en autos 'Cáceres, Gonzalo Javier s/infracción art. 72 ley 10 —regulación de honorarios de perito—', causa 130-01-CC/2006 del 18/9/2007, entre otras)" (fs. 4/4 vta.).

5. Ahora bien, asiste razón a la recurrente en cuanto a la cuestión que plantea para criticar la sentencia de la Cámara en su recurso de inconstitucionalidad.

No se ha discutido 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 tácitamente 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, en definitiva, 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.

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 reguló los honorarios de la perito psiquiatra en primera instancia, a través de un recurso que posibilite atender los agravios que manifiesta, generados por la imposición de la obligación de pagar honorarios cuyo monto, según expone en el recurso de apelación de fs. 2/3, resulta excesivo.

Así las cosas, habilitada la instancia judicial para el Consejo en el caso, a partir del reconocimiento de su legitimación procesal activa para discutir los honorarios regulados en el juicio que se ponen a su cargo, corresponde que los jueces de la causa brinden respuesta fundada a sus planteos.

6. En consecuencia, debe dejarse sin efecto la decisión que rechazó *in limine* la apelación interpuesta por el Consejo de la Magistratura y devolverse las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que otros jueces la resuelvan, con previa intervención de los interesados.

Esto último debido a que, si bien las argumentaciones efectuadas por los jueces de la Sala I en el punto V de la decisión agregada en copia a fs. 4 tuvieron origen en el recurso de apelación de la perito psiquiatra, lo cierto es que ellas resultan suficientes para provocar dudas razonables acerca de la imparcialidad de los integrantes de la Sala I en el caso.

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 *in limine* el recurso de apelación interpuesto por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, y *c)* remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que, por intermedio de jueces distintos a los que dictaron la decisión aquí revocada, dicte un nuevo pronunciamiento que resuelva el recurso de apelación en cuestión, previa intervención de los interesados.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Evidentemente, no hubo condena en costas en el juicio de conocimiento, ni siquiera al Estado persecutor. Tampoco hubo en ese juicio regulación de los honorarios de la perito. Todo se presentó posteriormente al requerirse la regulación de los honorarios de la perito.

2. Estimo que, si por la razón que expresa el juez en la resolución del 31/10/2007, quien debía 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. Coincido, entonces, con el señor juez Casás en la necesidad de revocar la decisión y reenviar el caso a jueces que no hayan intervenido antes para que resuelvan el punto, con previa intervención de los interesados.

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 de la perito psiquiatra, 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, la violación a su derecho a ser oído con las debidas garantías. Dicho en otros términos, es a partir de la condena a sufragar los honorarios de la 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 de la perito psiquiatra, 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, oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

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 de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de fecha 16/11/2007, cuya copia obra a fs. 4, que rechazó *in limine* el recurso de apelación interpuesto por la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

3º. *Remitir* las actuaciones a la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que, por intermedio de jueces distintos a los que dictaron la decisión aquí revocada, dicte un nuevo pronunciamiento que resuelva el recurso de apelación en cuestión, previa intervención de los interesados.

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.*

CCXXVII

"MAUGERI, DANTE ABEL 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.

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 si 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 si 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 5934/08 - 8/10/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Dante Abel Maugeri, que se desempeña como Profesional de Guardia Bioquímico del Hospital "Bernardino Rivadavia" de la Ciudad de Buenos Aires, 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).

Solicitó, también, el dictado de una medida cautelar que dispusiese el inmediato cumplimiento de lo establecido en la norma antes referida, proveyéndosele —como mínimo— la ampliación horaria de 24 a 36 horas semanales, así como el pago retroactivo de todas las sumas correspondientes a los períodos en que debió darse cumplimiento al incremento horario de que se trata. Tal medida fue rechazada por la jueza de primera instancia.

2. 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. 39/46).

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 doce horas semanales en planta (fs. 70/74).

3. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 81/89). La parte actora contestó el traslado del memorial de agravios y solicitó su rechazo (fs. 92/97 vta.).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de grado: se remitió 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. 121).

4. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 131/146). 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.

5. 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 CCBA y lo rechazó en cuanto a la aplicación del art. 6º del dec. 282/96 por la causal de arbitrariedad (fs. 155/156) y por ser una norma de derecho común, de rango infraconstitucional.

6. En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia un pronunciamiento que declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada (fs. 163/166).

FUNDAMENTOS:

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

1. La Sala interviniente dispuso la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el caso es "análogo" (punto III, fs. 155/156) 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. nº 4926/06 —que remitió a su vez a los fundamentos vertidos en "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 aquellas causas eran 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 allí se resolviera.

En el precedente "Akrich" ya aludido, 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 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 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 del 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 sent. 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.

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. 155/156. 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.

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 Dante Abel Maugeri.

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 el expte. nº 4782/06 caratulado "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.*

CCXXVIII

"INCIDENTE DE INCOMPETENCIA EN AUTOS 'PEDRASA O PEDRAZA, RAÚL S/INF. ART. 149 BIS C.P. (AMENAZAS) —APELACIÓN' S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO, EXPTE. Nº 5946/08, "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN AUTOS 'PEDRASA O PEDRAZA, RAÚL S/INF. ART. 149 BIS, C.P. (AMENAZAS) —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Competencia. CONVENIO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS PENALES: Competencia de la justicia nacional en lo correccional. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de queja y al de inconstitucionalidad y remitir los autos al juzgado nacional en lo correccional, dado el reciente pronunciamiento de la CSJN donde sostuvo que el Convenio 14/04 de Transferencia de Competencias Penales a la Ciudad de Buenos Aires, a la fecha en que se emitía el pronunciamiento, no estaba vigente y que, conforme surge de su cláusula primera *in fine* las causas que se encuentran en trámite ante la justicia nacional cuando comience su vigencia, deben ser terminadas y fenecidas ante los mismos órganos, convenio que fuera aprobado por el Congreso Nacional mediante la ley 26.357. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y, rechazar la queja interpuesta porque la decisión atacada referida a la competencia de la justicia 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).*

3. No corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, cuando ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5929/08 - 8/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Defensora Oficial de Primera Instancia interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 91/107) contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que, por mayoría, revocó la resolución de primera instancia —en cuanto no aceptó la atribución de competencia que le formulara el titular del Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11— y, en consecuencia, aceptó la competencia del fuero local para intervenir en las actuaciones principales en las cuales se investiga un hecho *prima facie* calificado como amenazas, art. 149 bis, C.P. (fs. 81/88).

Resumidamente, la recurrente sostiene y argumenta que la resolución de Cámara insiste con una opinión contraria a la expuesta por la CSJN en un precedente de características similares, al tiempo que desconoce el alcance de la garantía del juez natural y del principio de división de poderes.

2. La Cámara consideró que correspondía equiparar la decisión a una definitiva (interpretando diversos precedentes de este Tribunal), concedió de manera parcial el recurso de inconstitucionalidad con relación al principio de división de poderes y lo denegó con respecto a los otros motivos de agravio (fs. 112/115).

El Defensor General de la Ciudad recurrió en queja ante este Tribunal a los efectos de mantener los agravios denegados por la Cámara y, además, denunció la arbitrariedad del auto denegatorio por contradictorio, pues, en su opinión, los planteos oportunamente presentados por la Defensora Oficial de Primera Instancia resultaban "totalmente inescindible[s]". Finalmente recordó que este Tribunal recientemente se había pronunciado en un sentido idéntico al postulado por su Ministerio (fs. 182/194).

3. El Fiscal General Adjunto, en sus dos intervenciones (a fs. 121/123 y 198), dejó expresamente a salvo su opinión contraria a la suerte de ambos recursos —porque: *a)* la defensa oficial no acreditó representación alguna; *b)* no se cuestiona una sentencia equiparable a definitiva; y *c)* no se expone en qué consiste el perjuicio concreto resultante de la decisión recurrida, cuando "el sistema procesal penal instaurado a la luz de las premisas del art. 13 de la CCBA resulta mucho más beneficioso a los intereses de los justiciables, que el que rige actualmente en el ámbito nacional"—, pero, aún así, en atención a lo resuelto por este Tribunal

en los precedentes invocados por el Ministerio Público de la Defensa solicitó que se revoque la declaración de competencia del fuero local para intervenir en estos obrados.

FUNDAMENTOS:

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

La cuestión debatida en autos resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* "Incidente de incompetencia en autos 'Ramos, Graciela Beatriz y otros s/art. 149 bis C.P., amenazas' s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5914 y su acumulado "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de incompetencia en autos Ramos, Graciela Beatriz y otros s/inf. art. 149 bis, amenazas'", expte. nº 5917/08, resolución del 17/9/2008.

En consecuencia, cada uno de los jueces remite a los argumentos y a la solución que propusiera en la sentencia dictada en el precedente indicado, resolución de la cual se agregará copia para formar parte de este pronunciamiento.

El juez Julio B. J. Maier agregó:

Como puede leerse en la resolución que se agrega, mi voto —minoría— decide declarar mal concedido el recurso y rechazar la queja interpuesta, decisión fundada en el hecho de que la decisión atacada no constituye sentencia definitiva en el sentido del art. 27, ley local 402.

Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer* lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa, *revocar* la decisión impugnada, que declaró la competencia de la justicia local para intervenir en esta causa, y, oportunamente, *remitir* los autos a la Cámara de Apelaciones con competencia Penal, Contravencional y de Faltas, a sus efectos.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por el Tribunal el 17/9/2008 en los autos "Incidente de incompetencia en autos 'Ramos, Graciela Beatriz y otros s/art. 149 bis C.P., amenazas' s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5914 y su acumulado "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de incompetencia en autos Ramos, Graciela Beatriz y otros s/inf. art. 149 bis, amenazas'", expte. nº 5917/08.

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

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 5930/08 "Incidente de incompetencia en autos 'Grosso, Marcos Emereo s/infr. art. 1º, LN 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) p/L 2 s/recurso de inconstitucionalidad concedido'" y su acumulado: expte. nº 5933/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de incompetencia en autos 'Grosso, Marcos Emereo s/infr. art. 1º, LN 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) p/ L 2'"; nº 5949/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cabrera, Gustavo Orlando s/inf. art. 149 bis —amenazas— C.P.'"; nº 5950/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Medina, Víctor Fernando s/inf. art. 149 bis —amenazas— C.P.'"; y nº 5963/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de incompetencia en autos 'Suarez, José s/infr. art. 181, inc. 1º, usurpación (despojo) C.P.'", también del 8/10/2008.

CCXXIX

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

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Principio de congruencia. Principio de indemnidad. Principio protectorio. Pronunciamiento *extra petita*. Principio de *iura novit curia*. Principio de lealtad procesal. Derecho común. SALARIO: Carácter alimentario. ADICIONAL: Intereses.

SUMARIOS:

1. La tutela efectiva del salario, en atención a su carácter alimentario, involucra una cuestión constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La Cámara violentó el principio de indemnidad, a partir del alcance que asigna a la expresión "adicionales", donde no consideró incluidos y reclamados los intereses derivados de la deuda reconocida a favor de los actores y que llega firme a esta instancia extraordinaria, por lo que dictó una sentencia arbitraria que viola la tutela constitucionalmente consagrada del salario. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Derivado del principio de intangibilidad de la remuneración laboral y de su carácter alimentario (art. 43 de la CCBA y art. 14 bis de la C.N.), en materia de reclamos salariales está legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La flexibilización del principio de congruencia y la consagración del principio protectorio se extiende al ámbito del proceso, como ocurre con el art. 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral que autoriza a los jueces a fallar *ultra petita,* de modo que los intereses que derivan del reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio justamente del principio de *iura novit curiae. (Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Es arbitraria la sentencia de Cámara, que con una visión formalista y estrecha exigió a los actores una carga a la que no estaban obligados, y provocó con ello la lesión al principio constitucional de tutela efectiva e integral del salario, pues por vía de una interpretación en contra del trabajador, condujo a que el Estado se quedase con una porción del salario (los intereses) que debe garantizar. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Cualquiera que sea la postura que se adopte sobre la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz adicionales, tal hecho desde el punto de vista de la legislación común (infraconstitucional), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos es una tarea propia de los tribunales de mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Es propio de las decisiones judiciales que, debido a la independencia de los jueces que deciden, puedan existir contradicciones, para cuyo caso el ordenamiento positivo convoca un recurso específico para intentar subsanar este defecto, recurso que pudo interponer el aquí recurrente, al menos por analogía permitida, y que se acomoda más a la finalidad de corregir el problema suscitado que el recurso de inconstitucionalidad efectivamente interpuesto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La discusión acerca del contenido y alcance que es posible otorgar a la expresión “adicionales”, y, con mayor precisión, si incluye o no los intereses de un capital reclamado, está bajo la órbita de competencia propia de los jueces de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Pese a que en el recurso de queja se pretende una decisión del Tribunal sobre el alcance de las expresiones utilizadas en el escrito de demanda, no se logra demostrar que la interpretación efectuada por la Cámara resulte absurda o arbitraria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Cabe hacer lugar al recurso de queja cuando existe una crítica del recurrente a un aspecto puntual de la decisión de la Cámara que suscita un caso constitucional por encontrarse comprometido el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, C.N. y art. 13.3, CCBA). *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

11. Es arbitraria en el sentido técnico del término, la sentencia de la Cámara que ante idéntica demanda se apartó de la doctrina de la causa fallada en el mismo acuerdo, pues dos posturas contrapuestas pueden estar correctamente fundadas,

pero los jueces, si bien pueden modificar fundadamente el temperamento adoptado en decisiones anteriores, no pueden obrar sin explicación alguna de modo contradictorio, haciendo lugar y rechazando, en simultáneo, pretensiones idénticas, generando entonces un menoscabo palmario a la seguridad jurídica. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

12. Los juzgadores, como sujetos del proceso, deben dar cumplimiento al principio de lealtad procesal y, en consecuencia, hacerse cargo de los propios precedentes, pues, de lo contrario, ello representaría un comportamiento que se desentiende de la doctrina de los propios actos —*venire contra factum proprium non valet*— *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

13. Corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente cuando se presenta un genuino caso constitucional centrado en la violación al principio de congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa (art. 18, C.N.). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

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

15. El decisorio que incluyó el pago de los intereses dentro del concepto de adicionales, se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, y modifica la acción originariamente deducida, pues de la lectura de la demanda no surge en punto alguno la pretensión de cobro de intereses. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

16. Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que este Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso consagrado en el art. 18 de la C.N. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5904/08 - 8/10/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Félix Gustavo Nicastro, Nicolás Esteban Soiffer, Gabriela Judith López, Alejandra Fabiana Sartini, María Elena García Ott, Gonzalo Alejo Rey, Adriana Mónica Niro, Ricardo Daniel Ares, Claudio Omar Chaparro Pascual, Vanesa Beatriz

Vrdoljak, Pablo Leonardo Ferrari y Jorge Augusto Domínguez, en su carácter de preceptores transferidos de la Administración Nacional a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en cumplimiento de la ley 24.049, plantearon una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) por cobro por diferencias salariales (fs. 1/6). Reclamaron la aplicación del "...haber municipal de Preceptor —índice 904— (dec. 858/94), más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 4).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y, en lo que aquí importa, condenó, al GCBA "...a pagar las diferencias de índice salarial existentes entre el servicio educativo local y el fijado para el personal transferido desde la órbita nacional por la ley 2. 49 (...) con más los intereses reclamados que deberán liquidarse conforme la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, salvo los intereses correspondientes al período enero/septiembre de 2002 en que se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina" (fs. 16/17 vta.).

2. En lo que interesa a los fines de esta queja, el GCBA apeló la condena al pago de intereses por no haber sido ellos pedidos en la demanda (fs. 18/19).

La Sala II de la Cámara CAyT, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia (fs. 20/25). En su voto, el juez Eduardo Ángel Russo, al que adhirió la jueza Mabel Daniele, expresó: "El objeto de mi discrepancia [con el voto del juez Esteban Centanaro] es que entiendo que del escrito inicial presentado por la actora, no puede aseverarse que omitiera la pretensión relativa al pago de los intereses (...) si bien no peticionó expresamente 'más intereses', sí hizo referencia a los 'adicionales'; a mi entender, se trata eventualmente, de un caso dudoso. (...) Puesta entonces, de manifiesto, la necesidad de determinar el sentido de las imprecisas expresiones de una de las partes, una razonable hermenéutica obliga a recurrir a los principios que rigen en materia de interpretación. En tal sentido, resulta aplicable la regla según la cual, en caso de duda ha de optarse por la interpretación más favorable al administrado y la que veda la exigencia de excesivo rigor formal. (...) En este punto cobra relevancia la naturaleza de la obligación impuesta, ya que, tratándose de una deuda dineraria declarada con efecto retroactivo, la decisión judicial de su procedencia implica el reconocimiento de la causa que la origina, otorgándole así, efectos jurídicos para el futuro, y también respecto del pasado. De ese modo, es inherente a la condena, el reconocimiento de la mora por las obligaciones incumplidas con anterioridad al pronunciamiento judicial (que se extiende hasta tanto sean satisfechas). Ello es, por su parte, coherente con las prescripciones del código civil al respecto, en tanto dispone que en las obligaciones a plazo, la mora se produce automáticamente (conf. art. 509), y se vincula directamente con la segunda de las afirmaciones de la actora

que ha sido destacada, en cuanto alude al momento desde el cual le era exigible a la demandada el cumplimiento que pretende. Por lo expuesto, el resultado de integrar los principios hermenéuticos rectores al análisis del contexto de los términos en cuestión, no puede ser otro que interpretar que la actora ha reclamado el capital emergente de las causas que invoca, como así también, todos los rubros propios de las causales aludidas, entre los cuales se hallan los intereses, consecuencia legal del pago extemporáneo".

3. Disconforme el GCBA, interpuso contra dicha decisión recurso de inconstitucionalidad por considerar que la sentencia: *a)* vulnera el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses no pedidos por la parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis, *b)* carece de fundamentación suficiente, y *c)* prescinde de la normativa directamente aplicable. Sostuvo que la decisión afectó su derecho de defensa y la garantía del debido proceso. Por las mismas razones tachó la sentencia de arbitraria (fs. 27/32 vta.). Afirmó que "no se verifica en el supuesto duda alguna en cuanto a las reglas que disciplinan el caso o determinan prioridades" en su aplicación, razón por la cual no resulta aplicable el principio invocado en la sentencia. También advirtió que la misma Sala, en la misma fecha, ante una demanda idéntica referida a otros actores, dictó una sentencia en sentido opuesto al que estableció en la sentencia recurrida, ya que en aquel caso (*in re*: "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA") hizo lugar al recurso de apelación deducido por la representación del GCBA y revocó la sentencia de primera instancia que condenó al pago de intereses ya que "ninguna petición en ese sentido contiene el escrito de inicio" (fs. 30 vta./31).

Contestado el traslado por la parte actora (fs. 33/36), el recurso fue denegado por la Cámara, por mayoría (fs. 37 y vta.). El rechazo se sustentó principalmente en que el recurrente se limitaba a discrepar con la interpretación efectuada en la sentencia de los términos de la demanda y de las normas infraconstitucionales aplicadas, razón por la cual no se planteaba un caso constitucional ni la sentencia podía considerarse arbitraria

4. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 40/50).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto sostuvo: "...la sentencia de primera instancia como la de la Cámara, que la confirma, al no haber limitado los pronunciamientos tan sólo a lo que ha sido pedido por las partes, han incurrido en incongruencia por apartamiento de las cuestiones incluidas en la pretensión de los actores y en la oposición del demandado, afectando seriamente el derecho de defensa de esa parte. De esa manera, terminan reconociendo supuestos derechos no debatidos en violación a la garantía del art. 18 de la C.N., lo que las hace pasibles de la tacha de arbitrariedad". Por ello, propició que el Tribunal "admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad y revoque la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario" (fs. 55/58).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007, entre otros), ya que se trata de una materia regulada por las leyes procesales cuya interpretación y aplicación es, en principio, atribución propia de tales magistrados. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

En el caso que nos ocupa, se encuentra en discusión la interpretación que corresponde asignar a la demanda interpuesta cuando requiere al GCBA el pago de diferencias salariales "(...) más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 6).

Como ha sido señalado en un caso análogo en el voto del juez Luis F. Lozano —al que adherí en lo pertinente—, "(l)a sola enunciación de la cuestión pone de resalto que el Tribunal, para decidir el punto, no debería elucidar ninguna de las cuestiones para las que tiene asignada jurisdicción, sino sólo adentrarse en establecer cuál fue el alcance de la pretensión de la actora y, a ese fin, en el sentido que en el lenguaje jurídico, coloquial o en los usos forales se asigna a la expresión 'adicionales' para determinar si esas acepciones incluyen o no los intereses de un capital reclamado, asunto que es privativo de los jueces de mérito y ajeno, en cambio, a esta instancia" [*in re:* "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5800/08, sent. del 20/8/2008].

Por lo tanto, la cuestión interpretativa propuesta por el GCBA por intermedio del recurso de queja deducido, al remitir al plano infraconstitucional, no puede ser abordada por exceder el ámbito propio del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA y en el art. 27 de la ley 402.

2. Sin embargo, entiendo que, en este caso, la afirmación precedente no conlleva el rechazo del recurso de hecho, pues existe además una crítica del recurrente a un aspecto puntual de la decisión de la Cámara que suscita un caso constitucional por encontrarse comprometido el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, C.N. y art. 13.3, CCBA).

En efecto, con motivo de la intervención del Tribunal en la queja deducida por la parte actora en la causa "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte, nº 5800/08, resuelta como se dijo el pasado 20/8/2008 y solicitada por el suscripto *ad effectum vivendi* a raíz de los agravios planteados por el GCBA —tanto en su queja como en su recurso de inconstitucionalidad—, tengo a la vista copia de la sentencia de fecha 7/5/2007 dictada por la Sala II CAyT en ese juicio —"Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 6637/0— registro de la Cámara de Apelaciones. Allí, otro grupo de Preceptores, Jefes de Preceptores y Ayudantes de Clases Prácticas promovieron contra el GCBA una demanda semejante a la deducida en autos.

Pues bien, en el aludido caso "Fungueiro", la Sala II —por unanimidad en lo que aquí interesa— revocó la sentencia de primera instancia y estimó que *no corresponde condenar al GCBA al pago de los intereses de la deuda reconocida a favor de los actores,* por considerar que ellos no fueron solicitados en el escrito de inicio, al no encontrarse abarcados en el reclamo de "adicionales". Por el contrario, aquí en "Nicastro", *ante una demanda idéntica,* dos de los jueces de la Sala II que hicieron lugar al recurso de apelación del GCBA en "Fungueiro", consideraron que *sí procede condenar al Estado al pago de los intereses de la deuda que se reconoce,* según los fundamentos que se transcriben en el punto 2 del "resulta" sin hacerse cargo de la prevención que brindara a sus colegas el juez preopinante Esteban Centanaro en su disidencia (véase punto 7), al alertar del criterio sustentado en otros precedentes y particularmente en la causa "Fungueiro", fallada en el mismo acuerdo, el día 7/8/2007. A estos fines, resulta insuficiente para justificar el apartamiento a la doctrina de la causa fallada en el mismo acuerdo la afirmación genérica que, como todo fundamento, se ciñó a expresar que se difería "en cuanto a la apreciación que hiciera [el primer voto] de las circunstancias del caso, específicamente respecto a los alcances que otorgó a la demanda y a la solución que de tal interpretación derivó".

Desde mi punto de vista, la situación brevemente descripta resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia por el que todos los jueces debemos velar y entiendo que la decisión dictada por la Sala II de la Cámara CAyT en estas actuaciones califica derechamente como una sentencia arbitraria en el sentido técnico del término, tal como lo afirma el GCBA en sus recursos. Creo que dos posturas contrapuestas pueden estar correctamente fundadas —como puede ocurrir por ejemplo con una demanda y su contestación—, pero también estimo que los jueces, si bien pueden modificar fundadamente el temperamento adoptado en decisiones anteriores, no pueden obrar sin explicación alguna de modo contradictorio, haciendo lugar y rechazando, en simultáneo, pretensiones idénticas, generando entonces un menoscabo palmario a la seguridad jurídica. Así las cosas, considero que en la sentencia objetada se ha hecho caso omiso de una cuestión conducente para decidir el pleito, como es la valoración de lo decidido en igual fecha en una causa sustancialmente análoga por el mismo tribunal interviniente.

No desconozco que a fin de evitar la cristalización de la jurisprudencia los magistrados podemos, fundadamente, revisar nuestros propios precedentes, pues como lo señalara con justeza el juez Virgilio M. Tedin, aludiendo, incluso, al alto estrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos" (*Fallos,* 25:364, remisión al considerando 9º de la sentencia del referido magistrado).

En cambio, lo que no se compadece con la *seguridad jurídica* es que un mismo tribunal en un mismo acuerdo adopte posiciones diametralmente opuestas, en cuyo caso el *derecho judicial* contraviene un valor esencial del derecho, ya que como bien lo señalara Luis Recasens Siches: "Sin seguridad no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. Es verdad que, además, el derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, sería injusto, estaría injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico" (véase *Tratado general de filosofía del derecho*, capítulo VIII: "Las funciones del derecho en la vida social", parágrafo 1: "La función de certeza y seguridad y la función de cambio progresivo", pp. 220 y ss., en particular p. 224, Porrúa, México, 1959).

En tal sentido la Corte Suprema en forma explícita ha reafirmado que el principio de seguridad jurídica goza de jerarquía constitucional (*Fallos,* 220:5; 242:501; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218; 319:3208, entre muchos otros).

Vista la cuestión desde otro ángulo, más allá de que la afectación al principio de igualdad debe provenir de la propia ley y no de la aplicación que de ella se haga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido —véase *in re*: "Juan Da Silva v. S.R.L. F. Piccaluga y Cía." (*Fallos,* 244:468), sent. del 16/9/1959— que se comprueba una quiebra al principio de igualdad en distintas sentencias en las cuales la contradicción se había operado entre pronunciamientos provenientes de distintas Salas del mismo Tribunal. Así, nos refieren Genaro R. Carrió y Alejandro D. Carrió que si bien el *recurso de inaplicabilidad de ley* encomienda la solución de los supuestos de jurisprudencia contradictoria al Tribunal en pleno, la Corte, puede intervenir en situaciones de este tipo, por la vía del art. 14 de la ley 48 y *con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad*, cuando existe una decisión inmediata anterior recaída en un juicio estrictamente similar, seguido contra la misma demandada por otros dependientes y en que el juzgador que resuelve el nuevo litigio lo hace en forma distinta y omite toda consideración del caso anterior debidamente invocado por la parte (conf. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, t. I: "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en su etapa formativa", tercera edición actualizada, segunda parte, sección I: "Causales concernientes al objeto de la decisión", capítulo IV: "Primera causal: no decidir cuestiones planteadas", parágrafo 3: "Consolidación de la causal: los casos

posteriores", apart. B: "Omisión de considerar ciertas decisiones de otras salas del mismo tribunal", pp. 80 y ss., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).

De más está decir que el precedente que marca la contradicción en el *sub examine* no pudo ser invocado por la parte, por ser su intervención anterior a la sentencia y en razón de que el tiempo es unidireccional, los fallos involucrados fueron contemporáneos, resultaron emitidos por la misma Sala y, por lo demás —y esto es lo trascendente en cuanto se convierte en un extremo conducente para resolver la contienda—, la prevención expresa se produjo a través de la referencia formulada por el magistrado preopinante.

La circunstancia anteriormente referida demuestra que no pudo hacerse valer en la especie el recurso de inaplicabilidad de ley (art. 252, CCAyT), dicho esto en el sentido de que en un supuesto diferente bien pudo haberse sostenido la inexistencia de gravamen por la no utilización de una vía potencialmente apta para reparar el agravio.

Es que, conforme lo señala Alberto F. Garay, comentando la antedicha línea jurisprudencial, "toda sentencia proveniente de un tribunal de apelación, que omite considerar un antecedente sustancialmente análogo, proveniente de otra Sala del mismo cuerpo colegiado, y de sentido contradictorio, deja de lado la consideración de una de las cuestiones conducentes para la decisión del pleito"; a pesar de que "(e)llo no implica que la decisión a adoptar deba ser coincidente con la arribada en el precedente omitido. Puede, válidamente, resolver en sentido diverso y hasta contradictorio. Lo que la doctrina de la arbitrariedad veda es la no merituación del antecedente de la otra Sala del mismo tribunal" (véase "La igualdad ante la ley. Decisiones administrativas contradictorias. Decisiones judiciales contradictorias. Desigualdad procesal", capítulo III: "Decisiones judiciales contradictorias e igualdad ante la ley", parágrafo 3: "Casos de contradicción jurisprudencial resueltos por la Corte", punto C) "Contradicción entre sentencias de diferentes salas de un mismo tribunal de apelación. Arbitrariedad de la sentencia recurrida", pp. 103 y ss., en particular p. 105, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989).

En el mismo sentido, la doctrina conforme a la cual la Corte ha descalificado pronunciamientos de las instancias anteriores por no hacerse cargo de precedentes inmediatos citados por las partes, claro está que emitidos por otras Salas, al entender que ello destruye los fundamentos de las sentencias y las resiente como actos jurisdiccionales válidos, recayó, entre otras, en las siguientes causas: "Simeon Zaracho y Otra v. S.A. Manufactura de Tabacos Piccardo y Cía. Ltda." (*Fallos,* 252:216), sent. del 30/4/1962; "Asociación de Oficiales Peluqueros y Peinadores v. Ángel Juan de Palma" (*Fallos,* 254:292), sent. del 19/11/1962; "María Teresa Calvo de Bione v. Pacífico Rinaldi" (*Fallos,* 255:123), sent. del 20/3/1963; "Edelmiro Bernabé Castro v. S.A. Wilson y Cía." (*Fallos,* 259:277), sent. del 19/8/1964.

3. La conclusión a que arribo también se ve abonada, al advertirse que los juzgadores, como sujetos del proceso que somos, también debemos dar cumplimiento al *principio de lealtad procesal* y, en consecuencia, hacernos cargo de los propios precedentes, pues, de lo contrario, ello representaría un comportamiento

que se desentiende de la doctrina de los propios actos —*venire contra factum proprium non valet*—. En suma, los jueces debemos 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).

4. Por lo expresado en los puntos precedentes, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el GCBA; *b)* revocar la sentencia atacada, y *c)* devolver el expediente a la Cámara de Apelaciones en lo CAyT para que, por intermedio de jueces distintos a los que han intervenido, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido.

Atento a las especiales particularidades de la causa y a que las contingencias procesales que se han reseñado no son directamente imputables a las partes, las costas del recurso de inconstitucionalidad se imponen en el orden causado (art. 62, segunda parte, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE *dijo:*

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), y plantea una crítica concreta y razonada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad presenta los defectos que le atribuye el recurrente, toda vez que sólo trasunta términos rituales que evidencian la escasa atención puesta al recurso rechazado, que lejos de plantear una discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara, plantea serios agravios de naturaleza constitucional: por un lado, la vulneración del principio de congruencia y los derechos constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, y por el otro, denuncia arbitrariedad en el análisis efectuado por la Cámara para resolver la cuestión objeto del pleito.

Por lo expuesto, y habida cuenta la existencia de un genuino caso constitucional centrado en la violación al principio de congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa (art. 18, C.N.), corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

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

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

y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social.

3. El GCBA, en su recurso de inconstitucionalidad, considera que la sentencia definitiva de la Cámara incurre en un supuesto de arbitrariedad, por los siguientes motivos: "...*a)* Vulnera el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses no pedidos oportunamente por parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis. // *b)* Carece de fundamentación suficiente, siendo solo aparente la que pretende sustentar la decisión final con sustento en consideraciones manifiestamente irrazonables. // *c)* Prescinde de la normativa directamente aplicable al caso..." (fs. 29).

En efecto, de la lectura de la demanda no surge en punto alguno la pretensión de cobro de intereses. En esas condiciones, el decisorio se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que viene a modificar la acción originariamente deducida.

La Cámara, aún reconociendo "la vaguedad en el texto" que lo transforma en un "caso dudoso", y aplicando la regla según la cual "en caso de duda ha de optarse por la interpretación más favorable al administrado", interpretó que "la actora ha reclamado el capital emergente de las causas que invoca, como así también, todos los rubros propios de las causales aludidas, entre los cuales se hallan los intereses, consecuencia legal del pago extemporáneo" (fs. 24/24 vta.)

Como bien lo señala el Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 57 vta.), de la expresión "adicionales" no puede extraerse que la parte esté reclamando intereses, sino, como también lo señalara el doctor Centanaro en su voto en disidencia, los adicionales "son los plus que pueden percibir los trabajadores en virtud de determinadas circunstancias, que pueden ser referidas a su persona, al puesto de trabajo, a la forma de cumplimiento de la tarea, a la residencia del trabajador o al rendimiento individual o colectivo o a las ganancias de la empresa en un lapso determinado de tiempo" (fs. 23 vta.).

Así, la concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues la sentencia cuestionada se ha apartado de los términos de la litis al conceder más de lo pretendido, y se ha excedido de los límites de las facultades decisorias, aspectos estos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad (conf. *Fallos,* 301:1149; 307:519, 2445, entre otros).

Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que esta Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso consagrado en el art. 18 de la C.N.

El criterio adoptado por los magistrados que integraran la mayoría en la anterior instancia ha generado la afectación de las garantías de defensa en juicio y

debido proceso. En tal sentido, una constante jurisprudencia de la CSJN vincula el principio de congruencia con la garantía de la defensa en juicio y señala como regla que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria. (*Fallos,* 310:2709).

4. Por último, cabe agregar que, atento la forma que se decide, resulta innecesario pronunciarme sobre la compatibilidad o contradicción de lo resuelto por la Sala II —por mayoría— en esta causa, y lo decidido por los mismos camaristas en el caso "Fungueiro".

5. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde:

a) admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el GCBA:

b) revocar el pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 20/25 en cuanto condena al pago de intereses;

c) imponer las cosas del presente recurso por el orden causado, habida cuenta que la parte actora podía considerarse con derecho a resistir la pretensión recursiva del GCBA (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio que habilita el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

2. Los agravios constitucionales del recurrente pueden desdoblarse en dos. El primero se dirige a cuestionar la decisión del tribunal superior de la causa por violentar el principio de congruencia al haber confirmado la concesión de intereses cuando, según el impugnante, aquellos no fueron peticionados. El segundo agravio reposa en la afirmación de la existencia de contradicción al decidir el tribunal en forma diferente a otra causa que posee la misma base fáctica y jurídica que el presente proceso y, ello, en el curso de un mismo acuerdo judicial.

Con relación al primer agravio debo remitirme a mi voto en el expte. nº 5800/08 "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sent. del 20/8/2008, en donde expresé que: "*2.* El eje del recurso consiste en resolver si la tutela efectiva del salario, en atención a su carácter alimentario, involucra o no una cuestión constitucional. Anticipo que en mi opinión, la respuesta es afirmativa.

La presentación muestra que la cuestión constitucional reside en la lesión de un derecho social: el derecho del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias (conf. art. 7º, PIDESC), derecho que goza de la protección de las leyes en todos

sus formas (art. 14 bis, C.N. y art. 43, CCBA) y cuya efectividad se encuentra garantizada por el propio Estado, demandado aquí como empleador (conf. art. 2º, PIDESC y art. 28 —cláusula federal— CADH).

Tal como refieren los recurrentes, la Cámara violentó el principio de indemnidad, a partir del alcance que asigna a la expresión 'adicionales' y dictó una sentencia arbitraria que viola la tutela constitucionalmente consagrada del salario. En efecto, resulta insostenible que bajo aquella voz —'adicionales'—, no se consideren incluidos y reclamados los intereses derivados de la deuda reconocida a favor de los actores y que llega firme a esta instancia extraordinaria.

La interpretación de la Cámara respecto de lo que se dijo en la demanda con la expresión 'adicionales' restringe inconstitucionalmente la tutela de un crédito laboral, en tanto afirma que los intereses moratorios correspondientes a la deuda, ahora reconocida judicialmente, no estaban incluidos en la pretensión deducida.

Ahora bien, se deriva del principio de intangibilidad de la remuneración laboral y de su carácter alimentario (art. 43 de la CCBA y art. 14 bis de la C.N. ya citados) que, en materia de reclamos salariales está legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia. La protección del salario y de los créditos laborales, a su vez, está consagrada en la Ley de Contrato de Trabajo a través de numerosas disposiciones, de las que menciono apenas el art. 137 o el art. 260, las normas sobre inembargabilidad del salario, su forma de pago y las que regulan el salario mínimo, vital y móvil.

Asimismo y con igual fundamento, la flexibilización del principio de congruencia y la consagración del principio protectorio se extiende al ámbito del proceso. Un ejemplo de ello es el art. 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral que autoriza a los jueces a fallar *ultra petita*.

De lo dicho se sigue que, los intereses que derivan de ese reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio justamente del principio de *iura novit curia.*

Cuando en un proceso se discute acerca de derechos laborales, una recta aplicación de la Constitución (en el caso del principio protectorio) exige tomar en cuenta los fines del derecho procesal y su conexión con el derecho material evitando caer en un puro formalismo hermenéutico que acaba en el desconocimiento de preceptos constitucionales.

Agrego, en apoyo de la posición que sustento que también otros sujetos protegidos de modo particular a nivel constitucional, gozan de tutelas jurisdiccionales especiales que habilitan a los jueces ir más allá de lo pedido. Así, el art. 37 de la ley 24.240 (conf., mod. ley 26.361) establece que '[c]uando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario'. Por fin, me remito al fallo que hace más de cuarenta años dictara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual sostuvo que no resultaba inconstitucional el uso razonable del ejercicio de la facultad de los jueces laborales de fallar *ultra petita* (*Fallos,* 291:416).

Desde esta perspectiva de análisis, se evidencia la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, que con una visión formalista y estrecha exigió a los actores una carga a la que no estaban obligados, y provocó con ello la lesión al principio constitucional de tutela efectiva e integral del salario. La sentencia de Cámara, por vía de una interpretación en contra del trabajador, conduce a que el Estado se quede con una porción del salario (los intereses) que debe garantizar. Por otra parte, carece de toda razonabilidad imponerles a los trabajadores el inicio de un nuevo proceso para reclamar los intereses que supuestamente no solicitaron, alternativa que conspira contra el principio de economía procesal, incrementa los costos de la litigiosidad al desdoblar el reclamo y su percepción e impone una espera innecesaria a los accionantes. // La cuestión bajo análisis difiere sustancialmente de la que fue motivo de decisión en el expte. nº 3138/04 'Pereyra Loizaga, Nidia Angélica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido' (sent. del 24/11/2004) lo que explica la diferencia de mis votos en ambas causas. En el referido expte. nº 3138/04 la existencia de cosa juzgada impedía modificar los efectos de la ejecución de sentencia e integrar a esa ejecución los correspondientes intereses, mientras que ahora la decisión recurrida carece de firmeza y se trata de definir qué rubros integran la condena, es decir, si sólo el capital o también sus accesorios".

Del texto transcripto surge, entonces, que la condena por intereses no afecta ningún derecho constitucional, sino que en todo caso, lo resguarda.

La supuesta arbitrariedad de la que se agravia el recurrente carece de sustento.

El GCBA afirma que la sentencia es arbitraria porque en un mismo acuerdo, el caso en análisis fue decidido en sentido contrario a otra causas (expte. nº 5800/08 "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)" pese a que, según afirma, en ambos procesos los hechos eran semejantes.

Cualquier duda que pudiera generarse en relación con la situación referida queda despejada por el voto del juez Russo quién alude con claridad, y funda su decisión en las múltiples posibilidades hermenéuticas de las que dispone un magistrado al tiempo de dictar sentencia. Tampoco se sostiene la impugnación de la demandada toda vez que, en este punto, su presentación no aporta ningún argumento que configure una "cuestión constitucional". Es más, se limita a enunciar lo sucedido en el acuerdo, y de esa descripción no se sigue cual es la afectación que podría padecer.

No corresponde, entonces, que en mi carácter de jueza supla oficiosamente la carga de una de las partes.

Por fin el pretendido agravio solo menciona aspectos interpretativos en torno a hechos y prueba, lo que, en principio, es ajeno a esta instancia extraordinaria.

3. Con apoyo en las razones que anteceden, voto por admitir la queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Con costas.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Los agravios del recurrente resultan del voto del señor juez Russo (fs. 24/24 vta.), al que se adhiere en el punto su colega, la señora jueza Daniele. Se trata de la confirmación de la condena de primera instancia a pagar intereses compensatorios de la deuda reconocida. Tal determinación constituye, efectivamente, un agravio para el Gobierno, demandado en el caso, presuntamente de tipo constitucional, puesto que, según lo expone en el recurso de inconstitucionalidad, la sentencia vulnera el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses no pedidos por la parte interesada, razón por la cual la decisión sobre ellos no integró el litigio; además, se expone que la decisión carece de fundamentación suficiente y prescinde de la normativa directamente aplicable (fs. 28 vta./32 vta.). El recurrente advierte que la misma Sala de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en idéntica fecha al pronunciamiento recurrido, dictó una sentencia en sentido opuesto al cuestionado en el *sub examine*, sobre la misma materia objeto de debate ("Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'"). "Tal actitud —sostiene la demandada— contraría a (*sic*) las reglas del sentido común, conforme el cual dos problemas idénticos deben ser resueltos en el mismo momento con la misma solución. Lo contrario significa que una de las soluciones es lógicamente incorrecta y, por ello, arbitraria en el sentido de que no responde a la razón sino a la subjetividad del judicante" (fs. 31).

2. Me referiré al problema planteado por el sentido contradictorio de los votos de la Cámara más adelante. En lo que respecta a la cuestión de fondo planteada en la litis, y como lo sostuve *in re* "Fungueiro", ya citada, el problema reside, para la Cámara que rechazó el recurso, en que quien pretende sostener la queja no invoca ni pide la declaración de inconstitucionalidad de alguna regla o acto, sino que, por lo contrario, revela su discrepancia con la interpretación de la demanda —¿contiene o no contiene la petición de intereses compensatorios?— o de sus términos —¿integra el concepto de *intereses* el más vasto de *adicionales*, o no resulta ser un concepto concéntrico respecto de aquel conjunto mayor?—. Ésta es la razón *sustantiva*, precisamente, por la cual se configura el agravio del recurrente.

3. Planteado en estos términos, resulta claro, a mi juicio, que lo que se pretende con el recurso es una ampliación de aquella labor que, por su competencia, le corresponde al Tribunal. Él no debe ocuparse, como una tercera instancia, de examinar la sentencia para arribar a una solución justa según todas las reglas del orden jurídico, sino que, a diferencia de los tribunales de mérito, la labor del TSJBA está constreñida a examinar el caso para advertir si a su solución se ha arribado mediante una regla que no se adapta a las condiciones de validez que fijan reglas de rango superior (constitucionales) o, de manera contraria, cuando se ha excluido una regla de la solución del caso por entenderla repugnante a otra constitucional, caso en el cual el TSJBA verifica la solvencia de esa conclusión, esto es, verifica si el juicio es correcto o erróneo y, en este último supuesto, incluye o manda in-

cluir la regla en la solución del caso (control difuso). Una extensión de esta tarea, para casos excepcionales, consiste en verificar los graves errores de principios fundamentales (constitucionales) que el procedimiento adoptado para arribar a la solución pudiera contener.

4. La sentencia recurrida ha concluido, por interpretación de los términos de la demanda, que ella contenía la petición de intereses compensatorios y, por ende, favorecía la necesidad de defensa (contradicción) del demandado. Si bien en purismo el definir el alcance de los conceptos no constituye un hecho, sino, tan sólo, un juicio acerca de su referencia semántica —que, en este caso, se proyecta sobre el contenido de la demanda—, el problema se comporta, para el recurso interpuesto, de la misma manera. Sólo a través de una decisión absurda —aquí llamada, con una ampliación casi indefinida, *sentencia arbitraria*— puede arribarse a la descalificación de la sentencia impugnada como acto jurisdiccional válido, desde el estrecho punto de vista que rige al recurso interpuesto. En cambio, no se llega a ese resultado a través de la simple proposición de una interpretación diferente de los términos de la demanda, o del alcance de esos términos. Si la sentencia está fundada, y su fundamento no reside en una discriminación prohibida —equivalente: no permitida—, lo que se opone a ella es una mera interpretación diferente.

Cualquiera que sea mi opinión sobre la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz *adicionales* —y en este sentido tendría mucho para decir que no quiero expresar por mi falta de competencia—, no estoy autorizado a examinar tal hecho desde el punto de vista de la legislación común (*infraconstitucional*), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos. Ésta es una tarea propia de los tribunales de mérito.

5. Sólo menciono aquí mi posición sobre el motivo 'arbitrariedad', mucho más estricta que la comprensión genérica de mis colegas del Tribunal y que la doctrina de la CSJN, creadora del instituto (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito (Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II).

6. En razón de lo expuesto hasta aquí, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 40/50 vta.

7. Con referencia a la calificación de 'absurda' que el recurrente utiliza por el hecho, afirmado por él, de la vigencia de dos sentencias de distinto sentido en casos idénticos —que ha provocado cierto escándalo, según el señor juez de trámite—, debo incluir, sintéticamente, algunas aclaraciones.

En primer lugar, tal contradicción es siempre posible y, abstractamente, ella no depende del tiempo en el cual han sido dictadas las sentencias: un día, al día siguiente, después de un lapso prolongado. Lo importante es el hecho de la intervención de los mismos jueces y, además, la falta de explicación del fenómeno: una variación del criterio sostenido en primer lugar por estimarlo ahora erróneo explica por sí mismo el fenómeno. En efecto, es propio de las decisiones judiciales que, debido a la independencia de los jueces que deciden, puedan existir tales contradicciones. Más aún, el ordenamiento positivo convoca un recurso específico para intentar —mal o bien— subsanar este —considerado— defecto, recurso que, según mi interpretación, pudo interponer el aquí recurrente, al menos por analogía permitida, recurso que, en todo caso, se acomoda más a la finalidad de corregir el problema suscitado que el recurso de inconstitucionalidad efectivamente interpuesto.

En segundo lugar, el señor juez Russo, quien pronuncia el voto de mayoría, explica las razones por las cuales él interpreta —mal o bien— que, en este caso, la demanda contiene el reclamo de intereses correspondientes a la deuda reclamada por la actora según los diversos criterios que expone en extenso (ver fs. 24 y vta.) y razón por la cual la decisión no puede tenerse por infundada: "...el resultado de integrar los principios hermenéuticos rectores al análisis del contexto de los términos en cuestión, no puede ser otro que interpretar que la actora ha reclamado el capital emergente de las causas que invoca, como así también, todos los rubros propios de las causales aludidas, entre los cuales se hallan los intereses, consecuencia legal del pago extemporáneo" (fs. 24 vta.).

Finalmente, cabe señalar que, ante la sospecha de prevaricato, único motivo posible de escándalo, corresponde que el recurrente efectúe la correspondiente denuncia, en lugar del planteo recursivo a cuya resolución está aplicado el TSJBA, planteo que —según mi punto de vista— resulta infructuoso. Por lo demás, yo no estimo que el pronunciamiento tachado por contradictorio, aunque dictado por los jueces de la misma Sala que resolvió el caso análogo varias veces mencionado, habilite la representación de una sospecha de prevaricato; no corresponde, a mi criterio, extenderme en ulteriores reflexiones sobre esta cuestión.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA, aunque lo fue en tiempo y forma, no puede prosperar, pues no somete a consideración de este Tribunal cuestión constitucional alguna que habilite su competencia.

2. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, en principio, es privativa de los jueces de la causa. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

Los agravios desarrollados por la recurrente giran en derredor del alcance asignado por la resolución cuestionada a la pretensión de la actora, formulada en su demanda en los siguientes términos: "...se reclama de V.S. que haga aplicar el

haber municipal de Preceptor —índice 904— (dec. 858/94), más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impalas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 6).

En tales condiciones, aunque la recurrente pretende vincular la cuestión propuesta con diversos preceptos constitucionales, no consigue eludir que ésta, en tanto versa acerca del contenido y alcance que es posible otorgar a la expresión "adicionales", y, con mayor precisión, si incluye o no los intereses de un capital reclamado, es de aquellas incluidas bajo la órbita de competencia propia de los jueces de la causa. Solución que tampoco se ve conmovida frente a la tacha de arbitrariedad planteada, pues más allá del acierto o error de la resolución cuestionada, no alcanza con la simple discrepancia con la interpretación elaborada por los magistrados intervinientes, si la recurrente no logra demostrar que ésta no era una de aquellas posibles.

3. Tampoco resulta atendible el agravio relativo al apartamiento de precedentes del mismo tribunal, incluso, tratándose de resoluciones adoptadas en el curso del acuerdo en que fue resuelto este expediente.

En efecto, aunque el GCBA sostiene que "[t]al actitud contraría a las reglas del sentido común, conforme el cual dos problemas idénticos deben ser resueltos en el mismo momento con la misma solución" y que "[l]o contrario significa que una de las soluciones es lógicamente incorrecta y, por ello, arbitraria en el sentido de que no responde a la razón sino a la subjetividad del judicante" (fs. 47 vta.), no introduce argumentos consistentes de los que se desprenda que la solución opuesta a la adoptada en el marco de esta causa sería la correcta, y que ésta deba ser descartada.

En cambio, la Cámara brindó fundamentos suficientes en apoyo de su decisión. En este sentido, al confirmar la sentencia recaída en primera instancia, en cuanto incluyó en la condena al GCBA el pago de los mentados intereses, consideró que "...en el escrito inicial presentado por la actora, no puede aseverarse que omitiera la pretensión relativa al pago de los intereses...", lo que la llevó a sostener que se trata de un caso dudoso y por ello invocó, para abordar la cuestión, los principios que imponen optar por la interpretación más favorable al administrado y la que veda la exigencia de excesivo rigor formal (fs. 24/ 24 vta.), apreciación que cobra, a la luz de lo dispuesto en el art. 43, CCBA y en el marco de un proceso relativo a la percepción de haberes devengados en la relación de empleo público, una especial dimensión a los fines de establecer el margen interpretativo detrás del cual pudo desenvolverse el *a quo.*

Por lo dicho, aunque en la queja se pretende una decisión del Tribunal sobre el alcance de las expresiones utilizadas en el escrito de demanda, no logra demostrar la recurrente que la interpretación efectuada por la Cámara resulte absurda o arbitraria. Lo resuelto encuentra sustento en una interpretación posible de los actos del proceso y de las normas locales que los rigen, cuya aplicación priva a lo decidido de relación directa con las cláusulas constitucionales que se dicen violadas.

Por tanto, corresponde declarar inadmisible el recurso de queja planteado a fs. 40/50, por no configurarse los supuestos que habilitan esta instancia y, en tales condiciones, no cabe hacer lugar a la impugnación constitucional.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la impugnación constitucional planteada por el GCBA contra la sentencia dictada por la Sala II el día 7/8/2007 en los autos principales, cuya copia obra a fs. 20/25 de la queja.

2º. *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.*

CCXXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MATO POSE, FELICITAS C/GCBA S/REPETICIÓN (ART. 457, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso.

SUMARIO:

1. Cabe rechazar el pedido de suspensión de la ejecución de la sentencia cuando el recurrente no da fundamento alguno para sostener su pretensión y la omisión de una carga relevante en el caso impide que el Tribunal considere por qué habría de dar a la queja un efecto suspensivo del que, en principio, carece (conf. art. 33, ley 402). *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. nº 6149/08 - 14/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

En el punto 4 del petitorio de la queja presentada por el GCBA (fs. 51 vta.) se solicita: "Se disponga suspender el proceso hasta tanto sea resuelta en forma definitiva la presente queja (art. 33 ley 402)".

FUNDAMENTOS:

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

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

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

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuada por el GCBA.

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

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

CCXXXI

"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 nacio-

nales, 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 5940/08 - 14/10/2008

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. 12/38) contra la resol. 07-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...".

Señaló que si bien se presentaba conforme lo exige el art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos—, solicitó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de incompetencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad y que se girasen las actuaciones a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo.

Consideró que mientras la resolución cuestionada sancionó a Metrovías S.A. 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 en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, solicitó 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 de la resolución en crisis conforme el art. 189, CCAyT.

2. Mediante providencia de fecha 6/6/2006, la Sala I de la Cámara CAyT declaró su competencia para conocer en los autos, tuvo por habilitada la instancia e hizo saber a la actora que dentro del plazo de diez (10) días podría ampliar los fundamentos y el ofrecimiento de prueba contenidos en el escrito de inicio (fs. 212).

Contra esa decisión Metrovías S.A. 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 había expedido sobre el planteo de incompetencia, el pedido de citación al Estado nacional y tampoco había dispuesto la suspensión de los efectos administrativos de la resolución que atacó (fs. 213/220 vta.).

La Cámara resolvió desestimar el planteo efectuado por el accionante y, remitiéndose a un caso análogo ("Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos" expte. nº 1599/0") 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 suspendió los efectos de la resol. 07-EURSPCABA/06 (fs. 222/233 vta.).

3. Frente al rechazo del recurso de reposición, Metrovías S.A. planteó un recurso de inconstitucionalidad (fs. 234/241), el que —previo traslado al GCBA (fs. 242/246 vta.)— fue denegado por la Cámara con sustento en que el pronunciamiento recurrido no reunía la condición de definitivo, ni equiparable a tal, con relación a ninguna cuestión constitucional y que sólo se refería a un aspecto de su tramitación, sin vulnerar derechos constitucionales (fs. 249 y vta.).

4. Metrovías S.A. dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 261/270 vta.). Requerido su dictamen, el Fiscal General propuso su rechazo (fs. 274/280 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja cumple los requisitos de tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402), así como también el recurso de inconstitucionalidad deducido previamente (conf. art. 28 de la ley 402).

En cuanto a esto último, y a pesar de las objeciones vertidas por el señor Fiscal General en su dictamen, el recurso de inconstitucionalidad fue presentado en tiempo oportuno. Y es que si bien la Cámara declaró su competencia en el auto de fecha 6/6/2006 —notificado el 15/6/2006—, lo cierto es que en dicha resolución no se expidió sobre el planteo de incompetencia deducido por Metrovías.

Al tratar el escrito de fs. 213/220, en el que Metrovías solicita a la Cámara que se expida expresamente y en forma favorable sobre sus planteos de incompetencia, citación de terceros y suspensión del acto administrativo recurrido, dicho tribunal dictó la resolución de fecha 26/2/2007 (fs. 222/233), en la que resolvió "...*1)* desestimar el planteo efectuado por el accionante, y en consecuencia declarar la competencia de este tribunal para conocer en autos..." (véase fs. 233).

Recién en ese momento, el recurrente contó con una decisión expresa del tribunal *a quo* sobre su planteo de incompetencia, y en consecuencia a partir de la notificación de dicha resolución —ocurrida el *20/3/2007,* conforme constancia de fs. 221— comenzó a correr el plazo para que Metrovías interponga el presente recurso de inconstitucionalidad, deducido finalmente el 30/3/2007 —conforme copia del cargo obrante a fs. 234.

En consecuencia, al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad no se había vencido el plazo de diez días previsto en el art. 28 de la ley 402.

2. La cuestión planteada en estas actuaciones es análoga a la resuelta por el Tribunal, en forma adversa para la parte recurrente, en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA

y otros s/rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428/07, resolución de fecha 9/4/2008.

Por los fundamentos expresados en esa sentencia, a los que me remito por razones de brevedad y los doy por reproducidos aquí sin otro trámite —en tanto ellos son conocidos por Metrovías, parte recurrente en ambos juicios—, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad que originó esta queja fue deducido dentro del plazo previsto por el art. 28 de la ley 402.

Ese plazo, según tiene dicho este Tribunal, debe computarse desde que el recurrente quedó notificado de la decisión de la Cámara cuyo contenido impugna y, además, no queda suspendido por la interposición de recursos declarados improcedentes [conf. "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]. Para el caso de autos, la resolución instada por el pedido de reposición —que lejos de ser considerado improcedente llevó al *a quo* a analizar el planteo de incompetencia formulado por Metrovías y rechazarlo no por tardío sino por razones de fondo— es la que suscita los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad. En tal contexto, computado el plazo previsto en el art. 28 de la LPT desde la notificación del rechazo de la excepción de incompetencia (fs. 233), el recurso de inconstitucionalidad de fs. 234/241 fue interpuesto en término (véase fs. 221 y 234).

Finalmente, por los argumentos que desarrollé *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428/07, resolución de fecha 9/4/2008", que resultan aplicables al supuesto de autos, y doy aquí por reproducidos, corresponde hacer lugar a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

Comparto las consideraciones vertidas en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, relativas a la interposición tempestiva del recurso de inconstitucionalidad y aquellas otras que sostienen que 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, corresponde admitir la queja, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito integrado a fs. 260. Costas a la vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Más allá de algunas particularidades del trámite en esta causa —reseñadas en el primer apartado del voto de la señora jueza de Trámite— la cuestión debatida 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 lo que la solución que propicio es idéntica a la adoptada en el precedente indicado.

Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expusiera en los aparts. 1 y 5 del expte. nº 5428/07, y voto por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Sin perjuicio de mantener mi adhesión a la posición de la jueza Alicia Ruiz, expresada —entre muchos otros en el expte. nº 5428/07, cuya sentencia acompaño en copia— 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 incons-

titucionalidad 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 —de conformidad con lo dictaminado a fs. 274/280 por el señor Fiscal General—, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Me eximo de dar mi opinión sobre el problema temporal suscitado, pues el hecho de no estar frente a una sentencia definitiva sella sin remedio la suerte del recurso.

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. 260.

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

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 9/4/2008, en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" (expte. nº 5428/07).

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

CCXXXII

"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, EXPTE. 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: Requisitos. Caso constitucional. Cuestión procesal. Cuestiones de hecho. Derecho común. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*. PROCESO CONTRAVENCIONAL: Desistimiento del recurso. Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede contribuir tardíamente a fundar un recurso de inconstitucionalidad infundado, pues no puede incorporar nuevos argumentos, que no fueron 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 adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso de queja no es un recurso independiente sino que se trata de un mecanismo dependiente del recurso de inconstitucionalidad rechazado por el *a quo*, que procura la devolución del poder de admitir los recursos al tribunal competente para decidirlos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. La discusión referida a la denuncia de la defensa respecto de una supuesta nulidad absoluta vinculada al modo en que la fiscalía formuló la acusación, involucra exclusivamente cuestiones de derecho procesal que no constituyen una cuestión constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. El hecho de que puedan existir —eventualmente— nulidades absolutas que procedan de reglas constitucionales no avala la afirmación contraria, esto es, la sentencia de que toda nulidad absoluta, incluso prevista por la ley, constituye una lesión al orden jurídico constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

5. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando más allá del acierto o desacierto de la decisión cuestionada, la recurrente parece creer tener derecho a una nueva revisión judicial sobre los hechos y sobre el derecho común (infraconstitucional). *(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 José O. Casás y Ana María Conde).

6. La prohibición de *reformatio in peius* sólo limita la imposición de consecuencias más desfavorables a los imputados cuando no existe recurso de la contraria que lo autorice, de modo que no transgrede tal prohibición la sentencia que mantiene la consecuencia de la condena. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

7. La ley 402 constituye una regulación específica para los procedimientos ante este Tribunal que no excluye la aplicación supletoria de las normas de los códigos de procedimiento vinculados con la materia del proceso en cuanto resuelvan los puntos que allí no son abordados (conf. art. 2º, ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El legislador ha optado por imponer un régimen diferenciado para los recursos en materia penal (y contravencional), potenciando así las posibilidades de defensa de los imputados.

9. En el contexto del art. 272 del CPP, cuando existe voluntad de recurrir, como principio, puede presumirse que ella lleva implícita la de atacar la sentencia impugnada por cualquier argumento, incluso los no incluidos en un recurso propio, que formen parte de uno ajeno, presunción que debe caer en aquellos casos en que la voluntad recursiva no incluya la de plantear todos los agravios de un recurso ajeno. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La norma que otorga a la interposición de un recurso los mismos efectos que a la adhesión, opera como una suerte de adhesión implícita a los argumentos que puedan servir en su favor, pues con la interposición queda manifestada la voluntad recursiva del imputado y, ante la presencia de argumentos que podría aprovechar, por el efecto extensivo, esa voluntad no puede ser ceñida al contenido del escrito presentado por quien no desistió del recurso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. No es necesario el desistimiento expreso de todos los imputados, aun cuando algunos no hubieran manifestado su voluntad de recurrir (mediante la adhesión o mediante la interposición de un recurso), pues cuando no existe manifestación alguna de un imputado, los efectos del recurso sólo le serán extendidos en caso de que este progrese y ello sea en su favor y para determinar si es a favor o no del imputado habrá que estar, en cada caso, a sus manifestaciones (expresas o implícitas), respetando su autonomía. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5871/08 - 14/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Luego de finalizado el debate que se celebró en este proceso, el juez de primera instancia condenó a los imputados Alfredo Gabriel Cóceres, Omar Claudio

de la Fuente y María Elena Palumbo a la pena de treinta días de arresto de cumplimiento efectivo y al decomiso de los efectos de su propiedad que habían sido secuestrados oportunamente —sumado a la declaración de reincidencia respecto de los tres acusados— por considerarlos partícipes necesarios en la organización de juego clandestino, conducta tipificada en el art. 116 del CC (fs. 36/66).

Dicha sentencia fue apelada mediante dos presentaciones separadas; la primera, articulada por la defensa de Omar Claudio de la Fuente y María Elena Palumbo (fs. 68/74), en tanto que la segunda fue interpuesta por la asistencia técnica de Alfredo Gabriel Cóceres (fs. 204/218). La Cámara de Apelaciones, al resolver en forma conjunta ambas impugnaciones, confirmó la condena impuesta, pero modificó su contenido en cuanto a la valoración jurídica de los hechos: mientras que el juez de primera instancia consideró que los imputados actuaron como partícipes primarios, los camaristas les imputaron los hechos en calidad de autores, tanto de la explotación como de la organización de juego clandestino (fs. 77/87).

2. Ambas defensas interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara.

El defensor de la señora Palumbo y del señor De la Fuente sustentó su impugnación en los siguientes motivos de agravio: *a)* violación del principio de legalidad por arbitraria valoración de la prueba; *b)* afectación de la libertad de trabajo porque los magistrados vincularon de manera inválida a los imputados con la causa, en tanto hicieron pesar sobre aquellos la mera circunstancia de haber alquilado los locales en donde se tomaban las apuestas ilícitas; *c)* afectación del principio de lesividad porque, según la defensa, la contravención reprochada requiere que se haya comprobado una lesión al bien jurídico tutelado —o al menos la existencia de un peligro cierto— y no un simple riesgo potencial; y *d)* arbitrariedad de sentencia debido a que la Sala I habría omitido tratar ciertos agravios incluidos en la apelación, situación que supone, además, la vulneración del derecho de defensa en juicio y de la garantía de debido proceso (fs. 90/97).

Por otra parte, la defensa del señor Cóceres fundamentó su recurso en los puntos siguientes: *a)* violación de la prohibición de la *reformatio in peius* —y del derecho de defensa en juicio— debido a que la Cámara, aunque la fiscalía no apeló la condena, modificó la plataforma fáctica discutida en el juicio al cambiar la calificación efectuada por el juez de primera instancia respecto al grado de intervención de su defendido en los hechos; *b)* arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación adecuada y por el modo en que se ponderaron las pruebas, en particular, los testimonios formulados en el debate (fs. 234/241).

3. Los miembros de la Sala I declararon inadmisibles ambos recursos. Para fundar su decisión expresaron que ninguno de los remedios demostraba, respecto de los motivos de agravio alegados, la existencia de un caso constitucional. Según los magistrados, ambas presentaciones sólo manifestaban la disconformidad de los defensores respecto al modo en que se valoró la prueba y se interpretó el derecho infraconstitucional (101/104).

4. Frente a la denegatoria reseñada, ambos recurrentes presentaron ante el Tribunal sendos recursos de queja: uno a favor del señor De la Fuente y de la señora Palumbo (fs.107/124) y otro en representación del señor Cóceres (fs. 252/259).

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 de dar efecto suspensivo a las quejas ya mencionadas (fs. 127 y 262). El 7/5/2008, por mayoría, se resolvió rechazar el pedido de los defensores (fs. 270/273).

5. El Fiscal General Adjunto, al momento de emitir su dictamen (fs. 278/280), expresó que los dos recursos de queja debían ser rechazados. Sintéticamente, sostuvo que ambos escritos sólo manifestaban el disenso de los recurrentes con la sentencia atacada en cuanto a la valoración de las pruebas y la interpretación del derecho infraconstitucional, pero no demostraban la existencia de un caso constitucional. En particular, con relación al invocado desconocimiento de la prohibición de la *reformatio in peius*, el Fiscal indicó que la defensa del señor Cóceres (que, según lo consideró, fue la única que introdujo ese motivo de agravio tempestivamente) no demostró qué defensas no pudo articular a fin de alterar la decisión de la Sala I. Por otra parte, remarcó que la defensa de la señora Palumbo y del señor De la Fuente introdujo, en la queja, agravios que no habían sido materia del recurso de inconstitucionalidad (ausencia de acusación válida, extralimitación de los integrantes de la Cámara al valorar las pruebas, afectación de la prohibición de la *reformatio in peius* e irretroactividad de la reincidencia), circunstancia que impedía al Tribunal tenerlos en consideración. Por último, indicó que no se había demostrado la existencia de un caso de sentencia arbitraria, y recordó la doctrina de la CSJN al respecto.

6. Luego de que los autos pasaran a consideración del Tribunal (fs. 284) para resolver sobre los recursos de queja, el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 17 remitió a esta instancia una presentación conjunta del imputado Alfredo Gabriel Cóceres y su defensor mediante la cual solicitaron que "se deje sin efecto el recurso de queja interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia local, debido a que el [señor Cóceres] ha cumplido la totalidad de la condena impuesta oportunamente" (fs. 285/286).

Asimismo, con fecha 23/9/2008, la Defensoría General presentó ante el Tribunal una copia simple de la resolución que concedió el beneficio de litigar sin gastos a favor de los coimputados Omar Claudio de la Fuente y María Elena Palumbo (fs. 287/290).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La presentación del defensor del imputado Alfredo Gabriel Cóceres, efectuada ante el juez de primera instancia y remitida por éste al Tribunal, cumple con los requisitos que fija el art. 274 del CPPCABA para desistir de los recursos. Por lo tanto, sólo corresponde tener por desistida la queja agregada a fs. 252/259.

2. El único recurso de queja subsistente debe ser rechazado. Aunque él fue interpuesto ante el Tribunal en la forma debida, por escrito y dentro del plazo legal, no logra exponer un caso constitucional.

Es correcta la afirmación del Fiscal General Adjunto relativa a que el recurso intentado en favor de la señora Palumbo y del señor De la Fuente contiene motivos de agravio que no fueron incluidos en el recurso de inconstitucionalidad denegado. Estos son, sintéticamente, aquellos vinculados a la invalidez de la acusación, a los alcances de la revisión efectuada por la Cámara, a los cuestionamientos sobre la aplicación de la reincidencia al caso y a la existencia de *reformatio in peius*, aunque este último aspecto, eventualmente, podría ser analizado por el Tribunal debido a que otro recurrente lo incorporó en tiempo oportuno (efecto comunicante del recurso por idéntica situación). El efecto extensivo o comunicante de un recurso rige desde su interposición, razón por la cual corresponde aquí su aplicación, pese al desistimiento mencionado en el punto 1.

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. Esa simple razón, permite rechazar el recurso directo sobre esos puntos. La queja no es un recurso independiente sino, por lo contrario, se trata de un mecanismo dependiente del recurso rechazado por el *a quo*, que procura la devolución del poder de admitir los recursos al tribunal competente para decidirlos.

Sin embargo, ante la denuncia de la defensa respecto de una supuesta nulidad absoluta vinculada al modo en que la fiscalía formuló la acusación, creo oportuno agregar que la discusión propuesta involucra exclusivamente cuestiones de derecho procesal que, por lo tanto, no constituyen una cuestión constitucional. Se trata, simplemente, de la discrepancia sobre la comprensión de una norma infraconstitucional que no excita la competencia del Tribunal, pese a la invocación de normas de la C.N. y de la CCBA. Estas cuestiones, sea que la ley las califique como nulidad absoluta o de otra manera, no pueden ser revisadas en esta instancia. El hecho de que puedan existir —eventualmente— nulidades absolutas que procedan de reglas constitucionales no avala la afirmación contraria, esto es, la sentencia de que toda nulidad absoluta, incluso prevista por la ley, constituye una lesión al orden jurídico constitucional.

3. Con relación a la invocada violación al principio de lesividad, el recurso no logra demostrar la afectación constitucional que denuncia. Él parece presentar, en verdad, la disconformidad con la interpretación en que se apoya la condena respecto de que existió una lesión o peligro de afectación de los bienes jurídicos a los que alude el art. 116 del CC. En esos términos, el auto denegatorio es correcto cuando afirma que el agravio propuesto, en rigor, conduce a obtener una nueva valoración de los hechos discutidos, de las pruebas producidas en el debate y del derecho aplicado por los jueces de mérito.

4. Lo mismo ocurre respecto a la amplísima tacha de arbitrariedad contenida en el punto III. 6 de la queja (fs. 117 vta./122 vta.).

Según se observa, las manifestaciones de la defensa constituyen, precisamente, aquello que el Tribunal Superior ya ha aclarado hasta el cansancio que no puede surtir su competencia constitucional, pues "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

Más allá del acierto o desacierto de la decisión cuestionada, es claro que la recurrente parece creer tener derecho a una nueva revisión judicial sobre los hechos y sobre el derecho común (infraconstitucional). Ya desde este punto de vista el recurso es improcedente, puesto que resulta claro que la recurrente no ha logrado desvirtuar el argumento básico brindado por la Cámara para declarar inadmisible el recurso intentado ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mancuso, Marcela Lidia c/GCBA —apelación'", expte. nº 4106/05, resolución del 21/12/2005).

Por último, mi opinión acerca de la arbitrariedad en tanto motivo de los recursos extraordinarios, como única explicación de la atinencia constitucional del recurso —voz utilizada en el sentido general de *agravio* o *injusticia* según el punto de vista del recurrente—, 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. Con relación a la supuesta existencia de un desconocimiento de la prohibición de *reformatio in peius*, considero que no existe caso constitucional sobre el punto.

De la lectura de las actuaciones surge claramente que la fiscalía acusó a los tres imputados que acudieron al Tribunal como autores de la contravención descripta en los arts. 116 y 117 del CC. También se advierte que el juez de primera instancia apreció los hechos de otro modo y, por lo tanto, condenó a los recurrentes como partícipes de la organización de juego ilegal. Por último, está acreditado que la Cámara —ante la apelación de ambas defensas— confirmó la condena, *sin modificar la pena*, pero alteró la caracterización jurídica de la conducta según una de las formas posibles para el examen de la autoría y la participación (no necesaria en quienes sostienen la teoría del autor único).

En este sentido, no existe lesión a la garantía ya mencionada porque la situación de los recurrentes no desmejoró luego de que la Sala I resolviera su apelación. La prohibición de *reformatio in peius* sólo limita la imposición de consecuencias

más desfavorables a los imputados cuando no existe recurso de la contraria que lo autorice. Por esa razón, como la consecuencia de la condena en el caso (arresto efectivo por 30 días y decomiso) se mantuvo, no existe posibilidad alguna de que la Sala I haya transgredido esa prohibición.

Tampoco pudo demostrarse una lesión al derecho de defensa o al sistema acusatorio debido a que, como dije, los imputados tuvieron conocimiento absoluto de que la fiscalía los acusaba de haber sido autores de una contravención específica y, justamente por ello, pudieron desarrollar su defensa como mejor entendieron. Una vez más, la queja no defiende un caso constitucional, sino que, antes bien, intenta obtener una nueva revisión de la condena impuesta.

6. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja agregado a fs. 107/124.

El juez José O. Casás dijo:

1. En torno a la queja interpuesta por la defensa de Alfredo Gabriel Cóceres (fs. 252/259) y la presentación agregada a fs. 285/286, adhiero a los fundamentos y solución contenida en el punto 1 del voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

2. El recurso de queja subsistente, interpuesto a favor de la señora Palumbo y el señor De la Fuente (fs. 107/124), debe ser rechazado.

En primer lugar, tal como lo indica el señor Fiscal General Adjunto y lo expone el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, a través del recurso de hecho interpuesto se pretende introducir agravios —relativos a la supuesta invalidez de la acusación, a los alcances de la revisión efectuada por la Cámara, a la aplicación de la reincidencia al caso y a la existencia de *reformatio in peius*— que no fueron planteados en las instancias de mérito, ni en el recurso de inconstitucionalidad que aquí se viene a defender. Por ello, tales argumentaciones resultan producto de una reflexión tardía que no permite habilitar la intervención de este Tribunal.

Por lo demás, y en torno a la supuesta existencia de una "nulidad absoluta" en el caso que —a criterio de la defensa— permitiría soslayar lo señalado precedentemente (fs. 111), basta señalar que el planteo del recurrente encubre una mera discrepancia en torno a la interpretación que los jueces de la causa realizaron del art. 393, CPPN, que no ha sido correctamente vinculada con las garantías constitucionales invocadas.

Finalmente, en torno a los restantes agravios del recurso, adhiero a los argumentos expuestos en los puntos 3 y 4 del voto del doctor Julio B. J. Maier, más allá de los diversos enfoques que hemos expresado en distintos precedentes a la hora de abordar la denominada doctrina de la "arbitrariedad de sentencia"; matices que, en este caso, resultan totalmente secundarios. En este aspecto, resulta suficiente remarcar que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia 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, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

3. Por ello, voto por tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 252/259 y rechazar la queja agregada a fs. 107/124.

En razón de la solución propuesta en torno a la queja presentada a favor del señor Cóceres, y toda vez que, según surge de las constancias agregadas a fs. 287/290, la señora Palumbo y el señor De la Fuente han obtenido el beneficio de litigar sin gastos en estas actuaciones, no corresponde reclamar a los recurrentes el depósito que exige el art. 34, LPTSJ.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del doctor José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, Julio B. J. Maier.

2.1. Coincido con el doctor Maier con relación a la posibilidad de que el TSJBA se expida sobre los agravios planteados en el recurso del señor Cóceres, desistido a fs. 285/286. Conforme lo explicaré a continuación, entiendo que los arts. 271 y ss. del CPP imponen esa solución.

2.2. La ley 402 constituye una regulación específica para los procedimientos ante este Tribunal que, sin embargo, no excluye la aplicación supletoria de las normas de los códigos de procedimiento vinculados con la materia del proceso en cuanto resuelvan los puntos que allí no son abordados (conf. art. 2º, ley 402). En el caso, se trata de un recurso en materia contravencional, regido en un primer lugar por la ley 12 a cuyas disposiciones corresponde extender, en lo pertinente, las disposiciones del CPP (conf. art. 6º, ley 12). Este temperamento, que viene determinado por mandato del legislador, debe redundar, en tanto sea adecuadamente observado, en una sistematización de la administración de justicia considerada en su conjunto.

El legislador ha optado por imponer un régimen diferenciado para los recursos en materia penal (y contravencional), potenciando así las posibilidades de defensa de los imputados. En este sentido, por ejemplo, se regula la posibilidad de adherir al recurso de otro imputado, la extensión de los efectos que favorezcan incluso a quienes no hayan recurrido y se establece una regulación específica para los desistimientos (arts. 271, 272 y 274 del CPP, respectivamente). Nada permite presumir que el legislador quiso privar de los efectos de esa regulación especial —en favor de los imputados— a las cuestiones que se suscitan ante esta instancia, a las que la observancia de la supletoriedad indicada más arriba supone extenderlos.

Las cuestiones reglamentadas en el CPP antes mencionadas no encuentran regulación ni en la ley 12 ni en la nº 402, por lo que corresponde aplicar el código de procedimientos citado.

2.3. Establecida la aplicabilidad de los artículos pertinentes del CPP, corresponde determinar cómo deben ser interpretados frente a una situación como la de autos, en que ha sido interpuesto más de un recurso pero uno de ellos ha sido desistido.

El art. 272 del CPP prevé que "[c]uando en un proceso hubieren varios/as imputados/as, el recurso *interpuesto* por uno/a de los ellos/as favorecerá a los/as demás [...]" (el subrayado me pertenece). Esto implica que, como dice el juez Maier, desde su interposición los efectos de los recursos se extienden a los demás imputados, si los hubiera. Para que la expansión surta efectos, esto debe ser, a todas luces, a favor del imputado.

En este contexto, cuando existe voluntad de recurrir, como principio, puede presumirse que ella lleva implícita la de atacar la sentencia impugnada por cualquier argumento, incluso los no incluidos en un recurso propio, que formen parte de uno ajeno. Esa presunción deberá caer en aquellos casos en que la voluntad recursiva no incluya la de plantear todos los agravios de un recurso ajeno. Si bien sería presumiblemente poco común, pero muy claro a este respecto, esto sucedería en supuestos de adhesión parcial a un recurso o una manifestación expresa de dejar de lado determinados argumentos. Algo similar podría suceder si un imputado presenta un recurso propio del que puede deducirse —por su objeto o sus argumentos— que no quiso introducir alguna de las causales de impugnación del otro recurso. En ese caso, quedará de lado el efecto extensivo porque no estaríamos frente a un supuesto en que el imputado haya entendido que éste le era favorable. Cierto es que podría plantearse algún inconveniente con relación a bienes cuya disponibilidad es controvertida, pero aquí nos basta con asumir que existen algunos supuestos en que la regla es aplicable.

2.4. Esta interpretación, además de respetar la voluntad de los imputados y potenciar su derecho de defensa, respeta la división de poderes y la organización del Poder Judicial, pues siempre las cuestiones deben ser introducidas por parte legitimada en la forma y oportunidad dispuestas por la ley. Además, es compatible con la lectura armónica del resto de las normas que regulan las "disposiciones generales" de los recursos del CPP, como dijimos, de aplicación a los casos contravencionales.

El art. 274 dice que "[e]l/la imputado/a podrá desistir de los recursos interpuestos sin perjudicar a los demás *recurrentes* o adherentes [...]" (el subrayado es propio). El artículo prevé que el desistimiento no puede afectar a los demás recurrentes, previsión a la que le queda poco sentido si no se la hace jugar con el efecto extensivo de los recursos previsto en el art. 272. Es decir que los efectos extensivos de los recursos también están previstos —desde la interposición— para quienes recurrieron en forma paralela, y no solo para quienes adhirieron (o hicieron ambas cosas). Por su parte, el art. 271 dispone que "[q]uien tenga derecho a recurrir podrá adherir, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a otro, en la medida y con los alcances que incumban al recurrente originario".

En otros términos, puede entenderse que la norma que otorga a la interposición de un recurso los mismos efectos que a la adhesión, opera como una suerte de adhesión implícita a los argumentos que puedan servir en su favor. Ello encuentra fundamento en que con la interposición queda manifestada la voluntad recursiva del imputado y, ante la presencia de argumentos que podría aprovechar, por el efecto extensivo, esa voluntad no puede ser ceñida al contenido del escrito presentado por quien no desistió del recurso.

Lo expuesto hasta aquí no implica sostener que es necesario el desistimiento expreso de todos los imputados, aun cuando algunos no hubieran manifestado su voluntad de recurrir (mediante la adhesión o mediante la interposición de un recurso). Cuando no existe manifestación alguna de un imputado, los efectos del recurso sólo le serán extendidos en caso de que este progrese y ello sea en su favor. Para determinar si es a favor o no del imputado habrá que estar, en cada caso, a sus manifestaciones (expresas o implícitas), respetando su autonomía. Si no manifestó su voluntad recursiva, de ningún modo puede sostenerse que los tribunales se encuentran obligados a dictar sentencia pese al desistimiento de quienes recurrieron, en virtud de que podría haber algún beneficiado que no manifestó su voluntad en este sentido.

3. Con relación a los depósitos del art. 34 de la ley 402, coincido con el doctor Casás en que no corresponde exigirlo a ninguno de los recurrentes. Al señor Cóceres en atención a la forma en que se resuelve su presentación y a la señora Palumbo y el señor De la Fuente debido a que han obtenido un beneficio de litigar sin gastos (fs. 287/290).

4. Por las razones expuestas, corresponde tener por desistida la queja interpuesta a fs. 252/259 y rechazar la obrante a fs. 107/124.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La presentación efectuada a fs. 285/6 cumple con lo prescripto por el art. 274, CPPCABA (de aplicación supletoria conf. art. 6º, ley 12) por lo que corresponde tener por desistida la queja de fs. 252/259.

2. El recurso de queja interpuesto a fs. 107/124, si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede prosperar dado que carece de una crítica adecuada o suficiente de las razones por las que la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad. En el recurso de hecho no se 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 nº 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 queja prácticamente se limita a reiterar los planteos efectuados con anterioridad en los recursos de apelación e inconstitucionalidad, pero

sin rebatir argumentativamente las razones expuestas por la Cámara para denegar su recurso de inconstitucionalidad.

Dicha carencia no puede ser suplida por la denuncia de nuevos motivos de agravio que, por extemporáneos, no serán tratados ante esta instancia.

3. En estas condiciones la calificación de sentencia arbitraria realizada en la queja, no alcanza para sustituir la ausencia de argumentaciones adecuadas que sostengan el recurso interpuesto.

Como tiene 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 no acreditados 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).

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja de fs. 107/124.

5. 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. 189 bis, C.P.'".

Por ello, oído el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja agregado a fs. 252/259.

2º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 107/124.

3º. *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.*

CCXXXIII

"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: Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. Los argumentos vertidos en los recursos de inconstitucionalidad y en las quejas residen en la discrepancia con la decisión tomada por la Cámara, sin señalar lesiones concretas relacionadas con la causa, remitiendo a la valoración de cuestiones de hecho y prueba, extremos ajenos al marco del recurso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto la discusión gira en torno a la aplicación e interpretación de normas del Reglamento Interno de los Juzgados y Dependencias del Ministerio Público (resol. 302/2002 del Consejo de la Magistratura), discurriendo así en un plano infraconstitucional. *(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).*

Expte. nº 5809/08 - 14/10/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los doctores Oscar Alberto Lucangioli y Raúl Agustín Dessanti promovieron demandas por cobro de suma de dinero contra el Consejo de la Magistratura

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CM), tendientes al cobro de diferencias salariales originadas en el desempeño de subrogancias en la Cámara CyF (fs. 1/17 y 120/137 respectivamente).

Manifiestan que ante la omisión del Poder Ejecutivo de nombrar otros dos jueces de Cámara, además de la labor que cada uno ejerció en la Sala en la que fue designado, debieron actuar en la otra, de forma continua y constante, sin haber recibido por parte del CM ninguna retribución o pago por cualquier concepto. Así se originó el expte. nº 174-CM/03 por el cual los actores solicitaron se les abonara la diferencia salarial reconocida por el Reglamento Interno de los Juzgados y Dependencias del Ministerio Público (aprobado por resol. CM-302/02); reclamo que fuera rechazado por el CM por resol. CM-708/03, y que diera origen a este planteo judicial.

2. En primera instancia, fueron admitidas las demandas (fs. 35/41 causa "Lucangioli" y fs. 155/159 causa "Dessanti"), lo que originó la interposición, por parte del CM, de sendos recursos de apelación (fs. 44/52 y 161/172).

Ante el rechazo de los mismos (fs. 53/56 y 173/177), el CM interpuso los respectivos recursos de inconstitucionalidad (fs. 58/93, causa "Lucangioli"; fs. 179/199, causa "Dessanti"), que fueron denegados por la Sala II de la Cámara CAyT (fs. 94 y vta., causa "Lucangioli"; fs. 200 y vta., causa "Dessanti").

Para así decidir, los integrantes de la Sala II entendieron que las cuestiones que fueron objeto de tratamiento quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales, así como a cuestiones relativas a hecho y prueba.

3. El rechazo de ambos recursos de inconstitucionalidad dio lugar a los recursos de queja (fs. 97/116 vta., causa "Lucangioli"; fs. 203/222 vta., causa "Dessanti") que tramitan acumulados ante el Tribunal.

4. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 294/296 propiciando el rechazo de los recursos de queja planteados por el CM.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Atento a que los recursos planteados por el Consejo de la Magistratura son sustancialmente análogos (lo que surge de la simple confrontación de ambos escritos), procederé a tratar los dos recursos en un único desarrollo.

2. Los recursos de queja se hallan interpuestos por escrito fundado, dentro del término de ley, según surge de las constancias del expediente. Sin embargo, no pueden ser admitidos pues no presentan un caso constitucional que habilite su tratamiento.

3. Los argumentos vertidos en los recursos de inconstitucionalidad y en las quejas residen en la discrepancia con la decisión tomada por la Cámara, sin señalar lesiones concretas relacionadas con la causa, remitiendo a la valoración de cuestiones de hecho y prueba, extremos ajenos al marco del recurso.

Como lo señala el Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 123/125), las quejas interpuestas padecen de un defecto sustancial: no logran conectar el agravio concreto que —afirman— les 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, no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación al derecho de defensa en juicio y la división de poderes.

En efecto, los escritos que sustentan los recursos no logran rebatir los fundamentos de las sentencias que se cuestionan, limitándose a reiterar los argumentos planteados en instancias anteriores y a disentir con lo resuelto por la Cámara sobre el alcance de la gratificación establecida por el Reglamento Interno de los Juzgados y Dependencias del Ministerio Público.

El recurrente solamente formula reproches genéricos a las sentencias recurridas y se limita a sostener que "desde su inicio se pusieron en tela de juicio normas constitucionales, entre las cuales se encuentran las que conceden facultades al Consejo de la Magistratura en materia reglamentaria del Poder Judicial local, y las que atribuyen facultades de designación de jueces en comisión al Poder Ejecutivo local" (fs. 110 y 216), pero no logra conectar esos reproches con una verdadera causa constitucional (conf. este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, considerandos 1 y 2; "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).

4. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto la discusión gira en torno a la aplicación e interpretación de normas del Reglamento Interno de los Juzgados y Dependencias del Ministerio Público (resol. 302/02 del Consejo de la Magistratura), 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.

5. Debo destacar, además, que la totalidad de los agravios remiten en su fundamentación a la arbitrariedad de las sentencias puesto que — centralmente— se alega que las mismas se apartan de las probanzas de autos, son autocontradictorias o carecen de fundamentación. Sin embargo, las sentencias efectúan una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto

y por tanto resulta pertinente la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

Lo cierto es que la Cámara trató los puntos propuestos en el debate y arribó a una solución sustentada en las normas legales aplicables interpretadas concretamente con relación a los supuestos planteados, por lo que —aun cuando el recurrente discrepe con lo allí decidido—, las decisiones impugnadas resultan razonables y suficientes a efectos de su fundamentación.

El recurrente sostiene que la arbitrariedad es "mayúscula" (fs. 115 y 213) por cuando existe una imposibilidad fáctica en cuanto a que dos camaristas integren la sala contraria por idéntico período, superando incluso el número de camaristas posible por sala, entendiendo que, al hacer lugar a los reclamos de los doctores Dessanti y Lucangioli se superponen los períodos que se les reconocen.

Este planteo carece de sustento ya que en este punto la normativa aplicable es muy clara: "Los funcionarios del Poder Judicial, que tengan obligación legal o reglamentaria de reemplazar en cargos de igual o superior jerárquica de aquél de que son titulares, tendrán derecho a una gratificación consistente de la tercera parte del sueldo correspondiente al cargo que reemplaza, en el primer caso, y la diferencia de sueldos existentes entre ambos cargos en el segundo...". De esta manera, aun haciéndose lugar a ambos reclamos, no se llegaría a la suma correspondiente al sueldo total del camarista no designado. Por otro lado, es obvio que los doctores Lucangioli y Dessanti actuaron en distintas causas, y que su intervención no significó la simple firma de una resolución, sino —como bien lo señalara el doctor Russo (fs. 55 vta. y 176 vta.)— el estudio y análisis del expediente para el dictado de la sentencia.

Por lo tanto, este argumento tampoco logra evidenciar que el razonamiento efectuado por la Cámara resulte arbitrario o signifique suponer la integración de una Sala del Fuero Contravencional con cuatro magistrados, como intentó sostener el recurrente (fs. 117/218), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

En consecuencia, las quejas planteadas deben ser rechazadas.

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

Coincidimos con la solución que propicia el voto de nuestra colega jueza Ana María Conde. Tal como allí se consigna, las cláusulas constitucionales invocadas por la parte recurrente (arts. 1º, 13 y 116 de la CCBA y 18 de la C.N.) carecen de relación directa con las sentencias impugnadas que se apoyan en la interpretación asignada al régimen de subrogancias analizado, de orden infraconstitucional (reso-

luciones del CM 152/99 y 302/2002), así como en el valor atribuido a las pruebas colectadas en la causa (informe Secretaría General al que se alude a fs. 55 vta., 56, 176 y 177). En tal contexto, los agravios del Consejo de la Magistratura, en realidad, remiten al estudio de cuestiones de derecho infraconstitucional, hecho y prueba ajenas a la vía intentada.

Finalmente, aunque se denuncia la arbitrariedad de los pronunciamientos atacados, la recurrente no explica por qué la normativa que los jueces de la causa entendieron aplicable impediría, en las condiciones de autos (v. gr. integración transitoria de dos Salas de la CPCyF con dos jueces cada una), retribuir a los actores, que intervinieron en las causas tomadas en cuenta por el *a quo,* bajo el régimen previsto para las subrogancias. En tales condiciones, los recursos bajo estudio traducen la discrepancia de la demandada con las decisiones cuestionadas sin demostrar que ellas, más allá de su acierto o error, resulten descalificables como pronunciamientos jurisdiccionales válidos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Me adhiero al voto y a los fundamentos de la señora jueza de trámite, Ana María Conde, y de los señores jueces Luis Lozano y José O. Casás. El recurso no pasa de ser, según ya lo expresó el mismo tribunal de mérito *a quo*, un debate sobre disposiciones de Derecho común (infraconstitucional) aplicables a las subrogancias de magistrados y sobre valoración de prueba y fijación de hechos acerca de elementos importantes para esas disposiciones, cuestiones de mérito ajenas a la vía extraordinaria intentada y a la competencia del TSJBA.

2. Por otro lado, el recurso a la *arbitrariedad* de la sentencia, no puede tener éxito como argumento factible para abrir el recurso de inconstitucionalidad, pues, a más de aquello que particularmente pienso sobre este motivo (conf. mi voto en el expte. nº 1653/02 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Delta Corner S.A. c/GCBA [DGR] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DRG'", resolución del 12/2/2003, entre muchos otros), el Tribunal ha dicho reiteradamente que la mera contrariedad con los fundamentos utilizados por el tribunal de mérito no implica que la sentencia carezca de fundamento y sea descalificable en el sentido de que no conforma una decisión judicial (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad, expte. 49/99", resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.). Ello es aún más cierto para quien estima que tal motivo, pretorianamente imaginado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no informa el recurso por inconstitucionalidad y sólo es posible de aceptar por la vía de la carencia total de fundamento o del fundamento absurdo que caracterice a la decisión como un capricho del tribunal de la causa.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por las razones expuestas por la jueza Ana María Conde en su voto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de queja, en tanto dirige una crítica concreta

y puntual contra el auto denegatorio de la vía extraordinaria local, y rechazar por improcedente este último recurso. Así voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* las quejas planteadas por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala II de la Cámara de Apelaciones.

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

CCXXXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MARONE, HÉCTOR RODOLFO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. AMPARO: Caracteres. Idoneidad de la vía elegida. SUPLEMENTOS SALARIALES: Carácter no remunerativo. División de poderes.

SUMARIOS:

1. Si bien la ley que regula los procedimientos ante el tribunal no contempla a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad ello no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La arbitrariedad es una 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 su revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. 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).*

4. 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).*

5. En el marco del amparo, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; porque la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma "manifiesta", esto es, que surjan con evidencia del acto mismo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. 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 la señora jueza Ana María Conde).*

7. El instituto del amparo previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, y no puede interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La mera inclusión de suplementos con carácter no remunerativo por parte de la Administración no aparece, *per se,* como manifiestamente arbitraria o ilegal, a los efectos del amparo, de modo que el afectado puede cuestionar su legitimidad por cauces judiciales adecuados, y en un proceso ordinario, puede establecerse el alegado carácter remunerativo de los suplementos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Pese a que la admisibilidad del amparo 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. En el amparo, 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. A los efectos de la admisibilidad del amparo 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente tanto por la vía del amparo como por las vías ordinarias no constituye motivo para desecharlo, desde que éste procede igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por tales vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. No basta aducir o aun acreditar que el juez de mérito admitió erradamente la vía del amparo, sino que debe demostrarse que esa admisión redundó en una restricción de los derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, se demuestra que el recurso 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).*

14. Cabe admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad cuando una causa tramita como amparo sin que los jueces identificaran la existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegítimo, o acreditaran que el derecho invocado no encontraría en los mecanismos regulares dispuestos por el legislador una vía idónea para despejar la controversia que acerca de él se ha suscitado entre las partes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Cabe admitir el recurso de queja pues la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella y la sentencia le fue adversa, clara razón por la cual se trata de un caso constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

16. El hecho de que la Procuración haya impugnado la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe requerido y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, es razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

17. Dado que, por un largo período, el actor aceptó, en el trato laboral, que las relaciones se rigieran por las normas hoy atacadas, ni la ilegalidad es manifiesta, ni la lesión que sería su consecuencia aparece como inminente, a los efectos de la admisibilidad del amparo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

18. La acción de amparo no resulta ser la vía idónea para tramitar una pretensión orientada a cuestionar el carácter no remunerativo de ciertos suplementos abonados al amparista en su calidad de Jefe de Unidad Clínica Médica de un Hospital de esta jurisdicción, a partir de la intimación que recibiera para dar inicio a sus trámites jubilatorios —requerimiento que, además, no ha sido reputado antijurídico. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

19. No se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de constatar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del accionar del GCBA, en tanto el actor no ha controvertido los antecedentes fácticos o jurídicos en virtud de los cuales la demandada lo instó a gestionar su jubilación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

20. Si bien el actor afirma que la percepción de un haber jubilatorio que no computa como remunerativo un suplemento percibido durante un extenso período de tiempo vulneraría su derecho de propiedad, no ha demostrado que tal circunstancia, por sí sola, repercuta en forma actual o inminente en un grado tal que permita aseverar que no existe otro medio judicial más idóneo que el amparo para canalizar su reclamo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

21. El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado, pues como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material y la sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. En el amparo, el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. Cabe rechazar el recurso de inconstitucionalidad pues el agravio vinculado a la naturaleza remunerativa del suplemento por función de conducción dista de plantear un caso constitucional y sólo indica una diferencia interpretativa en torno a los alcances de una norma infraconstitucional ajena a esta instancia extraordinaria. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

24. El reconocimiento que hizo la Cámara del carácter remuneratorio del suplemento por conducción no implica un avance inadmisible del Poder Judicial sobre la Administración local toda vez que es propio de la labor de los jueces decidir las causas que sean sometidas a su consideración en los términos del art. 106 de la CCBA. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5190/07 - 14/10/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Héctor Rodolfo Marone, médico dependiente del GCBA, que se desempeña como Jefe de Unidad Clínica Médica del Hospital General de Agudos "José María Ramos Mejía", promovió acción de amparo contra el GCBA, en orden a la notificación que se le cursara, compeliéndolo a iniciar los trámites jubilatorios correspondientes a la ANSES, en los términos fijados en la ley 471 (arts. 59, inc. c], y 61, párr. 3º), con el objeto que se declare la inconstitucionalidad del carácter "no remunerativo" de los suplementos por productividad (cpto. 013) y por conducción (cpto. 068) sobre la base que tales suplementos no son computados a los fines previsionales, a pesar de ser continuos y regulares, abonados en forma ininterrumpida y mensual y no de carácter excepcional (fs. 1/9 vta.).

El GCBA, al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley nacional 16.986), solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal (extemporaneidad de su interposición y falta de acreditación de la ineptitud de otras vías judiciales), como por su improcedencia sustancial (fs. 10/16 vta.).

La sentencia de primera instancia hizo lugar, parcialmente, a la demanda y dispuso que los adicionales del dec. 861/93 y el suplemento por productividad se deben tomar como base a todos los efectos previsionales. También ordenó al GCBA presentarse ante el órgano previsional competente y regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de las asignaciones referidas. Dispuso, además, que el GCBA le deberá abonar a la actora las diferencias en concepto de salario anual complementario que surjan de la inclusión. Finalmente, las costas fueron impuestas a la demanda (fs. 17/21).

2. El GCBA apeló la sentencia y expresó agravios relativos a la admisión de la pretensión por la vía del amparo y al carácter no remunerativo de los suplementos (fs. 22/26). La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, rechazó, parcialmente, al recurso de apelación intentado y confirmó la sentencia de primera instancia en tanto declara el carácter "remunerativo" del adicional por conducción establecido por el dec. 763/93. Asimismo, revocó los puntos 2) —ordenaba al GCBA a presentarse ante el órgano previsional— y 3) —disponía que la demandada abonara las diferencias en concepto de salario anual complementario como consecuencia de su inclusión— por entender, respectivamente, que no integraba el objeto de la litis y que excedía el marco del planteo inicial. Por último, la sentencia impuso las costas a la demandada vencida (fs. 30/34 vta.).

3. La demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la inadmisibilidad del amparo, arbitrariedad de sentencia y violación al principio de separación de poderes (fs. 35/43 vta.), que fue denegado por la Cámara por considerar que no se ha expuesto fundadamente un caso constitucional y que no se advierten configuradas las circunstancias excepcionales que autorizan la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad (fs. 45/47).

4. Ante dicha denegatoria, el GCBA presentó la correspondiente queja (fs. 48/62 vta.).

5. El señor Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de hecho impetrado por la parte demandada (fs. 67/70 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos de tiempo y forma exigidos para su tratamiento y da cuenta de la existencia de un caso constitucional que debió habilitar la concesión del recurso de inconstitucionalidad incorrectamente denegado. La cuestión planteada por el GCBA es sustancialmente idéntica a la articulada en los autos "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; por tal razón reiteraré, en lo pertinente, lo afirmado en mi voto en dicha oportunidad.

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

3. El Gobierno de la Ciudad sostiene que el decisorio cuestionado presenta serios defectos de fundamentación que determinan su invalidez como acto judicial, pues "se manifiesta de manera general y abstracta, volviendo a afectar el derecho de defensa de mi parte al omitir las constancias de la causa, prescindiendo de la naturaleza jurídica del suplemento que nos ocupa y equiparándolo con diversos adicionales notoriamente distintos al que se debatiera en autos".

En efecto, la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad presenta los defectos que el recurrente le atribuye, toda vez que sólo trasunta términos rituales que evidencian la escasa atención puesta al recurso rechazado, que lejos de limitarse a disentir con la interpretación efectuada en la sentencia de normas legales de naturaleza infraconstitucional como expresó la Cámara a fs. 45/47, plantea serios agravios de naturaleza constitucional: por un lado, cuestiona la procedencia de la vía del amparo a través de planteos vinculados con la interpretación del art. 14, CCBA y su relación con los principios constitucionales de defensa en juicio y debido proceso; y por el otro, denuncia arbitrariedad en el análisis efectuado por la Cámara para resolver la cuestión objeto del pleito, haciendo lugar a la pretensión amparista, y el derivado cercenamiento de las atribuciones propias de la Administración (afectación de lo normado por los arts. 53, 102 y 104, CCBA).

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.

4. El GCBA sostuvo, desde la etapa inicial del proceso, la inviabilidad de debatir y resolver la pretensión por medio de un juicio de amparo. En especial, destacó que no se encuentran reunidos, en este caso, los recaudos constitucionales de conducta estatal "manifiestamente ilegítima o arbitraria", por lo que no existe justificación para apartarse de las vías ordinarias previstas para la tramitación de las causas.

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).

5. El cuestionamiento que efectúa la demandada en relación con la tramitación del proceso por la vía del amparo, coincide con la preocupación que ya he manifestado en anteriores oportunidades al advertir que se ha generalizado la utilización del trámite del amparo para dirimir cuestiones que deberían ser canalizadas como juicios de conocimiento ("Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo", expte nº 3101/04, sentencia de fecha 17/11/2004; "Rodríguez, Mónica Adriana s/amparo", expte nº 3170/04, sent. del 20/12/2004; "Tayeda, Marta Susana c/GCBA s/amparo", expte nº 1684/02 del 19/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo'", expte. nº 4782, sent. del 29/11/2006; 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).

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.

6. La petición del señor Marone consiste en que se reconozca el carácter "remunerativo" de ciertos adicionales que son liquidados en sus haberes con carácter "no remunerativo".

Cabe señalar que la mera inclusión de suplementos con carácter no remunerativo por parte de la Administración no aparece, *per se*, como manifiestamente arbitraria o ilegal. Ello sin perjuicio de que el afectado pueda cuestionar su legitimidad por cauces judiciales adecuados, y que en un proceso ordinario, pueda establecerse el alegado carácter remunerativo de los suplementos. Por otra parte, no resulta palmario que la mera intimación para iniciar los trámites jubilatorios, de conformidad con los arts. 59, inc. c) y 61 párr. 3º de la ley 471, habilite esta vía procesal. Cabe advertir que el amparista no niega hallarse en las condiciones previstas en tales normas, que darían sustento a la intimación cursada por la Administración.

No debe perderse de vista, asimismo, que los adicionales cuestionados se liquidan con carácter no remunerativo desde su inicio, hace más de diez años, según surge de las constancias de la causa. Por lo tanto, si quien acciona tardó tanto en iniciar su reclamo, no parece irrazonable pretender justificar el uso de la vía del amparo cuando, por la naturaleza del derecho reclamado, éste puede encontrar un cauce idóneo en otras vías procesales.

En cuanto a la irreparabilidad del daño —característica que hace a la evaluación acerca de la idoneidad de la vía— no puede afirmarse, tampoco, que esté configurada. En efecto, en caso de que por una futura sentencia se reconozca a quien acciona el derecho alegado, no habrá obstáculo alguno para que los rubros que ahora percibe con carácter no remunerativo se incorporen como remunerativos al haber de la actora por los períodos no prescriptos, como también para que sean considerados en su futuro beneficio previsional en su caso a través de una acción de reajuste de su prestación.

En este aspecto, el Gobierno de la Ciudad ha conseguido demostrar que los elementos que obran en esta causa no resultan suficientes para acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos para la tramitación por esta vía de la pretensión deducida por el señor Marone.

7. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde *a)* admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el GIBA, *b)* revocar la sentencia de fs. 30/34 vta. —agregada en copia— y rechazar la acción de amparo interpuesta por el señor Héctor Rodolfo Marone (art. 31, ley 402); y *c)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja logra demostrar que el recurso de inconstitucionalidad denegado por el *a quo* compromete la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales dirimentes para la solución que mereció el pleito (v. gr. art. 14, 13, CCBA y 18, C.N.).

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). Precisamente, esta última situación se verifica en autos.

2. El actor interpuso este amparo contra "la notificación que se le cursara (...) compeliéndolo a iniciar los trámites jubilatorios" cuya ilegitimidad derivaría de la lesión que provoca en su derecho de propiedad, y en las garantías del art. 14 y 14 bis de la C.N., la percepción de un haber jubilatorio, y también un salario, que no computa como remunerativos dos suplementos que el actor reputa tales, dado que los percibe con habitualidad y ostentarían carácter general.

La sentencia de primera instancia ordenó al GCBA: *i)* tomar como base a todos los efectos previsionales los suplementos que identificó; *ii)* presentarse ante el órgano previsional para regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas y *iii)* abonar las diferencias salariales en concepto de SAC que surjan del alcance que otorgó a los suplementos discutidos.

A su turno, la Cámara resolvió "rechazar parcialmente el recurso de apelación" del GCBA; por una parte, confirmó la sentencia de primera instancia en tanto declara el carácter remunerativo del adicional por conducción (dec. 763/93) y, por otra, revocó los puntos *supra* identificados como ii) y iii).

En su recurso de inconstitucionalidad, el GCBA se agravió, en lo que ahora importa, por cuanto la admisión de la vía procesal escogida "es manifiestamente contraria a la regulación constitucional del amparo, tal como ha sido diseñado en el art. 14 de la CCBA". Desde que tomó intervención en autos, cuestionó la vía del amparo como cauce procesal para ventilar la controversia de autos. También apuntó que ninguno de los actos cuestionados ostenta ilegalidad manifiesta o arbitrariedad (en cuanto a la intimación para jubilarse, dijo que entraña el ejercicio de una competencia reglada sin que a su respecto se hubiera indicado el vicio que la afecta; en relación con el carácter de los conceptos abonados como no remunerativos, reivindicó la potestad del Ejecutivo para regular la retribución, así como que lo relativo al régimen salarial requiere mayor amplitud de debate y prueba que la que admite el amparo, por lo que no es éste la vía idónea para formular tal pretensión). Asimismo, cuestionó que la situación de autos configure para el actor un daño actual o inminente. En línea con ello, el GCBA sostiene que en autos "(...) el amparo no ha sido útil ni idóneo para solucionar (...)" el pleito porque "(...) ha impedido el análisis integral de la cuestión debatida, en función de su concreto y específico sustrato fáctico, llevando a un pronunciamiento solo teórico y abstracto que, a la par que desborda el texto constitucional, prescinde de las circunstancias concretas del caso" (fs. 38). Al concretar el agravio señala que "[e]l decisorio confunde las circunstancias de este juicio con las de otros juicios de contenido similar pero no idéntico (...)" y por ello sostiene que tales diferencias impiden "la transpolación

mecánica de razonamientos que, pudiendo ser válidos en un determinado contexto, no lo son en otro" (fs. 40). En particular, destaca que el suplemento por conducción "no alcanza a la generalidad del personal de la Administración Central"; que "se define por la específica función adjudicada"; que es necesario "el desempeño efectivo del cargo y tener personal a cargo; que "no se cobra siempre ni se incorpora a la remuneración habitual del agente; que "[d]eja de devengarse cuando se concluye en el desempeño de la función jerárquica o el agente deja de tener personal a cargo". Por eso, sostiene que "El suplemento por función de conducción está subordinado a pluralidad de condiciones. No es general ni permanente o habitual" (fs. 40). A este respecto, el recurrente también apunta que el resultado al que se arriba en la sentencia impugnada es consecuencia de "(...) un proceso en que el informe debió ser presentado en el limitado plazo de cinco días y la apelación interpuesta y fundada en 48 horas, limitándose notablemente las posibilidades de prueba y análisis ponderado de las cuestiones involucradas" (fs. 38). En suma, solicita que "se rechace la demanda en su totalidad por ser inadmisible a su respecto el cauce procesal del amparo o, en subsidio, se la desestime en lo que se refiere al 'suplemento por conducción' atento la legitimidad de su caracterización como 'no remunerativo'" (fs. 43 vta.).

3. Así las cosas, sin perder de vista que la sentencia de Cámara recortó la pretensión original del amparista al revocar el punto 2 y 3 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[32] conforme los presupuestos reseñados en el punto 1 de este voto.

[32] Así lo refleja la intervención del convencional constituyente doctor Raúl E. Zaffaroni, que ante la propuesta de que se suprima el término "más" del tercer reglón del art. 14 de la CCBA

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.

En tanto son todas cláusulas (art. 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

---

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).

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.

4. El amparo de autos se inició para cuestionar la intimación cursada al actor para que inicie el trámite de su jubilación. Empero, no se imputó al acto la condición de manifiestamente ilegítimo o arbitrario por cuanto, como indica la doctora

Conde en su voto, "el amparista no niega hallarse en las condiciones previstas en tales normas [art. 59, inc. c) y 61 párr. 3º de la ley 471], que darían sustento a la intimación cursada por la Administración". La ilegitimidad derivaría, según la accionante, de la lesión que provoca en su derecho de propiedad, y en las garantías del art. 14 y 14 bis de la C.N., la percepción de un haber jubilatorio, que no computa como remunerativo el suplemento por conducción, que el actor reputa tal, dado que ostenta carácter general y se percibe con habitualidad (fs. 1/9). En este punto, los jueces de mérito no aportaron razones que conduzcan a establecer por qué, en el caso, la dilación que entraña cualquier reclamo de derechos en sede judicial, a la que normalmente quedan sometidos los litigantes, debía ser sorteada en autos retaceando el mayor debate y prueba que admiten los procesos legislados como ordinarios. La mera referencia formulada por el *a quo* respecto a que "la urgencia del caso se revela en la inminencia de la determinación del beneficio previsional" del actor, nada indica en relación con cuál sería el impacto que la discusión de autos (carácter del suplemento por conducción) tendría en "el cálculo (...) del haber jubilatorio" del actor (fs. 31).

5. En tal contexto, los agravios del GCBA muestran que en este proceso no se produjo la prueba indispensable que pudiera brindar apoyo a la solución dispuesta en la sentencia ahora impugnada.

Aunque la Cámara, según ya fuera dicho, corrigió la decisión de primera instancia en relación con la pretensión previsional retroactiva, así como respecto del reconocimiento de diferencias en concepto de salario anual complementario —por exceder el ámbito propio del amparo— confirmó el pronunciamiento en cuanto dispuso que el suplemento por conducción debía tomarse como base a todos los efectos previsionales.

Sin embargo, ello se resolvió sin que el carácter remunerativo de los adicionales surja de los términos en que se encuentra redactada la normativa que los regula (dec. 763/93) ni de la prueba obrante en autos. Al respecto ha señalado la CSJN, para un supuesto análogo a la cuestión ahora considerada, que la percepción de una asignación por un alto porcentaje de empleados "no puede constituir ('de facto') el parámetro de 'generalidad' si (...) dicha asignación ha sido creada ('de iure') como una compensación particular" (conf. D. 78.XXXIV. "D'Amore, Carlos y otro c/Caja de Retiros, Jubilaciones Pensiones Pol. Fed. Arg. y otro", del 7/7/2006). Tal como sostiene el GCBA, la Cámara no se expidió sobre la invocada discontinuidad del suplemento por conducción como contrapartida de la generalidad y habitualidad que le atribuyó el *a quo* por remisión a precedentes referidos a suplementos no contemplados en autos (fs. 32). El demandado señaló que el cobro del suplemento por conducción no es automático ni generalizado (fs. 40) y aunque la sentencia impugnada decide lo contrario no indica de qué prueba se vale para sostener su afirmación. En realidad, al efecto, remite a "la simple observación de los recibos de sueldo acompañados al iniciar la presente acción" (fs. 32) sin advertir que esos recibos carecen de eficacia para acreditar la percepción del suplemento por parte de

todos los empleados de la administración, nota de generalidad que entonces aparece atribuida al suplemento analizado de un modo injustificado.

Esta causa tramitó como amparo sin que los jueces identificaran la existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegítimo, o acreditaran que el derecho invocado no encontraría en los mecanismos regulares dispuestos por el legislador una vía idónea para despejar la controversia que acerca de él se ha suscitado entre las partes. Tampoco quedó justificada, entonces, la posibilidad de contraer el debate ni la necesidad de imponer premura en el ejercicio de la defensa.

Todo ello exhibe la mayor idoneidad de la vía legislada como ordinaria, en cuyo marco, el desarrollo del debate, comenzando con la exposición del derecho del actor, siguiendo con el mayor tiempo de estudio de que dispondría la demandada para responderla, el despliegue pleno de la prueba y el alegato sobre su mérito, posibilitan el debate sereno propio del ejercicio del derecho de defensa. En tanto el recurso identifica de modo suficiente por qué el reducido ámbito del debate propio del amparo afectó su derecho de defensa, y fue determinante para desembocar en una sentencia de condena, sus agravios no traducen una mera disconformidad con la procedencia formal del amparo sino que demuestran que el modo en que está organizado el trámite en el proceso de amparo no garantizó, en el caso, el desarrollo de un debate suficiente para resolver el litigio. A su turno, el recurrente lograr mostrar que la integridad del derecho debatido no quedaría menoscabada por la utilización de los cauces ordinarios.

Retomando el desarrollo formulado en el punto 3, en este pleito, el amparo resulta menos idóneo que los procesos ordinarios porque el impacto temporal de éstos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no aparece como suficientemente relevante en relación con la ventaja (aquí necesidad) de un debate y decisión más distendidos (punto 3.3).

A esta altura, recorridas tres instancias, los agravios del recurrente ponen en evidencia que no se ha sustanciado un debate que permita resolver la controversia de autos. Asiste razón al GCBA cuando objeta que la regulación del suplemento impugnado sea calificada como manifiestamente ilegítima o arbitraria, y aunque ello no es suficiente para emitir opinión sobre su legalidad, alcanza, en cambio, para imponer el rechazo formal del amparo sin restringir la potestad de reclamar el punto por la vía ordinaria pertinente, cumplidos los recaudos del caso. La solución que adopto no supone, entonces, 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 turno, el Tribunal quedaría compelido a abordar la cuestión en un marco inadecuado.

6. En conclusión, coincido con el voto de mi colega Ana María Conde, en cuanto a que el GCBA ha planteado un caso constitucional porque demostró que el debate de autos, tramitado según las reglas del proceso de amparo, resultó insuficiente para determinar el carácter remunerativo o no remunerativo que corresponde asignar al suplemento por conducción (dec. 763/93) y concluyó, pese a ello, con el

dictado de una sentencia que condena a la parte demandada a tomar ese suplemento "como base a todos los efectos previsionales".

Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado el señor Fiscal General Adjunto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 30/34 y rechazar el amparo interpuesto por Héctor Rodolfo Marone con el alcance que surge del punto 5 *in fine* de este voto. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Estimo que la queja, aunque parcialmente, debe triunfar y abrirse el recurso del GCBA por inconstitucionalidad (ley local 402, art. 27). A más de los requisitos formales de modo y tiempo, que han sido observados, la presentación directa contiene una crítica fundada de la resolución que rechaza el recurso, injusta en alguna de sus apreciaciones, según se verá.

2. Como lo sostuve al resolver un caso sustancialmente análogo al *sub examine* (véase "Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007), sobre el que volveré repetidamente, el recurso de inconstitucionalidad se apoya en tres motivos diferentes que sustentan el agravio contra la solución de la sentencia de Cámara que, objetivamente, resulta perjudicial para el GCBA. Quien demanda amparo no ha recurrido, razón por la cual todo se reduce a la sentencia de la Cámara y al recurso citado.

a) El primer motivo es claro: con una tesis denominada "amplia", la instancia de mérito aceptó el trámite excepcional del amparo como idóneo para responder a la demanda, a pesar de reconocer que existen procedimientos contencioso-administrativos específicos reglados para el caso. La tesis "amplia" es producto de la voluntad de quien decide y suple en la decisión, prácticamente, al procedimiento ordinario, de aplicación al caso. El demandado, desde su informe-contestación en primera instancia, impugna el procedimiento escogido, que califica como vía inidónea para resolver el diferendo, y requiere la aplicación del procedimiento ordinario, todo a la luz del art. 14 de la CCBA con sus requisitos de "ilegitimidad manifiesta" y de "daño inminente" para la procedencia de ese carril procesal.

b) El segundo motivo es más complejo y confuso. Bajo el rubro "arbitrariedad" son esbozados dos tipos de impugnaciones difícilmente discernibles. Uno de ellos, referido básicamente a *la calificación judicial* de "remunerativo" para el adicional por "conducción" (jefatura de una unidad funcional), que *la norma* titula como "no remunerativo", razón por la cual debió ser fundada su estimación de inconstitucional por la sentencia de mérito, para desechar su aplicación. Tal solución, a juicio del recurrente, no está fundada ni de hecho ni de derecho por parte de la sentencia atacada, que sólo recurre a argumentos dogmáticos sin prueba y sin interpretación suficiente.

El otro resulta ser la protesta porque toda la argumentación de la demandada al respecto fue despachada de manera por demás expeditiva, sin refutación alguna.

c) El último de los motivos se vincula con la teoría republicana de los tres poderes estatales independientes uno de otro, en tanto —se argumenta— la sentencia se entromete en facultades propias del Ejecutivo al regular su conducta y la relación con sus agentes.

3. La queja ha argumentado correctamente que la decisión de rechazar el recurso es meramente dogmática y de aplicación a éste como a cualquier otro caso que se presente: un "cliché", según se denomina en lenguaje vulgar del foro. Resulta claro que ello es así con relación al primer motivo (*a*, *supra*), pues la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella. La sentencia le fue adversa, clara razón por la cual se trata de un caso constitucional, tal como lo enuncia el recurrente. Ésta es la razón principal por la cual la queja triunfa, al menos parcialmente.

También ella debe triunfar en relación con la aseveración de inconstitucionalidad de normas locales que califican como "no remunerativos" ciertos rubros del salario percibido por el actor, en razón de que la sentencia impugnada no las aplicó por estimarlas, precisamente, contrarias a la Constitución nacional y local. El recurrente, por lo contrario, requería la aplicación lisa y llana de esas reglas —que ya había aplicado durante el extenso período por el que se prolonga la relación de empleo público del actor— y sostiene que la calificación de inconstitucionales, sobre todo de aquélla que crea un suplemento por "conducción", es producto de una interpretación constitucional errónea. Según se observa, aquí también reside un caso constitucional que funda el recurso, más allá del término utilizado para designar el motivo.

Por lo contrario, no debe ser materia del recurso de inconstitucionalidad la pretensión del recurrente referida a la división republicana de los poderes del Estado local. El Tribunal ya ha expresado, en otros casos (véase "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 4304/05, resolución del 31/5/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4925/06, sent. del 11/4/2007; y "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, resolución del 9/8/2006, entre múltiples otros casos), que éste es un motivo ficticio o aparente y, por ello, inadmisible. Tanto la Constitución como las leyes de la Ciudad, al receptar la independencia de los poderes del Estado, no sólo los divide sino que, además, crea modos de *control* entre ellos. Particularmente, tanto la Constitución local como las leyes emanadas de aquélla imponen el control judicial de los actos desarrollados por la Administración, imposición propia de un Estado de derecho.

De tal manera, el recurso de queja procede parcialmente y corresponde abrir el de inconstitucionalidad por los motivos indicados en primer y segundo término, y rechazarlo por el tercer motivo.

4. En primer término, observo que aplicar las reglas del amparo significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, en este caso, el GCBA, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.). Al respecto, no es menester abundar en ejemplos pues, con sólo advertir que la demanda debería haberse trasladado efectivamente al demandado, en un plazo que, por tratarse del Estado, resulta significativamente mayor al ordinario; que también debería haber existido un procedimiento probatorio y que la sentencia debería estar regida por el principio de la carga probatoria, disponemos de elementos suficientes para identificar las diferencias entre este contradictorio y aquél aplicado en el caso.

La Procuración planteó en su primera oportunidad procesal e insistió en todas las instancias posibles con el argumento de la ineptitud del amparo, antes tratado. Su argumentación, con la que concuerdo como principio, resulta por demás satisfactoria, pues es persuasiva al punto de demostrar que el procedimiento aplicado (reglado tan sólo de manera sumamente abierta y discrecional para quienes lo dirigen), colabora en propiciar falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes. Me refiero al hecho de que el art. 8º de la ley de amparo, aplicada al caso, sólo regula un informe objetivo de la autoridad que, supuestamente, infringe la norma y no representa un traslado de la demanda del actor, ni la iniciación de un procedimiento probatorio característico del juicio de conocimiento (ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba). Por lo tanto, el hecho de que la Procuración haya impugnado la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe de fs. 10/16 vta. (legajo de la queja) y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, me parece razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual "la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio" (fs. 29 vta.). El amparo es, más allá de la interpretación laxa de la Cámara, un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales.

5. Una vez emitido el juicio acerca de la inidoneidad de la vía elegida, sólo cabe agregar que el caso feneció aquí con una decisión meramente formal —sin perjuicio de acciones posteriores— y sin necesidad de tratar todos los motivos expuestos y por los cuales yo estimo que debe abrirse el recurso.

Estas explicaciones resultan suficientes para revocar la sentencia. En efecto —explicado más sencillamente—, ni la ilegalidad es manifiesta, ni la lesión que sería su consecuencia aparece como inminente. Le asiste razón el recurrente al explicar que, por un largo período, el actor aceptó, en el trato laboral con aquel, que las relaciones se rigieran por las normas hoy atacadas. A tal punto ello es así, que el verdadero motivo de preocupación para el actor reside en su haber

jubilatorio y, en este sentido, en el hipotético caso de triunfar su opinión, tanto la Administración como él mismo resultarían eventualmente deudores del instituto que recauda los fondos previsionales, en lenguaje vulgar, tanto él como el Estado local deberían "aportes" (correspondientes al mayor sueldo) a esa institución, para más, una institución nacional (no local), regida por leyes de jurisdicción federal. Por otra parte, la lesión tampoco es inminente, pues sólo derivaría, en el futuro, del haber jubilatorio —que el actor considera magro por no calcularse sobre la base del salario con esos rubros—, caso que no parece ser el planteado en la demanda de amparo, pues esta lesión derivaría, en su caso, de un acto administrativo extraño a nuestra jurisdicción (local, no federal) que debería ser atacado ante los tribunales competentes. La sentencia aquí obtenida sólo atañe al Estado local. Como se observa, *la sentencia local no tendrá influencia alguna sobre el haber jubilatorio*. A mi juicio, la demanda ha confundido los términos de su pretensión, pues, si claramente hubiera reclamado mayores haberes, provenientes de reputar "remunerativos" rubros que, según la norma de creación, no lo eran, sin confundir todo ello con el haber jubilatorio, habría advertido también que la cuestión, en principio, es "de hecho y prueba", antes que puramente jurídica y, como tal, atacado a la Administración por otra vía y por períodos todavía vigentes.

6. Para concluir, las circunstancias apuntadas restan *perjuicio*, al menos inminente, a los derechos que la actora reputa lesionados o amenazados. Como también se desprende de diversos señalamientos de mi colega, la jueza Ana María Conde (especialmente el punto 5 de su fallo), los problemas que ha tratado este amparo no son susceptibles de solución evidente y, mucho menos posible resulta decidirlos sin mediar un estudio y debate profundos acerca de los hechos y la normativa que conforman la materia sobre la que versa el litigio, esto es, sin una exhaustiva deliberación previa.

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*. Este litigio ha tomado ya más de dos años, circunstancia que, cuando menos, sugiere que al 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 del actor (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; 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).

Lo expuesto hasta aquí basta para advertir que el principal agravio de la Administración, la impropiedad de la vía elegida, resulta correcto y, por tanto, la sentencia debe ser revocada. La solución que adopto sobre este primer agravio me exime de mayor referencia a los demás. Su examen, por otra parte, me obligaría a abordar cuestiones que son ajenas a la competencia del Tribunal.

7. Por las consideraciones que anteceden, adhiero en sustancia al dispositivo propuesto por la señora jueza de trámite, a saber: *a)* admitir —tan sólo parcialmente— el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el Gobierno; *b)* revocar la sentencia de fs. 30/40 vta. (legajo principal); *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por el señor Marone (art. 31, ley 402) y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los votos de mis colegas preopinantes, doctores Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier, en tanto sostienen coincidentemente que la acción de amparo —tal como lo ha alegado la parte demandada— no resulta ser la vía idónea para tramitar una pretensión como la de autos, orientada a cuestionar el carácter no remunerativo de ciertos suplementos abonados al amparista en su calidad de Jefe de Unidad Clínica Médica de un Hospital de esta jurisdicción, a partir de la intimación que recibiera para dar inicio a sus trámites jubilatorios —requerimiento que, cabe aclarar, no ha sido reputado antijurídico.

2. En efecto, el GCBA ha logrado demostrar un agravio constitucional en ese punto y, tal como lo propician mis colegas, debe ser atendido.

En el *sub examine* no se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de constatar la existencia de *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* del accionar del GCBA, en tanto el actor no ha controvertido los antecedentes fácticos o jurídicos en virtud de los cuales la demandada lo instó a gestionar su jubilación.

Además, si bien el actor afirma que la percepción de un haber jubilatorio que no computa como remunerativo un suplemento percibido durante un extenso período de tiempo vulneraría su derecho de propiedad, no ha demostrado que tal circunstancia, por sí sola, repercuta en forma *actual* o *inminente* en un grado tal que permita aseverar que no existe otro medio judicial más idóneo para canalizar su reclamo. En mi concepto, resulta imprescindible recordar que en los procesos judiciales de conocimiento también se debate acerca de derechos y garantías constitucionales (conf. voto conjunto de la doctora Conde y el suscripto en la causa "Akrich", citada por el juez Luis F. Lozano en el punto 1 de su voto).

Por otra parte, la recurrente —GCBA— no sólo ha logrado exponer la complejidad que presenta la cuestión de fondo sino que, en este contexto, también ha explicado que la exigüidad de los plazos del cauce procesal elegido para tratarla —y sus consiguientes limitaciones— han redundado en un perjuicio concreto para su representada, al restringir significativamente su posibilidad de defensa al no

permitir un debate pleno. En este punto, coincido con las reflexiones efectuadas por el doctor Luis F. Lozano en el punto 5 de su voto, relativas a las consecuencias disvaliosas generadas en el caso por la tramitación de la pretensión en el marco de la vía elegida. En particular, debe destacarse que la afirmación de la Cámara en punto a la supuesta *generalidad* y *habitualidad* en la percepción del adicional por conducción previsto por el dec. 763/93 sólo se apoya en la mención de los recibos de sueldo del amparista (fs. 82), sin que se haya constatado de manera fehaciente cuál es la situación de otros profesionales médicos. Asimismo, la sola circunstancia que el actor haya desempeñado tareas de dirección durante los últimos 15 años y que, por este motivo, se le haya abonado el suplemento en cuestión, no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella consignada en la norma, pues no se ha demostrado que la apuntada extensión temporal no se encuentre ligada, pura y exclusivamente, a aquella circunstancia fáctica específica —ejercicio efectivo de una función de conducción—, ni que el apuntado rol de conducción se encuentre tutelado por la garantía de la estabilidad.

Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; *b)* revocar la sentencia obrante a fs. 80/84 vta.; y *c)* rechazar la acción de amparo iniciada por el señor Héctor Rodolfo Marone, con costas por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo mi decisión de hacer lugar a la queja obrante a fs. 48/62 y de declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad de fs. 35/43, ambos del GCBA.

2. La presentación directa satisface el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 y resulta procedente.

La Sala II de la Cámara CAyT consideró que el recurso de inconstitucionalidad que dedujera el GCBA carecía de argumentos suficientes para configurar un caso constitucional y, consecuentemente, lo declaró inadmisible.

La quejosa señaló con acierto que los argumentos de la Sala "...constituyen manifestaciones genéricas y ritualistas, carentes de sustento..." (fs. 62) que tornan al decisorio "...descalificable como acto judicial..." (fs. 62). Los defectos señalados se advierten, de manera palmaria, en la sentencia en crisis cuyas consideraciones no guardan correspondencia ni se enlazan argumentativamente con las constancias de la causa.

3. En el recurso de inconstitucionalidad, el demandado no alcanzó a exponer una cuestión constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

La recurrente expresó los siguientes agravios:

a) Inadmisibilidad de la vía del amparo.

b) Arbitrariedad de la decisión judicial que atribuyó naturaleza remuneratoria al suplemento por conducción implementado mediante el dec. 763/93.

c) Extralimitación de las potestades jurisdiccionales, asunto que remite, en definitiva, a la división de poderes.

4. Las dos primeras cuestiones —identificadas como a) y b)— son sustancialmente similares a las que resolviera en el expediente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", nº 4970/06, sent. del 5/6/2007.

En atención a la circunstancia que señalo en el párrafo anterior y a fin de emitir opinión en el caso de autos, habré de reiterar a continuación las razones que dieran apoyo a mi postura en el precedente indicado.

El agravio en torno a la inadmisibilidad de la vía de amparo es inatendible.

El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado.

Como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material. La sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material.

En el recurso en análisis, el demandado no da razones que demuestren cómo y en qué medida la vía del art. 14 de la CCBA ha recortado sus posibilidades de éxito o ha perjudicado su derecho de defensa.

La insuficiencia argumentativa indicada se agrava porque siendo la cuestión debatida de puro derecho no se advierte cómo el Gobierno pudo haber visto afectado su derecho de defensa en juicio. ¿Qué fue lo qué no pudo alegar sobre el derecho disputado? ¿De cuál instancia refutatoria aplicable al caso se vio privado? El recurrente no lo indica y, desde luego, no es función de los jueces suplir a la parte en este punto. En verdad, el amparo interpuesto por el accionante habilitó un nivel cognitivo equivalente al de un proceso plenario.

Si luego de transcurridas las instancias ordinarias y en la etapa recursiva ante el Tribunal, se concluyera en que no se encuentran satisfechos los requisitos que habilitan la vía del amparo (a partir de establecer que los derechos del actor estaban afectados por un acto de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta) y que, por ende, el amparista deberá intentar ahora el reconocimiento de aquellos derechos por otra vía procesal, se produciría a mi entender en estas actuaciones un evidente dispendio de jurisdicción y se afectaría gravemente el acceso a la justicia tutelado por normas de jerarquía constitucional (conf. art. 8º, CADH). El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Zaffaroni ha expresado con claridad en su disidencia *in re* "Granillo Fernández, Héctor Manuel c/Universidad de La Plata s/amparo", fallado por el Alto Tribunal el 10/4/2007 —caso que guarda analogía con el aquí planteado—, que "desde tales circunstancias, la cuestión presenta dos aspectos fundamentales para su examen: en primer término establecer si en el *sub iudice* aún subsisten los requisitos jurisdiccionales exigidos por este Tribunal para pronunciarse, para luego determinar, conforme la extensa tramitación que lleva la presente acción de

amparo, si en las presentes actuaciones, continuar demorando la decisión no genera una lesión en el derecho del amparista a obtener una decisión judicial eficaz y en un plazo razonable conforme lo requiere el perfil constitucional del instrumento procesal escogido. Que si bien en forma aislada, podría asistirle razón a la Universidad en cuanto la designación del actor en el cargo disputado no constituye un acatamiento voluntario y total a la resolución judicial impugnada toda vez que carece de la ratificación final, no puede soslayarse que en el caso adquiere una particular significación el tiempo transcurrido desde la promoción de la acción y los dos años que el amparista lleva en ejercicio del cargo en disputa. Que así planteada, la cuestión reenvía a la especial consideración de la tutela efectiva del justiciable, de modo que es menester introducirnos en autos ponderando el extenso tiempo transcurrido desde la promoción de la acción de amparo el 8/11/2001 a esta parte, y tal como surge de la lectura de la causa, la abundante prueba producida y el amplio ejercicio del derecho de defensa que por igual han ejercido ambas partes, todo lo cual condujo al dictado de dos sentencias judiciales concordantes respecto de la admisibilidad de la pretensión amparada en las cuales no se advierte arbitrariedad alguna que las descalifique. Tal circunstancia debidamente integrada con la consolidada jurisprudencia según la cual las sentencias de esta Corte han de ceñirse a las condiciones existentes al momento de ser dictadas, aún en aquellos casos en que aquéllas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, llevan a decidir la confirmación de la sentencia puesta en crisis".

Ya he dicho que "La 'excepcionalidad' del amparo solo puede entenderse como una especificación del principio de que, en un estado de derecho, también son o deberían ser 'excepcionales' las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción" (conf. mi voto en "Vera, Miguel Ángel c/GCBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 843/01, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, p. 207.) Esta consideración no puede confundirse con la alarmante afirmación del recurrente que aduce que la "demora" en interponer un amparo prueba la falta de urgencia en la tutela del derecho de quien acciona.

Quiero insistir en que si una pretensión requiriera mayor debate y prueba —lo que no ocurre en estos actuados— hubiera sido atribución de los jueces ordinarios en uso de sus facultades ordenatorias disponer otra forma de tramitación del proceso.

Sin embargo el tema que trae ante el Tribunal el GCBA —por la vía extraordinaria— carece de entidad constitucional toda vez que no está acreditada la violación de derechos o garantías constitucionales del recurrente. En verdad, el criterio que propone el demandado pone en riesgo la tutela efectiva de un derecho de quién acciona a través del amparo. Si se siguiera esa línea de argumentación, la consecuencia sería, por un lado, privar al actor de la posibilidad de tener rápidamente su "día en la Corte". Por el otro, exigirle —como a Sísifo— que desandara

y volviera a iniciar el mismo camino de disputa y discusión que ya recorrió, con la única "razón" de que enderezó su reclamo bajo el nombre de amparo y no porque hubiera ausencia o limitación del debate.

El agravio vinculado a la naturaleza remunerativa del suplemento por función de conducción —declarado así en la sentencia de primera instancia y confirmado por la Cámara— dista de plantear un caso constitucional y sólo indica una diferencia interpretativa en torno a los alcances de una norma infraconstitucional ajena a esta instancia extraordinaria.

5. Resta considerar el agravio del GCBA relativo a la pretendida intromisión del Poder Judicial en atribuciones que considera propias de su esfera de actuación, identificado con la letra c) en el apart. 3 de este voto.

El GCBA alegó que la sentencia de la Sala, en cuanto confirió carácter remuneratorio al adicional de autos (dec. 763/93), afectó la división de poderes y sustituyó a la Administración al incidir en la remuneración de sus agentes generando un desequilibrio en las previsiones financieras y presupuestarias de la Ciudad de Buenos Aires.

En el marco de este caso y en ejercicio de sus competencias los jueces de la Cámara reconocieron el carácter remuneratorio del suplemento por conducción del dec. 763/93. Dicha decisión, claro está, proyecta consecuencias en el ámbito de actuación de la demandada. Sin embargo, no implica —como ella pretende— un avance inadmisible del Poder Judicial sobre la Administración local toda vez que es propio de la labor de los jueces decidir las causas que sean sometidas a su consideración en los términos del art. 106 de la CCBA.

6. Por ello, voto por hacer lugar a la queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la demandada vencida.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja y *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el GCBA.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 80/84 vta. del expediente principal (copia agregada a fs. 30/34 vta. de la queja) y *rechazar* la acción de amparo interpuesta por el señor Héctor Rodolfo Marone (art. 31, ley 402);

3º. *Imponer* la costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al juicio principal y, oportunamente, se devuelva a la Sala II de la Cámara de Apelaciones.

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

CCXXXV

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SUÁREZ, JORGE LUIS C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: Potestad disciplinaria. Derecho administrativo sancionador. Cuestiones de hecho. GRAVEDAD INSTITUCIONAL.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado si no logra rebatir con suficiencia los argumentos desarrollados por la Cámara para rechazar el recurso de inconstitucionalidad, e incurre en la ausencia de un caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Para la procedencia de la invocación de gravedad institucional, ésta debe estar acompañada de una argumentación que demuestre, en forma razonable, por qué la declaración de nulidad de una sanción disciplinaria impuesta por el Consejo de la Magistratura a uno de sus agentes compromete gravemente el interés general o afecta el adecuado ejercicio de la función disciplinaria del Consejo, acreditando que lo decidido excede el interés de las partes y se proyecta también al de la comunidad, o compromete instituciones básicas de la Nación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si el planteo del recurrente se dirige a que este Tribunal analice los hechos de la causa y la aplicación al caso concreto de los principios y reglas del procedimiento administrativo sancionador, sin que se encuentre involucrada de manera directa ninguna norma de jerarquía constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando la referencia a principios y preceptos constitucionales, sin un adecuado desarrollo que los vincule con las cuestiones debatidas en el proceso, carece de entidad para que se considere que la controversia trata sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución (art. 113, inc. 3º, CCBA). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5882/08 - 22/10/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mediante la resol. CM-34/04 (fs. 10/13), el Consejo de la Magistratura (en adelante, CM) impuso a Jorge Luis Suárez la sanción de suspensión de veinte (20) días prevista por el art. 4º, literal b) de la resol. CM-317/03 (ídem art. 132.3, resol. CM-301/02), por encontrarlo incurso en las causales contempladas en el art. 3º, literal d) de ese Reglamento (art. 131.6 y 131.8, resol. CM-301/02).

El señor Suárez presentó un recurso de reconsideración contra dicha resolución, que fue rechazado por el CM mediante la resol. CM-204/04 (fs. 8/9).

2. El señor Suárez presentó la pertinente demanda judicial, en la que solicitó se declare la nulidad de las resols. CM-34/04 y CM-204/04 (fs. 14/30).

El CM se presentó y contestó la demanda, solicitando su rechazo (fs. 32/46).

3. La señora jueza de primera instancia dictó sentencia, en la que resolvió hacer lugar a la demanda y declarar la nulidad de las resols. CM-34/04 y CM-204/04 (fs. 72/81).

4. Ante la apelación deducida y fundada por el CM (fs. 83/91), que fuera contestada por el accionante (fs. 149/151), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad dictó sentencia rechazando el recurso de apelación presentado por la demandada, y confirmando la sentencia de primera instancia (fs. 94/100).

5. El CM interpuso recurso de inconstitucionalidad, invocando las causales de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional (fs. 102/118), que fue contestado por el accionante (fs. 156/157).

La Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, por considerar:

a) que el planteo de arbitrariedad constituía una mera discrepancia con respecto a cuestiones de hecho y prueba, ajenas al ámbito del presente recurso extraordinario; y

b) que el recurrente no había efectuado justificación alguna que avale la traslación al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local del supuesto de gravedad institucional, creado por la Corte Suprema de la Nación para el recurso extraordinario federal, y que tampoco había expuesto un agravio autónomo sobre el punto (fs. 121).

6. Ante dicho rechazo, el CM interpuso el presente recurso de queja (fs. 122/140).

7. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 162/164 propiciando el rechazo del recurso de queja planteado por el CM.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja cumple los requisitos de tiempo y forma previstos en el art. 32 de la ley 402, sin perjuicio de lo cual debe ser rechazado ya que, aunque lo

intenta, no logra rebatir con suficiencia los argumentos desarrollados por la Cámara para rechazar el recurso de inconstitucionalidad, e incurre en su mismo defecto: la ausencia de un caso constitucional.

2. En los recursos de inconstitucionalidad y queja el recurrente pretende abrir la vía extraordinaria mediante los planteos de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional:

a) Califica a la sentencia como *arbitraria*, violatoria de sus derechos a la defensa en juicio, el debido proceso, y el principio de congruencia.

En primer lugar, aduce que la Cámara habría convalidado el criterio de la jueza de primera instancia, que declaró la nulidad absoluta de lo actuado en el sumario administrativo basándose en que no le había tomado *juramento de decir verdad* al señor Suárez al momento de efectuar su declaración testimonial. Según el recurrente, esta cuestión no había sido planteada como agravio por el señor Suárez, sino introducida oficiosamente por la jueza de primera instancia, lo que viola el principio de congruencia que debe regir todo proceso judicial. Y además la ausencia de juramento no le causó ningún perjuicio al accionante, motivo por el cual resultaría improcedente la nulidad procesal decretada.

En segundo lugar, afirma que ambos votos de la sentencia de Cámara adolecerían del vicio de *falta de argumentación,* ya que no tienen en cuenta que la sanción disciplinaria impuesta al señor Suárez no se fundó exclusivamente en su declaración testimonial, sino también en otros elementos de prueba recolectados en el sumario.

b) En cuanto a la *gravedad institucional,* constituye una escueta mención en el recurso de inconstitucionalidad, que relaciona con un presunto atropello a las facultades disciplinarias conferidas por la Constitución local al Consejo de la Magistratura de la Ciudad (ver fs. 102, apart. I, segundo párrafo).

En el recurso de queja se explaya sobre este planteo, y afirma que "...la decisión del Tribunal compromete principios institucionales básicos, tal como lo exige la doctrina de la Corte, excediendo el mero interés individual de las partes o del apelante, en tanto y en cuanto se afectan las competencias propias de los órganos del poder Estatal y por lo tanto la división de facultades y el control de la debida observancia por parte de los funcionarios públicos de los deberes que tiene *(sic)* a su cargo (...) el caso trasunta una preocupación o interés institucional por el desarrollo de las competencias atribuidas constitucionalmente a cada órgano del Poder del Estado. Ello configura un caso de gravedad institucional que excede el mero interés de las partes e involucra el de toda la comunidad (...) la gravedad institucional se encuentra configurada por el avasallamiento a las facultades propias del Consejo de la Magistratura otorgadas expresamente por la Constitución local, y a partir de tal, el aniquilamiento del principio de división de poderes" (fs. 138 vta./139).

3. En cuanto a la *arbitrariedad de sentencia* alegada por la demandada, el planteo resulta improcedente ya que no logró demostrar la irrazonabilidad de la solución y fundamentos de la sentencia de Cámara.

a) El núcleo argumental de la decisión adoptada por la Cámara se localiza en los considerandos VI y VII del voto del doctor Centanaro (fs. 97 vta./98) y considerandos II a VII del voto del doctor Corti (fs. 98 vta./99 vta.). Allí, los magistrados esbozan las siguientes consideraciones:

i) El planteo del demandante referido a la violación del derecho de defensa en el trámite del procedimiento disciplinario, fue deducido en tiempo y lugar oportunos: no solo en el descargo presentado por el señor Suárez en sede administrativa, sino también en el escrito de demanda (considerando VI del voto del doctor Centanaro).

ii) El citado planteo es sustancialmente procedente, y en el procedimiento disciplinario efectivamente se violaron los derechos de defensa y debido proceso del señor Suárez, ya que el dictamen emitido por el Jefe de Departamento de Sumarios del Área Administrativa del Consejo de la Magistratura tuvo en cuenta lo manifestado por el actor en carácter de declaración testimonial (y no indagatoria) con respecto a las nuevas medidas de seguridad adoptadas por él, las cuales consistieron tan sólo en el cambio de candado que se podría abrir probando otras llaves, para concluir que la medida no era lo suficientemente segura, develando una actitud negligente por parte del funcionario responsable y un incumplimiento de la normativa reglamentaria a su cargo (considerando VII del voto del doctor Centanaro).

iii) La única y exclusiva prueba considerada a fin de imputarle responsabilidad al señor Suárez consistió en su propia declaración "en carácter de testigo", lo que resulta insuficiente como fundamento de la sanción disciplinaria. Más allá de la validez de la declaración testimonial del señor Suárez a la luz de la garantía de no incriminación, la Administración debe acreditar la materialidad de los hechos, de manera tal que la declaración del sancionado puede ser un elemento decisivo, pero *prima facie* no el único (considerandos II a VII del voto del doctor Corti).

Es decir, y contrariamente a lo que sostiene el recurrente, la sentencia de Cámara no consideró la "falta de juramento de decir verdad" como principal defecto nulificante de la declaración testimonial del señor Suárez. Por el contrario, los magistrados concluyeron que el CM no podía sancionar a un agente basándose en los dichos que éste efectuara en carácter de declaración testimonial, ya que lo que correspondía era tomarle declaración indagatoria, lo que obligaba a adoptar otros recaudos con la finalidad de conferirle al sumario un debate amplio y al imputado el ejercicio irrestricto del derecho de defensa.

Si pretendía demostrar la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, y desbaratar su nudo argumental, el CM debería haber desarrollado los fundamentos por los cuales consideraba que —contrariamente a lo sostenido en la sentencia recurrida— la omisión de tomarle declaración indagatoria al señor Suárez, y la valoración de su declaración testimonial como fundamento de la sanción disciplinaria, no afectaron el derecho de defensa del señor Suárez. Pero no lo hizo.

Por el contrario, el CM continuó con sus críticas a la sentencia de primera instancia, olvidando que el recurso de inconstitucionalidad debe dirigirse a cuestionar los argumentos de la sentencia de Cámara, que —como hemos visto— no pondera la falta de juramento a decir verdad como elemento nulificante del testimonio prestado por el doctor Suárez.

b) En cuanto a la falta de argumentación invocada por el recurrente, este planteo carece de un desarrollo serio, y constituye una afirmación que incurre en el mismo dogmatismo que atribuye a la sentencia cuestionada.

A pesar de que afirma lo contrario, el CM no demostró que la sanción disciplinaria encuentre su fundamento *principal* en elementos de prueba distintos a la declaración testimonial brindada por el señor Suárez. Y no lo hizo porque no le era posible, ya que de la lectura de la resol. 34-CM/04 se desprende que la declaración testimonial del señor Suárez fue el *elemento esencial* a la hora de atribuirle negligencia en el cumplimiento de sus funciones.

En efecto, en los considerandos de la citada resolución se afirma "...Que la única medida de seguridad dispuesta por el entonces Director de Coordinación Administrativa consistió en el cambio de un candado que, como surge de su declaración de fojas 12, '...son candados que se podrían abrir probando otras llaves'. // Que es evidente que la medida adoptada no cumplía, siquiera mínimamente, con la finalidad de resguardo necesario de elementos de considerable valor, lo cual revela una clara negligencia en el ejercicio de sus funciones, por parte del funcionario responsable y el incumplimiento de la normativa reglamentaria que establecía sus misiones y obligaciones (véase art. 65, resol. CM-301/03)..." (véase fs. 11 y vta.).

Lo expuesto y transcripto permite descartar este agravio del recurrente.

c) Por último, cabe afirmar 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. 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), lo que no ocurre en el presente caso.

4. Con respecto a la *gravedad institucional,* en el recurso de inconstitucionalidad está mencionado en forma escueta y ligera, sin ningún tipo de desarrollo serio, lo que genera dudas en cuanto a que se trate de un verdadero planteo elevado a la decisión de este Tribunal.

Pero aunque así lo consideráramos, lo cierto es que el planteo deducido en el recurso de inconstitucionalidad adolece de una falta de fundamentación que lo torna inviable, falencia que no puede ser subsanada con el esfuerzo tardío e insuficiente realizado al interponer la queja, ya que en dicha oportunidad utilizó términos genéricos (*Fallos,* 307:973) y afirmaciones dogmáticas (*Fallos,* 305:2067) que tornan inviable la pretensión.

Para considerarse procedente, la invocación de gravedad institucional debía estar acompañada de una argumentación que demuestre, en forma razonable, por qué la declaración de nulidad de una sanción disciplinaria impuesta por el CM a uno de sus agentes comprometería gravemente el interés general o afectaría el adecuado ejercicio de la función disciplinaria del CM. En otras palabras, el recurrente no logró acreditar que lo decidido excede el interés de las partes y atañe también al de la comunidad, (*Fallos,* 247:601; 255:41; 290:266; 292:229; entre otros), o compromete instituciones básicas de la Nación (*Fallos,* 307:973).

Y por otra parte, para la procedencia de esta causal es requisito *sine qua non* la existencia de un caso constitucional, que —como hemos visto— no se encuentra presente en este caso.

5. En conclusión, el planteo recursivo realizado por el Consejo ante estos estrados implicaría expedirse sobre la validez del procedimiento disciplinario de autos, y analizar el carácter y cumplimiento de los requisitos de validez de la declaración prestada por el señor Suárez, lo que evidentemente constituye una cuestión de hecho y derecho infraconstitucional. O en otras palabras, de ser tratado el planteo del recurrente, este Tribunal debería analizar los hechos de la causa y la aplicación al caso concreto de los principios y reglas del procedimiento administrativo sancionador, sin que se encuentre involucrada de manera directa ninguna norma de jerarquía constitucional.

El recurrente insiste en negar esta realidad, al sostener que "...aquí no se está debatiendo la interpretación de reglas procesales o de cuestiones de hecho y prueba, que entiende ajena a la instancia extraordinaria, sino que se debate la vulneración del derecho de defensa, la violación a la división de poderes, el atropello a las facultades constitucionales atribuidas al organismo que presido y la defensa en juicio..." (fs. 138 vta.). Pero aunque el recurrente menciona los derechos constitucionales que considera lesionados, 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.).

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la doctora Ana María Conde. La queja fue interpuesta en tiempo propio y en modo oportuno, empero el recurso de hecho no puede prosperar. Ello sin perjuicio de las aclaraciones siguientes.

2. El contenido del recurso de inconstitucionalidad, así como el del recurso de hecho —por cierto, extremadamente similares— que pretende abrir la instancia, no pasan de constituir una enumeración de cuestiones de hecho (v. gr., la controversia con respecto a la "falta de juramento de decir verdad" en tanto defecto de la declaración testimonial de la actora), prueba (elementos probatorios en los que se sustentó la sanción disciplinaria impuesta al señor Suárez) y de derecho común (infraconstitucional: impugnación de las resols. 34-CM/04 y 204-CM/04, del reglamento interno del CM, dispuesta por la resol. 362-CM/03 y de la resol. 403-CM/03, en tanto establece el pase a disponibilidad de Jorge Luis Suárez), que constituye la materia sustancial de esta litis. En cuanto a estos tópicos, carentes de base y desarrollo constitucional, cabe hacer remisión al tratamiento que les dispensa el voto de la señora jueza de trámite.

Ciertamente, como lo afirma la señora jueza de trámite, "...el planteo recursivo realizado por el Consejo ante estos estrados implicaría expedirse sobre la validez del procedimiento disciplinario de autos, y analizar el carácter y cumplimiento de los requisitos de validez de la declaración prestada por el señor Suárez, lo que evidentemente constituye una cuestión de hecho y derecho infraconstitucional. O en otras palabras, de ser tratado el planteo del recurrente, este Tribunal debería analizar los hechos de la causa y la aplicación al caso concreto de los principios y reglas del procedimiento administrativo sancionador, sin que se encuentre involucrada de manera directa ninguna norma de jerarquía constitucional".

3. Por lo demás, no conmueve a la decisión impugnada 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, los recursos no pasan 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 común que establece la sentencia en crisis, con lo cual se torna inaplicable un remedio extraordinario, como es el motivo de

arbitrariedad, aun para la opinión hermenéutica más difundida y acogida en mayoría por el TSJBA.

4. Finalmente, al margen de su pertinencia con respecto al recurso de inconstitucionalidad, la invocación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la "gravedad institucional" queda huérfana de sustento y no pasa de ser un ejercicio retórico cuya referencia no resulta clara, toda vez que no se ha demostrado en forma razonable de qué manera la decisión de la Cámara recaída en estas actuaciones —que simplemente se limita a anular un acto administrativo de alcance individual— puede llegar a comprometer gravemente el interés general o a alterar las potestades reglamentarias del Gobierno local.

Aludir a la llamada *gravedad institucional*, cuya alegada génesis es la declaración de nulidad de una sanción disciplinaria impuesta por el CM a uno de sus agentes, y ausente toda argumentación del recurrente orientada a demostrar la trascendencia del caso respecto del interés de las partes, no tolera la mínima crítica racional. Aún sin consentir la doctrina de la *gravedad institucional*, creada por la CSJN para ampliar su competencia en casos extremos y superar aquello que dio en llamarse *ápices formales* para la procedencia del recurso extraordinario federal, lo cierto es que tal argumento, en el caso, no se vincula con estos fines sino, antes bien, con la llamada "razón de Estado", traída a colación por el GCBA, para evitar el control de legalidad que requiere el Estado de Derecho. El argumento no puede conducir a la revocación de la sentencia y resulta tan sólo aparente.

Por las razones que anteceden, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 122/140.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por mi colega, jueza Ana M. Conde, pues los agravios planteados por el recurrente no comprometen cuestión constitucional alguna, ni introducen fundamentos que demuestren la configuración de la arbitrariedad de sentencia aducida, razón que impide considerar habilitada la competencia de este Tribunal.

2. Los agravios traídos por el Consejo de la Magistratura giran en derredor de dos ejes argumentales: *i)* la falta de congruencia en que, sostiene, incurrieron los jueces de mérito al decretar la nulidad de la declaración testimonial tomada al actor en el curso del sumario administrativo que desembocó en su suspensión, originada en la omisión de tomarle juramento de decir verdad, sin que dicha cuestión haya sido oportunamente introducida por la actora; y, *ii)* el vicio de falta de argumentación que afectaría a ambos votos de la sentencia de cámara que conformaron la decisión.

Para una mayor claridad expositita, ambos agravios serán tratados conjuntamente, pues el desarrollo de las razones por las cuales carece de interés expedirse acerca de la alegada afectación del principio de congruencia, conduce, asimismo,

a desestimar el agravio relativo a la falta de argumentación de la sentencia impugnada.

En lo que ahora importa, el pronunciamiento recurrido confirmó la sentencia de primera instancia que resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta, y declarar la nulidad de las resols. 34-CM/04 y 204-CM/04.

Para arribar a dicha decisión, los jueces de la Sala I, Cámara CAyT consideraron afectado el derecho de defensa y debido proceso del actor, Jorge Luis Suárez, por haber sido formulada la imputación a su respecto únicamente sobre la base de lo expresado por éste en su declaración testimonial, sin que el Consejo de la Magistratura haya probado por otros medios la responsabilidad imputada. En consecuencia, las razones en que se apoyó el *a quo* fueron más allá de la validez o no de la declaración testimonial tomada al señor Suárez, poniendo en crisis todo el procedimiento sumarial, a la luz de los derechos ya indicados.

En tales condiciones, aún asumiendo por vía de hipótesis que la declaración testimonial hubiere sido válidamente tomada, o bien que su nulidad no pudo ser declarada por no haber sido la cuestión oportunamente introducida al debate, ello no conduciría a revocar la sentencia impugnada que, por el contrario, encontraría apoyo en otras razones no cuestionadas por el recurrente. En suma, el agravio relativo a la falta de congruencia no puede ser atendido, pues el recurrente no logra conectarlo con el pronunciamiento impugnado de modo que cobre virtualidad para conmover la solución a la que arribó la Cámara y ello priva a la garantía constitucional invocada (arts. 13.3, CCBA y 18, C.N.) de relación directa con el pronunciamiento impugnado.

En cuanto al vicio de falta de argumentación, el recurrente no explica por qué la reseña de los motivos en que se fundó la Cámara para confirmar la sentencia de primera instancia, no resultaría suficiente para demostrar que ésta brindó fundamentos acordes al examen de las constancias de la causa que ellos efectuaron. En definitiva, la cuestión involucrada remite a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba, competencia privativa, en principio, de los jueces de mérito, en cuyo ejercicio no muestra exceso la recurrente que no acredita obstaculización alguna 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.*

4. Finalmente, el planteo referido a la gravedad institucional, tampoco resulta atendible. Aunque el recurrente procura subsanar las falencias de su escaso desarrollo en el recurso de inconstitucionalidad, en ninguna de las piezas recursivas logra demostrar por qué razón la declaración de nulidad de una resolución del Consejo de la Magistratura destinada a suspender a uno de sus agentes podría involucrar un supuesto en que lo decidido exceda al interés de las partes y ataña también al de la colectividad.

Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja de fs. 122/139 vta.

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 Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

CCXXXVI

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho. Principio de igualdad.

SUMARIOS:

1. Para que la garantía de igualdad (art. 16, C.N.) se encuentre comprometida la accionante debe mostrar que los textos normativos instalan una discriminación odiosa, o que la Administración hizo una sistemática aplicación de ellos en función de una categorización inadmisiblemente discriminatoria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El planteo relativo a la violación del principio de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis de la C.N.) fue rechazado por el *a quo* mediante argumentos cuya revisión, por regla, resulta ajena a la competencia de este Tribunal —esto es, la valoración de las constancias de la causa—, de los que la recurrente, además, no se hace cargo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja expresan una mera discrepancia con la interpretación efectuada por la Cámara de los hechos y constancias de la causa y normativa aplicable, y tal disconformidad no constituye una cuestión propia del objeto del recurso interpuesto (art. 27, ley 402) y no habilita la competencia del Tribunal, más allá del acierto o desacierto de tal interpretación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre cuestiones de hecho y prueba ni sobre derecho común cuya valoración resulta propia de los jueces de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La referencia meramente ritual a derechos y principios constitucionales resulta insuficiente para fundar un recurso de queja, si no se acredita precisamente la lesión constitucional referida al caso, pues, si ello satisfaría la puesta en juego de un caso constitucional, bastaría esa mención para que el TSJBA se convirtiera en una tercera instancia de todos los fallos de los tribunales de mérito del Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5897/08 - 22/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Celia Cristina Rodríguez promovió demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) con el objeto de obtener la declaración de nulidad absoluta e insanable de la resol.155-SHyF/01, en tanto rechazó su petición de reencasillamiento. Solicitó, también, el resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasionó el accionar de la demandada (fs. 44/57).

Aclaró que dicho requerimiento era en concepto de indemnización por los beneficios que recibió el GCBA como consecuencia de su efectivo desempeño como Oficial Público del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, en atención al incorrecto encasillamiento por aplicación del Sistema Municipal de la Profesión Administrativa (SIMUPA), en virtud de los decs. 3544/91 y 670/92. Por tal motivo, reclamó la diferencia entre la remuneración que debería haber percibido si hubiera estado correctamente encasillada y el efectivamente recibido en el lapso que va desde el 1º/4/1992, más sus intereses.

2. La jueza de primera instancia rechazó la demanda e impuso las costas a la actora vencida (fs. 28/33).

Fundó su decisión en el hecho de que —según lo prescripto por el art. 9º del dec. 3544/91— no era requisito propio y excluyente de la categoría B poseer un "título profesional"; que el título profesional de la actora había sido tenido en cuenta para asignarle el puntaje que se determinó para su reencasillamiento en los términos del dec. 670/92 y en que no había logrado acreditar con extremos probatorios de entidad suficiente y decisiva, si las tareas que realizaba podían ser encuadradas como funciones del tipo indicado por la norma (funciones de planeamiento, organización y control en unidades organizativas). Concluyó que al no haberse aportado elementos probatorios que desvirtuasen la validez de la resol. 155-SHyF/01, tampoco procedía hacer lugar al resarcimiento indemnizatorio reclamado en autos y que la solución alcanzada tornaba inoficioso el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de los decs. 3544/91 y 670/92 formulado por la actora.

3. Contra dicha sentencia se alzó la parte actora (fs. 25/27). Luego de expresar agravios y de ser éstos contestados por la demandada (fs. 23/24 vta.), la demandante

alegó un hecho nuevo del que tomó conocimiento en oportunidad de recibir el sueldo correspondiente al mes de diciembre: el nuevo encasillamiento en el que fue incluida y su nueva escala salarial (ver punto 5 del relato del fallo de Cámara, fs. 19/22 vta.). Para sustentar sus dichos —según se expresa en la sentencia— acompañó copia simple del Acta nº 106 del 30/8/2006 y de la resol. 2036-SSGO/06, publicada en el *BOCBA* nº 2560 del 7/11/2006.

Corrido el traslado pertinente, el GCBA manifestó que el hecho nuevo denunciado por la actora no guardaba relación con el tema motivo de la litis toda vez que lo que se reclamaba en la demanda eran los daños y perjuicios como consecuencia del incorrecto encasillamiento alegado por la actora. Agregó que el nuevo encasillamiento que la accionante invocó obedeció a una negociación colectiva, por lo que consideró que no tenía ninguna incidencia en autos (ver punto 5 del relato de la sentencia antes citada).

4. La Sala ll de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario desestimó el recurso de apelación articulado por la parte actora y confirmó la sentencia recurrida (fs. 19/22 vta.). En los fundamentos de la sentencia puntualizó que "...la actora no cuestiona en esta instancia la constitucionalidad de las normas aplicables para su encasillamiento (decs. 3544/91 y 670/92). Tampoco entiende que la posesión del título de abogada por sí solo fuese determinante para acceder al nivel pretendido. // En tales condiciones, en atención al hecho nuevo introducido por la actora (...), la cuestión a resolver queda acotada a determinar si las tareas desarrolladas por la actora encuadran en las previsiones del art. 9º del dec. 3544/91 y, en caso afirmativo, si en virtud de ello le correspondía el encasillamiento en el Nivel 'B' pretendido, a los únicos fines de determinar la procedencia de la indemnización solicitada". Por ello, y por entender que si bien "...se ha acreditado que la actora tiene el cargo de oficial público (...) pero no ha demostrado en qué consisten esas funciones ni ha probado en concreto desempeñar tareas 'que impliquen la formulación y el desarrollo de planes y proyectos' exigidas por la norma para ser encasillado en el nivel B".

5. La actora planteó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/18). Sustentó sus agravios en la arbitrariedad de la sentencia al haberse omitido tratar en ella el hecho nuevo denunciado por su parte: su nuevo encasillamiento en el Nivel B 03, mediante resol. 2036 de la Subsecretaría de Gestión Operativa del GCBA, de fecha 20/10/2006, cuestión que, para ella, incidía sustancialmente en la suerte de la causa y que el *a quo* no podía soslayar. Más aun cuando con "...el acto propio de la Administración municipal se respetó y reparó el hasta entonces vulnerado principio constitucional de igual remuneración por igual tarea...". En este sentido, argumentó que "...si entendemos que por un error de hecho y de derecho el Oficial Público no se encontraba correctamente encasillado en el Nivel B, y este error ha sido enmendado por la propia demandada: se trata ahora de un acto de estricta justicia reconocer que debería haberlo estado *desde el 1º/4/1992* porque de lo contrario habría un flagrante enriquecimiento sin causa de la Administración por todos los

haberes que dejó de percibir mi parte a la fecha y que no fueron objeto de mención en el fallo recurrido" (el subrayado pertenece al original). La señora Rodríguez objetó, también, que se hubiese negado oportunamente el encasillamiento como Oficial Público en el Nivel B "...porque supuestamente *no cumple funciones que impliquen la formulación y desarrollo de planes y proyectos, y lo admite en el caso de un Jefe de Departamento Administrativo que aparentemente las cumpliría en criterio del juzgador;* cuando claramente en los hechos se demuestra que la figura del Jefe de División Administrativo que reviste en el Nivel B del SIMUPA no tiene poder de decisión ninguno y se encuentra sujeto a las decisiones que toma el Oficial Público" (el destacado pertenece al original), pues ello violenta la correcta interpretación de normas jurídicas (dec. 3544/91 y dec. 670/92), tornando al fallo de la Sala II en erróneo, autocontradictorio y totalmente arbitrario a la luz de los propios actos de la demandada.

Según afirmó la actora en su recurso, la sentencia recurrida —al interpretar desacertadamente los postulados del dec. 3544/91 y no acordarle el encasillamiento correspondiente al Nivel B 01 del escalafón del SIMUPA pese a cumplir ella con los requisitos formales para acceder a esta categoría en la carrera profesional en cuestión— importó la aplicación de una sanción sin causa ni justificación que cercena su derecho a trabajar (art. 14, C.N.). Entendió, también, vulnerado su derecho a la estabilidad en el empleo público, ya que dicha garantía no se agota en la imposibilidad de separar o privar del cargo sin causa al agente público, sino que comprende también, la obligación de garantizarle una carrera estable y regular; su derecho de propiedad, en tanto se vería impedida ilegítimamente de acceder a una suma de dinero por efecto directo de la aplicación retroactiva de la recategorización a la fecha de sanción del SIMUPA; y su derecho a la igualdad consagrado en el art. 16 de la C.N. que impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias.

Finalmente, solicitó expresamente en esta instancia la declaración de inconstitucionalidad del dec. 670/92 y eventualmente del dec. 3544/91.

Contestado el traslado del recurso por el GCBA (fs. 1/3), quien se opuso a su admisibilidad y procedencia, la Sala denegó su concesión por tratar el recurso sobre cuestiones relativas a los hechos debatidos, su prueba y sobre su adecuación a las normas aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional (dec. 3544/91 y dec. 670/92); y por no ponerse de manifiesto la existencia de un caso constitucional (fs. 60 y vta.).

6. Ante el rechazo, la actora interpuso la queja correspondiente (fs. 62/76). Reiteró los argumentos que expuso en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad y puntualizó que la sentencia recurrida (la de fs. 19/22 vta.) es infundada y por ende arbitraria por cuanto a partir de la interpretación de una norma de derecho común modifica el orden de prevalencia de las normas, anteponiendo la mera interpretación de una norma local a un principio constitucional como es el de igual remuneración por igual tarea.

7. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 84/86 vta.), en tanto la recurrente no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Celia Cristina Rodríguez a fs. 62/76 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Empero, no puede prosperar.

2. Ciertamente, en el recurso de inconstitucionalidad se invoca, de forma genérica, la violación por la sentencia de derechos y principios de raigambre constitucional —derecho de defensa en juicio, derecho a trabajar, derecho a igual remuneración por igual tarea, derecho a la estabilidad, derecho a la igualdad, derecho de propiedad y principio de la jerarquía jurídica de las normas— pero su enunciación y parco desarrollo no alcanza a exponer una cuestión constitucional. En tal sentido, el recurso no demuestra por qué razón la resol. 155-SHyF/01 (que denegó su reencasillamiento) debe ser considerada una "sanción" que lesiona su derecho a trabajar constitucionalmente garantizado; o de qué manera la falta de reencasillamento afecta el derecho a la "estabilidad" en la carrera. Tampoco muestra cómo se habría vulnerado la garantía de igualdad (art. 16 de la C.N.). Para que esa garantía estuviera comprometida la accionante debió mostrar que los textos normativos instalan una discriminación odiosa, o que la Administración hizo una sistemática aplicación de ellos en función de una categorización inadmisiblemente discriminatoria; situaciones que no se hallan ni acreditadas, ni aún invocadas en el *sub examine*. Por último, el planteo relativo a la violación del principio de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis de la C.N.) fue rechazado por el *a quo* mediante argumentos cuya revisión, por regla, resulta ajena a la competencia de este Tribunal —esto es, la valoración de las constancias de la causa—, de los que la recurrente, por lo demás, no se hace cargo. Se limita a afirmar "...que corresponde reconocer [a la actora] el derecho a percibir [...] los haberes en una misma igualdad de condiciones y circunstancia que la demandada le reconoce a otros agentes" (fs. 72). En este orden de ideas, la Cámara sostuvo que "...del cotejo efectuado por la perito contadora a fs. 328/41 no puede extraerse una comparación real a fin de establecer que haya existido violación al principio de 'igual remuneración por igual tarea'. No hay parámetros que permitan realizar una evaluación objetiva a tal fin ya que en el listado de fs. 329/41 se incluyeron agentes que desempeñan tareas de jefatura y conducción, quienes tienen un encasillamiento diferente y cobran además un suplemento por conducción y otros que si bien no tienen título universitario —a diferencia de la actora— se encuentran encasillados en niveles superiores pero, en atención a los parámetros que se toman para el encasillamiento ello puede deberse, por ejemplo, que la agente Graciela Maistrozzi, si bien tiene título de perito mercantil realiza tareas de conducción y se encuentra encasillada en el nivel C (conf. fs. 335). Es por ello que de los datos consignados no puede determinarse en

qué rubro radica dicha diferencia y menos aún, que sea arbitraria o irrazonable" (fs. 416 vta. de los autos principales).

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

3. Si bien en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja la señora Rodríguez solicita la declaración de inconstitucionalidad del dec. 670/92 y, eventualmente, la del dec. 3544/91, petición que también había expresado en la demanda, al interponer su apelación contra la sentencia de primera instancia la parte actora no mantuvo ante la Cámara, según expuso dicho tribunal, esa pretensión (ver presentación de fs. 25/27 y sentencia de fs. 19/22 vta.) —ver punto 4 de los resultas.

La falta de un pronunciamiento al respecto por parte de la Sala II (tribunal superior de la causa), por no haber sido puesta en el deber de hacerlo, impide a este Tribunal considerar el planteo, porque no se cumple con el presupuesto que el art. 27 de la ley 402 establece para la admisibilidad del recurso de inconstitucional: que la decisión del tribunal superior de la causa recaiga sobre "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".

El abandono de esa pretensión ante la Alzada, priva a la actora de retomar el planteo constitucional ante este Tribunal.

4. En general, los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja expresan una mera discrepancia con la interpretación efectuada por la Cámara de los hechos y constancias de la causa y normativa aplicable —decs. 3544/91 y 670/92 cuya inconstitucionalidad, ese tribunal tuvo, en ejercicio de facultades que le son privativas, por no traída por la actora a su conocimiento, parecer que no ha sido tachado de arbitrario— para confirmar el pronunciamiento de la jueza de primera instancia que rechazó la demanda interpuesta por la actora. Tal disconformidad no constituye una cuestión propia del objeto del recurso interpuesto (art. 27, ley 402) y no habilita la competencia del Tribunal, más allá del acierto o desacierto de tal interpretación.

La actora no logra conectar los agravios 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 23/5/2003).

El recurso de inconstitucionalidad, insisto, no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre cuestiones de hecho y prueba ni sobre derecho común cuya valoración resulta propia de los jueces de la causa.

5. Finalmente la recurrente tacha de arbitraria la sentencia porque, a su juicio, omitió tratar el hecho nuevo que ella denunció: su encasillamiento en el Nivel B 03, mediante resol. 2036-SSGO/06. Sostiene que esta cuestión incidía sustancialmente en la suerte de la causa. Sin embargo, tal situación no fue omitida por el fallo cuestionado. Fue, precisamente, en razón del nuevo encasillamiento al que alude la actora que el *a quo* consideró que la cuestión a resolver quedaba acotada a determinar si las tareas desarrolladas por la actora encuadraban en las previsiones del art. 9º del dec. 3544/91 y, en caso afirmativo, si en virtud de ello le correspondía el encasillamiento en el Nivel B pretendido "a los únicos fines de determinar la procedencia de la indemnización solicitada" *(*ver consid. 6, último párrafo del pronunciamiento de fs. 19/22 vta.). Es decir, la Cámara de Apelaciones consideró que la pretensión de la actora de ser encasillada en el Nivel B ya se había producido y que lo que restaba era determinar si correspondía, o no, declarar la nulidad de la resol. 155/01 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas, al sólo efecto de —eventualmente— conceder la indemnización que ésta reclamaba. En otras palabras, la Sala no omitió analizar el hecho nuevo invocado por la actora, sino que le dio un alcance diferente al que ella pretendía, cual era el reconocimiento sin más de la totalidad de sus pretensiones. La discrepancia respecto de la interpretación y efectos atribuibles al hecho nuevo no habilita, tampoco, la apertura de esta instancia extraordinaria.

Por lo señalado en los puntos anteriores resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por, rechazar la queja interpuesta a fs. 62/76.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Tal como lo expresa el señor juez del trámite, tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad se apoyan en tres afirmaciones diferentes: la primera de ellas consiste en una mera mención sin sentido de principios constitucionales tales como el derecho a trabajar o a ejercer un oficio, a la estabilidad del empleo público, a la propiedad, a igual remuneración por igual tarea; la segunda de ellas se agota en la palabra *arbitrariedad*, utilizada como sinónimo de agravio por sostener el recurrente una interpretación distinta de reglas jurídicas locales relativas al empleo

público que aplicara la sentencia impugnada; y la tercera de estas afirmaciones se vincula a la supuesta omisión del argumento que contiene un hecho nuevo denunciado por la actora, su reencasillamiento posterior, extensivo a todos los oficiales públicos, en el nivel que la actora pretende. Todo esto dentro de un contexto de confusión y entremezclado, que incluso sostiene en un párrafo aislado la inconstitucionalidad de las reglas legales aplicadas (véase, p. ej., fs. 7, párrafo II) e interpretadas por la misma actora, los decs. 3544/91 y 670/92 por "violatorios de los mismos derechos constitucionales a la estabilidad, a la carrera, a trabajar y de propiedad" y por "quebrantar la garantía de la legitimidad, de la razonabilidad e igualdad ante la ley".

2. En esta situación que plantea la interpretación concreta de los recursos —calamidades varias y variadas—, resulta muy difícil referirse a ellos con cierto orden y naturalidad. La primera de las afirmaciones no explica nunca la referencia al caso concreto —la pretensión de la actora de ser reencasillada en un nivel superior con mayor salario— de las múltiples menciones constitucionales que el escrito de interposición de ambos recursos contiene, según lo ha explicado ya el señor juez de trámite. Ella supone, a más de una mención infantil del derecho que se reputa lesionado, cuestiones probatorias no verificadas en el proceso y que debieron verificarse en él, tales como, por ejemplo, la comparación con otros agentes que, según la demanda, realizarían igual tarea que la actora con mayor nivel funcional y con mayor sueldo.

El Tribunal ya ha dicho repetidamente que la referencia meramente ritual a derechos y principios constitucionales resulta insuficiente para fundar un recurso como el interpuesto, si no se acredita precisamente la lesión constitucional referida al caso, pues, si ello satisfaría la puesta en juego de un caso constitucional, bastaría esa mención para que el TSJBA se convirtiera en una tercera instancia de todos los fallos de los tribunales de mérito del Poder Judicial de la Ciudad (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja" en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t II, pp. 20 y ss.). La estimación contraria del recurrente se expande como un tufillo por todo el escrito de interposición de ambos recursos.

3. También en múltiples ocasiones he expresado la confusión de quienes litigan —a la que conduce ciertamente la misma doctrina de la CSJN sobre el concepto de *arbitrariedad*— por los significados posibles de las palabras. Uno de esos significados, al menos, resulta ser un sinónimo de *agravio* —requisito de procedencia de todo recurso— (conf. mi voto en "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sent. del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires 2004, t. III, pp. 240 y ss.). Así utiliza esta palabra el recurrente, pues, al discrepar con la interpretación de la Cámara de las reglas relativas al empleo público, vigentes en la Ciudad de Buenos Aires, e, incluso, con la valoración dada a ciertos elementos de la causa (prueba), supone que la sentencia es infundada y, por tanto, arbitraria. Cualquiera que lea la sentencia de la Cámara no afirmaría tal resultado —estuviera él de acuerdo o en desacuerdo con la interpretación de esas reglas o con la valoración de esos hechos—. Debe aquí

recordarse que incluso en la teoría de la CSJN, admitida por la mayoría del TSJBA, el motivo *arbitrariedad* resulta ser una excepción como causa de admisibilidad del recurso, en el sentido de que no habilita, y menos aún de manera automática, una tercera instancia sobre hecho, prueba o disposiciones comunes (sentencias que no revisa esa instancia, conf. *Fallos* 184:137 CSJN).

4. La omisión denunciada no es cierta. La Cámara ha valorado el hecho nuevo del reencasillamiento de la actora con posterioridad a la iniciación del pleito: ha expresado, precisamente, que se trató de una medida de carácter general convenida con el gremio que agrupa a los agentes públicos por razones de oportunidad que aquí no cabe discutir; de tal manera, no ha valorado ese hecho según los deseos del actor, pero en ello no existe omisión alguna, sino, antes bien, pérdida de importancia del hecho como pauta de decisión del conflicto planteado entre actor y demandado, según lo ha expuesto la decisión recurrida.

5. Resta, por último, el examen de la alegada inconstitucionalidad —planteada a la pasada según lo anticipáramos— de los decs. 3544/91 y 670/92. A más de la exposición inoportuna de la tacha, explicada extensamente en el voto del señor juez de trámite al que me adhiero, cabe señalar que esta tacha "a bulto", sin identificar las reglas concretas que ella contraría y las razones por las cuales esas normas —que también ha utilizado el actor para fundar su pretensión— padecerían de una enfermedad tan grave como su inconstitucionalidad, impiden toda consideración del problema.

6. Quiero advertir que el Tribunal ya se ha pronunciado en igual sentido material y formal en el expte. nº 5751/08 "Prieto, Rosario Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Prieto, Rosario Beatriz c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", que respondió a un recurso de un caso que puede ser identificado como análogo.

7. Por las razones expuestas y las mejores que ha expuesto el señor juez de trámite, me pronuncio por el rechazo de la queja, lo que implica también el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

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 Celia Cristina Rodríguez.

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

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

CCXXXVII

"CASTIÑEIRAS, DANIEL HUMBERTO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Naturaleza. Caracteres. Requisitos. Principio de división de poderes.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA), tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad no exige que la parte actora demuestre ser titular de un derecho subjetivo ni excluye como posible promotor a quien lo detenta (art. 18, ley 402), siempre que la pretensión consista en obtener un juicio abstracto vinculado con la constitucionalidad de las normas de carácter general cuestionadas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. La acción declarativa de inconstitucionalidad no puede prosperar si quien acciona no logra articular una controversia constitucional apta para habilitar la competencia establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA por no cumplir adecuadamente lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402, que exige la mención precisa de las normas que el accionante estima contrarias a la C.N. o a la CCBA; y el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. A través de la acción declarativa de inconstitucionalidad no se puede pretender que el TSJBA cumpla el papel de "legislador positivo", labor que superaría los límites de su competencia, previstos en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, desde que, mediante la anulación de normas generales, sólo está facultado a "legislar negativamente", esto es, a declarar la invalidez de una norma. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6094/08 - 27/10/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El doctor Daniel Humberto Castiñeiras interpone demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia —en los términos del

art. 113, inc. 2º, de la CCBA y art. 17 y ss., ley 402— de la resol. 396-SHyF/05, que reglamentó el art. 115 bis del C.F. —"Bonificación a contribuyentes por buen cumplimiento"— introducido por la ley 1476, y de la resol. 305 AGIP/08, recaída en el expte. nº 24.085/08, por medio del cual se rechazó el recurso jerárquico por él interpuesto a fin de que se le conceda aquella bonificación "en el pago de las partidas de ABL nº 1.769.560/04, 1.769.605 // 08, 1.769.564/01 y patentes nº CVW 529 correspondientes a los años 2005, 2006, 2007 y 2008" (fs. 9). En subsidio, "[p]ara la hipótesis de entenderse que tanto la resol. 396 SHyF/05 como la resol. 305 AGIP 2008 resultan ajustadas a derecho", solicita que se declare la inconstitucionalidad de la ley 1476 (fs. 10).

Amén de las inconstitucionalidades requeridas pide, específicamente, que "se declare la procedencia de [su] reclamo de reintegro de $ 861,34 con el ajuste que corresponda", y "la aplicabilidad futura a [sus] patentes y partidas de ABL de [sus] propiedades de la Bonificación por buen cumplimiento en una cuota" (véase petitorio, fs. 13).

El actor sostiene que deviene inconstitucional la interpretación y aplicación de normas tributarias realizadas, respectivamente, por la Secretaría de Hacienda y Finanzas y la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (AGIP) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecer que la bonificación por buen cumplimiento fiscal establecida por la ley 1476 sólo es aplicable a los contribuyentes que tengan "buen cumplimiento en seis cuotas" y no a quienes, como en su caso, "lo hacen en una sola" (fs. 9); por considerarlas contrarias a los principios del art. 51, párrafos 2º y 5º y 10, CCBA y arts. 16, 19 y 43, C.N.

En su opinión "el ejercicio de la opción de pago en una cuota, que la comuna premia con el 'descuento por pago anticipado' por el adelanto de fondos, *no puede resultar excluyente* de la 'bonificación por buen cumplimiento' que premia la ausencia de morosidad" (fs. 12).

2. A fs. 17/20 el señor Fiscal General Adjunto a/c de la Fiscalía General emitió su dictamen y opinó que no se encuentran satisfechos los recaudos legales que tornan admisible la acción intentada.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El actor está legitimado de acuerdo a lo dispuesto en el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

Sin embargo, la demanda presenta defectos insalvables que obstan a su admisión.

2. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y que no puede confundirse el control concen-

trado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss., y "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/00, resolución del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 426 y ss., entre otros).

Cabe agregar que la ley 402, al reglamentar la acción, no modificó el criterio doctrinario reseñado.

3. En el *sub examine*, de la simple lectura del escrito inicial se aprecia de manera clara, como lo señala el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, que el objeto procesal principal del actor consiste en procurar un pronunciamiento judicial individual que le reconozca el derecho a la aplicación conjunta de los beneficios previstos por los arts. 114 y 115 del C.F., a los gravámenes que recaen sobre los bienes de su propiedad y, en consecuencia, se dejen sin efecto, los actos administrativos dictados por la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (resol. nº 305-AGIP/08) y la ex Dirección General de Rentas (providencia 3591-DGR-2007) dictados en el expte. 24085-2008. A punto tal que en el petitorio de la demanda (punto VI), el interesado solicitó al Tribunal que "se declare la procedencia de [su] reclamo de reintegro de $ 861,34 con el ajuste que corresponda", como así también la aplicabilidad de la bonificación perseguida a futuras contribuciones sobre sus propiedades, por similares conceptos (fs. 13).

Corrobora esta afirmación que el actor, además, persiga la "nulidad" (el entrecomillado me pertenece) de la resol. 305/08 de la AGIP —que, por otra parte, es una norma de carácter particular y, por ende, ajena al objeto de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA, en la medida de que resuelve un recurso jerárquico interpuesto por el señor Castiñeiras— por haber sido dictada sin el dictamen jurídico previo de acuerdo a lo establecido por el art. 7º, inc. d), dec. 1510/97, y pretenda hacer valer contra ella un presunto reconocimiento a su pretensión efectuada por parte del entonces Director General de Rentas de la Ciudad, notificado luego de dictado el acto administrativo aquí cuestionado (ver documental de fs. 5 y fs. 10 de la demanda).

Como se advierte, el planteo se efectúa en base a las circunstancias singulares que aquejan al actor y pretende resolver en el juicio su situación jurídica individual (pasada, actual y futura), lo que torna al caso ajeno a la vía intentada.

4. En orden a lo expresado precedentemente, resulta pertinente remarcar que la acción declarativa de inconstitucionalidad no exige que la parte actora demuestre ser titular de un derecho subjetivo ni excluye como posible promotor a quien lo detenta (art. 18, ley 402), siempre que la pretensión consista en obtener un juicio abstracto vinculado con la constitucionalidad de las normas de carácter general

cuestionadas (conf. este Tribunal *in re* "Unión transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y "Héctor Villegas c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", exptes. nº 1268/01 y nº 1276/01, resolución del 27/12/2001 y mi voto en "Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4681/06, resolución del 26/6/2006). Ese límite, según quedó dicho arriba, aparece transgredido en el *sub examine,* por lo que corresponde declarar inadmisible, tal como ha sido formulada, la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Al igual que el señor juez de trámite, considero que la acción no puede prosperar. Quien acciona no logra articular una controversia constitucional apta para habilitar la competencia establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA ya que no cumple adecuadamente lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402. Este último exige por un lado la mención precisa de las normas que el accionante estima contrarias a la C.N. o a la CCBA; y por otro el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión.

2. 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).

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).

3. En autos no se ha cumplido con la carga indicada en el párrafo anterior. Por otro lado, la forma en la que se ha formulado el planteo y lo solicitado en el petitorio exceden el marco de la acción regulada por el art. 113, inc. 2º de la CCBA con lo cual la elección de la vía no parece adecuada para satisfacer su pretensión.

4. En consecuencia, voto por declarar inadmisible la demanda.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano y a la solución que en él propicia, al tiempo que me permito agregar, como ya lo he hecho en pronunciamientos anteriores, que desestimar la presente acción por las razones claramente desarrolladas por mi colega, no importa asumir una actitud restrictiva

para el andamiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, reglamentada mediante la ley orgánica de este estrado 402, sino que, simplemente, pone de resalto que corresponde exigir de parte de los accionantes observar la limitación de circunscribir su pretensión a la declaración de inconstitucionalidad de una norma local de alcance general sin anexar otros requerimientos particulares propios de sentencias de condena.

Esto no importa tampoco, claro está, negar la posibilidad de que el actor no pueda insistir, a partir de un planteo que se ajuste a los recaudos procesales pertinentes, en mantener las tachas de inconstitucionalidad que detalla, ya mediante la vía del control difuso ante los tribunales de mérito, ya ante este estrado *en términos abstractos*, por la vía del control concentrado de constitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) con observancia de las exigencias contenidas en la ley 402 (conf. mi voto en "Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)", expte. nº 3937/05, resolución del 15/6/2005).

Por lo expuesto, corresponde declarar inadmisible, tal como ha sido formulada, la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En principio, resulta absolutamente correcto lo expuesto por el señor juez de trámite, resultado que me conduce a adherirme a su solución.

2. Empero, en relación con el interés del accionante, verificado en el planteo de un caso concreto, debo decir que hoy no estoy tan seguro de mi posición inicial, adoptada incluso antes de la vigencia de la ley local 402. Para no complicar este caso —que, yo estimo, nos confronta con una razón muy concreta que impide la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad—, diré sólo que, como lo expone el señor juez de trámite bajo el número 4, dicha acción persigue fines altruistas o fines egoístas, según que el demandante, por su posición jurídica real, posea o no posea un interés concreto en la declaración de invalidez de la norma general que ataca. Pero esto no es lo decisivo, sino que, quien lea pausadamente el inc. 2º, del art. 113, de la CCBA, notará que su tercera oración indica que, cuando la acción de inconstitucionalidad se refiere a un "caso concreto", el interesado —egoísta— que la formula, tiene derecho a conservar la vigencia de la sentencia declarativa del Tribunal que le da la razón, en el caso específico de que la Legislatura, por tratarse de una ley, anule a su vez la sentencia del Tribunal en la forma prevista por la segunda oración de la norma citada. Ello quiere decir, aun para los casos en que no se trate de una ley, sino de otro tipo de norma general, que es viable anudar la declaración de inconstitucionalidad de una norma a un interés concreto, siempre y cuando lo que se persiga ante el TSJBA sea tan sólo, con claridad, la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad pretendida.

3. Pero más allá de ello, la pretensión del señor Castiñeiras resulta, como en otros casos que he decidido (conf. mi voto *in re* "Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución de 9/6/2004, considerando 3; voto de la jueza Alicia E.

C. Ruiz *in re* "Barga, Lisandro Arturo y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 866/01, resolución del 26/12/2001, considerando 6), autofrustrante. En efecto, él se queja, básicamente, porque una disposición de la Secretaría de Hacienda y Finanzas (nº 396/2005) y la ley local 1476 no le conceden una bonificación, sino tan sólo a quien abonó en plazo las seis cuotas que cancelan la obligación, mientras dejan de lado a quien abonó en una sola cuota todo el año, beneficiario de un régimen similar. En efecto, si se procediera a anular por inconstitucional la norma general motivo de impugnación, sucedería que el planteo mismo del actor se frustraría (y, al mismo tiempo, perjudicaría a otros).

En verdad, el señor Castiñeiras desea que agreguemos algo a la norma, esto es, se presenta ante estos estrados a fin de obtener una sentencia interpretativa que no anule la regla general impugnada, sino que, antes bien, introduzca su caso en la hipótesis general que la norma prevé. Se trata, entonces, de excitar al TSJBA para que cumpla el papel de "legislador positivo", labor que superaría los límites de su competencia, previstos en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA. El TSJBA, mediante la anulación de normas generales, sólo está facultado a "legislar negativamente", esto es, con idioma más propio de la situación, a declarar la invalidez de una norma, y no está facultado para asumir la función de legislador, propia de los distintos órganos de gobierno.

Por este motivo, a más de los expresados por el señor juez de trámite, no corresponde la apertura del procedimiento que reclama la demanda.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por el doctor Daniel Humberto Castiñeiras a fs. 9/13.

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

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

CCXXXVIII

"ALIÁN, OFELIA DORA Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Principio de división de poderes.

SUMARIOS:

1. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad si los accionantes no satisfacen adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las

normas cuestionadas y los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entienden vulnerados, ni aportan de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión (inc. 2º, art. 19, ley 402. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Mediante la acción declarativa de inconstitucionalidad el Tribunal no puede subsanar reclamos por medio de una hermenéutica extensiva, al incorporar categorías o supuestos omitidos por el legislador, pues ello violaría el principio de división de poderes y atentaría contra el principio lógico-jurídico de clausura. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6083/08 - 27/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Ofelia Dora Alián; Humberto Avero; Blanca Rosa Cabrera; Daniel Enrique Cifuentes; Eva Noemí Pacífica Domínguez; Domingo Marcos Espinosa; Marcelo Fabián Espinosa; Juan Carlos Frino; Liliana Beatriz Gallinas; Ángela Mabel Gonzalio; Norma Patricia Gonzalio; Héctor Filemón Millán; Santiago Luis Orozco; Henry Gustavo Pérez; Lázaro Fabián Salgado; Orlando Ignacio Schreiber; Orlando Oscar Ismael Schreiber; Julio Walter Simonit; Antonio Alejandro Sulzyk; Mario Alberto Sulzyk; José Luis Sulzyk; Jorge Omar Techera El Gorriaga; Daniel Gustavo Usuca; Analía Verónica Valle; Gustavo Gabriel Valle; Rosa Soledad Valle; Washington Heraldo Vera González, promueven a fs. 101/110 la inconstitucionalidad —en los términos del art. 113, CCBA y art. 17 y concs., ley 402— del art. "11.1.4 del Anexo I de la ley 1166 y su reglamento, en cuanto establece que los 'permisos para la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicación fijas y determinadas' deben otorgarse por plazo determinado y fijo, a cuyo vencimiento cada permisionario pierde indefectiblemente su comercio y fuente de trabajo"; por afectar irrazonablemente sus garantías de ejercer industria lícita y trabajar (art. 14 y 28, C.N.) e igualdad ante la ley (art. 16, C.N. y arts. 10 y 11, CCBA).

2. A fs. 119/122, el señor Fiscal General Adjunto propició la inadmisibilidad formal de la acción.

FUNDAMENTOS:

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. No obstante ello, la demanda no puede prosperar. Los accionantes no satisfacen adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados, ni aportan de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión, tal como prescribe el inc. 2º del art. 19 de la ley 402.

Así en el escrito inicial se denuncia la inconstitucionalidad del "art. 11.1.4 del Anexo I de la ley 1166 y su reglamento" (fs. 102), sin proporcionar argumentos suficientes respecto de cómo las normas cuestionadas coalicionan con las disposiciones de la C.N. y de la CCBA que están invocados. Es más, aunque se menciona la impugnación al anexo de la ley 1166 no se dan razones que la sustenten.

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).

3. En consecuencia, voto por declarar inadmisible la demanda.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero en un todo al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

2. Sólo a mayor abundamiento, creo oportuno advertir que el planteo de la accionante, en los términos formulados, tampoco parece idóneo —por sí solo— para satisfacer la pretensión última que anima toda su actuación, dado que la declaración de inconstitucionalidad solicitada, en pocas palabras, no sería suficiente para generar la consecuencia buscada.

En efecto, si aún por vía de hipótesis se declarara la admisibilidad formal de la acción y, luego de sustanciado el proceso, se resolviera de manera favorable el pedido de la actora para que se decrete la pérdida de vigencia del art. 11.1.4 del anexo I de la ley 1166 —y la Legislatura por su parte no hiciera uso de la facultad de ratificación que le reconoce el art. 113 de la CCBA—, en modo alguno ello produciría el desenlace deseado, esto es, que se decida la inconstitucionalidad de la norma solicitada, "resolviéndose que los permisos lo sean por tiempo indeterminado mientras se cumpla la totalidad de las normas legales y reglamentarias

(impositivas, de salubridad, etc.) en la materia" (conf. fs. 102, punto I del escrito de inicio, titulado "Objeto" y, en idéntico sentido, punto III "Hechos", a fs. 108 vta. y punto VIII "Petitorio", a fs. 109 vta.). Si triunfara la pretensión declarativa de inconstitucionalidad formulada, la accionante habría logrado que la respuesta de la Administración a las solicitudes para el otorgamiento de permisos de uso del espacio público no se pueda decidir mediante la aplicación de la norma objeto de tacha —porque ya no se encontraría vigente—, pero no más que eso; para lograr que los permisos referidos puedan concederse con carácter general *por tiempo indeterminado*, en realidad —y sin ingresar en la consideración acerca de la viabilidad de un pedido de este tenor ante cualquier autoridad del Estado, a la luz de los preceptos legales y de la Constitución que disciplinan la utilización del espacio público en la Ciudad—, debería incorporarse al ordenamiento jurídico algún tipo de disposición en tal sentido, ejercicio que rebasa ampliamente las competencias constitucionales que posee este Tribunal, órgano del Poder Judicial al que no se le ha reconocido el rol de *legislador positivo* (ver sobre el particular mis votos *in re*: "Barga, Lisandro Arturo y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 866/01, resolución del 26/12/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 835 y ss.; "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 y "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4973/06, decisión del 14/2/2007, así como lo expresado a fs. 121 vta. por el señor Fiscal General Adjunto en ocasión de emitir su dictamen en la presente causa).

3. De todos modos, aunque se dejara de lado la advertencia formulada en el párrafo precedente, lo cierto es que no ha podido constatarse en este expediente una argumentación suficiente que permita enhebrar los derechos constitucionales que se dicen vulnerados con el alegado impedimento en la utilización preferencial del espacio público que se pretende obtener.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y me sumo a las consideraciones de mi colega, el señor juez José O. Casás, en cuanto a los efectos de una eventual sentencia abrogatoria de las normas impugnadas. En tal sentido, procuraré demostrar qué tipo de papel (anticipo que vedado) debería cumplir el TSJBA a fin de evitar el carácter que, como se apreciará, resultaría manifiestamente paradójico en caso de prosperar esta demanda.

En efecto, y como lo ha señalado este Tribunal en diversos pronunciamientos (conf. mi voto *in re* "Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución de 9/6/2004, considerando 3; voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz *in re* "Barga, Lisandro Arturo y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 866/01, resolución del 26/12/2001, consid. 6), desde la hermenéutica constitucional, esta

paradoja se expresa en una incoherencia en tanto que, analizada desde la pretensión de la actora, su tacha de inconstitucionalidad de las normas en crisis conduce a un planteo autofrustrante (por razones de brevedad, para el desarrollo de estos conceptos, remito a mi voto en "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).

2. Ello es así por cuanto, si prospera el planteo de inconstitucionalidad impulsado, la accionante verá frustrada su pretensión sustantiva de que sean concedidos los permisos en cuestión con carácter general por tiempo indeterminado, pues las normas impugnadas (el art. 11.1.4 del Anexo I de la ley local 1116 y su reglamento) perderán vigencia. Como lo he manifestado en mi pronunciamiento *in re* "ADC c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", citado arriba, "el planteo de la actora comporta (...) una paradoja: el remedio judicial demandado no parece poder satisfacer su reclamo; antes bien, lo frustra" (punto 3, primer párrafo).

La analogía entre ambos casos no revela fisuras: la actora *no* solicita que el control de constitucionalidad a efectuar por el Tribunal se instrumente por medio de una sentencia interpretativa que, en tanto considere constitucionalmente válida la norma que reglamenta la concesión de permisos para la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicación fija y determinada, suprima a su vez la supuesta desigualdad que afecta a sus derechos, ya que la norma en crisis dispone que aquellos permisos "deben otorgarse por plazo determinado y fijo, a cuyo vencimiento cada permisionario pierde indefectiblemente su comercio y fuente de trabajo" (cómo hacerlo sin que el Tribunal "legisle positivamente"; el intento resulta impracticable). Por lo contrario, la pretensión de la actora es la declaración de inconstitucionalidad de las normas que señala en su demanda, la cual y como se ha dicho, de prosperar, efectivizaría su pérdida de vigencia y, por tanto, la frustración de su pretensión.

3. De este modo, la demanda de la accionante debe ser desestimada sobre la base de la doctrina que ha articulado el Tribunal, en el sentido de la improcedencia de su actuación como "legislador positivo". Ésta era, también, la situación configurada *in re* "Barga", ya citado.

Como señalaba entonces el señor juez José O. Casás, no resultaba admisible la pretensión de "lograr la igualdad en la ley por medio de *la ampliación del régimen que se cuestiona*" (consid. 2, primer párrafo; énfasis aportado). "[E]l Tribunal en el marco de la competencia que le asigna el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, está habilitado para ...actuar, llegado el caso, como 'legislador negativo', expurgando del orden jurídico las normas de alcance general contrarias a la Constitución Nacional o de la Ciudad, pero no como 'legislador positivo' tal cual lo pretende la parte actora" (consid. 2, segundo párrafo).

4. Se advierte así que la paradoja ínsita en el planteo de la accionante no sería legítimamente superable si la vía disponible al Tribunal para salvar, verbigracia, la

indebida desigualdad, se instrumentara por medio de una *sentencia interpretativa ampliatoria*. Pretender que el Tribunal subsane reclamos como el planteado en la demanda por medio de una hermenéutica extensiva, al incorporar categorías o supuestos omitidos por el legislador, violaría el principio de división de poderes y atentaría contra el principio lógico-jurídico de clausura. Si hay una norma que prohíbe cierta conducta o, si extendemos el principio a otros casos, como el de la existencia de una norma que establece como permitidas determinadas conductas, sujetas a ciertos límites (por ejemplo, el carácter determinado y fijo del plazo por el que la Administración otorga los permisos, tema de esta acción), la división de poderes y el principio de clausura impiden la reformulación de la norma a fin de tornarla más extensa. Por lo antedicho, coincido con mi colega, el doctor Casás, allí donde advierte que "para lograr que los permisos referidos puedan concederse... *por tiempo indeterminado*, en realidad... debería incorporarse al ordenamiento jurídico algún tipo de disposición en tal sentido, ejercicio que rebasa ampliamente las competencias constitucionales que posee este Tribunal..." (punto 2 de su voto). En efecto, el TSJBA no podría avanzar tras una eventual declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, con sus consecuentes efectos abrogatorios, a fin de sustituirlas por las que considerara idóneas.

Tras este señalamiento, concluyo que: *a)* los actores interponen una acción de inconstitucionalidad que, de prosperar, y atento a los efectos previstos por el art. 113, inc. 2º, CCBA, frustraría el derecho que pretenden; *b)* corresponde al legislativo establecer exclusiones, restricciones o limitaciones razonables para el otorgamiento de permisos como el discutido en esta demanda; y *c)* de prosperar su planteo, los actores no podrían gozar de sus permisos para la elaboración y expendio de productos alimenticios en ubicación fija *por tiempo indeterminado*, dado su propio y deliberado cuestionamiento de las normas que lo reglamentan, las que perderían vigencia frente al hipotético éxito de la demanda.

Por las razones que anteceden, voto por declarar inadmisible la demanda de fs. 101/110. Costas por el orden causado (ley local 402, art. 25).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 101/110 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.*

CCXXXIX

"PARTIDO INTRANSIGENTE S/INFR. CAP. II 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. nº 6155/08 - 29/10/2008

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 *A gastos de campaña* - Período Bajo Examen: abril - junio 2007", observó a la Alianza Frente para la Victoria por diversos incumplimientos a la ley 268 (ver fs. 56/62 de la investigación preparatoria nº 1177/08 que, en fotocopias certificadas, se conserva en Secretaría conforme consta a fs. 22/23 del presente legajo).

2. Con motivo de la investigación preparatoria ordenada por el Fiscal General en relación a la alianza transitoria mencionada —ver fs. 119/126 de la I.P. nº 1177/08— por la presunta infracción a los capítulos II y III de la ley 268, se procedió a citar en los términos del art. 41 de la ley 12 a los partidos integrantes de la alianza y, entre ellos, al partido Intransigente (ver fs. 249 y 310 de la I.P. nº 1177/08).

3. A fs. 3/4 del presente legajo el abogado Julio Cesar Guarido, apoderado especial del partido —conforme a la documentación agregada a fs. 1/2— propuso la suspensión del proceso a prueba, requerimiento que se materializó mediante el acuerdo pertinente suscripto por el nombrado, con asistencia letrada, y el señor Fiscal General Adjunto, en los términos del art. 45 del Código Contravencional (ver fs. 14/15 del presente legajo), por el que el Partido Intransigente se compromete 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)* realizar en el ámbito del partido una jornada referida al financiamiento de campañas de los partidos políticos dirigida a las autoridades partidarias, afiliados adherentes y jóvenes dirigentes teniendo en cuenta las disposiciones de la ley 268 y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *iv)* comprar insumos y enseres por la suma de pesos un mil ($ 1.000), para ser entregados al Hogar Chiquitos —Hogar Convivencial de Niños— sito en la calle Pavón 4136 de esta ciudad. El plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas será de un año

con excepción de la prevista en el punto *iv* que deberá cumplirse dentro del término de treinta (30) días a partir de la notificación de la homologación del acuerdo por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

4. El señor Fiscal General Adjunto elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que resuelva la suspensión del juicio a prueba e imponga las condiciones de conducta acordadas (fs. 16/20).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs.14/15 del presente legajo entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Intransigente—representado por su apoderado especial, doctor Julio Cesar Guarido— se ajusta a las pautas requeridas por el art. 45 del Código Contravencional para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, el hecho imputado al partido político encartado fue enmarcado por el Ministerio Público Fiscal como una posible infracción a obligaciones establecidas en la ley 268 —de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales—, cuyo incumplimiento tiene previstas las sanciones contempladas en su capítulo VI (arts. 8º y 19, ley 268).

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. 8, 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. 14/15 del presente legajo debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año; imponer al Partido Intransigente las reglas de conducta convenidas; hacer saber al Partido Intransigente 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; tener como parte integrante de la resolución al

acuerdo referido, a cuyo efecto se agregará copia certificada, y remitir las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El acuerdo obrante a fs. 14/15, celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Intransigente—representado por su apoderado especial, el doctor Julio César Guarido— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 14/15 —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 Intransigente, por el plazo de un (1) año.

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

3º. *Hacer* saber al Partido Intransigente 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, párrafo 5, *in fine*, del Código Contravencional.

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

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 6156/08 "Partido Corriente Porteña s/infr. Cap. II y III de la ley 268"; 6157/08 "Partido Nueva Dirigencia s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6158/08 "Partido Frente Grande s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6159/08 "Partido Justicialista s/infr. Cap. II de la ley 268"; 6174/08 "Partido Proyecto Popular s/infr. Cap. II de la ley 268"; y 6180/08 "Partido de la Victoria s/infr. art. Cap. II y III de la ley 268", también del 29/10/2008.

CCXL

"TOREA, DOMINGO NAZARIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'TOREA, DOMINGO NAZARIO C/GCBA S/OTRAS CAUSAS DONDE LA AUT. ADMIN. ES ACTORA'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal deducido si los argumentos esgrimidos no logran demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en la causa, y el relato sobre las circunstancias del caso que se consideran vinculadas a cuestiones federales carece de claridad y precisión. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz.).*

2. 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 los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal deducido cuando evidencia la disconformidad del apelante con la decisión cuestionada, mas no logra demostrar cuáles serían los vicios lógicos o argumentales del pronunciamiento recurrido o de qué forma éste quedaría descalificado como acto judicial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5497/07 - 29/10/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 70/76 el Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado articulada por el señor Domingo Nazario Torea (fs. 34/40). Contra esa decisión, el recurrente interpuso el recurso extraordinario federal obrante a fs. 80/91.

Corrido el traslado pertinente, el GCBA solicitó su rechazo (fs. 95/102).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto en tiempo y forma no puede prosperar por las razones que se exponen a continuación.

2. El recurrente considera que en el caso se han afectado los derechos y garantías constitucionales contenidos en los arts. 14, 16, 17 y 18 de la C.N. y 12, incs. 5º y 6º, 13, inc. 3º de la CCBA (fs. 83/88).

Sin embargo, los argumentos que esgrime no logran demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en la causa. Por otro lado, el relato de la parte sobre las circunstancias del caso que considera vinculadas a cuestiones federales carece de claridad y precisión.

3. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que contiene el recurso, es extraña a la sentencia del Tribunal. El recurrente equivocadamente vuelve sobre el decisorio de la Cámara cuando dice que "la manifiesta arbitrariedad está patentizada en la voluntad del sentenciante al ignorar los actos y hechos generados por la propia Administración a lo largo de *17 años,* no meritúo que tal conducta, fue originada por *la dilación de la tasación del inmueble"* (fs. 88) y que "no se trata de una evaluación de la prueba, sino de su ignorancia e indiferencia" (fs. 89) (resaltado y subrayado en el original).

4. La presentación en análisis no dio cumplimiento acabado a los recaudos contenidos en el art. 2º de las "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" aprobadas por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, en la carátula omitió consignar el objeto de la presentación, no individualizó la decisión contra la que interpuso el recurso ni el organismo que la dictó, y por último, en tanto se limitó a enunciar derechos y artículos constitucionales, no efectuó la mención concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (art. 2º, incs. a], f], g], e i]). Finalmente, por lo señalado en el apart. 2, el recurso tampoco satisface las disposiciones del art. 3º, incs. b) y e) del reglamento referido.

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

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

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

2. La decisión que se pretende llevar a conocimiento de la CSJN desestimó el recurso de queja planteado por el actor por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que lo regulan. El Tribunal no admitió la queja porque el recurrente no cumplió con la carga de refutar los fundamentos de la resolución de la Cámara que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (ver punto 3 del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, punto 2 del voto del juez José O. Casás y voto del juez Julio B. J. Maier) y porque no se planteaba un caso constitucional (punto 2 del voto del juez Luis F. Lozano y voto del juez Julio B. J. Maier).

Corresponde, entonces, 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 son interpuestos 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 la valoración del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de un recurso local debe ser efectuada con sujeción a las reglas procesales —también locales— que los regulan.

3. Además, las garantías constitucionales genéricamente invocadas (arts. 14, 16, 17 y 18, C.N.) no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). 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 (fs. 83/88), pero no logra vincularlas argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte 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).

4. Por otro lado, el recurrente invoca la doctrina de la arbitrariedad de sentencia para descalificar el pronunciamiento impugnado. A tal fin, expresa que "la manifiesta arbitrariedad está patentizada en la voluntad del sentenciante al ignorar los actos y hechos generados por la propia Administración a lo largo de *17 años,* no meritúo que tal conducta, fue originada por *la dilación de la tasación del inmueble*" (fs. 88) y que "no se trata de una evaluación de la prueba, sino de su ignorancia e indiferencia" (fs. 89 —el destacado y subrayado en ambas citas pertenece al original—; y vta.).

Estas aseveraciones sólo trasuntan la disconformidad del apelante con la decisión antes cuestionada, mas no logran demostrar cuáles serían los vicios lógicos o argumentales del pronunciamiento hoy recurrido —esto es, el rechazo de su queja por inconstitucionalidad— o de qué forma éste quedaría descalificado como acto judicial. Así entonces, cabe concluir que tales planteos tampoco habilitan la instancia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación puesto que ella, desde antiguo, ha sostenido 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).

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d).

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Domingo Nazario Torea, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 76, punto 3.

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

CCXLI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VILLAR, VALERIA, ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO Y TAPIA, LUISA S/INF. ARTS. 116, 117 Y 118, CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando las consideraciones referidas a la supuesta arbitrariedad de la resolución atacada se dirigen a demostrar

que la defensa no introdujo nuevos agravios en su queja sino que sólo profundizó los mismos argumentos ya expuestos en su recurso de inconstitucionalidad, pues ello no es suficiente para acreditar la arbitrariedad endilgada, sino que sólo expone el desacuerdo de la recurrente con la resolución que denegó el acceso a esta instancia. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. La introducción oportuna y el mantenimiento de la cuestión federal no supone un obstáculo al derecho de defensa sino, antes bien, resulta razonable para la interposición del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

Expte. nº 5858/08 - 29/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Defensora General interpuso recurso extraordinario (fs. 88/108) contra la resolución, de fecha 28/8/2008 (fs. 79/84), mediante la cual el Tribunal rechazó la queja agregada a fs. 56/70.

Resumidamente, la recurrente sostiene que el Tribunal dictó un fallo arbitrario mediante el cual avaló la aplicación inconstitucional de ciertas normas locales. En particular, señaló que en esta causa los magistrados de las instancias anteriores desconocieron el derecho de defensa en juicio, las garantías de debido proceso legal, de juez natural e imparcialidad del juzgador, y los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y lesividad por falta de fundamentación de la pena impuesta. Asimismo, indicó que su defendido cumplió con la pena impuesta —antes de que se agotaran las vías procesales locales y federales para discutir la condena— y que, en tanto aquella resulta inválida, esa medida generó al Estado local el deber de reparar el daño causado.

2. El Fiscal General Adjunto, por su parte, entendió que el recurso intentado resulta inadmisible (fs. 111/113). En ese sentido, indicó que la presentación de la defensa no expone un caso constitucional. Puntualmente, respecto del agravio vinculado con la afectación del principio de lesividad, se remitió a su dictamen anterior (de fs. 75/77) y sostuvo, en consecuencia, que se trataba de una simple discusión sobre cuestiones de hecho y prueba; asimismo, volvió a indicar que los agravios relativos a la graduación de la pena resultaban una reflexión tardía porque fueron introducidos por primera vez en la queja, cuando la pretendida lesión constitucional surgiría de la propia condena. Por último, tanto con relación a la garantía de juez natural, como a la invocada arbitrariedad de la decisión, expresó que la defensa sólo discrepaba con la sentencia recurrida, pero no fundaba los agravios constitucionales mencionados.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido a favor del señor Carlos Alberto Oniszczuk fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la Acordada 4/07 de la CSJN. No obstante, tal como lo dictamina el señor Fiscal General Adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. El Tribunal, al momento de resolver la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, advirtió que la presentación directa de la defensa contenía deficiencias que imponían su rechazo. En resumen, la sentencia indica que: *a)* aquel escrito no contenía una crítica suficiente del auto denegatorio que pretendía atacar; *b)* el objeto de impugnación parecía ser la condena impuesta y su confirmación, en lugar de la decisión de la Cámara que cerró la instancia extraordinaria local; y *c)* la defensa agregó motivos de agravio que no fueron tratados por las instancias anteriores. Estas consideraciones se apoyaron en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de admisibilidad de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso extraordinario federal articulado por la defensa, en primer lugar cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

En este punto, corresponde aclarar que la Defensora General Adjunta no ha logrado exponer razones que den fundamento a su genérica tacha de arbitrariedad. La decisión de este Tribunal de fs. 79/84 se encuentra razonada y fundada, más allá de que la recurrente discrepe con su contenido. En efecto, las consideraciones efectuadas en cuanto a la supuesta arbitrariedad de la resolución se dirigen a demostrar que la defensa no introdujo nuevos agravios en su queja sino que, por lo contrario, sólo profundizó los mismos argumentos que había expuesto en su recurso de inconstitucionalidad. Esas afirmaciones no son suficientes para acreditar la arbitrariedad endilgada, sino que sólo exponen el desacuerdo de la recurrente con la resolución que denegó el acceso a esta instancia. De igual manera, la genérica invocación de distintas lesiones constitucionales que, supuestamente, convalidó la decisión del TSJBA tampoco acredita un rechazo arbitrario de la queja.

Así, es preciso recordar que la admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta, pues, como lo tiene dicho el Tribunal cimero desde antiguo, "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los

que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Dichas circunstancias están lejos de advertirse en este caso y basta una simple lectura de la sentencia impugnada para afirmarlo.

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

Así, bajo la alegada vulneración de la garantía de defensa en juicio, y de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y lesividad, vinculados a la fundamentación y medida de la pena (fs. 101 vta./105 vta.), la defensora se limita —centralmente— a reeditar los argumentos incluidos extemporáneamente en la queja, en lugar de rebatir los fundamentos brindados por los integrantes del Tribunal para desechar sus agravios. Es más, respecto a la introducción de estos motivos de agravio, la propia defensa reconoce a fs. 93, punto 9, que fueron incluidos por primera vez en la queja. Algo similar ocurre con relación a sus consideraciones sobre la afectación de las garantías de juez natural e imparcialidad, las cuales fueron dejadas de lado en el recurso de hecho local y reintroducidas en este escrito, tal como la propia defensora indica a fs. 94 y 96.

5. Asimismo, es oportuno remarcar que, en tanto los motivos de agravio mencionados en el punto anterior no fueron presentados válidamente ante las instancias locales —porque fueron introducidos en la queja o, por lo contrario, fueron abandonados en ese recurso y retomados en el presente—, tampoco pueden ser sometidos a consideración de la CSJN. Las cuestiones planteadas por la defensa resultan, tal como se ha dicho en la decisión atacada, fruto de una reflexión tardía.

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

Con respecto a este punto, cabe aclarar que el cumplimiento de este requisito formal —introducción oportuna y mantenimiento de la cuestión federal— no supone un obstáculo al derecho de defensa sino, antes bien, resulta razonable para un remedio extraordinario como el presentado. Por lo demás, la defensa no ha intentado demostrar concretamente que nos encontremos, en este caso, frente a un

supuesto de indefensión que permita realizar una excepción a esa regla (*Fallos,* 329:2569).

6. Por último, aquellas cuestiones mencionadas en el recurso extraordinario federal vinculadas a la ejecución de la pena en esta causa no pueden ser cuestionadas por esta vía en tanto no fueron objeto de discusión en este expediente.

Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 88/108.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal reúne los requisitos formales de admisibilidad y cumple con los requisitos impuestos por la Acordada CSJN 4/2007.

2. No obstante ello, no puede prosperar porque no plantea de forma adecuada cuestiones de índole constitucional. El único agravio en virtud del cual la señora Defensora General Adjunta ataca la resolución del Tribunal que desestimó la queja —arbitrariedad de la sentencia del Tribunal, fs. 95 vta.—, no tiene entidad para articular un caso federal ya que el escrito adolece de fundamentos suficientes. A modo de ejemplo, a fs. 96 dice que "basta una lectura del recurso de queja local para constatar la crítica pormenorizada que la defensa efectúa contra la decisión de la Cámara".

Cabe al respecto destacar que la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal —establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 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).

3. En virtud de las consideraciones precedentes, corresponde rechazar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 88/108.

Así lo voto.

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. 88/108.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 84, punto 2.

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

CCXLII

"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: Sentencia definitiva. Excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva. ESTABLECIMIENTO DE UTILIDAD NACIONAL: Jurisdicción federal. Poder de policía local.

SUMARIOS:

1. La decisión que rechazó las excepciones de incompetencia y falta de legitimación pasiva cuya revisión aspira lograr la recurrente no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, por cuanto no pone fin al proceso sino que, por el contrario, permite su continuidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La jurisdicción federal procede cuando la acción se basa directa y exclusivamente en normas federales y resulta improcedente si el pleito, además, incluye cuestiones de índole local propias de los jueces locales como son las concernientes al ejercicio del poder de policía en materia de seguridad (art. 129, C.N., CCBA y leyes 451 y 1217). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Quien suspende los efectos de un acto local utilizando los remedios procesales previstos en el ordenamiento propio de la jurisdicción en la que fue emitido, suscita necesariamente la intervención del Poder Judicial local, a quien también corresponde resolver las cuestiones federales involucradas, las que luego, en su caso, podrán justificar el control previsto por el art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El art. 3º de la ley 24.588 no puede entenderse en el sentido de reservar exclusivamente para el orden federal todos los poderes sobre los bienes propiedad del Estado nacional que se encuentre en la CABA, incluidos los propios de las esferas locales, pues la regla constitucional (art. 75, inc. 30, C.N.) que impide interpretar extensivamente las potestades del gobierno central en los enclaves federales prohíbe ampliar las facultades de la autoridad nacional sin demostrar que su ensanchamiento resulta imprescindible para el logro del fin que tiene a su cargo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. 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 del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5881/08 - 29/10/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El representante de "Hipódromo Argentino de Palermo S.A." (HAPSA) interpuso recurso de queja (fs. 36/55) contra la resolución de la Sala III de la Cámara CyF del 8/4/2008 (fs. 33/34) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 9/32) intentado, a su vez, contra la decisión de la Cámara del 12/2/2008 que resolvió rechazar el recurso de apelación en orden a la excepción de incompetencia y declarar mal concedido el recurso de apelación en relación con la excepción de falta de legitimación pasiva (fs. 1/7). Todo ello, en el marco del proceso judicial que esa parte instó, en los términos del art. 24 de la ley local 1217, luego de haber sido condenada por la Unidad Administrativa de Control de Faltas (UACF) a la pena de $ 10.000 de multa en razón de que —según lo entendió el controlador administrativo— en febrero de 2007 había cometido la infracción prevista en el art. 9.1.1 de la ley local 451 (obstrucción de inspección).

2. En el recurso de inconstitucionalidad el representante de HAPSA sostuvo que la sentencia de Cámara atacada resultó arbitraria —porque los magistrados omitieron la consideración de sus argumentos— y, además, violatoria del derecho a ejercer industria lícita (C.N., art. 14), de propiedad (C.N., art. 17), de defensa en juicio y debido proceso legal (C.N., art.18), de las disposiciones federales que protegen los intereses del Estado nacional (C.N., arts. 3º, 75, incs. 15 y 30, 116 y 129; y leyes 24.588 y 24.620) y de aquellas vinculadas a la concesión otorgada a HAPSA para la explotación del Hipódromo de Palermo. En relación con el planteo de incompetencia, la recurrente, señala que "la cuestión a dilucidar es *si la justicia Contravencional de la Ciudad está investida de jurisdicción y competencia para determinar si el GCBA tiene poder de inspección sobre el predio del Hipódromo Argentino de Palermo*, inmueble de propiedad del Estado nacional, ubicado geográficamente dentro del territorio de la Ciudad de Buenos Aires (...) y afectado al uso y consumo (...) del sector público nacional". A su vez, postula que la sentencia atacada tenía entidad suficiente para configurar un caso de gravedad institucional.

3. Los integrantes de la Sala III declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por no constituir la decisión atacada la sentencia definitiva del proceso, ni resultar equiparable a tal y debido a que la recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional (fs. 33/34).

4. El Fiscal General propició el rechazo de la queja, pues la decisión atacada no es la definitiva ni resulta ser equiparable a ella. Expresamente en el dictamen señaló que HAPSA no reclama la intervención de la justicia federal sino que solicita el inmediato archivo de las actuaciones. Sin perjuicio de ello, a todo evento, sostuvo que el recurso de inconstitucionalidad debía ser rechazado: *a)* por considerar que la invocada falta de legitimación pasiva no resulta tal porque en este proceso no existe un conflicto de intereses, sino "la clara intención [de HAPSA] de sustraerse de toda potestad jurisdiccional" (fs. 104 vta.); *b)* porque en cuanto a la incompetencia del fuero local defendió —con apoyo en jurisprudencia de la CSJN y del Tribunal y en

el criterio general de actuación aprobado por ese mismo Ministerio Público Fiscal en la resol. 92/07— la potestad de la Ciudad para ejercer el poder de policía en el caso; y *c)* pues descartó que se hubiera configurado un supuesto de arbitrariedad de sentencia (fs. 101/106).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada por HAPSA cuestiona la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que esa parte planteó contra el rechazo de las excepciones de incompetencia y falta de legitimación pasiva oportunamente opuestas en autos. La pretensión involucrada en estas actuaciones es similar a la resuelta con anterioridad por este Tribunal *in re*: "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación'", expte. nº 5821, decisión del 27/8/2008.

Como en aquella oportunidad, cabe señalar, en primer término, que la decisión cuya revisión aspira lograr la recurrente no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, por cuanto no pone fin al proceso sino que, por el contrario, permite su continuidad.

2. Tampoco hay razones para equiparar el pronunciamiento apelado a uno definitivo, en tanto no sustrae la causa de la jurisdicción local ni supone denegatoria del fuero federal (conf. TSJBA *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001 y "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, sent. del 9/4/2008 entre otras). En relación con esto último, tal como afirma el señor Fiscal General en su dictamen, "(...) no ha mediado denegatoria del fuero federal (...), pues (...) no se ha reclamado la intervención de la justicia de excepción", sino que "(...) lejos de propiciar el recurrente la competencia de la justicia federal para conocer respecto del accionar del Gobierno de la CABA, lo que HAPSA solicitó fue que se proceda al inmediato archivo de las actuaciones" (fs. 103 vta./104).

La incompetencia del Poder Judicial de la CABA para intervenir en estas actuaciones obedece, según la recurrente, a que la multa resistida alcanza a un establecimiento de propiedad del Estado nacional afectado al uso del sector público nacional que, por su condición de tal, resultaría inmune a cualquier pretensión de ejercer potestades locales a su respecto y, consecuentemente, también excluiría la posibilidad de quedar sometido a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad para dirimir la disputa de autos (fs. 22 vta. y ss.). A criterio de HAPSA, por aplicación directa de las normas federales que cita (v. gr. art. 75, inc. 15, 116, 129, C.N. y art. 3º de la ley 24.588), el fuero Contravencional y de Faltas no resulta competente "(...) pues se encuentra[n] en juego derechos y atribuciones concernientes al Estado nacional" (43/43 vta.). Además en el pleito postula que el acta de infracción "contiene

vicios que la tornan nula de conformidad con lo dispuesto por el propio art. 3º del Código de Procedimiento Administrativo de Faltas" (fs. 89).

Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, "corresponde atender en primer término, a los hechos que se relatan en la [causa] y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de su pedido" (*Fallos,* 324:2031, entre muchos otros). En autos se discute la validez de una multa mediante la cual se sancionó a HAPSA como responsable de la infracción prevista en el art. 9.1.1 del Código de Faltas de la CABA (obstrucción de procedimiento, ley 451).

Ello así, y aun cuando se entendiera que el planteo de la recurrente pudo incluir la pretensión de que el pleito se sustancie en sede federal, la postulada incompetencia del fuero local, o la consecuente del fuero federal, debe ser rechazada. Esa solución se impone por la diversidad de ordenamientos legales involucrados (de orden local y nacional) y por la inexistencia de materia exclusiva o aun predominantemente federal en el supuesto que nos ocupa.

2.1. En efecto, la recurrente cuestiona un acto emitido por autoridades locales y la decisión en torno a su validez involucra, de modo necesario, el análisis de normas locales (v. gr., CCBA y ley 1.217), sin perjuicio de que las defensas articuladas por HAPSA también incorporan al pleito la consideración de leyes federales y preceptos de la Constitución Nacional (v. gr. art. 75, inc. 15, 116, 129, C.N. y art. 3º de la ley 24.588). Frente a situaciones de esta especie, la CSJN tiene dicho que la jurisdicción federal procede cuando la acción se basa directa y exclusivamente en normas federales y, en cambio, ella resultará improcedente si el pleito, además, incluye cuestiones de índole local propias de los jueces locales (*Fallos,* 330:4055 entre muchos otros) como son las concernientes al ejercicio del poder de policía en materia de seguridad de acuerdo a las normas que rigen el punto (art. 129, C.N., CCBA y leyes 451 y 1217).

Para determinar la legitimidad de la multa impugnada habrá que interpretar la normativa local que regula el poder de policía que viene resistido por la recurrente, tarea que se encuentra reservada a los jueces de la jurisdicción en la que fue emitido el acto impugnado, y que escapa a la competencia prevista en el art. 116 de la C.N. Asignar la revisión de los actos de los gobiernos locales, que aplican el derecho público respectivo, a la justicia de esas jurisdicciones responde a un principio elemental de nuestro sistema federal, y también encuentra apoyo en la válida presunción de que, como resultado del examen referido, la demandante podría encontrar satisfacción a su pretensión en la jurisdicción local, sin necesidad de instar —aunque sí, por supuesto, con la potestad de hacerlo— el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (doctrina CSJN *in re* "Edenor S.A. c/Corrientes, provincia de s/acción declarativa", sent. del 9/10/2007). Sólo bajo la estricta observancia de estas condiciones se respetan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal dentro de su normal jerarquía (*Fallos,* 315:448 y 323:3279).

Todo lo anterior justifica que las defensas orientadas a mostrar la contradicción que existiría entre la normativa local que involucra la sanción impugnada y la ley 24.588, carezcan de entidad para calificar al objeto del juicio como una cuestión de naturaleza exclusiva o predominante federal, con la consecuencia de excluir la intervención de los jueces locales. En el sistema federal el resguardo de la preeminencia de la Constitución y las leyes nacionales es inherente a la función judicial cualquiera sea el sujeto que la ejerce (CABA, provincia o Nación), sin perjuicio de que las cuestiones federales que comprometan las sentencias locales deben poder suscitar la intervención de la CSJN en ocasión de revisar el pronunciamiento definitivo por vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 311:2478). En otras palabras, el interés federal que pudiera involucrar esta causa no confiere a la recurrente tutela inmediata por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En línea con lo anterior, parece evidente que quien suspende los efectos de un acto local utilizando los remedios procesales previstos en el ordenamiento propio de la jurisdicción en la que fue emitido, suscita necesariamente la intervención del Poder Judicial local, a quien también corresponde resolver las cuestiones federales involucradas, las que luego, en su caso, podrán justificar el control previsto por el art. 14 de la ley 48.

2.2. Por su parte, la pretendida jurisdicción federal exclusiva que se reclama en relación con el predio que ocupa el Hipódromo para justificar, en lo que ahora importa, la incompetencia del Poder Judicial de la CABA, tampoco encuentra respaldo en las cláusulas de la Constitución Nacional ni en las leyes federales invocadas.

El argumento de la sociedad recurrente no desconoce, en verdad, la competencia de ninguno de los poderes del GCBA para intervenir, cada uno desde la perspectiva que la CCBA le confía, en el ejercicio del poder de policía (fs. 42). La auténtica postulación consiste en sostener la inmunidad del inmueble respecto del GCBA.

Dentro del esquema federal diseñado por la Constitución Nacional los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio,[33] 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

[33] 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".

por la CSJN en *Fallos,* 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros).

La tesis de la jurisdicción compartida, como contracara de la postura exclusivista que invoca la recurrente, además de coincidir con lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la C.N., encuentra amplio respaldo en los fundamentos desarrollados por la jurisprudencia de la CSJN que brindó al tópico un profundo estudio a raíz de las posturas contradictorias asumidas en la materia. El mandato constitucional encuentra en la doctrina judicial aludida la más adecuada explicación y justifica rechazar el planteo de incompetencia del Poder Judicial de la CABA para intervenir en autos. Las razones dadas para fijar el alcance que corresponde otorgar a las potestades del gobierno nacional sobre los establecimientos de utilidad nacional, quedan sintetizadas en las premisas establecidas por la CSJN —votos de mayoría cuando triunfaba la postura de los poderes compartidos y disidencias cuando prevalecía la tesis exclusivista— aun antes de que un texto expreso como el del art. 75, inc. 30, C.N. fuere incorporado para despejar la polémica, según ellas: "todo lo que encierra el riesgo de cercenar las autonomías provinciales debe ser manejado con suma cautela a fin de no evadirse del contexto de los arts. 104 a 107 de la Constitución que trasuntan, en esencia, el sentido histórico que preside nuestra organización política"; el ejercicio de poderes locales en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en estos, la pauta no es la incidencia sino su compatibilidad con lo inherente a esa utilidad nacional; si la actividad local no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él; no cabe una interpretación extensiva del 75, inc. 30, C.N. (ex art. 67, inc. 27, C.N.) no autorizada claramente por su texto ni exigida por la naturaleza misma de la facultad en él otorgada al Congreso nacional; en cada caso debe determinarse la compatibilidad o incompatibilidad del ejercicio de poderes locales pues si el gravamen que emana de él no constituye un obstáculo, real y efectivo, que condiciona, menoscaba o impida la consecución de los fines propios del establecimiento de utilidad nacional resulta ilegítimo su desconocimiento; el obstáculo debe ser probado y no constituir una mera hipótesis (*Fallos,* 301:1122); la existencia de un establecimiento de utilidad nacional en jurisdicciones locales no importa una federalización al extremo de que la Nación atraiga, por ello, toda potestad legislativa, administrativa y judicial, de manera exclusiva y excluyente (*Fallos,* 293:287); es también de interés nacional que la provincias desenvuelvan con plenitud los servicios territorialmente divisibles que constituyen su normal competencia (*Fallos,* 299:442, voto en disidencia del juez Frías).

En tal contexto, el art. 3º de la ley 24.588 no puede entenderse en el sentido de reservar exclusivamente para el orden federal todos los poderes sobre los bienes propiedad del Estado nacional que se encuentre en la CABA, incluidos los propios de las esferas locales. La regla constitucional que impide interpretar extensivamente las potestades del gobierno central en los enclaves federales prohíbe ampliar las facultades de la autoridad nacional sin demostrar que su ensanchamiento resulta imprescindible para el logro del fin que tiene a su cargo. También es ella la que obstaría a admitir leyes nacionales que, al margen del interés federal involucrado,

cercenaran sin motivo potestades locales porque debe prevalecer la interpretación que permite armonizar las normas que integran el ordenamiento y no aquella que las pone en pugna neutralizando unas con otras (*Fallos,* 255:192; 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460, 302:1600; 312:111 entre otros). Aplicar la tesis exclusivista a partir del precepto invocado, además de quebrar el régimen federal previsto en la Constitución Nacional, conduciría a soluciones absurdas. Es que como el art. 3º de la ley 24.588 postula que existe jurisdicción federal respecto de los bienes, es decir, tanto en relación con los inmuebles como respecto de los bienes de propiedad de la Nación que se encuentren en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la tesis de la parte quejosa llevaría a que cualquier vehículo cuyo titular de dominio fuera el EN resultaría inmune aún respecto de competencias locales primarias, porque en realidad se pretende una inmunidad absoluta —v. gr. policía de tránsito para el ejemplo— (en sentido concordante con lo dicho en este punto ver 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, sent. del 20/12/2006).

A su vez, la recurrente no acreditó que un control que suplante el ejercido por la Ciudad haya sido o pueda ser ejecutado por autoridades nacionales de modo que garanticen las condiciones de seguridad en el inmueble alcanzado por la sanción resistida.

3. En cuanto a la defensa de falta de legitimación pasiva, corresponde señalar, tal como lo hace el señor Fiscal General en su dictamen, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad, que el pronunciamiento que rechazó esa excepción no es una sentencia definitiva ni equiparable.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General, voto por rechazar la queja planteada por HAPSA y dar por perdido el depósito de fs. 93.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. Si bien 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, no puede prosperar.

El recurso de hecho tiene por finalidad controvertir el rechazo de un recurso de inconstitucionalidad que fuera interpuesto contra una resolución que no posee el carácter de definitiva. Dado que por regla tales resoluciones no son pasibles de recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 27, ley 402), la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla. Al respecto la defensa sólo se limita a afirmar aquello que debía fundamentar, v. gr. "respecto a la equiparación de la sentencia atacada con una sentencia definitiva, más allá de ser ello patente, debe tenerse en

cuenta el perjuicio que la misma causa a mi representada y su imposible reparación ulterior" (fs. 49 vta.).

2. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos extrínsecos básicos que establece la ley local 402 para el remedio interpuesto. Sin embargo, él debe ser rechazado porque defiende un recurso de inconstitucionalidad que no impugna la sentencia definitiva del proceso (art. 27, ley 402).

2. La decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no es una de aquellas que puede ser cuestionada ante el Tribunal porque, sencillamente, ordena la continuación del proceso hacia la decisión que, precisamente, tendrá el carácter de definitiva. 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 local 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. Ni siquiera una supuesta denegatoria del fuero federal sería un argumento plausible para la admisión del recurso de inconstitucionalidad local.

Tal como sostuve recientemente —al fallar en "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.'", expte. nº 5568, resolución del 10/6/2008— 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 está 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.

4. Si no se trata de una sentencia definitiva (sentencia que resuelve sobre la responsabilidad de HAPSA en los hechos imputados), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley local nº 402) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde rechazar la queja y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 93.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo afirman mis colegas en los votos que anteceden, la queja presentada por la defensa de Hipódromo Argentino de Palermo S.A. debe ser rechazada.

Coincido en destacar la falta de fundamentación del recurso de hecho a la hora de demostrar que la decisión atacada constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal por los efectos que genera en cabeza de la recurrente.

En primer lugar, el pronunciamiento impugnado a través del recurso de inconstitucionalidad declarado inadmisible por la Cámara no posee carácter de sentencia definitiva pues, en pocas palabras, al rechazar las excepciones formuladas, sólo provoca la continuidad del proceso.

Tampoco la decisión que se cuestiona podría ser equiparada a una sentencia definitiva por sus efectos, toda vez que, si bien la defensa ha alegado la incompetencia del fuero penal, contravencional y de faltas local para intervenir en el juicio, esa expresión no se ha traducido correctamente en una afirmación de la competencia de la justicia federal. En efecto, el núcleo de los planteos del recurso mediante el cual, en definitiva, se solicita el archivo de las actuaciones, se orienta

a remarcar una cuestión distinta, como es la necesidad de determinar cuál es la *autoridad administrativa* competente para ejercer el *poder de policía en materia de seguridad edilicia* dentro del predio en el cual despliega su actividad el Hipódromo Argentino de Palermo, ubicado en el territorio de la Ciudad. A los mismos fines, también resultan insuficientes los argumentos vinculados a la excepción de falta de legitimación pasiva desestimada por los jueces de la causa (conf. punto V del dictamen del señor Fiscal General).

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Fiscal General a fs. 101/106, corresponde rechazar el recurso de queja deducido y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Al igual que mis colegas preopinantes pienso que la queja interpuesta por quien representa a la persona jurídica, Hipódromo Argentino de Palermo Sociedad Anónima (en adelante HAPSA), no puede ser admitida por motivos formales.

En efecto, esta queja busca defender la procedencia de un recurso de inconstitucionalidad que fue correctamente denegado por la Cámara, porque no se dirigió contra una "sentencia definitiva" o auto equiparable a ella según la constante jurisprudencia del TSJBA. En ese sentido, como lo explica el señor juez de trámite, cabe remarcar que el apoderado no parece haber promovido una verdadera excepción de incompetencia, pues su planteo, en realidad, no supone la competencia de la justicia federal o de la —denominada— justicia nacional, sino que, contrariamente, el planteo se funda en que pesa sobre la heredad que explota su poderdante una especie de "inmunidad" que impide cualquier actuación de una autoridad local tendiente a controlar y garantizar el cumplimiento de las normas locales vinculadas con cuestiones de higiene, seguridad y salubridad de un inmueble, por el cual, más allá de la naturaleza pública o privada del dominio que sobre aquél se ejerce, transita a diario un considerable número de vecinos y usuarios de la actividad que allí se ofrece (juego). Ese planteo implica, en pocas palabras, sustraerse lisa y llanamente de todo tipo de control, puesto que el recurrente no explica de qué manera la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —mediante sus órganos administrativos o jurisdiccionales— estaría privando o sustituyendo a alguna entidad federal o nacional en la facultad de ejercer algún control similar sobre ese inmueble. De lo dicho se desprende que la resolución inicialmente impugnada por esta vía difícilmente puede revestir el carácter de definitiva, en tanto no sustrae la causa de la jurisdicción porteña ni conlleva la denegación del fuero federal o nacional. Por lo demás, la pretensión de que se disponga el "archivo" de las presentes actuaciones constituye, a mi juicio, una solución manifiestamente improponible en el limitado marco de la excepción intentada y su rechazo no provoca perjuicio alguno a la parte que así la formula.

La escueta argumentación que el apoderado ensaya para sustentar la excepción de "falta de legitimación pasiva" de la sociedad que representa en juicio tampoco

alcanza para equiparar este pronunciamiento a uno definitivo, ni mucho menos para demostrar el gravamen que esa decisión le ocasiona a su poderdante, más allá de entender —*obiter dictum*— que la afirmación de que "frente al conflicto de jurisdicción y competencia, HAPSA no es más que un tercero que s[ó]lo padece las consecuencias de dicho conflicto, pero que no tiene capacidad legal alguna para solucionarlo" (fs. 44) resulta paradójica, pues en principio habría quedado demostrado ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas que concretamente el personal dependiente de HAPSA habría obstruido el normal desarrollo de un procedimiento de verificación de infracciones al régimen de faltas que pretendía llevar adelante una autoridad pública local, procedimiento que acertado o desacertado, con competencia o sin ella, debió continuar toda vez que —aun desde la óptica propuesta por el recurrente— no le concernía a su representada evitarlo.

Por las razones brevemente expuestas, voto por *rechazar* la queja y *dar por perdido* el depósito de ley.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 36/55.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 93.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala III de la Cámara CyF.

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

CCXLIII

"LÍNEA DE MICROÓMNIBUS SATCF S/ART. 6.1.63 Y OTROS, LEY 451 S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas locales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Los motivos de agravio vinculados a la violación del principio de legalidad y al orden de prelación normativa, no pueden ser materia del recurso extraordinario si no fueron oportunamente presentados ante el Tribunal, de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la cuestión federal, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces puedan tratarla y resolverla; y debe ser mantenida en todas las

intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance dado por la mayoría del Tribunal a las atribuciones constitucionales de la Legislatura local y del Poder Ejecutivo de esta Ciudad, materia que involucra la interpretación de normas constitucionales *locales* (arts. 80, inc. 2º, e] y h], 104 y 105, CCBA) y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante ese remedio. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando no se exponen las razones que den fundamento a una genérica tacha de arbitrariedad y a la alegada vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, si la decisión de este Tribunal se encuentra razonada y fundada, más allá de que la recurrente discrepe con sus contenidos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5837/08 - 4/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La apoderada de la empresa de transporte "Línea de Microómnibus 47 S.A." interpuso recurso extraordinario federal (fs. 283/302) contra la resolución, de fecha 28/8/2008 (fs. 266/275), mediante la cual el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 228/247) parcialmente admitido por la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia impugnada.

Resumidamente, la recurrente sostiene que la sentencia atacada (fs. 266/275) —que confirmó la validez constitucional del dec. local 2124/04 mediante el que el Poder Ejecutivo creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana" y le asignó sus funciones— resulta arbitraria. En este sentido, detalló que, según lo entiende, la resolución del Tribunal vulneró el principio de división de poderes, el de legalidad y la jerarquía normativa consagrada en la Constitución Nacional, el debido proceso, la defensa en juicio y el principio de inocencia.

2. El Fiscal General Adjunto, por su parte, entendió que el recurso intentado resulta inadmisible (fs. 305/307). En ese sentido, indicó que la presentación de la recurrente no expone un caso constitucional. Puntualmente, sobre la supuesta vulneración del principio de división de poderes, se remitió a su dictamen anterior (fs. 261/262) y a lo resuelto por el Tribunal en la sentencia atacada (fs. 266/275), toda vez que —según lo entiende— la imputada no logró rebatir su contenido.

Respecto de la alegada violación del principio de legalidad, por avasallamiento de la jerarquía normativa establecida en la C.N., agregó que este motivo de agravio no fue sostenido adecuadamente, en tanto la Cámara había denegado el recurso de inconstitucionalidad en ese punto y la empresa recurrente no articuló la correspondiente queja ante el Tribunal. Por último, consideró que la recurrente no acreditó un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido a favor de la firma "Línea de Microómnibus 47 S.A." fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la Acordada 4/07 de la CSJN. No obstante, tal como lo dictamina el señor Fiscal General Adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. El Tribunal, al momento de resolver el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por la Cámara, consideró —por mayoría— que el dictado del dec. local 2124/04 no supuso la violación del principio de división de poderes, debido a que no se trataba de una norma en materia de policía o tránsito, como denunciaba la recurrente. Específicamente, la mayoría del Tribunal indicó que el decreto en cuestión sólo asignó competencia a una nueva área del Poder Ejecutivo local para confeccionar actas que registraran supuestas infracciones de tránsito. Con esas actas, la autoridad administrativa simplemente iniciaba el procedimiento de faltas ya regulado en la ley 1217.

3. Con relación a los motivos de agravio vinculados a la violación del principio de legalidad y del orden de prelación normativo fijado en la Constitución Nacional, es correcta la afirmación del señor Fiscal General Adjunto en cuanto a que esas cuestiones no fueron presentadas ante el Tribunal y, por lo tanto, no pueden ser materia del recurso intentado.

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

4. Por otra parte, de la lectura del recurso se advierte que la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance dado por la mayoría del Tribunal a las atribuciones constitucionales de la Legislatura local y del Poder Ejecutivo de esta Ciudad, materia que involucra la interpretación de normas constitucionales *locales* (arts. 80, inc. 2º, e] y h], 104 y 105, CCBA) —sobre la cual

este Tribunal tiene la última palabra— y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constante jurisprudencia que cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluída la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros)

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

La recurrente no ha logrado exponer razones que den fundamento a su genérica tacha de arbitrariedad y a la alegada vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia. La decisión de este Tribunal de fs. 266/275 se encuentra razonada y fundada, más allá de que la recurrente discrepe con sus contenidos y pretenda soslayar que el Tribunal se limitó a resolver en torno al único planteo susceptible de ser tratado: la alegada vulneración al principio de división de poderes. En efecto, las consideraciones efectuadas en cuanto a la pretendida arbitrariedad de la resolución no expresan más que su mera disconformidad con lo decidido por la mayoría del Tribunal.

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

Algo similar sucede con la invocada violación al principio de división de poderes. En este punto, la presentación recursiva se limita a reeditar los argumentos planteados en su recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 238/246), sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión recurrida para desestimar su planteo.

Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 283/302.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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

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

3. En las demás cuestiones planteadas, me adhiero al voto conjunto de la señora jueza de trámite, Ana María Conde, y del señor juez José O. Casás.

4. Propongo, por ello, como la señora jueza de trámite, Ana María Conde, y el señor juez José O. Casás, denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

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

3. En cuanto a la arbitrariedad de la sentencia impugnada, sin perjuicio de que entiendo que, como regla, no corresponde al propio Tribunal emisor del acto jurisdiccional calificar sus actos de arbitrarios para que sean revisados por una instancia superior, cabe resaltar que el recurrente no demuestra que se encuentren configurados los extremos de esa doctrina. Es jurisprudencia reiterada de la CSJN que no es objeto de la doctrina de la arbitrariedad corregir fallos equivocados o convertir al máximo tribunal federal en una nueva instancia ordinaria, sino que solamente tiene como fin permitir la revisión de aquellas sentencias que no puedan sostenerse como un acto jurisdiccional válido (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 312:246 y 323:2196, entre otros), situación que no se corresponde con la de autos.

4. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 283/302.

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. El recurso extraordinario federal fue presentado en tiempo y forma, y cumple con los requisitos formales impuestos por los arts. 1º y 2º de las "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" aprobadas por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, no puede ser admitido por las razones que se exponen a continuación.

2. En distintas oportunidades a lo largo de su presentación, el recurrente sostiene que en el caso se han vulnerado los principios de legalidad y de división de poderes, el debido proceso, la presunción de inocencia, y los derechos de defensa en juicio e igualdad ante la ley (fs. 284, 295, 302). No obstante ello, no da sustento argumentativo a ninguna de las impugnaciones constitucionales que enuncia genéricamente. El resto del escrito reitera los argumentos que el actor esgrimiera en el recurso de inconstitucionalidad, y que fueron oportunamente tratados por el Tribunal al momento de dictar la sentencia definitiva.

3. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que contiene el recurso en análisis, no tiene entidad para articular un caso federal ya que carece de fundamentos suficientes. Cabe destacar al respecto que la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal —establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 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).

4. En síntesis, el recurso extraordinario intentado no cumple con los requisitos de fundamentación que exige el art. 3º, incs. b), d) y e) del reglamento referido en el apart. 1, por lo que debe ser declarado inoficioso.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 283/302.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 275, punto 2.

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

CCXLIV

"MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS; MASERO, NÉSTOR LUCIO Y OTRO S/LEY 255 (JUNÍN 1787)'" Y SUS ACUMULADOS: EXPTE. Nº 5818/08 "MARTÍNEZ, ALFREDO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"; EXPTE. Nº 5819/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"; Y EXPTE. Nº 5816/08 "VILDOZA, JORGE ERNESTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN AUTOS 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal pues a través del agravio referido a la falta de notificación personal que dio origen a la nueva incidencia, se intenta reintroducir una cuestión que fue abandonada por las propias defensas en sus recursos de inconstitucionalidad, al no haber siquiera intentado rebatir en esa oportunidad y desde un punto de vista constitucional los argumentos brindados por las instancias de mérito para desecharlo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Los cuestionamientos que permanecen en el terreno de la interpretación y aplicación de normas de naturaleza infraconstitucional, interpretación y aplicación carentes de todo aditamento constitucional, resultan extrañas a un recurso extraordinario federal y a la competencia de la CSJN. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5127/07 - 4/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Defensora General Adjunta, en representación de Jorge Ernesto Vildoza, y los defensores de Alfredo Luis Martínez y de Néstor Lucio Masero interpusieron —mediante sus presentaciones de fs. 386/405 y 411/431, respectivamente— recurso extraordinario federal contra la decisión de este Tribunal de fs. 367/381, emitida el 3/9/2008. Allí se resolvió, en cuanto resulta relevante para resolver los recursos: a) por unanimidad, rechazar las quejas obrantes a fs. 29/40, 167/184 y 332/346; […] c) por mayoría, intimar al señor Jorge Ernesto Vildoza a que en el término de cinco días integrara el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

2. Los recurrentes sostienen que el rechazo de las quejas por parte del Tribunal fue arbitrario ya que la decisión atacada, a su entender, consiste en meras fórmulas dogmáticas que redundan en una fundamentación aparente y no trata las cuestiones constitucionales planteadas —vinculadas con el modo en que fueron interpretadas en la causa las normas que regulan la prescripción de la acción contravencional y el régimen de notificaciones previsto para este tipo de procesos—, con lo cual el Tribunal se habría apartado además de los precedentes de la CSJN que consideran aplicables al caso.

La defensa del señor Vildoza agrega, respecto a la intimación al pago del depósito previsto por el art. 34 de la ley local 402, que esa exigencia afecta el derecho de defensa en juicio de su asistido porque obstaculiza su potestad de recurrir una resolución contraria a sus intereses. Y señala que es arbitraria porque, según la recurrente, el Tribunal cambió su criterio jurisprudencial sobre la materia y no brindó razones suficientes que sustenten esa modificación.

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado conferido, entendió que los recursos intentados deben ser rechazados, con costas, porque "en el aspecto substancial no tiene solución la forma defectuosa en que fueran presentados, respectivamente, sus antecedentes procesales [las quejas y sus recursos de inconstitucionalidad denegados], claramente puestas de manifiesto en el fallo recurrido con suficiente sustento fáctico y jurídico" (fs. 434).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos extraordinarios federales deducidos en favor del señor Vildoza, por un lado (fs. 386/405), y de los señores Martínez y Masero, por otro (fs. 411/431), fueron interpuestos en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y cumplen en general con los requisitos impuestos por la Acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, al momento de resolver las quejas por recurso de inconstitucionalidad denegado, y mediante un pormenorizado examen de las presentaciones, concluyó que contenían deficiencias de fundamentación tales que imponían su rechazo. En resumen, la decisión ahora cuestionada señaló que los recursos no contenían una crítica suficiente del auto denegatorio que pretendían atacar, requisito fundamental de la queja conf. ley 402.

3. Es oportuno recordar en este punto, la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. En sus respectivos recursos, los defensores no han logrado demostrar la afectación a principios constitucionales que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad que alegan.

La admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta, pues, como lo tiene dicho la CSJN desde antiguo, "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Las presentaciones de los recurrentes no logran demostrar que alguna de las circunstancias referidas se den en la sentencia que impugnan.

5. Tanto la defensa de Vildoza como la de Martínez y Masero (fs. 398/403 vta. y 427/430) sostienen que el Tribunal no atendió los planteos de la defensa, en especial el referido a la falta de notificación personal que dio origen a esta nueva incidencia. De este modo, intentan reintroducir una cuestión que fue abandonada por las propias defensas en sus recursos de inconstitucionalidad, al no haber siquiera intentado rebatir en esa oportunidad y desde un punto de vista constitucional los argumentos brindados por las instancias de mérito para desecharlo. Dado que este motivo de agravio no fue mantenido y consecuentemente no fue tratado por el Tribunal, tampoco puede ser sometido a consideración de la CSJN.

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

6. Por último, la defensa del señor Vildoza plantea la afectación al derecho de defensa y la arbitrariedad de la decisión recurrida, en tanto se lo ha intimado a efectuar el depósito correspondiente a la queja local (fs. 402 vta. y ss.).

El recurrente alega que su planteo referido a la inconstitucionalidad de la exigencia del depósito no ha sido tratado por el Tribunal. Lo cierto es que más allá de mi opinión respecto de la improcedencia de la exigibilidad del depósito en casos en los que actúe la defensa pública, los jueces que conformaron la mayoría se hicieron cargo de la cuestión señalada y resolvieron como ordena el punto 3 del dispositivo de la sentencia impugnada.

Por otro lado, la defensa señala que esa exigencia afecta el derecho de defensa en juicio de su asistido porque obstaculiza su potestad de recurrir una resolución contraria a sus intereses. Sin embargo, el hecho de que el Tribunal se encuentre decidiendo la admisibilidad de su recurso extraordinario federal demuestra que ha podido acceder a todas las vías recursivas que la normativa vigente le garantiza.

Por las razones expuestas, voto por denegar los recursos extraordinarios federales interpuestos a fs. 386/405 y 411/431.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a lo expuesto en los puntos 1 a 5 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

2. El agravio vinculado a la alegada afectación del derecho de defensa y a la arbitrariedad de la decisión recurrida, generado por la supuesta omisión de tratamiento por parte del Tribunal de un planteo de inconstitucionalidad de la exigencia del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, tampoco resulta admisible. En este sentido, sólo cabe destacar que los jueces que conformaron la mayoría al dictar la sentencia resistida, contrariamente a lo sostenido por la señora Defensora, sí se han pronunciado acerca de la referida cuestión por remisión a lo sostenido en diversos precedentes, con argumentos que, en consecuencia, debieron ser rebatidos por la interesada —conf. puntos 2 del voto del señor juez Luis F. Lozano, 2.2) del voto de la señora jueza Ana María Conde y 3 b) del voto del suscripto.

Por lo expuesto, corresponde denegar los recursos extraordinarios federales agregados a fs. 386/405 y 411/431.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a los puntos 1, 2, 3 y 5 del voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y a las consideraciones del voto del juez José O. Casás.

2. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

3. Por las razones expuestas, voto por denegar los recursos extraordinarios federales interpuestos a fs. 386/405 y 411/431.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Los recursos extraordinarios federales deducidos a favor del imputado Vildoza, representado por la Defensora General Adjunta, y de los imputados Martínez y Masero, representados por sus abogados particulares, deben ser denegados. En efecto, ambos recursos presentan el mismo defecto que este Tribunal le atribuyera a las quejas oportunamente desestimadas, esto es, no contienen una crítica concreta y razonada de los fundamentos expuestos por el Tribunal en la resolución impugnada (*Fallos,* 316:420; 325:2652; 326:2056; 327:352, entre muchos otros). En ese sentido las consideraciones expuestas en ambos recursos alcanzan para dejar expresada una opinión contraria a la solución que fue ratificada por todas las instancias locales, pero no alcanzan para darle sustento alguno a la genérica tacha de arbitrariedad con la que se pretende acceder a la CSJN.

Concretamente, ambos recursos se limitan a reeditar textualmente los motivos de agravio que habían sido incluidos en presentaciones anteriores e intentan —una vez más— desviar la discusión de acuerdo a la conveniencia de aquellos que representan, pero, en lo que aquí interesa, no se introducen argumentos suficientes que controviertan —mínimamente— lo resuelto en la decisión recurrida por esta vía. Ello así porque, insisto, la única cuestión que correspondía discutir luego de la remisión efectuada por la CSJN fue la que menos atención recibió de parte de los recurrentes y si bien en estas nuevas presentaciones aquella cuestión —paradójicamente— pasó a ser el principal objeto de cuestionamiento, tales cuestionamientos permanecen en el terreno de la interpretación y aplicación de normas de naturaleza infraconstitucional, interpretación y aplicación que, al carecer de todo aditamento constitucional, resulta extraña a un recurso extraordinario federal y a la competencia de la CSJN.

En lo que respecta a la tacha de inconstitucionalidad del art. 34, ley 402, que la defensa del señor Vildoza considera desatendida por el Tribunal, comparto lo señalado por mis colegas preopinantes, puesto que, al haberme remitido a un precedente del Tribunal ("Szlukier") en el cual había expresado los fundamentos por los cuales no compartía la inconstitucionalidad alegada por el Defensor General

—inconstitucionalidad fundada únicamente sobre la base del criterio sustentado por varios de mis colegas en otros precedentes del Tribunal—, tengo la plena convicción de que dicha cuestión ha merecido un tratamiento adecuado y suficiente.

En consecuencia, corresponde *denegar* los recursos extraordinarios federales obrantes a fs. 386/405 y 411/431.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* los recursos extraordinarios federales agregados a fs. 386/405 y 411/431.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 381, punto 4.

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

CCXLV

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

RECURSO DE ACLARATORIA.

SUMARIO:

1. Cabe rechazar el pedido de aclaratoria frente a la decisión de no hacer lugar a la impugnación constitucional planteada, que dio acabado cumplimiento al art. 113, inc. 3º de la CCBA, en tanto prescribe la intervención del Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución, si se tiene en cuenta que las cuestiones constitucionales propuestas por la parte legitimada fueron decididas mediante el voto de los tres jueces que resolvieron desestimarlas. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5904/08 - 4/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Fiscal General Adjunto interpone recurso de aclaratoria contra la sent. del 8/10/2008, agregada a fs. 62/79, en cuya parte dispositiva el Tribunal, por mayoría, estableció "(n)o hacer lugar a la impugnación constitucional planteada por el GCBA contra la sentencia dictada por la Sala II el día 7/8/2007 en los autos principales, cuya copia obra a fs. 20/25 de la queja" (fs. 81/82 vta.).

El señor Fiscal entiende que, en el caso, "no se hallan reunidas las mayorías necesarias para que pueda tenerse por verificado un pronunciamiento válido", afirmación que lo conduce "a requerir la correspondiente aclaración, habida cuenta que, de resultar confirmada esta verificación me encuentro obligado a interponer recurso extraordinario federal" (fs. 81).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Más allá de lo que podría llegar a expresarse en punto a la legitimación procesal activa del Ministerio Público Fiscal para interponer un recurso de aclaratoria mediante la sola invocación del art. 125 de la CCBA, lo cierto es que la decisión objeto del planteo ha sido adoptada con una concurrencia de tres votos que resuelven, en términos inequívocos, no hacer lugar a la pretensión sometida a conocimiento del Tribunal (conf. doctrina de la CSJN *in re*: "Transportes Automotores Chevallier S.A. v. resol. 21 del Plenario de la Comisión Federal de Impuestos", sent. del 23/2/1995, *Fallos,* 318:177), sin perjuicio de los votos en minoría de la señora jueza Ana María Conde y del suscripto. En este sentido, la situación no difiere de aquellas en que la mayoría del pronunciamiento de la CSJN surge de computar los votos de jueces que desestiman el recurso extraordinario federal en los términos del art. 280 del CPCCN y el de quien llegó a ese resultado luego de analizar y descartar el supuesto de arbitrariedad invocado para fundar el remedio federal intentado (*Fallos,* 329:2250, entre muchos otros).

El GCBA, al interponer su recurso de inconstitucionalidad, consideró que la sentencia de la Cámara: *a)* vulneraba el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses no pedidos por la parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis; *b)* carecía de fundamentación suficiente, y *c)* prescindía de la normativa directamente aplicable. Sostuvo también la recurrente que la decisión afectaba su derecho de defensa, la garantía del debido proceso y tachó de arbitrario el pronunciamiento (conf. punto 3 del "resulta" de la sentencia del Tribunal).

La decisión de "*(n)o hacer lugar a la impugnación constitucional planteada*", ha dado acabado cumplimiento al art. 113, inc. 3º de la CCBA, en tanto prescribe la intervención del Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad, "en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución", si se tiene en cuenta que las cuestiones constitucionales propuestas por la parte legitimada fueron decididas mediante el voto de los tres jueces que resolvieron desestimarlas.

En suma, la fórmula utilizada para definir la solución del caso no presenta extremo alguno susceptible de ser corregido o aclarado conforme a los recaudos para la procedencia del recurso analizado (art. 216, CCAyT).

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

Adherimos al voto de nuestra colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a los párrafos tres y cuatro del voto de mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el pedido de aclaratoria de la sentencia de fs. 62/79, formulado por el señor Fiscal General Adjunto.

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.*

CCXLVI

"CAFFARO, SANDRA FABIANA 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.

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. 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).*

11. 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).*

Expte. nº 5976/08 - 4/11/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Sandra Fabiana Caffaro, que se desempeña como Profesional de Guardia Médico (Pediatría) del Hospital General de Agudos "doctor Enrique Tornú" de la Ciudad de Buenos Aires, 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.).

Solicitó, también, el dictado de una medida cautelar que dispusiese el inmediato cumplimiento de lo establecido en la norma antes referida, proveyéndosele —como mínimo— la ampliación horaria de 24 a 36 horas semanales, así como el pago retroactivo de todas las sumas correspondientes a los períodos en que debió darse cumplimiento al incremento horario de que se trata. Esta medida fue rechazada por la Jueza de Primera Instancia (fs. 37/39).

2. 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 su inadmisibilidad formal, como por su improcedencia sustancial (fs. 44/51).

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de amparo por considerar que el art. 6º del dec. 282/96 no es aplicable y que no se ha verificado la omisión arbitraria e ilegítima por parte de la administración al no ampliarle el horario en planta en los términos de esa normativa (fs. 64/68 vta.).

3. La señora Caffaro apeló la sentencia (fs. 69/76 vta.) y el CGBA contestó el traslado y solicitó que se declare desierto dicho recurso (fs. 83/85 vta.).

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, hizo lugar al recurso de apelación y revocó 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 13.946/0, sent. del 19/5/2006, por considerarlo una causa análoga (fs. 102 y 108).

5. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 114/130 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.

6. 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 CCBA. En cambio, la Cámara lo rechazó en cuanto a la aplicación del art. 6º del dec. 282/96 por la causal de arbitrariedad y por ser una norma de derecho común, de rango infraconstitucional (fs. 145/146).

7. En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia un pronunciamiento que declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada (fs. 153/155 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. La Sala interviniente dispuso la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el caso es "análogo" (punto III, fs. 145/146) 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. nº 4926/06 —que remitió a su vez a los fundamentos vertidos en "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 las causas mencionadas, el TSJBA debió resolver 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 las citadas *supra*.

En el precedente "Akrich" ya aludido, por mayoría se hizo lugar parcialmente a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el GCBA y se rechazó la acción de amparo intentada.

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. nº 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; y más recientemente *in re*: "Maugeri, Dante Abel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5934/08, sent. del 8/10/2008.

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 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 del 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.

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. El recurso de inconstitucionalidad que interpusiera el GCBA (fs. 116/130) y que fuera parcialmente concedido por la Sala I de la Cámara CAyT (145/146) debe ser rechazado.

2. El agravio relativo a la improcedencia formal del amparo es inadmisible.

El recurso de fs. 116/130 fue parcialmente concedido por Cámara únicamente en cuanto a la interpretación 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 'Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4926, resolución del 11/4/2007 (fs. 145/146). La improcedencia parcial del recurso fue consentida por el GCBA quien dejó firme la sentencia de fs. 102 aclarada a fs. 108 en relación con los agravios denegados. La estrategia del demandado consiste, pues, en objetar la vía procesal exclusivamente.

Ahora bien, el recurrente no demostró que el trámite del amparo hubiese afectado su intervención útil en el proceso y/o le hubiese impedido defenderse adecuadamente. Dicho en otros términos, el GCBA no articuló un caso constitucional basado en la eventual afectación de su derecho de defensa en juicio ni en ningún otro principio.

En las condiciones que han sido referidas, la actividad del GCBA parece orientada exclusivamente y de manera ineficaz a desvirtuar la procedencia del reclamo de los actores cuya legitimidad fuera reconocida por la Sala en una sentencia que, en ese punto, se encuentra firme.

3. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA a fs. 116/130, con costas.

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 Sandra Fabiana Caffaro

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 el expte. nº 4782/06 caratulado "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.*

CCXLVII

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no satisface la carga de realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, entre los que se destaca especialmente la ausencia de un caso constitucional, omisión que obsta a su procedencia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja fundado en actos de valoración de la prueba, fijación de hechos e interpretación de disposiciones legales comunes (infraconstitucionales) que no constituyen la materia de la competencia del TSJBA de la Ciudad de Buenos Aires y que pretende, ante el fracaso de la defensa del interés del recurrente y la existencia de criterios distintos al de la sentencia de mérito que finaliza el pleito, fundar una nueva instancia de mérito, inexistente en la ley procesal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si no expresa de manera alguna qué reglas del Contencioso Administrativo y Tributario fueron omitidas en la decisión y

por qué correspondía aplicarlas en lugar de aquellas que los jueces consideraron aptas para la solución del caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurso de queja no logra exponer una cuestión constitucional pues sostiene, de modo genérico, la violación de los derechos de raigambre constitucional, pero no logra establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que invoca y el contenido de la sentencia recurrida, evidenciando su discrepancia con la sentencia de la Cámara en cuanto a la valoración de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales consideradas aplicables para fundar su decisión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto del señor José O. Casás).*

5. En una interpretación más amplia de un eventual motivo de arbitrariedad, los recursos extraordinarios, tales como el de inconstitucionalidad en el orden local, no importan una nueva instancia de mérito, reservada sólo para el litigio en primera y segunda instancia, pues no constituyen una tercera instancia de revisión amplia de la sentencia definitiva, sino que se trata de una vía excepcional, para detectar errores básicos en la administración de justicia y, en nuestro caso, la lesión efectiva de una regla constitucional, supraordinada a aquellas que fueron aplicadas en la solución del litigio, de modo que queda a cargo del recurrente la demostración y verificación de ese error básico. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. El concepto de gravedad institucional comprende a aquellas cuestiones que exceden el interés individual de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad; por lo que parece plausible la existencia de tal supuesto aun cuando se trate de una cuestión estrictamente local que no constituya cuestión federal en los términos del art. 100 C.N. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5947/08 - 4/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. L.P. S.A. promovió acción de repetición contra el GCBA por la suma de $ 7.126,72, con más sus intereses, o lo que en más o en menos resulte del proceso iniciado, más expresa imposición de costas.

Adujo que el 23/5/1995 adquirió bajo el régimen de propiedad horizontal un departamento ubicado en la Ciudad de Buenos Aires y que, a partir de ese momento, abonó puntualmente la contribución de alumbrado, barrido y limpieza. Sin embargo, a partir del mes de julio del año 2000 y en forma coincidente con la voluntad de la sociedad de vender el inmueble, la Dirección General de Rentas del GCBA comenzó a reclamar el pago de un supuesto revalúo inmobiliario, cuyo vencimiento habría ocurrido el 31/8/1994, por el monto de $ 3.711,08 que, con sus intereses, ascendía al total de $ 10.391,02. Frente al compromiso de venta asumido, procedió a abonar la suma reclamada “bajo protesto” e inició reclamo administrativo para la

repetición de lo abonado en concepto de intereses por considerarlos improcedentes, pues la autoridad administrativa nunca notificó el revalúo, ni se cumplieron los recaudos de ley para considerar que el propietario del inmueble se encontraba en mora. A su entender, la notificación realizada en el año 1994 era nula de nulidad absoluta, pues fue entregada "bajo puerta", sin indicación certera de la dirección, ni aclaración del departamento y tampoco constaba la firma del oficial notificador. Ante el rechazo del recurso jerárquico, inició las actuaciones judiciales (fs. 66/69 y punto I del relato de la sentencia de fs. 13/18).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda y distribuyó las costas en el orden causado (fs. 1/2 vta.).

2. En lo que aquí interesa relatar, es preciso decir que, apelada la sentencia por la actora (fs. 6/9) y contestados los agravios por el GCBA (fs. 10/11), la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario revocó el pronunciamiento recurrido, hizo lugar a la acción de repetición interpuesta por la actora, ordenó el pago de la suma reclamada con más sus intereses e impuso las costas, de ambas instancias, a la demandada (fs. 13/18).

Para así decidir, la Cámara sostuvo que la parte actora no era la contribuyente que revestía la calidad de deudora de la obligación tributaria nacida del revalúo, pues los incumplimientos a deberes formales —en el caso, no informar al Fisco modificaciones constructivas que incidían en la valuación fiscal del inmueble— eran personales y no podían ser imputados a terceros. Por tanto, el incumplimiento de obligaciones por parte del anterior propietario del inmueble no podía serle imputado a la actora. A dicha conclusión no obstaba —según señaló— la circunstancia de que L.P. S.A., en el contrato de compraventa que oportunamente había suscripto, hubiera indicado que tomaba a su cargo el pago de "...todos los impuestos, tasas, contribuciones y expensas que graviten sobre las unidades adquiridas, liberando al autorizante de toda responsabilidad al respecto, de conformidad con el art. 5º de la ley 22.427", pues tal referencia obedecía a lo prescripto por la ley 22.427, que establece los supuestos en los que la constitución o transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles se puede realizar e inscribir sin la certificación de libre de deuda. De este modo, las partes asumieron solidariamente en esa escritura pública las deudas líquidas y exigibles que existían al momento de la compraventa, pero no aquellas que pudieran surgir como consecuencia de una decisión administrativa que eventualmente modificase las liquidaciones formales ya efectuadas y canceladas. Y agregó que, aun cuando se considerase que la parte actora había asumido una deuda ajena, todavía le asistía el derecho de controvertir la notificación realizada por la Administración, según podía obrar el propietario anterior. Ello así, por cuanto la notificación de revalúo practicada por el GCBA no reunía los recaudos exigibles conforme al art. 22 de la Ordenanza Fiscal vigente al año 1994: no indicaba a persona alguna como destinatario; se consignaban dos domicilios diferentes en los cuales debía practicarse la notificación; no se notificó —finalmente— en ninguno de los dos domicilios consignados, sino en alguna puerta con numeración entre 1544 y 1568 de alguna calle cuyo nombre no aparecía indicado; no se consignaba la documenta-

ción que acompañaba a la notificación; la constancia de recepción carecía de firma tanto del destinatario, como del oficial notificador; y no era posible determinar si la constancia de fs. 21 que obraba en el expediente administrativo, único elemento que exhibía alguna referencia concreta, correspondía al domicilio de Rodríguez Peña 1560/1564 o a cualquier otro. Frente a la nulidad de la notificación, la pretensión de cobro de la Administración Pública resultaba inválida. Desde un punto de vista sustancial la actora no era la deudora frente al Fisco local, pero si su actitud fue la de asumir dicha deuda, correspondiente a otro contribuyente, tenía los mismos derechos que le hubieran correspondido al verdadero deudor (subrogación).

En cuanto a los intereses de la deuda cuya repetición reclamaba la actora, la Cámara consideró que a partir del 1º/1/2004 correspondía aplicar una tasa de interés del 0,50 % mensual, expresamente establecida por la legislación local para los casos de repeticiones de gravámenes tributados en demasía e integrar —para los períodos anteriores a tal normativa— ese ordenamiento con el criterio general sostenido por la Sala en materia de intereses resarcitorios. Para los períodos anteriores al 1º/1/2004, dispuso que al porcentaje según la tasa pasiva para todo el período se le debía adicionar el porcentaje de interés según la tasa activa para el período 6/1/2002 al 30/9/2002, y luego restar el porcentaje de interés según la tasa pasiva para dicho período. Aclaró, además, que los intereses corrían desde la fecha de interposición del reclamo administrativo.

3. Contra esa decisión, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 19/28 vta.) con sustento en la arbitrariedad de la sentencia y la afectación del derecho al debido proceso y defensa en juicio. A su entender, ella se apartó del resultado de la prueba documental, de la normativa tributaria de aplicación, afectando directamente la financiación de la renta pública y, con ello, la propia estabilidad del Estado, la previsión presupuestaria y la organización estatal (arts. 16, 17, 18, C.N. y arts. 11, 12, incs. 5º, 13, inc. 3º y 62, CCBA). La sentencia, además, fijó una tasa de interés —para el período anterior al 1º/1/2004— que afecta el derecho de propiedad de su parte, en tanto resulta ostensiblemente mayor a la establecida para los casos de repetición, al invocar un pronunciamiento que versa sobre daños y perjuicios.

El fallo cuestionado —según afirma— creó condiciones para una notificación que no fueron requeridas por el legislador, no ponderó correctamente los datos de la constancia de fs. 21, ha efectuado una incorrecta interpretación de los hechos y del principio de solidaridad aplicable al caso, autoriza a que quien no fue destinatario de la notificación esté legitimado para controvertir su validez e incurre en gravedad institucional.

4. La Sala l, previo traslado a la parte actora del recurso de inconstitucionalidad articulado por la demandada (fs. 76/77 vta.), denegó su concesión, con costas a la vencida (fs. 30/31). Consideró que no se verificaban en el caso las circunstancias según las cuales se había admitido la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, que el pronunciamiento impugnado no reunía la condición de definitivo con rela-

ción a ninguna cuestión constitucional y que el recurrente no había justificado la gravedad institucional invocada. Por lo demás, tratándose de una construcción de la Corte Federal, relativa al recurso extraordinario, la justificación de su traslado al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local era necesaria. Finalmente, el recurrente no había expuesto un agravio autónomo sobre el punto.

5. Ante el rechazo, el GCBA interpuso la queja correspondiente (fs. 33/44). Centró sus agravios en que: *a)* la cuestión constitucional es haber dejado de lado la ley que rige el caso generando con ello un perjuicio al Fisco local; *b)* toda sentencia descalificable por arbitrariedad, tiene relación directa e inmediata con alguna norma constitucional; y *c)* la no aplicación de la ley 189 genera incertidumbre jurídica y constituye la relación directa con la norma constitucional.

6. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 85/88).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

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

3. La reseña de la causa ensayada arriba pone de manifiesto que el GCBA pretende someter a decisión del Tribunal tres cuestiones: *a)* la validez y efectos de una notificación, *b)* la legitimación de la parte actora para reclamar la repetición de los intereses de un impuesto que abonó bajo protesto, generados por la conducta de su antecesor en el dominio del inmueble en cuestión, y *c)* la tasa de interés correspondiente a la suma que el fallo condena a devolver. Es fácil advertir que la solución de esas cuestiones no requiere del tribunal que decide la interpretación de ninguna disposición constitucional. Más aún, de la simple lectura del texto del recurso se observa que él, argumentalmente, está transido de actos de valoración de la prueba, fijación de hechos e interpretación de disposiciones legales comunes (infraconstitucionales) que no constituyen la materia de la competencia del TSJBA de la Ciudad de Buenos Aires y que pretenden tan sólo, ante el fracaso de la defensa del interés del recurrente y la existencia de criterios distintos al de la sentencia de

mérito que finaliza el pleito, fundar una nueva instancia de mérito, inexistente en la ley procesal.

4. Aunque en el escrito de fs. 33/44 el GCBA afirma que "[l]a cuestión constitucional es haber dejado de lado la ley que rige el caso generando con ello un perjuicio al Fisco local" (fs. 35, primer párrafo) para justificar la afectación de su derecho de defensa y de la garantía del debido proceso (y como corolario de ello, la lesión del derecho de propiedad, de la garantía de la igualdad, del sistema rentístico del Estado local, etc.), en parte alguna de la queja (o del recurso de inconstitucionalidad) señala cuál o cuáles son, concretamente, las disposiciones legales o reglamentarias omitidas por la Sala, cuya valoración hubiera modificado la suerte del juicio. No cabe tener por tal la mera referencia efectuada a fs. 35 vta., en cuanto a que la no aplicación de la ley local 189 genera incertidumbre jurídica (fs. 35 vta.): esa ley es el CCAyT y el recurso no expresa de manera alguna qué reglas de ese Código fueron omitidas en la decisión y por qué correspondía aplicarlas en lugar de aquellas que los jueces consideraron aptas para la solución del caso.

En verdad, la queja no hace más que reiterar los defectos que ya contenía, por cierto, el recurso de inconstitucionalidad. Éste sostiene, de modo genérico, la violación de los derechos de raigambre constitucional ya mencionados, pero no logra establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Ello equivale a decir que el recurso no alcanza a exponer una cuestión constitucional, sino tan sólo su discrepancia con la sentencia de la Cámara en cuanto a la valoración que el tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar su decisión.

5. Ciertamente, como afirma la Sala 1 de la Cámara CAyT a fs. 30/31 "la recurrente solamente se limita a mencionar su desacuerdo con la sentencia, sin adecuar su presentación a un agravio constitucional de manera concreta (...) no logra establecer una relación directa e inmediata entre el perjuicio que le ocasiona la sentencia y los derechos constitucionales que manifiesta...". A ello conduce siempre su reclamo genérico de arbitrariedad. En efecto, la interpretación dada por la Cámara de Apelaciones —como se vio— a los hechos, a las pruebas aportadas y a las normas aplicables (en el caso, art. 57 del C.F., arts. 18, 22 y 45 de la Ordenanza Fiscal para el año 1994, arts. 715, 875, 1469 y 1474 CC, art. 5º, ley 22.427), que difiere de la pretendida por el GCBA, no transforma sin más en infundada la sentencia objeto del recurso, ni importa la afectación de principios constitucionales (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: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.). Por lo contrario, la sentencia recurrida aparece con fundamentos suficientes, que no representan la mera expresión subjetiva de la opinión absurda de los jueces que dictaron la sentencia criticada.

Respecto de la arbitrariedad alegada, he señalado múltiplemente, con recurrencia y énfasis crecientes, que sostengo una posición particularmente estricta respecto

de la *arbitrariedad* como motivo que *no* autoriza el recurso de inconstitucionalidad (conf., por todos, "Compañía Meca S.A. c/DGR [Res. 429 DGR/2000] 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 2585/03, resolución del 12/8/2004, y sus citas, que explica con extensos fundamentos esta situación; también 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). Como manifesté ya en otras ocasiones "la mera discrepancia del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente (...). Al requisito señalado deben sumarse otros: la interposición en tiempo oportuno y la introducción de un caso constitucional" (conf. "Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y su acumulado expte. nº 2578 "GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" ambos en: "Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]", expte. nº 2567/03, resolución de 20/4/2004).

Mas, aun con la interpretación más amplia de un eventual motivo de *arbitrariedad*, según lo sostiene la mayoría del Tribunal, los recursos extraordinarios, tales como el de inconstitucionalidad en el orden local, no importan una nueva instancia de mérito, reservada sólo para el litigio en primera y segunda instancia, esto es, no constituyen una tercera instancia de revisión amplia de la sentencia definitiva. Por lo contrario, se trata de una vía excepcional, para detectar errores básicos en la administración de justicia y, en nuestro caso, la lesión efectiva de una regla constitucional, supraordinada a aquellas que fueron aplicadas en la solución del litigio. Es precisamente por esta razón que queda a cargo del recurrente la demostración y verificación de ese error básico, hipótesis no comprobada en la ocasión.

Como los recursos de inconstitucionalidad y de queja aquí interpuestos se limitan a formular reproches genéricos a la sentencia recurrida y a la mera mención proficua de disposiciones constitucionales (arts. 16, 17, 18, C.N.), los supuestos agravios que invoca el recurrente no alcanzan a presentar un caso constitucional que conmueva la sentencia de mérito (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; "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).

6. El GCBA sostiene, sin mayor desarrollo, que la sentencia importa "gravedad institucional" (fs. 28 y fs. 35). La cuestión planteada y decidida en esta causa (la devolución de intereses percibidos sin derecho por el Estado) pone en evidencia la desmesura de invocar la doctrina de la Corte federal referida a la "gravedad institucional" para cuestionar la decisión de la Sala I. Su referencia es puramente genérica y reitera la discrepancia y disgusto del recurrente respecto de la sentencia de la Cámara. Sobre el punto sólo deseo agregar que, para la procedencia de este motivo de impugnación extraordinario se requiere —según la propia doctrina de la CSJN e, incluso, sin compartirla—, 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 de manera adecuada de qué forma concreta la decisión del tribunal de mérito compromete seriamente principios institucionales básicos de la Nación Argentina o afecta de modo directo a la comunidad íntegra —ni siquiera al Estado o a la comunidad locales—, tal como exige la doctrina de la Corte. Y tampoco —según lo ha señalado la Sala— el recurso expone razones para aplicar esa doctrina, propia del recurso extraordinario federal, al recurso de inconstitucionalidad local.

7. Por las razones señaladas, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. Coincido con el señor juez de trámite en que la queja, pese a haber sido interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402), no puede ser admitida.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados destacaron: *i)* que no se hallaban reunidos los recaudos que permiten invocar la doctrina de la arbitrariedad; *ii)* que el demandado se había limitado a expresar su desacuerdo con la sentencia, sin adecuar su presentación a un agravio constitucional de manera concreta; *iii)* que el debate planteado por el recurrente se refería a la interpretación de reglas procesales, sin involucrar argumentos constitucionales; y *iv)* que el GCBA no había logrado vincular la interpretación efectuada en el pronunciamiento atacado del régimen procesal con la afectación de la garantía de la defensa en juicio.

Por fin, en cuanto a la alegación de la doctrina de la gravedad institucional, los jueces explicaron que la Ciudad no había justificado su traslación del ámbito federal al recurso de inconstitucionalidad local ni tampoco había desarrollado un agravio autónomo sobre el punto.

3. El quejoso no consigue desvirtuar las razones por las cuales la Sala I denegó su recurso de inconstitucionalidad. Una lectura cuidadosa de la queja de fs. 33/44 demuestra que las manifestaciones del GCBA no están fundadas.

El demandado no precisa cuáles son las normas que a su criterio debió haber aplicado la Sala I para resolver el caso ya que a fs. 35 vta. sólo alude en forma genérica a la ley 189 (CCAyT de la Ciudad).

La mera invocación de los arts. 16, 17 y 18, C.N. y 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 62, CCBA, tampoco da cuenta de la forma en que supuestamente tales preceptos fueron lesionados por la resolución denegatoria del recurso.

Por fin, la Ciudad intenta sostener la arbitrariedad que le atribuye a la decisión de la Sala I, volviendo sobre los planteos efectuados en el recurso de inconstitucionalidad sin lograr, tampoco en este punto, demostrar la vulneración de ningún derecho o garantía constitucional.

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso directo de fs. 33/44.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

2. Tal como señala mi colega en el punto 3 de su voto, todos los agravios del GCBA apuntan a controvertir los fundamentos (cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional: interpretación de los arts. 18, 22 y 45 del C.F., t.o. 1994, 57 del C.F., t.o. 2001, y 715, 875, 1469 y 1474 del Código Civil) en base a los cuales el *a quo* resolvió que: *i)* la actora estaba legitimada para impugnar la notificación que se le cursó al anterior propietario informándosele que se había efectuado un revalúo; *ii)* esa notificación era inválida, y *iii)* la tasa de interés que correspondía aplicar para los períodos anteriores al 1º/1/2004 era la resultante de la siguiente operación: "…al porcentaje según la tasa pasiva para todo el período se le deberá adicionar el porcentaje de interés según la tasa activa para el período 6/1/2002 al 30/9/2002, y luego restar el porcentaje de interés según la tasa pasiva para dicho período" (fs. 17).

Esa circunstancia demuestra que la controversia en el *sub lite* no versa acerca de la interpretación o aplicación de una norma contenida en la Constitución local o nacional, situación por la cual resulta ajena a la competencia de este Tribunal (conf. art. 113, inc. 3º, de la CCBA); salvo que mediase un supuesto de arbitrariedad, el que no se encuentra acreditado en el *sub examine.* Como se verá en lo que sigue, si bien el GCBA tacha de arbitrario el pronunciamiento de la Cámara, ninguno de sus agravios se hace cargo de los fundamentos que dio para resolver en el sentido que lo hizo.

2.1. En ese orden de ideas, y en lo que hace a la legitimación, el recurrente sostiene que la actora, al hacer uso de la facultad que le acuerda el art. 5º de la ley 22.427, renunció a reclamar la deuda que hoy pretende repetir. Asimismo, agrega que L.P. S.A. tampoco podía impugnar la cédula cursada al anterior propietario del inmueble porque el mencionado art. 5º no prevé que el adquirente pueda subrogarse en los derechos del anterior propietario, sino, únicamente, que ambos (adquirente y enajenante) serán solidariamente responsables frente a las obligaciones tributarias existentes a la fecha.

2.1.1. Ahora bien, esos argumentos, no se hacen cargo del principal fundamento en el que el *a quo* apoyó su decisión de hacer lugar a la acción de repetición

deducida por la actora, esto es, que dado el carácter personal que revisten las obligaciones tributarias, la deuda no podía serle reclamada a L.P. S.A., aun cuando ésta última hubiese hecho uso, al momento de escriturar, de la facultad que le acuerda el art. 5º de la ley 22.427. En efecto, la Cámara hizo lugar a la mencionada repetición, principalmente, porque entendió que las obligaciones tributarias son de carácter personal, situación que impedía, a su juicio, que el GCBA pudiera reclamarle a la actora la deuda generada por el eventual incumplimiento de deberes formales del anterior propietario del inmueble, en el caso, no haber informado a la Administración la realización de modificaciones que incidieron en la valuación fiscal del inmueble (conf. párrafo segundo del punto 2 de los resultas). En este orden de ideas, el doctor Corti sostuvo "...que, en principio y salvo disposición expresa, no resulta legítimo que las liquidaciones practicadas por el Fisco a un contribuyente sean posteriormente notificadas sobre la base constatar un incumplimiento de un deber formal de otro contribuyente. Tales incumplimientos son personales y no pueden ser imputados a terceros (tal la situación del nuevo propietario y actual contribuyente, con respecto al anterior propietario y contribuyente). Es por ello que el incumplimiento de obligaciones formales por parte del anterior propietario del inmueble no puede imputarse a la actora" (fs. 16). A lo que agregó, que no obstaba "...a la conclusión que antecede la circunstancia de que en el contrato de compraventa suscripto por las partes se indique que el comprador 'toma a su cargo el pago de todos los impuestos, tasas, contribuciones y expensas que graviten sobre las unidades adquiridas, liberando al Autorizante de toda responsabilidad al respecto, de conformidad con el art. 5º de la ley 22.457' (conf. escritura de compraventa a fs. 8). Se debe tener presente que tal referencia obedece a lo prescripto por la ley 22.427, que establece los supuestos en que la constitución o transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles se puede realizar e inscribir sin la certificación de libre deuda [...] Corresponde entonces interpretar que en dicha escritura pública las partes asumieron solidariamente las deudas *líquidas* y *exigibles* que existían al momento de la compraventa, no las que por hipótesis podrían surgir como consecuencia de una decisión administrativa que eventualmente modifique las liquidaciones formales ya efectuadas y canceladas" (la cursiva corresponde al original) (fs. 16). Por su parte, el doctor Centanaro expresó que "...ya que la causa del revalúo no está controvertida en autos, que la ampliación fue efectuada por el anterior propietario y éste no habría cumplido con el deber formal a su cargo. Tales incumplimientos son personales y no pueden ser imputados a terceros.// Es por ello, que el incumplimiento de obligaciones formales por parte del anterior propietario del inmueble no puede imputarse a la actora" (fs. 17 vta.).

Más allá de lo opinable que resultan los razonamientos transcriptos, lo cierto es que, tal como señalé más arriba, el GCBA no se hizo cargo de ellos.

2.1.2. A su vez, los planteos señalados en el punto 2.1.2. de este voto no se hacen cargo de los fundamentos que dio la Cámara, con apoyo en lo dispuesto en el Código Civil, a fin de demostrar que la actora no sólo no había renunciado al derecho a reclamar el reintegro de los importes abonados, sino que se encontraba

en posición de esgrimir los derechos que le asistían al anterior propietario (conf. punto V del voto del doctor Balbín al que remitió el doctor Corti, conf. punto IV de su voto, y el doctor Centanaro al adherir en ese punto al voto del doctor Corti). En este orden de ideas, el *a quo* sostuvo, en primer lugar, que de las manifestaciones vertidas por la actora al escriturar "...no surge que hubiera renunciado al derecho de accionar frente a la administración por considerar el pago improcedente. Más aún, cabe recordar en este contexto que la renuncia no se presume —art. 875, Cód. Civil—" (fs. 15). En segundo, que "cuando alguien asume la obligación de un tercero adquiere, también, las excepciones y defensas que aquel podía oponer (conforme arts. 715, 1469 y 1474, Cód. Civil)" (fs. 15).

2.2. Igual suerte deben correr los agravios que el GCBA esgrime a fin de sostener la validez de la notificación efectuada al anterior propietario. Como bien señala el doctor Maier en el punto 4 de su voto, el recurrente se limita afirmar que la Cámara prescindió de aplicar en el caso la ley que regía la forma en que deben ser efectuadas las notificaciones. Pero, no explicita cuáles serían las disposiciones legales que, a su criterio, avalarían la forma en que fue efectuada la mencionada notificación. El recurrente, si pretendía tachar de arbitraria la sentencia de Cámara, debió indicar las normas que abonarían su postura según la cual la notificación podía efectuarse: *i)* bajo la modalidad denominada "bajo puerta"; *ii)* sin especificar nombre de destinatario alguno; *iii)* consignándose dos domicilios en la cédula; *iv)* diligenciándosela a un domicilio que no era ninguno de esos dos, y *v)* sin especificar qué documentación adjuntaba.

2.3. Por lo demás, tampoco resultan procedentes los planteos dirigidos a controvertir la tasa de interés que el *a quo* entendió aplicable para los períodos anteriores al 1º/1/2004. Por un lado, porque esa cuestión remite, al igual que las otras, a la interpretación de una cuestión, por regla, ajena a la revisión de este Tribunal y, en segundo, porque el GCBA se limitó a afirmar retóricamente que la tasa de interés establecida "...no resulta aplicable al caso de autos donde se cuestiona la repetición de intereses de una obligación tributaria" (fs. 26), pero no dio fundamento alguno que abone su posición.

3. Lo expuesto no se ve conmovido porque el recurrente invoque la doctrina de la "gravedad institucional" para fundar la procedencia de sus planteos. La mera invocación de esa doctrina sin explicar por qué el presente caso quedaría enmarcado en ella, torna insustancial al planteo. El recurrente debió explicitar los motivos por los cuales el presente caso, en el que se pretende repetir los intereses de una deuda en concepto de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, Pavimentos y Aceras y ley 23.514, constituiría, a su criterio, uno de los supuestos por los que tiende a velar la mencionada doctrina.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por, rechazar la queja deducida a fs. 33/44.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, por coincidir —en lo sustancial que allí expresa— con los argumentos que fundamentan la decisión.

2. Con respecto al agravio de gravedad institucional (punto 6 del mencionado voto), coincido con la apreciación del vocal preopinante en cuanto no encuentra justificada la configuración de esta causal. No obstante, considero pertinente aclarar que este concepto comprende "a aquellas cuestiones que exceden el interés individual de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad…" (*Fallos,* 326:183; 326:2710, entre otros); por lo que entiendo plausible la existencia de tal supuesto aun cuando se trate de una cuestión estrictamente local que no constituya cuestión federal en los términos del art. 100, C.N.

En este sentido, la doctrina de la CSJN no puede trasladarse sin más al ámbito local, puesto que la ley 402 sólo requiere —en este aspecto— la existencia de un caso constitucional (conf. art. 27) para habilitar el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos brindados en su voto por mi colega, el doctor Julio Bernardo Maier, en tanto propicia que pese a haber cumplido el recurrente con los requisitos formales de la queja (art. 33 LPTSJ), corresponde rechazarla.

Ello así, ya que como bien lo señala el señor juez de trámite, el GCBA se limita a reiterar en el recurso de hecho los planteos contenidos en el de inconstitucionalidad en punto al cuestionamiento de la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por la cual se revocó el pronunciamiento de primera instancia y se hizo lugar a la acción de repetición interpuesta por "L.P. S.A.", ordenando el pago de la suma reclamada con más sus intereses (v. fs. 13/18).

2. Es que las invocaciones genéricas efectuadas por parte de la quejosa de que la sentencia de Cámara es arbitraria y ocasiona gravedad institucional, 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, lo cual no ocurre en el *sub lite*.

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. Por otra parte, tal como lo señala el doctor Maier en el punto 3 de su voto, para determinar las cuestiones traídas a conocimiento de esta instancia —validez y efectos de la notificación efectuada; legitimación de la actora; y tasa de interés a aplicar al momento de la repetición—, no es preciso interpretar o aplicar las normas constitucionales invocadas (arts. 16, 17, 18 de la C.N. y 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 62 de la CCBA), sino analizar si las pruebas acreditan la versión de los hechos que plantea el GCBA, cuestión ajena al recurso de inconstitucionalidad. Las argumentaciones de la recurrente, en definitiva, se encuentran orientadas a lograr que este estrado ingrese al tratamiento de tópicos que sólo se dirimen a partir de una apreciación de los hechos y de la prueba colectada en la causa.

Al respecto, este Tribunal ya ha dicho en numerosas oportunidades que "cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales" (conf. "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Falbo de Martínez, Palmira c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 1923/02, resolución del 19/2/2003; en el mismo sentido: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bertazzi, María del Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2524/03, resolución del 11/2/2004; punto 4 de mi voto en 'Pepsico Snacks Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Pepsico Snacks Argentina S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones'", expte. nº 3420/04, sent. del 13/4/2005).

4. 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 y formula una catalogación genérica de distintos derechos constitucionales 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 estrictamente (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros).

En rigor, 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 disienta 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 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

5. Por último, el GCBA no ha efectuado en el caso justificación alguna que avale la traslación del supuesto de gravedad institucional al ámbito del presente

recurso de inconstitucionalidad, ni, en el desarrollo de dicho agravio ha señalado de manera adecuada —tal como lo exige la doctrina de la Corte (conf. *Fallos,* 311:120)— de qué forma concreta la decisión del *a quo* comprometería principios institucionales básicos. Así entonces, la referencia a una supuesta gravedad institucional verificada en el caso es una invocación puramente genérica y reitera, una vez más, la discrepancia de la recurrente con la sentencia de Cámara. Es que, debe descartarse la existencia de gravedad institucional si no se ha acreditado que lo decidido se proyecte más allá del interés individual de las partes en este juicio o incida de modo directo en la comunidad. Teniendo en cuenta el monto involucrado en el proceso, tampoco se ha logrado demostrar que lo resuelto afecte la normal percepción de la renta pública con la consiguiente incidencia en la prestación de los servicios a cargo del Gobierno local.

Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

Por ello, de conformidad 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 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.*

CCXLVIII

"CORPORACIÓN DE REMATADORES Y CORREDORES INMOBILIARIOS – MUTUAL C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Corretaje inmobiliario. Potestades concurrentes. Atribuciones exclusivas de la Nación. COMPETENCIA LOCAL. PODER DE POLICÍA. REGISTRO ÚNICO DE CORREDORES INMOBILIARIOS: Matriculación. Título habilitante. Razonabilidad.

SUMARIOS:

1. La regla del art. 31 de la C.N., que dispone que las leyes locales deben acomodarse a las que en su consecuencia se dicten por el Congreso, no implica

que no puedan coexistir dos leyes, una nacional y otra local, referidas a un mismo asunto, posibilidad jurídica que aparece cuando existen potestades concurrentes entre Nación y provincias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. La potestad del art. 75, inc. 12 de la C.N. es exclusiva de la Nación, al menos una vez que ella la ejerce, de modo que, una vez que la Nación dicta un código, las provincias pierden la potestad de hacerlo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

3. La ley 2340 apunta a la actividad de los corredores desde un ángulo propio del poder de policía de las profesiones liberales, materia reconocidamente local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

4. La ley nacional 25.028 remite a la registración local de los corredores en general, no solamente los del mercado inmobiliario, solución que apunta indudablemente a armonizar la regulación nacional con los poderes locales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

5. La norma nacional puede otorgar un derecho distinto a la local porque la imposición por parte del Estado nacional de determinada regulación de poder de policía no limita las competencias locales, eventualmente debe probarse que la norma nacional se ve afectada por la local y siempre y cuando la Nación no se encuentre avasallando competencias locales, en cuyo caso la acción declarativa de inconstitucionalidad no es el marco adecuado para determinarlo, debido a que no pueden cuestionarse mediante ese cause normas emanadas de autoridades del Gobierno nacional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

6. La norma impugnada 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 ley nacional 25.028, permite que se mantenga una relación similar a la actual entre oferta y demanda, y logra evitar un encarecimiento abrupto del servicio, pues una reducción drástica e intempestiva del número de oferentes, implicaría un sensible aumento del costo para los consumidores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

7. La Constitución Nacional establece que la atribución de dictar los códigos sustantivos constituye una competencia delegada en el Congreso de la Nación y es exclusiva de éste —una vez que tal atribución ha sido efectivamente ejercida— (arts. 75, inc. 12 y 126, C.N.). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

8. Las jurisdicciones locales no confirieron a la Nación la competencia para legislar respecto del denominado poder de policía de las profesiones liberales, aunque ello sea bajo la condición de no impedir o dificultar con tales regulaciones el cumplimiento de los propósitos receptados en la normativa federal, ni alterar el derecho común que rige para toda la República (arts. 121 y 126, C.N.). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

9. El diseño del sistema federal de gobierno delineado en la Constitución Nacional no permite a las autoridades nacionales asumir aquellos poderes de regulación puestos en cabeza del plano local de modo privativo, ni siquiera bajo el pretexto de reglamentar el derecho común. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

10. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene competencia para reglamentar cuestiones relativas al "gobierno de la matrícula" de corredores y martilleros en el ámbito de su jurisdicción [arts. 129, C.N.; 80, inc. 2º, apart. d), CCBA y 4º del dec. ley 20.266)]. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

11. La ley local 2340 y la ley 25.028 constituyen ordenamientos que regulan materias claramente diferenciadas: mientras la ley nacional, que integra el Código de Comercio, dispone sobre la actividad del corretaje en general, la ley local constituye una norma típicamente reguladora de la actividad desde el ángulo de la matriculación y registración de quienes ejercen como corredores inmobiliarios. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

12. La ley local 2340, en cuanto autoriza a las personas que acrediten fehacientemente haberse dedicado en forma habitual al corretaje inmobiliario durante los dos (2) años anteriores a su entrada en vigencia, a solicitar, por única vez, su matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires (art. 55, 1º párr.), no es contradictoria u opuesta a las disposiciones de la ley nacional si se repara en la distinta finalidad de ambas normas, desde que no impuso un requisito para el ejercicio de la actividad que haga a la sustancia misma de la actividad profesional, ya que se trata meramente de admitir una ampliación transitoria de potenciales aspirantes a la matrícula. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

13. El agravio relativo a la irrazonabilidad de la equiparación de situaciones diferentes en tanto corredores sin título podrían gozar del beneficio de la matriculación que se otorga a los corredores con título, soslaya que las facultades que la propia ley nacional reconoce hacia las jurisdicciones locales en cuanto a la registración de la materia, lleva implícita la posibilidad de admitir ciertas diferencias entre ellas, sin que ello permita aseverar violación alguna a la garantía que se considera en crisis. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

14. Corresponde rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad pues la parte actora no demostró que la transitoria y excepcional equiparación en el tratamiento jurídico establecida por el legislador local para obtener la matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios —mediante la ampliación del universo de potenciales aspirantes a obtenerla— pueda calificarse como arbitraria o infundada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. nº 5520/07- 11/11/2008

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. Sobre este último punto, sostiene que los arts. 32 y 33 de la ley nacional 25.028, que regula la actividad, imponen el título habilitante como requisito para ejercer el corretaje inmobiliario, lo que se vería vulnerado por la ley local mencionada en el párrafo anterior.

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.

3. Por resolución del 5/3/2008, el Tribunal declaró, en forma parcial, formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada y ordenó correr traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno (fs. 57/60). En la resolución mencionada, por mayoría, se dispuso la admisibilidad de la acción con relación a la invocación de los arts. 75, inc. 12, C.N., con el principio de igualdad consagrado en las constituciones local y nacional, pero no con relación a la invocación del derecho a trabajar (art. 14, C.N. y 43, CCBA).

4. A fs. 66/78 la representación del Gobierno de la Ciudad propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta, por entender que: *1)* la ley 2340 reglamenta el ejercicio de una actividad que, en los hechos, no se encontraba bajo ningún tipo de regulación ni control; *2)* la igualdad consagrada en los textos constitucionales (arts. 11, CCBA y 16, C.N.) no debe ser entendida en forma absoluta y puede requerir, como en el caso, un trato diferente para circunstancias diferentes; *3)* la diferencias de trato de la ley tiende a lograr una igualdad real entre distintas personas (fs. 71); *4)* en virtud del principio *pro homine* la ley busca garantizar el derecho a trabajar de quienes ya ejercían la actividad (fs 72 vta.); *5)* la norma cuestionada sólo tienen carácter transitorio (fs. 73); *6)* para que se configure legislativamente una vulneración de la garantía de igualdad, ello debe surgir directamente de la letra de la ley y no de su aplicación, conforme lo ha entendido la CSJN (fs. 73 vta./74); *7)* la acción declarativa de inconstitucionalidad no puede ser procedente cuando no se ataca la norma sino su aplicación; *8)* no incluir dentro del registro a quienes han desarrollado la actividad durante un plazo de tiempo considerable vulneraría el art. 14, C.N.; *9)* la norma debe entenderse razonable debido a que posee una adecuada

relación entre medios y fines, y *10)* la petición realizada por la parte actora vulnera la doctrina sentada por el TSJBA en su precedente "Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4627/06, sent. del 11/12/2007, con relación a la razonabilidad de las normas.

5. El 2/5/2008 se dio intervención a la Fiscalía para que se expidiese sobre el fondo de la cuestión traída a debate (fs. 79).

A fs. 80/85 vta. dictaminó el Fiscal General y opinó que la acción de inconstitucionalidad debía ser rechazada en todos sus términos. En su escrito, el Fiscal General repasa las actuaciones y luego desarrolla los argumentos en base a los cuales propicia el rechazo de la acción. Para sustentar su postura argumenta que: *1)* conforme es doctrina de la CSJN las leyes deben evaluarse teniendo en cuenta su contexto y sin prescindir de las consecuencias que se derive de la interpretación (fs. 82 vta.); *2)* las propias normas nacionales reconocen la competencia local para reglamentar la actividad y que, por ello, el análisis debe centrarse en la razonabilidad de la norma y no en la hipotética vulneración del art. 31, C.N. (fs. 83); *3)* la norma cuestionada tiene por objeto la protección del derecho a trabajar, amparado por el art. 14, C.N., de lo que resulta la razonablidad y por ende la no afectación del principio de jerarquía constitucional; *4)* tampoco puede sostenerse que la posesión de un título universitario garantice condiciones éticas que no pueda reunir quien no haya alcanzado tal grado de educación, como sugieren los accionantes; *5)* la ley nacional no impide a quienes no cumplan los requisitos estipulados en el art. 33 ejercer el corretaje inmobiliario, sino que, en virtud del último párrafo de ese artículo, los priva de la posibilidad de acción para cobrar la remuneración del art. 37 o cualquier otra; *6)* la solución que brinda la norma impugnada resulta adecuada y razonable, toda vez que reglamenta el ejercicio de una actividad que no se encontraba regulada en el ámbito de la Ciudad, y *7)* la ley resulta también desde una perspectiva del análisis económico del derecho.

6. El 16/7/2008 se celebró la audiencia pública que prevé el art. 6º de la ley 402. Durante la audiencia, las partes reiteraron los planteos, ya formulados en los escritos de demanda y contestación. Por su parte, el Fiscal General mantuvo la posición sustentada en su dictamen y subrayó que en la mayoría de las jurisdicciones provinciales la regulación de la actividad contiene similares disposiciones.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad instaurada contra el art. 55 de la ley 2340 debe ser rechazada, ya que con ninguno de los planteos por los que ha sido declarada admisible logra demostrar la incompatibilidad de la norma impugnada con las que estima vulneradas. Los accionantes no demuestran que la norma en cuestión vulnere *i)* el art. 75, inc. 12 de la C.N. —por invadir el ámbito del derecho común— ni *ii)* la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

2. El tratamiento del primero de los referidos agravios requiere alguna reseña previa acerca de la relación entre los ámbitos propios del gobierno federal y de los gobiernos provinciales. Con arreglo al art. 31 de la C.N., las leyes locales deben acomodarse a las que "en su consecuencia se dicten por el Congreso". Ello no implica que no puedan coexistir dos leyes, una nacional y otra local, referidas a un mismo asunto. Esa posibilidad jurídica aparece cuando existen potestades concurrentes entre Nación y provincias. Pueden, por ejemplo, coexistir dos leyes de distinto orden ambas protectoras del ambiente si las consecuencias de una y otra son compatibles. En cambio, cuando una potestad es exclusiva esto es imposible.

La potestad del art. 75, inc. 12 de la C.N. es exclusiva de la Nación, al menos una vez que ella la ejerce. Es decir, que una vez que la Nación dicta un código, las provincias pierden la potestad de hacerlo.

El caso que nos ocupa es un ejercicio válido, en verdad no cuestionado, de la atribución de dictar normas por el Congreso en materia comercial. Sin embargo, aunque la ley 2340 apunta también a la actividad de los corredores, lo hace desde un ángulo propio del poder de policía de las profesiones liberales, materia reconocidamente local. Más aún, en la medida en que regula la actividad de intermediarios en transacciones inmobiliarias, aborda un asunto de indudable interés local en una ciudad de las características de la nuestra en que hay un mercado inmobiliario muy activo y dedicado en buena proporción a la vivienda u otros destinos en que quienes transan son particulares con escasos conocimientos acerca de las normas jurídicas que ciñen la operación. En realidad, la propia ley nacional remite a la registración local de los corredores en general, no solamente los del mercado inmobiliario, solución que apunta indudablemente a armonizar la regulación nacional con los poderes locales.

Ahora bien, mientras que el Código de Comercio aborda lo relativo a los derechos subjetivos que nacen entre el corredor y las personas acercadas por él, la registración que instituye coadyuva al ejercicio de los poderes de policía que cada jurisdicción local decida asumir. En ese marco, no muestra la accionante que exista una auténtica colisión entre la norma local y la nacional. Del cumplimiento de esta última depende centralmente el derecho a percibir emolumentos por el servicio. Pero, los jueces encargados de aplicar las reglas nacionales han entendido reiteradamente que ese derecho puede reconocer otra fuente, el contrato entre las partes —art. 1197 del Cód. Civil—, para aquellos no registrados conforme el Código de Comercio (así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en "Rebecca, Armando M. A. y otro c/Mallo, Oscar S. y otros" del 1º/3/1996 publicado *LL,* 1196-D, 355), temperamento que implica asumir que dicho contrato no tiene un objeto prohibido. De la local depende la pertenencia obligatoria a lo que la ley 2340 define como un ente público no estatal. Una de sus consecuencias es el derecho a percibir remuneración, pero, no es éste el aspecto de la ley local puesto en tela de juicio sino la pertenencia al ente. Por ello, la relación entre el mismo contenido de un derecho reconocido por una y otra ley no aparece como materia de esta sentencia.

Desde otro punto de vista, la ley nacional 25.028 no excluyó inmediatamente después de su sanción la inscripción de los no profesionales sino que, al igual que la ley 2340, vino a admitir algún período de transición durante el cual podían acceder a ella quienes no tenían título universitario sino que cumplían con los arts. 88 del Cód. de Com. y art. 1º de la ley nacional 20.266, de manera tal que era más que inválido obligatorio hacer lugar a los miembros de este grupo como de hecho lo hace el segundo párrafo del art. 55 de la ley local. A este respecto, la actora no ha intentado acreditar que la oportunidad de incluir personas sin título universitario que brindaba la ley nacional 25.028 esté perimida por la aparición de las carreras universitarias que ella prevé ni es cuestión que, por su índole, pueda venir consentida por el GCBA demandado.

A su turno, la voluntad de perseguir una incorporación al sistema registral de un grupo, el de los del primer párrafo de la ley 2340, que estaría suministrando el servicio de corretaje inmobiliario en el territorio de nuestra Ciudad, más allá de que no sea apto para hacerles adquirir derechos no previstos en la legislación nacional pero que dependan de ella, constituye una legítima finalidad de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. En este orden de ideas, el párrafo primero no abre la puerta del registro a quienes decidan iniciar la actividad sino a quienes acrediten venir llevándola a cabo con una antelación suficiente como para tener por inmerso en ella al individuo de que se trate. Considérese que puede haber quienes vienen en la actividad desde muchos años atrás sin haberse inscripto. A ese respecto, la Legislatura se encontró en la alternativa de excluir a ese grupo sin que ello significara impedirles ejercer una actividad que, por hipótesis, habrían venido desarrollando al margen de las disposiciones del Código de Comercio. Pero, ni son claros los medios que habría podido disponer para lograrlo ni, lo que puede haber sido más grave, resulta evidente cuál sería el impacto de eliminar repentinamente, en esa gama de servicios, una porción de sus prestadores.

En definitiva, la demanda no se hace cargo de rebatir una interpretación posible de las normas nacionales que las tornarían compatibles con la norma local. Esto fue resaltado por el Fiscal General al sostener que la normativa nacional no impide el ejercicio de la actividad por parte de quienes no cumplan los requisitos estipulados en sus arts. 32 y 33 (el que ahora nos ocupa es el del "título habilitante"), sino que con esa base restringe la aplicación de otros preceptos contenidos en la misma norma.

El último párrafo del art. 33 mencionado dice que "[l]os que sin cumplir estas condiciones sin tener las calidades exigidas ejercen el corretaje, no tendrán acción para cobrar la remuneración prevista en el art. 37, ni retribución de ninguna especie". De la sola lectura de ese precepto puede deducirse que la norma nacional no imposibilita el ejercicio de la actividad a quienes no cumplan con sus disposiciones, sino que simplemente les retacea ciertos beneficios que surgen de este régimen.

No corresponde aquí determinar cuál es la correcta interpretación de la ley nacional citada si basta con destacar que existe una interpretación admisible que hace desaparecer el conflicto normativo que plantea el accionante. Esto se hace más

patente cuando esa interpretación alternativa surge claramente de la norma —y fue destacada por el señor Fiscal General— y el actor no buscó rebatir esa posibilidad en ninguna de las oportunidades procesales que tuvo. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que adoptar una interpretación distinta a la sugerida por la demandante podría llevar a la aplicación las cargas impuestas por la ley local a todos los que ejerzan la actividad, pero sin extenderles algunos de sus beneficios (ni los otorgados por la ley nacional) a quienes no se ajustan a las prescripciones del régimen nacional.

La norma nacional puede otorgar un derecho distinto a la local. La imposición por parte del Estado nacional de determinada regulación de poder de policía no limita las competencias locales. En todo caso, debe probarse que la norma nacional se ve afectada por la local y siempre y cuando la Nación no se encuentre avasallando competencias locales. En este último caso, la acción declarativa de inconstitucionalidad no será un marco adecuado para determinarlo, debido a que no pueden cuestionarse mediante ese cause normas emanadas de autoridades del Gobierno nacional.

3.a. En cuanto a la vulneración de la garantía de igualdad consagrada por las constituciones Nacional y de la Ciudad, los actores no demuestran de qué manera esa garantía se ve afectada por el art. 55 de la ley 2340.

Los actores se agravian de que la norma brinde un trato idéntico a situaciones que, desde su punto de vista, no resultan equiparables, a saber, la de quienes tienen título universitario y la de quienes carecen de él. Sin embargo, no atacan el segundo párrafo de la ley 2340, por medio del cual, en virtud de lo que permitió el régimen de las leyes nacionales durante algún tiempo, quedarían incorporados corredores sin título universitario. Esto priva de coherencia al planteo, puesto que eliminar la porción de la ley 2340 que aspiran a ver retirada no restablecería el equilibrio que dicen defender sino que lo mantendría, cierto es que reducido a un sector más limitado de personas, pero mostrando que la variable que separa a los que mantendrían la condición de miembros de la Corporación y los excluidos no sería la que se dice discriminatoria sino otra distinta no identificada con claridad por los accionantes.

Ello sentado, vale agregar que el sistema provisorio del primer párrafo de la ley 2340 constituye un modo de restringir progresivamente la actividad a los universitarios, temperamento legislativo que encuentra apoyo en múltiples razones no consideradas por la parte actora. Por una parte, evita privar de la posibilidad de participar de una actividad, la de la Corporación, que busca institucionalizar la de corredor a la cual se encontrarían abocadas las personas contempladas en el impugnado párrafo primero. Por otro lado, bien pudo suponer el legislador que la brusca expulsión de la actividad de un número quizás elevado de personas que prestan el servicio de corretaje importaría una alteración significativa del mercado en el cual prefirieron no interferir por esa vía.

En definitiva, la norma no realiza distinciones, sino que lo que hace es no imponer una barrera de acceso —que los actores estiman conveniente— al ejercicio de una determinada actividad. Ello no vulnera la igualdad.

3.b. Por lo demás, la norma resulta razonable toda vez que —mediante la regulación de la actividad— busca garantizar cierto nivel de profesionalismo en la actividad, sin afectar a quienes ya la ejercen ni a quienes consumen esos servicios.

Para ello eligió, en esta primera etapa, distintos caminos: exigir el título habilitante, dos años acreditados de ejercicio de la actividad o certificado de inscripción en la matricula de corredor de la Inspección General de Justicia. Ello parece, *a priori,* una forma razonable de garantizar cierto nivel de aptitud de quienes realizan esta actividad. Además, la regulación tiende a que, con el paso del tiempo, la actividad sólo sea ejercida por quienes poseen el título habilitante.

Con la medida impugnada, al permitir que se mantenga una relación similar a la actual entre oferta y demanda, también se logra evitar un encarecimiento abrupto del servicio. Una reducción drástica e intempestiva del numero de oferentes —como la que podría presumirse si se aplicara la prohibición del art. 15 de la ley local a todos los que no poseen título habilitante— implicaría un sensible aumento del costo para los consumidores.

Corresponde a la Ciudad regular la actividad de acuerdo a las circunstancias del mercado local y a los requerimientos de su población. Del mismo modo lo pueden hacer las provincias con requerimientos que pueden presumirse diferentes en los casos de aquellas jurisdicciones que posean grandes extensiones de territorio rural. En este marco, no resulta ocioso destacar que, en su art. 57, la ley local, entendió que en virtud de la crisis habitacional, correspondía establecer mayores límites a los honorarios de los que pueden percibir los corredores por intermediar en el alquiler de viviendas únicas de bajo costo.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite Luis F. Lozano.

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

1. Adherimos a los fundamentos y a la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

2. La parte actora considera que el art. 55 de la ley local 2340 —que reglamenta el "ejercicio del corretaje inmobiliario o la intermediación en la negociación inmobiliaria" en la jurisdicción local (conf. art. 1º del plexo citado)— es inconstitucional, debido a que autoriza a quienes demuestren de manera fehaciente que se han dedicado en forma habitual al corretaje durante dos (2) años antes de su entrada en vigencia, por 180 días y por única vez, *a solicitar su matriculación pese a no poseer título universitario, terciario o equivalente de corredor*. Se respalda tal aserto en dos argumentos básicos: *a)* la norma local invade la esfera de reglamentación exclusiva que posee el Congreso de la Nación para dictar el Código de Comercio, por imperio de lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la C.N. (*Cláusula de los Códigos*), y *b)* la norma local vulnera el derecho a la igualdad de trato, tutelado a nivel constitucional (arts. 16, C.N. y 11, CCBA).

3. La accionante remarca que los corredores son considerados auxiliares del comercio por el art. 87 del Código de fondo respectivo y sostiene que la norma local resistida resulta *incompatible* con el "Régimen Legal de Martilleros y Corredores" (dec. ley 20.266 con las modificaciones de la ley 25.028, incorporadas el Cód. de Com.), dado que allí se contempla, en forma expresa, el requisito del título universitario para acceder a la matrícula —conf. art. 32, b), Anexo I, ley 25.028.

Tal como lo sostiene la actora, la Constitución Nacional establece que la atribución de dictar los códigos sustantivos constituye una competencia delegada en el Congreso de la Nación y es exclusiva de éste —una vez que tal atribución ha sido efectivamente ejercida— (arts. 75, inc. 12 y 126, C.N.). No es menos cierto que las jurisdicciones locales no han conferido a la Nación la competencia para legislar respecto del denominado *poder de policía de las profesiones liberales*, aunque ello sea bajo la condición de no impedir o dificultar con tales regulaciones el cumplimiento de los propósitos receptados en la normativa federal, ni alterar el derecho común que rige para toda la República (arts. 121 y 126, C.N.).

Al mismo tiempo, cabe recordar que el diseño del sistema federal de gobierno delineado en la Constitución Nacional tampoco permite a las autoridades nacionales asumir aquellos poderes de regulación puestos en cabeza del plano local de modo privativo, ni siquiera bajo el pretexto de reglamentar el *derecho común*. Por último, tampoco puede pasarse por alto que existen diversos supuestos en los que la Carta Magna ha establecido que el Gobierno federal y las jurisdicciones locales deben ejercer sus atribuciones reglamentarias de manera *concurrente*.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invariablemente, ha sostenido que los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución Nacional concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas (*Fallos,* 3: 131; 302: 1181 y 320: 619, entre muchos otros).

4. Desde esta perspectiva, entonces, cabe destacar que no viene discutido en el caso que el denominado *poder de policía de las profesiones* reside en el ámbito local (conf. fs. 14 vta.), en tanto las objeciones de la parte actora se encuentran orientadas a demostrar que el art. 55 de la ley 2.340 resulta *incompatible* con determinadas disposiciones incorporadas al Código de Comercio.

Reconocida la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para reglamentar cuestiones relativas al "gobierno de la matrícula" de corredores y martilleros en el ámbito de su jurisdicción [arts. 129, C.N.; 80, inc. 2º, apart. d), CCBA y 4º del dec. ley 20.266)] debe advertirse, en primer término, que no existe en el caso una cuestión que ponga en colisión potestades locales y federales.

La ley local 2340 y la ley 25.028 constituyen ordenamientos que regulan materias claramente diferenciadas: mientras la ley nacional, que integra el Código de Comercio, dispone sobre la actividad del corretaje en general —con especial incidencia sobre la contraprestación del servicio, concepto cuyo tratamiento se

evidenciaba necesario en atención a los conflictos que generaba el derecho a la "comisión inmobiliaria", su medida, exigibilidad, forma y modo de percepción—, la ley local constituye una norma típicamente reguladora de la actividad desde el ángulo de la matriculación y registración de quienes ejercen como corredores inmobiliarios.

No cabe soslayar, para completar este análisis de la cuestión, que la misma ley nacional 25.028, remite en su articulado a disposiciones locales en materia de matriculación, así como al cumplimiento de la "reglamentación local" (art. 33, Anexo I); es decir que desde el mismo plano normativo nacional, se ha contemplado la necesidad de conjugar las respectivas competencias de la Nación y de los Estados provinciales para armonizar un régimen aplicable a la materia. Es decir que, sin dejar de respetar parámetros establecidos en relación al contrato de intermediación o corretaje en sí mismo, cada jurisdicción debe establecer —de acuerdo con pautas que valorarán los cuerpos legislativos locales— las normas o disposiciones exigibles para la registración de quienes ejerzan la actividad.

Por último, cabe señalar que, de la misma manera que lo hace ahora con los corredores inmobiliarios, la Legislatura de la Ciudad, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales en materia de "…ejercicio profesional, fomento del empleo y policía del trabajo" (art. 80, inc. 2º, punto "d" ya citado), ha dictado otras normas reglamentarias de actividades profesionales, por caso la ley reguladora de la función notarial (ley 404), más allá de que las escrituras públicas encuentren regulación específica en el Código Civil (Libro II, Sección Segunda, Título IV, arts. 997 y ss.), o la ley de registro público de administradores de consorcios de propiedad horizontal (ley 941), sin perjuicio de que dicho derecho real se perfile en la ley 13.512 complementaria del Código de fondo aludido en este párrafo.

5. La ley local es cuestionada sólo en cuanto autoriza a las personas que acrediten fehacientemente haberse dedicado habitualmente al corretaje inmobiliario durante los 2 años anteriores a su entrada en vigencia, a solicitar, *por única vez,* su matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires (art. 55, párr. 1º, ley 2340) y, en verdad, tal disposición no es contradictoria u opuesta a las disposiciones de la ley nacional si se repara en la distinta finalidad de ambas normas.

En efecto, el art. 55 de la ley local cuestionada no ha impuesto un requisito para el ejercicio de la actividad que haga a la sustancia misma de la actividad profesional, ya que se trata meramente de admitir una ampliación transitoria de potenciales aspirantes a la matrícula.

Con este alcance, la decisión del legislador local se enmarca dentro del ámbito competencial inherente a las autoridades a cargo del referido "gobierno de la matrícula", sin contradecir aspectos sustantivos del régimen de la ley nacional antes indicada, ni imponer una *limitación al ejercicio de la profesión de corredor* que se traduzca en alteración o injerencia respecto de aquellos aspectos privativos que hacen a la regulación incorporada al Código de Comercio, *ampliando* la posibilidad de desempeño, con carácter excepcional a quienes venían desplegando

la actividad durante los dos años anteriores a la entrada en vigencia de la nueva reglamentación.

En suma, no se ha demostrado que la ley local tenga un fin distinto al de ejercer el ordenamiento y control, por vía de la matriculación, del ejercicio del corretaje inmobiliario en la Ciudad de Buenos Aires. Con este objetivo —privativo de cada estado federal— y dentro del alcance que le otorga la existencia de facultades complementarias de las que posee el Estado nacional, la Legislatura local ha dictado una disposición que estimó valiosa para una primera etapa de normalización de la actividad en esta Ciudad, que implica tomar conocimiento y otorgar una matrícula habilitante a quienes, por primera vez, conformarán un nuevo ente, el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios, encargado de la superintendencia del corretaje inmobiliario. Por ello, debe destacarse que las leyes citadas no sólo no se contradicen sino que, en lo sustancial y proyectadas en un lapso de tiempo razonable, unifican la disposición de que la actividad del corredor inmobiliario resulte ejercida sólo por quienes poseen el título habilitante.

Dentro de este contexto, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la presunción de constitucionalidad de las leyes se extiende también a las dictadas por las provincias cuando no se trata de un conflicto de atribuciones federales y locales, sino de la manera con que ha sido ejercitada una facultad indudablemente provincial (*Fallos,* 210:128), doctrina que es también aplicable a la Ciudad de Buenos Aires.

Así, la disposición cuestionada, desde nuestro punto de vista, no vulnera la *Cláusula de los Códigos* del art. 75, inc. 12, C.N. y, por lo tanto, no resulta contraria al principio de jerarquía normativa contenido en el art. 31, C.N.

6. La parte actora, además, cuestiona la razonabilidad del art. 55 de la ley 2340, dado que posibilita —a su entender— una injusta equiparación de situaciones diferentes en tanto *corredores sin título* podrían gozar del beneficio de la matriculación que se otorga a los corredores *con título*.

Sin embargo, las diferencias de regulación con relación al requisito del título habilitante, más allá de señalar que la finalidad, alcance y objeto de esta exigencia difiere en la ley nacional y en la ley local, no resultan suficientes para fundamentar el planteo de los actores, pues, precisamente, las facultades que la propia ley nacional reconoce hacia las jurisdicciones locales en cuanto a la registración de la materia, lleva implícita la posibilidad de admitir ciertas diferencias entre ellas, sin que ello permita aseverar violación alguna a la garantía que se considera en crisis.

Como se sostuvo precedentemente, el art. 55 de la ley 2340 *amplía la esfera de potenciales aspirantes a la matrícula de corredor con carácter excepcional y transitorio*. Así, se ha intentado encauzar por vía legal una situación de hecho caracterizada por: *a)* la ausencia de control en el ejercicio de la profesión de corredor en una jurisdicción con un importante mercado inmobiliario, y *b)* el prolongado desempeño del corretaje inmobiliario en la Ciudad por parte de personas que no contaban con título. Por estos motivos, el legislador local ha considerado disvalioso ocluir —al menos en el período inmediato posterior a la entrada en vigencia de la nueva reglamentación— la matriculación de aquellas personas que no cuenten con

titulo, a pesar de encontrarse en condiciones de acreditar cierta antigüedad en el ejercicio de la actividad, ya que, de lo contrario, se generaría un abrupto cambio para los protagonistas del sector.

7. Así las cosas, no resulta posible afirmar que la sola vigencia de la norma objetada, en abstracto, resienta el derecho a la igualdad de trato en la ley que protege la Constitución, por cuanto no se afecta necesariamente la razonabilidad en la selección al conformar diversos universos de aspirantes a la matriculación, al sopesar las distintas circunstancias en los casos ocurrentes y la transitoriedad y excepcionalidad de la posibilidad de habilitación de operadores sin título profesional (v. Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Segunda parte, Capítulo X, parág. 47, pp. 116 y ss.).

Debe tenerse en especial consideración que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico; de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad.

En este proceso, aun cuando se ha admitido llevar adelante la audiencia pública que garantiza el amplio debate de las posiciones, la parte actora no ha demostrado que la transitoria y excepcional equiparación en el tratamiento jurídico establecida por el legislador local para obtener la matriculación —mediante la *ampliación* del universo de potenciales aspirantes a obtenerla— pueda calificarse como *arbitraria* o *infundada*, aunque su fundamento pueda resultar opinable desde algún punto de vista particular.

En definitiva, los planteos construidos alrededor del derecho a la igualdad de trato no pueden prosperar, ya que no se ha explicitado eficazmente de qué manera la ley local puede comprometer el ámbito de tutela del mencionado derecho abarcado por la Constitución.

Por las consideraciones expuestas y las concordantes contenidas en el voto del señor juez de trámite, corresponde rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite.

Por ello, oído el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por la "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual" a fs. 11/17.

2º. *Imponer* las costas por el orden causado (art. 25, ley 402).

3º. *Mandar* que se registre, notifique y, oportunamente, se archive.

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

CCXLIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'EMPRESA LA ROYAL SOCIEDAD ANÓNIMA DE SERVICIOS C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja pues la insistencia en señalar los diferentes aspectos de la sentencia de segunda instancia con los que discrepa, no desvirtúa las razones que determinaron el rechazo del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. No cabe hacer lugar al recuso de queja cuando sólo se exhibe la disconformidad del recurrente con la valoración de cierta prueba y con la aplicación de nomas infraconstitucionales, insuficiente para fundar la tacha de arbitrariedad ensayada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Aunque la recurrente pretende sustentar sus agravios en la alegada vulneración del orden jurídico de las normas (art. 31, C.N.), la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.) y la garantía del debido proceso (art. 18, C.N.), la cuestión propuesta se limita a postular una valoración diferente de las pruebas producidas en la causa, sin que logre conectar los preceptos constitucionales mencionados con las cuestiones debatidas en autos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No cabe hacer lugar al recurso de queja cuando la cuestión involucrada remite a apreciaciones de hecho y prueba, competencia privativa, en principio, de los jueces de mérito, que privan a lo resuelto de relación directa con las garantías constitucionales invocadas; solución que tampoco se ve conmovida frente a la tacha de arbitrariedad, que no pasa de ser una mera discrepancia con lo resuelto y la interpretación de cuestiones de derecho local no constitucional, ajenas a la competencia de este Tribunal en el marco de la vía recursiva intentada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5927/08 - 12/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Empresa La Royal S.A. de Servicios (en adelante, "LR") inició demanda ordinaria contra el GCBA (en adelante, "GCBA") por cobro de $ 4.626.682,16 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, intereses, costos y costas y desvalorización monetaria en concepto de facturas adeudadas por el servicio de limpieza prestado a los hospitales "Bernardino Rivadavia" y "Donación F. Santojanni" (fs. 7/17). La actora se presentó por sí y como continuadora de Better Cleaning S.A., sociedad con la cual la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, "MCBA") habría contratado las prestaciones cuyo pago se reclama.

En relación con los servicios en el "Hospital Rivadavia", la accionante expresó que tuvieron su origen en una disposición del Secretario de Salud de la ex MCBA de fecha 28/12/1992 mediante la cual se había establecido el cese de las tareas de limpieza entonces realizadas por la empresa Bepa S.R.L. y que por carpeta nº 13.321 se había encargado el servicio a Better Cleaning S.A. Agregó que tal contratación había sido ratificada por memorándum nº 4341-DCyF-93 del 18/11/1993 por medio del cual el Secretario de Salud autorizaba a LR la prestación del servicio por razones de emergencia con efecto retroactivo al 1º/7/1993 y hasta el correspondiente acto licitatorio.

En cuanto a los trabajos realizados en el "Hospital Donación F. Santojanni", la actora manifestó que le habían sido encomendados a Better Cleaning S.A. por memorándum nº 12.212-55-93 del 7/1/1993 y que las tareas se habían iniciado en junio de 1993. Destacó que se le había otorgado carácter de emergencia a la contratación, la que iba a tener vigencia hasta el pertinente llamado a licitación.

2. Al contestar la demanda (fs. 28/44), el GCBA rechazó las pretensiones de LR 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 entonces por disposición de la Ordenanza nº 31.655—. Argumentó que no se había realizado la correspondiente licitación pública ni tampoco se había efectuado una contratación directa que cumpliera con los recaudos establecidos para tal situación de excepción en el dec. 5720/72. Agregó (fs. 36 vta.) que los supuestos servicios prestados por la accionante, no habían recibido la conformidad definitiva exigida en el dec. 5720/72 y que aquélla no había sido solicitada por la empresa. A partir de tales consideraciones,

la Ciudad afirmó que la contratación invocada por la actora, debía ser declarada nula de nulidad absoluta y destacó la existencia de vicios en la competencia, la causa y el objeto. Finalmente, postuló que en caso de admitirse que el Gobierno adeudare algo a LR, debían tenerse presente las pautas del principio del enriquecimiento sin causa, produciéndose la prueba correspondiente.

3. El titular del Juzgado Nº 3 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad hizo lugar parcialmente a la demanda. Sin embargo, la Cámara declaró nulo tal pronunciamiento por no haberse dado traslado a la actora del planteo de nulidad de la contratación efectuado por el accionado (ver relato realizado en la sentencia de fs. 45/52, puntos 3 y 4).

4. Devueltas las actuaciones a primera instancia, la nueva magistrada interviniente sustanció el planteo de nulidad efectuado por el demandado. LR sostuvo la inadmisibilidad de tal planteo (fs. 110/118 vta.). Manifestó que el apoderado del GCBA carecía de atribuciones para cuestionar la validez de las contrataciones dado que la Administración no había declarado previamente su nulidad ni autorizado al mandatario a solicitarla en juicio. Por lo demás, la actora rechazó la existencia de vicios alegada por el Gobierno. También expresó que su pretensión debía admitirse por aplicación del art. 1627 del Cód. Civil invocado en la demanda, siendo dicha norma una regulación específica del principio general del enriquecimiento sin causa. Por lo demás, argumentó que en caso de declararse la nulidad de la contratación, la empresa tenía derecho a obtener la compensación del valor del servicio prestado en los términos del art. 1052 del Cód. Civil. Finalmente, ofreció prueba pericial contable.

5. La jueza Petrella (fs. 45/52), en lo que aquí interesa, *i)* hizo lugar parcialmente a la demanda, en cuanto al pago de las facturas nº 316, 317, 357 y 358 correspondientes a servicios prestados en el año 1993 en el Hospital "Bernardino Rivadavia" y de las facturas nº 318, 354 y 356 por la prestación de servicios en 1993 en el Hospital "Donación F. Santojanni", con más sus intereses; *ii)* declaró la nulidad de la contratación del servicio de limpieza desarrollado por la actora durante los años 1995 a 2000 en el Hospital "Bernardino Rivadavia" y durante 1995 y 1996 en el Hospital "Donación F. Santojanni", y en consecuencia rechazó la pretensión de cobro de facturas correspondientes a los indicados períodos; *iii)* acordó a LR una indemnización en concepto de enriquecimiento sin causa del demandado por $ 3.048.369, por servicios prestados durante el período 1995/2000 en el hospital "Bernardino Rivadavia", debiendo descontarse de tal monto los pagos parciales recibidos y adicionarse los intereses correspondientes; *iv)* reconoció a la accionante una indemnización en concepto de enriquecimiento sin causa del Gobierno por $ 1.753.378,80 por servicios prestados durante el período 1995/1996 en el Hospital "Donación F. Santojanni", con más sus intereses; y *v)* impuso las costas en un 65 % a cargo de la Ciudad y en un 35 % a cargo de la actora.

La sentenciante consideró que tanto las prestaciones correspondientes a los años 1993 y 1994 realizadas en el Hospital Rivadavia como las realizadas durante

1993 en el Hospital "Santojanni", pudieron concretarse por la vía de la contratación directa en atención a la configuración de razones de urgencia. Sin embargo, la magistrada entendió que no podía adoptarse igual criterio respecto de las contrataciones efectuadas con posterioridad a tales fechas, en relación con las cuales condenó al GCBA en virtud del principio del enriquecimiento sin causa.

6. Ambas partes apelaron el pronunciamiento de grado (fs. 53/63 vta., memorial del GCBA; fs. 104/109 vta., expresión de agravios de LR).

En lo que aquí importa, el GCBA *i)* objetó el criterio adoptado en la sentencia apelada respecto de la "urgencia" que justificaría la ausencia de licitación pública; *ii)* se quejó de la entidad otorgada a los memorándums invocados por LR; *iii)* adujo que se había fallado *ultra petita* con afectación del principio de congruencia, al reconocer una indemnización en virtud del principio del enriquecimiento sin causa pese a no haber sido éste alegado ni probado por la actora; *iv)* calificó de arbitrario el decisorio por haber tomado en cuenta la pericia contable para calcular el monto de condena dado que a su juicio aquélla resultaba insuficiente para determinar el empobrecimiento de la accionante; *v)* argumentó que el pronunciamiento atacado había evaluado incorrectamente los efectos de la declaración de nulidad de las contrataciones, y *vi)* explicó que la sentencia había extendido la indemnización acordada con respecto al Hospital Rivadavia hasta el año 2000 no obstante que la empresa había reclamado pagos únicamente hasta noviembre de 1998.

7. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad hizo lugar parcialmente a los recursos interpuestos por las partes, confirmó parcialmente la sentencia de grado, e impuso las costas de ambas instancias al demandado vencido. La jueza Daniele adhirió al voto del juez Russo. El juez Centanaro coincidió con la solución, a excepción de la aplicación de la tasa de interés, y efectuó algunas apreciaciones complementarias.

Los magistrados mantuvieron la solución adoptada en la sentencia de grado, salvo en cuanto a *i)* la fecha hasta la cual se había acordado la indemnización por los servicios prestados en el Hospital "Bernardino Rivadavia" (pues la empresa había reclamado pagos hasta noviembre de 1998 y no hasta el año 2000), *ii)* los pagos parciales que la jueza Petrella tuviera por acreditados, y *iii)* la tasa de interés que debía utilizarse.

En relación con aquellas contrataciones directas que el fallo de primera instancia reconociera como válidas, el juez Russo señaló (fs. 67) que "(...) de las constancias de autos surge que al momento de la adjudicación del servicio en los respectivos hospitales, concurrían razones de urgencia que hacían imposible cumplir con el proceso licitatorio, de manera tal que la situación resulta encuadrable en el supuesto de excepción previsto en la normativa aplicable. De allí que pueda considerarse como válida no obstante el incumplimiento de la forma establecida para la generalidad de los casos". Concluyó (fs. 67 vta.) que "tal como lo resolviera la magistrada de primera instancia, la contratación directa fundada en razones de urgencia es válida y en consecuencia produce regularmente sus efectos propios, mientras que las contrataciones posteriores resultan nulas".

Seguidamente el juez Russo se refirió a las prestaciones efectuadas por LR en el marco de las contrataciones declaradas nulas y el resarcimiento solicitado con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa. El camarista destacó que la accionante introdujo la cuestión al contestar el traslado del planteo de nulidad y que ofreció toda la documentación necesaria para llevar a cabo la pericia contable, a diferencia del Gobierno. Expresó (fs. 68) que "si bien la actora no demandó con fundamento en el instituto del enriquecimiento sin causa, sí tuvo la oportunidad de plantearlo y probarlo debidamente en otra oportunidad procesal, igualmente válida al efecto."

El camarista también resaltó que la base de cálculo utilizada en el fallo de grado para determinar el monto de condena, se desprendía de las constancias de autos. Explicó que los libros de comercio son oponibles a la parte no comerciante cuando ésta los acepta como medios de prueba.

8. Contra la resolución de la Sala II, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 74/84) que fue declarado inadmisible (fs. 85/86). En el escrito de fs. 74/84, el Gobierno plantea que la Cámara:

a) violó el principio de congruencia al admitir la indemnización con base en el enriquecimiento sin causa de la accionada, pese a que la actora no lo había probado ni tampoco lo había invocado en su demanda;

b) justificó la contratación directa por razones de urgencia sin ponderar adecuadamente las pautas para su aplicación;

c) no evaluó correctamente los efectos que corresponde asignar a la declaración de nulidad de las contrataciones;

d) prescindió del derecho administrativo aplicable, lesionando el derecho de defensa del Gobierno;

e) vulneró el principio de legalidad al otorgar a LR el derecho al cobro de una suma de dinero en virtud de una contratación nula; y

f) aplicó equivocadamente al caso las normas del Código de Comercio respecto de la validez de los libros y registros contables como medio de prueba.

Por último, el recurrente califica como arbitrario al pronunciamiento impugnado. Sostiene que los jueces no tuvieron en cuenta las normas administrativas para la celebración de contratos, y que fallaron *ultra petita* al reconocer una indemnización con base en el instituto del enriquecimiento sin causa cuando la actora no lo había solicitado.

9. El GCBA interpuso el recurso de queja contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 89/99).

10. El señor Fiscal General Adjunto emitió dictamen a fs. 152/155 vta., propiciando el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E.C. RUIZ dijo:

1. La queja fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados destacaron (fs. 85 vta.) que "(...) las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como el dec. 5720/72 y la figura del enriquecimiento sin causa". Agregaron que "[p]ara arribar a la solución adoptada fueron evaluados los hechos litigiosos y la prueba aportada, pasando luego a brindar los fundamentos y su correspondencia con las normas legales interpretadas, citadas y aplicadas". Afirmaron (fs. 85 vta.) que "(...) en la sentencia apelada se trataron cuestiones relativas a los hechos, su prueba y adecuación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional". Y concluyeron (fs. 85 vta.) que "[l]a circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional".

3. El recurso directo no critica de manera adecuada los argumentos de la resolución de fs. 85/86. El GCBA considera que el decisorio recurrido hizo prevalecer disposiciones del Código de Comercio y principios de derecho privado por sobre la normativa de derecho público local, e infiere de allí la violación de su derecho de defensa en juicio, de propiedad y la supremacía legal establecida por el art. 31 de la C.N.

Una lectura cuidadosa de la queja de fs. 89/99 demuestra que esas manifestaciones no están fundadas.

La afirmación vehemente de que el a quo quebrantó o desconoció la jerarquía de las normas aplicables al caso, es errada. En efecto, las normas con las que la Cámara dirime el conflicto entre las partes son todas ellas de derecho común, como lo destaca la Sala II a fs. 85/86 y como lo reconoce el propio recurrente a fs. 94.

En lo que sigue de la extensa presentación de fs. 89/99 el demandado vuelve una y otra vez a señalar los diferentes aspectos de la sentencia de segunda instancia con los que discrepa. Esa insistencia no desvirtúa las razones que determinaron el rechazo del recurso de inconstitucionalidad. A título de ejemplo, el quejoso no consigue acreditar que la interpretación respecto de la situación de emergencia que habría convalidado ciertas contrataciones directas, la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y/o la valoración de la prueba efectuada por la Cámara importen agravio constitucional alguno.

4. Por fin, el Gobierno califica como arbitrario al pronunciamiento impugnado. A su criterio, la Cámara omitió tener en cuenta que la prestación efectiva de servicios en el ámbito de la ex MCBA se prueba únicamente con el parte de recepción

definitiva y en cambio aplicó normas del Código de Comercio para fundamentar lo decidido en la instancia anterior. Asimismo, el recurrente aduce que el monto otorgado en concepto de indemnización carece de sustento fáctico.

Estas manifestaciones no exhiben más que la disconformidad del GCBA con la valoración de cierta prueba y con la aplicación por la Sala II de nomas infraconstitucionales pero son insuficientes para fundar la tacha de arbitrariedad ensayada. En consecuencia, tampoco en este punto logra la queja desvirtuar los motivos por los cuales los jueces declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 74/84.

5. Por lo expuesto, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio intentada en la queja del Gobierno sellan su suerte adversa. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso directo de fs. 89/99.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Adhiero al voto de la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz. En efecto, la decisión impugnada aplicó correctamente el principio de congruencia, razón por la cual quien recurre, el GCBA, no logra demostrar que, a su respecto, se hayan violado, en autos, las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio. Por lo demás no resulta cierto que la demanda deje de peticionar eventualmente, según el principio del enriquecimiento sin causa, o, al menos, la sentencia así lo ha comprendido, al interpretarla según los fundamentos que de ella se desprenden. Ello surge del punto 3. de los considerandos del pronunciamiento del tribunal de grado, como así también que de dichas prestaciones derivaron facturas que no fueron abonadas por la demandada. Todas estas cuestiones, por otra parte, constituyen cuestiones de hecho, prueba y Derecho común, ajenas al plano constitucional nacional y local, como lo señala el voto al cual me adhiero.

2. El recurrente tampoco logra elaborar una cuestión constitucional concerniente a la violación del derecho de propiedad, derecho que, en principio, se refiere antes bien a la persona que al Estado —previene, precisamente, la expropiación forzada o el desmedro patrimonial sin sentencia previa—, esto es, aquí, más al actor que demanda el cumplimiento de una obligación por servicios prestados o bienes entregados, que al Estado moroso, esto es, que recibe bienes y servicios y no los abona. Tampoco la sentencia afecta potestades propias y exclusivas del gobierno de la ciudad, por lo tanto no lesiona la forma republicana de gobierno ni el principio de la división de poderes (arts. 1º, 14, 17, 18, 28 y 33 de la C.N. y 1º, 104, inc. 11 de la Constitución local), según pretende el recurso. El hecho de que se demande judicialmente al gobierno por obligaciones impagas, más allá del acierto de la afirmación que quien pretende debe demostrar en juicio, esto es, ante un tribunal frente el cual pretendiente y pretendido defienden sus respectivos intereses, resulta ser una manera más que común de expresar la característica democrática y republicana de un Estado, también sometido a obligaciones y al deber de cumplirlas. De allí que aparece enteramente aplicable la doctrina del TSJBA, conforme a

la cual la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para abrir la vía extraordinaria, ya que si bastara la simple invocación de la vulneración de un derecho o garantía de raigambre constitucional, el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (TSJBA, exptes. nº 131/99: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja"; nº 261/00: "Rébora, Horacio Norberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado"), esto es, en tribunal de tercera instancia de mérito (algo que ocurre, según la ley, tan sólo en ciertos y determinados casos).

3. Por lo demás, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (TSJBA, expte. nº 49/99 "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", sent. del 25/8/1999 y sus citas).

4. En razón de lo expuesto voto por rechazar el recurso de hecho de fs. 89/99 vta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y forma adecuada, sin embargo no puede prosperar, pues el recurrente no enuncia un caso constitucional capaz de habilitar esta instancia extraordinaria.

2. Los agravios enunciados por el GCBA se dirigen a cuestionar la sentencia de Cámara por cuanto: *i)* consideró configurada la urgencia que habilitaba recurrir a la modalidad de contratación directa y, en consecuencia, lo condenó a abonar las facturas emergentes de los contratos celebrados con la actora, en relación al período consignado en el pronunciamiento de fs. 65/73, y; *ii)* confirmó, con los alcances allí establecidos, la condena a resarcir a la actora sobre la base del instituto del enriquecimiento sin causa, en virtud de las prestaciones que ésta había realizado durante los períodos involucrados en los contratos cuya nulidad fue decretada.

Aunque la recurrente pretende sustentar sus agravios en la alegada vulneración del orden jurídico de las normas (art. 31, C.N.), la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.) y la garantía del debido proceso (art. 18, C.N.), la cuestión propuesta se limita a postular una valoración diferente de las pruebas producidas en la causa, sin que logre conectar los preceptos constitucionales mencionados con las cuestiones debatidas en autos.

3. En efecto, los agravios desarrollados en el recurso de queja giran en derredor de la apreciación que efectuaron los magistrados intervinientes de las constancias de la causa, que los condujeron, en relación a la primera de las cuestiones propuestas, a considerar configurados los motivos de urgencia alegados para efectuar las contrataciones directas en cuestión; y, respecto del segundo, a determinar el monto del empobrecimiento, y correlativo enriquecimiento sin causa.

En tales condiciones, la cuestión involucrada remite a apreciaciones de hecho y prueba, competencia privativa, en principio, de los jueces de mérito, que privan a lo resuelto de relación directa con las garantías constitucionales invocadas; solución que tampoco se ve conmovida frente a la tacha de arbitrariedad que efectúa en relación a la sentencia de Cámara, que no pasa de ser una mera discrepancia con lo resuelto y la interpretación de cuestiones de derecho local no constitucional (por remisión de la Ordenanza nº 31.655), ajenas —en consecuencia— a la competencia de este Tribunal en el marco de la vía recursiva intentada.

4. En cuanto alega que el *a quo* incurrió en una incorrecta evaluación de los efectos asignados a la nulidad del contrato, este agravio 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 3 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.

5. Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja.

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. Sin embargo, el escrito en examen no cumple esta exigencia, ya que la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones a la violación del derecho de defensa en juicio, del derecho de propiedad y del principio de legalidad.

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).

3. Este Tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de

la Constitución federal o de la Ciudad Autónoma; supuestos que no se verifican en este caso, en el que los cuestionamientos de la actora se dirigen contra la valoración de los hechos de la causa, y contra la interpretación y aplicación al caso de normas de derecho infraconstitucional, como lo son aquellas disposiciones de derecho público que regulan las contrataciones administrativas y el instituto del enriquecimiento sin causa, así como las cláusulas del Código de Comercio referidas a la validez de los libros y registros contables como medio de prueba. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

La recurrente se limita a repetir los argumentos planteados en el recurso de inconstitucionalidad y a invocar artículos de la Constitución Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, pero no logra demostrar que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y los derechos constitucionales genéricamente invocados. Resulta aplicable, entonces, la doctrina sentada por este Tribunal según la cual "la referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente (...) ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, p. 20 y ss.).

4. 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.

La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/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.), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237: 69).

En la sentencia definitiva cuestionada, la Cámara sostuvo que las contrataciones administrativas de autos, a pesar de no cumplir con el trámite licitatorio previo exigido por el dec. 5720/72, podían en sus inicios considerarse válidas por razones de urgencia, pero luego de un tiempo razonable —que, ante la ausencia de previsión normativa, estimaron en dos ejercicios presupuestarios, basados en que resulta un lapso suficiente para que la Administración acceda a un procedimiento de selección legal— devinieron nulas. Ante dicha nulidad, habida cuenta la efectiva prestación de servicios por parte de la actora, debidamente probada en autos, y ante

la oportuna invocación por parte de la accionante del instituto del enriquecimiento sin causa —introducida al contestar el traslado de la pretensión de nulidad de los contratos articulada por el GCBA—, la Cámara estimó procedente establecer una indemnización a cargo del Gobierno local.

Este razonamiento no es compartido por el recurrente, quien desliza distintas críticas pero no logra demostrar que contenga algún error grosero de hecho o de derecho, más allá del acierto o desacierto del fallo —sobre el que no cabe emitir opinión en esta oportunidad—. Y dado el carácter excepcional de la doctrina de la arbitrariedad, que exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387), el defecto precedentemente apuntado impide el progreso del recurso.

5. En mérito a lo expuesto, considero que la queja planteada debe ser rechazada.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo sostienen mis colegas en sus votos respectivos, entiendo que el recurso de queja deducido por el GCBA no puede prosperar, pues no se ha logrado acreditar la existencia de un caso constitucional (art. 27, ley 402).

En efecto, los agravios esgrimidos por la recurrente —dirigidos a cuestionar la decisión que hizo lugar al reclamo de cobro de pesos incoado por la parte actora— sólo reflejan una discrepancia con la determinación del alcance de las pretensiones efectuada por el *a quo* y con la interpretación brindada sobre aspectos de hecho y prueba, así como de las diversas normas infraconstitucionales involucradas en el *sub examine* (básicamente, dec. 5720/72, dec. ley 23.354/56 y disposiciones del Código Civil que delinean el instituto del enriquecimiento sin causa).

Así las cosas, más allá del acierto o error de lo decidido, los planteos propuestos ante este Estrado remiten a la consideración de cuestiones propias de los jueces de la causa y, por ende, no resultan revisables por este Tribunal —al menos por la vía intentada por la recurrente que optó por el recurso de inconstitucionalidad desechando la apelación ordinaria—. Por lo demás, tampoco se ha logrado demostrar la alegada arbitrariedad de la decisión recurrida, en tanto se advierte que, sobre los puntos discutidos, ella no puede ser calificada de infundada o irrazonable.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de hecho deducido a fs. 89/99.

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. 89/99.

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.*

CCL

"NATURAL FOODS INDUSTRIAL EXPORTADORA S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando las objeciones se vinculan con la interpretación y valoración de hechos, pruebas, normativa infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa, y con cuestiones de índole procesal. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando no se observan los recaudos señalados en el art. 1º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, si las páginas del recurso supera los veintiséis (26) renglones, y, además, se omite efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i), no se cumple con las exigencias del art. 3º, relativas a la cuestión federal (incs. b, d y e), ni se refutan todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas (inc. d). *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5686/07 - 12/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Natural Foods Industrial Exportadora S.A. (en adelante NFIE S.A.), interpuso, a fs. 723/736 vta., recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 28/8/2008 por la que el Tribunal rechazó el recurso de apelación ordinario articulado por dicha parte y confirmó la sentencia de fs. 621/624 vta., con costas a la vencida (fs. 684/713).

2. El GCBA contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso interpuesto (fs. 739/751 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario planteado por el recurrente no puede prosperar por varias razones.

2. La primera de ellas, porque la recurrente no logra plantear una cuestión de índole federal.

La sentencia de fs. 684/713 desestimó la apelación ordinaria intentada por NFIE S.A. y confirmó el pronunciamiento de fs. 621/624 vta. Ella se sustentó —principalmente— en: *a)* la falta de legitimación de la actora para reclamar por las facturas nos. 828 a 836, 837 a 845 y 847 a 851; *b)* que el procedimiento de verificación (registro 264/CVD/97) no importó el reconocimiento de la deuda que se le atribuía al GCBA; *c)* la insuficiencia de las constancias obrantes en la causa para ordenar el pago requerido con base en el instituto del enriquecimiento sin causa; y *d)* la introducción tardía de la pretensión de condena al Estado por su responsabilidad extracontractual, así como su improcedencia.

La actora —en oportunidad del recurso extraordinario federal— considera arbitrario el fallo dictado por este Tribunal, en tanto le achaca no constituir una derivación razonada del derecho aplicado a los hechos de la causa, apartarse del principio de congruencia establecido en el art. 277 del CPCC y efectuar una errónea apreciación de los hechos y la prueba; comprometiéndose de esa manera una de las instituciones básicas para la seguridad jurídica "...cual es el desempeño de las relaciones entre proveedores y Estado en el marco de una actividad justa para ambos".

En definitiva, cuestionó el alcance que el Tribunal asignó al procedimiento de verificación llevado a cabo en sede administrativa, a las demás constancias agregadas a la causa y a la normativa en juego: "...La sentencia que se ataca le asigna una lectura errada y opuesta a los hechos que se comprobaron en la causa, al pretender extraer de las circunstancias suficientemente claras, conclusiones que se sostienen únicamente en la incongruente apreciación de la prueba." (fs. 724). Es una cuestión constitucional —puntualizó— "...equivocar el fundamento normativo, atribuyendo a las normas una conclusión errada que, en el caso se advierte, al creer que la deuda fue negada por falta de legitimación del peticionante sin advertir que el rechazo proviene de la propia actitud de mi parte de no someterse a la extorsión de una quita desproporcionada e injusta" (fs. 725 vta.).

Pese a los intentos que realiza NFIE S.A. para justificar la existencia de un caso federal mediante la invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (derecho de defensa, de debido proceso, de igualdad, de propiedad; principio de razonabilidad), lo cierto es que lo decidido no trata sobre cuestión federal

alguna, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. Las objeciones se vinculan —como quedó expuesto— con la interpretación y valoración de hechos, pruebas, normativa infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa (entre otras, el dec. 225/96 del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), además de cuestiones de índole procesal (referidas al oportuno planteo de los puntos constitutivos de la litis).

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

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

Y, en este punto, la recurrente —se insiste— no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal.

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

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisible en tanto, como fue dicho, se sostiene, básicamente, en la discrepancia de NFIE S.A. con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia de los hechos, la prueba y las reglas locales y de derecho común aplicadas para fundar su decisión (conf. doctrina de *Fallos,* 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 1757, entre muchos otros). En efecto, insistentemente, alude la actora en el escrito recursivo a la errónea interpretación y valoración de las constancias de la causa y normas aplicadas; pero, ciertamente, ello no basta para conceder el recurso que interpone en tanto las cuestiones cuya revisión se pretende resultan ajenas al remedio federal intentado.

Tampoco resulta idónea para habilitar la instancia extraordinaria por arbitrariedad, la afirmación que efectúa NFIE S.A. en el sentido de que "...la sentencia introduce desde los primeros escaños una cuestión no propuesta como es la doctrina del enriquecimiento sin causa, generando así una obligación de probar que sólo es posible cuando media colaboración entre las partes, sin la rígida exigencia del principio 'el que afirma debe probar'". El agravio pierde de vista que fue la propia actora, y no el Tribunal, quien —al contestar el traslado de la nulidad de la contratación articulada por la demandada— dejó expresamente planteada, de manera subsidiaria, "...la acción basada en el enriquecimiento sin causa, regulado por los arts. 1627 y 1052 del Cód. Civil..." (fs. 430/436, en especial punto III). En tal contexto, el agravio de NFIE S.A. exigiría que la CSJN analizase el alcance de la pretensión formulada en autos, cuestión que, por regla, corresponde de modo privativo a los jueces de la causa y excede el ámbito de revisión del recurso intentado.

5. Por lo demás, NFIE S.A. no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en el art. 1º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN., en tanto las páginas del recurso extraordinario presentado en muchos casos supera los veintiséis (26) renglones.

Tampoco puede tenerse por cumplidos los extremos requeridos por los arts. 2º, inc. i) y 3º, incs. b), d) y e) del reglamento citado.

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

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Natural Foods Industrial Exportadora S.A., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 713, punto 2.

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

CCLI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ARCE GOITÍA, GUILLERMO FEDERICO S/INF. ART. 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Suspensión del proceso a prueba. Exención de depósito. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. No configura sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad, el pronunciamiento que confirmó la decisión que había revocado la suspensión del proceso a prueba, pues provoca, como consecuencia natural, la continuación del proceso según sus cauces normales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Los agravios esgrimidos en las piezas recursivas sólo expresan discrepancias con la inteligencia que los jueces de mérito otorgaron a los recaudos que exige la normativa que regula el procedimiento en torno a la suspensión del proceso a prueba (v. gr. aspectos procesales vinculados con el art. 45 del CC), cuestión interpretativa cuya revisión no suscita, por sí, la competencia del Tribunal en a través del recurso de queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. El recurso de queja no puede contribuir a fundar en forma tardía un recurso de inconstitucionalidad infundado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El art. 45 del Código Contravencional no prevé audiencia alguna y —al menos en el caso, en el cual la defensora no requirió la audiencia y sólo se queja por su carencia una vez conocida la decisión— la vista decidida por la jueza antes de decidir sobre el cumplimiento de las condiciones fijadas en la suspensión del juicio a prueba resulta suficiente para una defensa eficaz. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. Debe intimarse 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, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. El recurso de queja cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que critica exitosamente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad y la defensa logra demostrar que la decisión que confirmó la revocación de la suspensión del juicio aprueba resulta equiparable a una sentencia definitiva debido a la eventual afectación del derecho de defensa en juicio. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz.).*

7. Cabe rechazar el recurso de inconstitucionalidad que sólo revela la opinión de la recurrente en torno a la interpretación de las normas infraconstitucionales que regulan el instituto de la suspensión del juicio a prueba, si el escrito prescinde por completo de desarrollo constitucional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5999/08 - 12/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 36/49) contra la resolución de la Sala II de la Cámara CyF del 28/5/2008 (fs. 26/28) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 30/35) intentado, a su vez, contra la decisión de la Cámara del 11/3/2008, que resolvió confirmar la resolución de primera instancia (fs. 19/21). La titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 20 había resuelto no hacer lugar a una segunda prórroga solicitada por la defensa y revocar la suspensión del proceso a prueba respecto del señor Guillermo Federico Arce Goitía, por no haber cumplido con las tareas comunitarias que le habían sido impuestas (fs. 8/9).

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa denuncia, básicamente, la afectación del derecho a ser oído y del debido proceso, pues se habría omitido escuchar en audiencia al imputado sobre las razones del presunto incumplimiento antes de procederse a revocar la suspensión del juicio a prueba, lo que a criterio de la defensa estaría exigido por el art. 311, CPPCABA, que entiende de aplicación supletoria al caso (fs. 30/35).

3. Los integrantes de la Sala II declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por no constituir la decisión atacada la sentencia definitiva del proceso, ni resultar equiparable a tal; y debido a que el recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional, sino sólo una mera discrepancia interpretativa con la postura sostenida por la Alzada sobre la normativa local de aplicación (fs. 26/28).

4. El Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja: *a)* pues la decisión atacada no es la definitiva y entendió que tampoco resultaba equiparable a ella; y *b)* porque descartó que se hubiera configurado un caso constitucional (fs. 53/55).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El pronunciamiento que origina esta queja, en tanto confirmó la decisión que había revocado la suspensión del proceso a prueba respecto del señor Arce

Goitía 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, el recurrente tampoco acredita un supuesto de equiparación porque se limita a enunciar una discrepancia acerca de cuestiones estrictamente procesales.

2. Resumidamente, la defensa sostiene en la queja que decidir la revocación de la suspensión del proceso a prueba sin haber convocado la jueza a la audiencia prevista en el art. 311 del CPPCABA —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 así el derecho de defensa en juicio en cuanto a la posibilidad del imputado a ser oído y a ejercer su defensa material, lo cual implica que la tutela de dicho derecho no podrá cumplirse eficazmente en una oportunidad posterior (fs. 39 vta./43).

Pese al modo en que el recurrente presenta su objeción, los agravios esgrimidos en las piezas recursivas, en realidad, y tal como lo afirma la Cámara en el auto denegatorio (fs. 27 y s.), sólo expresan discrepancias con la inteligencia que los jueces de mérito otorgaron a los recaudos que exige la normativa que regula el procedimiento en torno a la suspensión del proceso a prueba (v. gr. aspectos procesales vinculados con el art. 45 del CC), cuestión interpretativa cuya revisión no suscita, por sí, la competencia del Tribunal en la vía intentada.

En efecto, el *a quo* sostuvo, para lo que ahora importa, que si bien el art. 45 del CC "no incluye como requisito previo al dictado de la revocación del instituto la comparecencia del probado" (fs. 21) [...] "el encausado tuvo y tiene la posibilidad de presentarse ante el Tribunal todas las veces que considere necesario para evidenciar su voluntad de ajustarse a derecho y cumplir con la manda judicial" (fs. 21/21 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, la señora Defensora no pidió la mentada audiencia (fs. 7), lo que sólo hizo en el recurso de apelación (fs. 12 vta.).

En tal contexto, las previsiones del art. 18 de la C.N. carecen de relación directa con la decisión atacada.

3. Por lo demás, en la queja el Defensor General se agravió por cuanto la Cámara confirmó la decisión de la jueza de primera instancia de revocar la suspensión del proceso a prueba cuando la representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara había postulado la nulidad del decisorio, lo que a juicio de la defensa habría generado la ausencia del impulso necesario en el proceso (afectación del principio acusatorio); y por entender que la decisión confirmatoria de la Cámara era arbitraria (fs. 43 vta./44 vta.). Sin embargo, en el recurso de inconstitucionalidad la defensa se limitó a invocar en términos genéricos y abstractos estos dos motivos de agravio, sin relacionarlos suficientemente con las circunstancias del caso

(fs. 31, 31 vta., 32 y 32 vta.). Así las cosas, y dado que la queja no puede contribuir a fundar en forma tardía un recurso de inconstitucionalidad infundado, corresponde rechazar la queja también a este respecto.

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 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. 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 la defensora no requirió la audiencia y sólo se queja por su carencia una vez conocida la decisión— la vista decidida por la jueza antes de decidir sobre el cumplimiento de las condiciones fijadas en la suspensión del juicio a prueba resulta suficiente para una defensa eficaz.

4. Con respecto a los motivos de agravio vinculados a la afectación del sistema acusatorio y a la arbitrariedad de la decisión de la Cámara, coincido con aquello que sostiene el señor juez de trámite, respecto a que la queja no puede contribuir a fundar un recurso de inconstitucionalidad infundado (independientemente de mi apreciación particular sobre la arbitrariedad como motivo de los recursos extraordinarios, ver 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, entre otros).

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 Guillermo Federico Arce Goitía. En virtud de ello, estimo que debe intimarse 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 C.I.S.A. —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss., y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero a lo expuesto por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en los puntos 1 a 3 de su fundado voto, pues la sentencia impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad, que esta queja defiende, no tiene carácter de definitiva y tampoco se han dado razones para equipararla a una decisión de esa naturaleza. Toda la discusión vinculada con la necesidad o no de que se lleve a cabo una audiencia con el presunto contraventor, con anterioridad a la posible revocación de una suspensión del proceso a prueba (art. 45, ley 1472) ante un posible incumplimiento del compromiso libremente asumido por aquél, tal como ha sido planteado

por la defensa oficial, permanece en el terreno de la interpretación de normas infraconstitucionales y en principio no habilita la competencia del Tribunal. En ese sentido, tal como lo desarrolla el juez Maier en su voto, el art. 45 de la ley 1472 no prevé audiencia alguna y, en todo caso, si la defensa oficial interpretaba que resultaba de aplicación supletoria el art. 311 del CPPCABA, o el art. 515 del CPPN, debió solicitarla cuando la jueza de primera instancia le confirió la vista para que se expidiera acerca del supuesto incumplimiento (fs. 7) y no quejarse con posterioridad a que la jueza tomara una determinación. En otras palabras, la propia defensa contribuyó, al no haber objetado el trámite dado al caso, a que la pretendida audiencia no se celebrase.

En cuanto al pago del depósito de ley comparto la postura sustentada por mi colega, José O. Casás, correspondiendo entonces su integración bajo apercibimiento de ejecución.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Corresponde admitir el recurso de queja que interpusiera la defensa oficial del señor Guillermo Federico Arce Goitía (fs. 36/49) y rechazar el recurso de inconstitucionalidad que la precede (fs. 30/35).

2. La queja cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que critica exitosamente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la defensa logra demostrar que la decisión cuestionada mediante el escrito de fs. 30/35 resulta equiparable a una sentencia definitiva debido a la eventual afectación del derecho de defensa en juicio.

3. Ahora bien, el recurso de inconstitucionalidad sólo revela la opinión de la recurrente en torno a la interpretación de las normas infraconstitucionales que regulan el instituto de la suspensión del juicio a prueba. El escrito en análisis prescinde por completo de desarrollo constitucional, deficiencia argumental que define su rechazo.

4. Voto, en consecuencia, por admitir la queja que dedujera la defensa oficial del señor Guillermo Federico Arce Goitía (fs. 36/49) y por rechazar su recurso de inconstitucionalidad (fs. 30/35).

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. 36/49.

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.*

CCLII

"GCBA C/CARTO, OSCAR Y OTROS GCBA Y OTROS S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS EXPTE. Nº 5878/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/CARTO, OSCAR Y OTROS S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'", EXPTE. Nº 5956/08 "CARTO, OSCAR S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y EXPTE. Nº 5941/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/CARTO, OSCAR S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Defensor oficial. Incidente de nulidad. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. Principio de congruencia. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía. Designación de sus miembros. Concursos. Debido proceso.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la providencia dictada por el juez de grado que ordenó el traslado al Consejo de la Magistratura para que se expidiera acerca de la legitimidad de la resolución de designación del defensor oficial y prescindir, por tanto, de la exigencia propia del recurso consistente en tener como objeto de agravio una sentencia definitiva dada la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. 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).*

3. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto 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).*

4. El Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial con competencias exclusivas, 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), de modo que no resulta posible que jueces o fiscales cuestionen 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).*

5. A los efectos del art. 27 de la ley 402, resulta equiparable a definitiva la sentencia que irroga un perjuicio de imposible reparación ulterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. 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).*

7. El recurso de inconstitucionalidad, y la queja a éste acumulada, deben rechazarse pues se dirigen a cuestionar la decisión del juez de primera instancia de correr traslado a fin de que el Defensor Oficial y el Consejo de la Magistratura se expidan respecto de la legitimidad de la resolución de designación del defensor, decisión que no puede ser equiparada a sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de "irreparables" que permitan autorizar esa equiparación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Corresponde rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en cuanto la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al Defensor Oficial y al Consejo de la Magistratura, con el objeto de que se expidan sobre la legitimidad de la resolución de designación del defensor, pues se trata de resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia meramente física que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno, ni representan a la exigencia de sentencia definitiva impuesta por el art. 27 de la ley 402. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5888/08 - 12/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación contra la providencia dictada por el juez de primera instancia el 4/6/2007, que ordenó —a los efectos de no entorpecer el proceso principal— la formación de un incidente a fin de resolver lo atinente a la legitimidad de la resol. CM-51/06 (fs. 92 y 93 y vta.).

También apeló el traslado dispuesto —con fecha 8/6/2007— a dicho organismo y al doctor Guillermo A. E. Gracia con el objeto que se expidiesen a ese respecto; es decir, sobre la legitimidad de la resol. CM-51/06 (fs. 1 y 2).

El señor juez de primera instancia declaró inadmisible ambos recursos, pues ellos se dirigían contra providencias simples que no causaban gravamen irreparable (fs. 94 y fs. 3).

2. El CM dedujo sendos recursos de queja contra dichas desestimaciones (fs. 95/97 y fs. 5/7 y vta.), que fueron rechazados por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 101 y fs. 11).

3. Contra dichos rechazos el CM articuló los consiguientes recursos de inconstitucionalidad (fs. 107/112 y fs. 17/21), que fueron declarados parcialmente admisibles por la Cámara, salvo en lo referido a los planteos de arbitrariedad, que fueron desestimados (fs. 119 y vta. y fs. 29 y vta.).

El CM interpuso recurso de queja contra las denegatorias parciales de los recursos de inconstitucionalidad oportunamente deducidos fundados en la arbitrariedad de sentencia (fs. 144/150 y vta. y fs. 53/ 59 y vta.).

4. El señor Fiscal General Adjunto, remitiéndose a los conceptos vertidos en su dictamen del 11/9/2007 en la causa "Skiba", propició admitir las quejas, hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad, revocar las sentencias apeladas y dejar sin efecto todo lo actuado en estos obrados (fs. 65/66 y vta., 71/88 y 154/156).

FUNDAMENTOS:

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

1. La relación de antecedentes efectuada en las "resultas" de esta sentencia pone de manifiesto que la cuestión ventilada en las instancias anteriores y en los recursos traídos a decisión del Tribunal es sustancialmente similar a la que se resolviera en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008; que es mencionada por el señor Fiscal General Adjunto en sus dictámenes (conf. fs. 66 y 155) y por el CM en sus recursos de queja.

En aquella oportunidad el Tribunal, a partir de los argumentos coincidentes de cuatro de sus integrantes, constató la existencia de un caso constitucional susceptible de habilitar la vía recursiva prevista en el art. 113, inc. 3º, CCBA y dejó sin efecto el procedimiento incidental iniciado de manera oficiosa por el juez de la causa para evaluar la validez del acto de designación del Asesor Tutelar que se había presentado en el expediente.

2. En consecuencia, por los fundamentos coincidentes que fueran expresados en el precedente citado —a los que cabe remitirse en homenaje a la brevedad—, entendemos que corresponde hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura local, revocar las sentencias recurridas, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo sin más trámite.

3. Por último, una aclaración adicional. A diferencia de lo ocurrido en "Skiba", donde se objetaba la decisión judicial que había declarado la nulidad del acto de designación del señor Asesor Tutelar que se había presentado en el expediente, en esta causa el Consejo de la Magistratura de la Ciudad ha dirigido sus cuestionamientos contra dos providencias dictadas por el señor juez de grado que ordenaron formar un "incidente" a fin de resolver lo atinente a la legitimidad de la resolución de designación del Defensor Oficial doctor Guillermo A. E. Gracia (resolución CM 51/2006) y correr traslado al Consejo de la Magistratura para que se expida al respecto.

A pesar de lo señalado, consideramos que en esta ocasión la decisión a dictarse no debe variar respecto de la adoptada en el precedente antes referido, pues cabe prescindir en el caso de la exigencia propia del recurso de inconstitucionalidad consistente en tener como objeto de agravio una *sentencia definitiva* (ver el voto que suscribimos conjuntamente en autos "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5840/08, sent. del 17/9/2008). Ello se explica por la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que ya se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad, asunto que, naturalmente, excede el interés individual de las partes —aunque hablar de *partes* en este peculiar proceso incidental, en rigor, resulte un contrasentido, como se explicó *in extenso* al decidir "Skiba"—. Además, al resolver de este modo también se conjura el evidente dispendio jurisdiccional que conllevaría para todos los sujetos involucrados tener que tramitar y verse sometidos a un proceso que, en circunstancias análogas, el Tribunal ya ha descalificado por tratarse de una actuación viciada de ilegitimidad desde su génesis.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La cuestión de autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta *in re* "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5840/08, sent. del 17/9/2008.

Tal como sostuve en el precedente aludido, las decisiones que viene recurriendo el CM (esto es, la formación del incidente y el correspondiente traslado a su parte) si bien no constituyen la definitiva a que se refiere el art. 27 de ley 402,

resultan equiparables a tal porque le irrogan un perjuicio de imposible reparación ulterior. Al ordenar la formación de un incidente con el objeto de tratar los planteos de la señora Fiscal dirigidos a controvertir la legalidad de la resol. 51/2006 del CM y el traslado de esa pretensión incidental, el juez actuó *ultra vires*. Ello así, en tanto puso en vilo, sin que existiese una pretensión de parte legitimada, la validez de un acto emitido por la recurrente, esto es, un órgano del Estado. 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 —conf. mi voto *in re* "Skiba, Juán Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008—. A su vez, el Ministerio Público Fiscal tampoco cuenta con la competencia para controlar por sí al Defensor Oficial, ni para requerir tal control del juez (conf. los fundamentos dados en el punto 6 de mi voto *in re* "Skiba", ya citado).

En consecuencia, corresponde concluir, tal como lo adelanté al comienzo del párrafo que antecede, que las decisiones recurridas configuran un palmario menoscabo a las facultades del CM, no susceptible de ser reparado ulteriormente.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, *ii)* revocar las decisiones impugnadas, *iii)* dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión, y *iv)* ordenar su archivo.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido con los votos precedentes en señalar que este caso, en sus elementos materiales básicos, es idéntico al que el TSJBA decidiera en "Skiba, Juan Andrés…", exptes. nos. 5427/07 y 5381/07, acumulados, casos que el tribunal decidió por sent. del 12/3/2008. Se trata aquí, otra vez, de la decisión inconsulta, de oficio, de un problema institucional mediante el aprovechamiento de un litigio judicial que se suscita entre partes extrañas al llamado "incidente".

En este mismo caso citado señalé que, aunque la resolución impugnada no aparecía procesalmente como una *sentencia definitiva*, que daba base al recurso interpuesto según lo exige la ley local (nº 402, art. 27), ello se debía a la confusión que, para la fundamentación de un agravio real, incorporaba la formación del —mal llamado— "incidente" (sobre un problema institucional) en un litigio entre partes distintas de aquellas verdaderamente en conflicto y por un objeto también distinto del caso judicial planteado por las partes. Resulta así descabellado ocultar bajo el rótulo de "incidente" una decisión supuestamente "interlocutoria", con

protagonistas oficiales ajenos a las partes de un proceso judicial concreto, sobre una disputa de otro nivel acerca de las facultades y limitaciones de un órgano estatal, también ajeno por completo al litigio real trabado y sin reparar en la voluntad del presunto afectado.

2. El caso que aquí se nos presenta, con poseer esos mismos elementos, representa, sin embargo, una verdadera anticipación de la intervención recursiva que eventualmente le corresponde como competencia al TSJBA. Aquí se ha recurrido, en verdad, la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al Consejo de la Magistratura, resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia meramente física que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno y, mucho menos, representan a la exigencia de *sentencia definitiva* impuesta por el art. 27 de la ley local 402.

3. Por lo tanto, me inclino por rechazar la queja interpuesta y por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en su parte pertinente.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y de queja han sido interpuestos en tiempo y forma. En los recursos directos, el Consejo de la Magistratura formula una crítica adecuada y suficiente de los respectivos autos denegatorios que rechazan parcialmente sus presentaciones. Anticipo que aun cuando el Tribunal está habilitado para ejercer su competencia, ninguno de los agravios introducidos por el recurrente pueden prosperar.

2. Los fundamentos y la solución que propicio en estas actuaciones son análogos a los que expresara al votar en los precedentes "Pagliarulo, Ángela c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5879/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pagliarulo, Ángela c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5887/08, sent. del 17/9/2008, y "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'" expte. nº 5840/08, sent. del 17/9/2008.

En las causas indicadas sostuve que "[l]a relación de antecedentes efectuada en las 'resultas' y la resolución de la Cámara de Apelaciones que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (...) ponen de manifiesto que más allá de la similitud —que señala Fiscal General Adjunto en su dictamen— que la cuestión ventilada en las instancia anteriores pudiera presentar con la decidida por el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos

incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008, existe una diferencia sustancial que no puede ser obviada: en "Skiba" el incidente referido a la personería del señor Asesor Tutelar Nº 2 llegó a conocimiento del Tribunal luego de haber sido fallado en las dos instancias de mérito. // Por el contrario, el recurso que el CM trae ahora a consideración del Tribunal se dirige a cuestionar, finalmente, la decisión del juez de primera instancia de disponer, de oficio, la formación de un incidente para dilucidar 'el planteo efectuado por la señora Fiscal (...) respecto de la intervención del doctor Alejandro Petrucci, en su calidad de Asesor Tutelar' (...) // Los agravios que el CM plantea atacan la disposición que da inicio a un incidente y ordena que en él se expresen quienes, a criterio del magistrado, deberían hacerlo: el doctor Petrucci, y el Consejo de la Magistratura (...). Por su naturaleza, la decisión no es una sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de 'irreparables' que permitan autorizar su equiparación con ese tipo de sentencias. // Como ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal en relación al recurso de inconstitucionalidad local —en consonancia con el criterio sentado por la CSJN para el recurso extraordinario federal— la ausencia del sentencia definitiva no puede ser suplida mediante la invocación de arbitrariedad o de la violación de garantías constitucionales (*Fallos,* 308:62; entre otros). // Cabe concluir, entonces, que la sentencia que desestimó la queja interpuesta por el CM (...) y las providencias de primera instancia que dispusieron la vista al Fiscal, y formar el incidente y dar traslado no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402".

3. Lo expresado para considerar que los recursos de inconstitucionalidad fueron erróneamente concedidos por la Cámara, resulta igualmente aplicable para rechazar las quejas acumuladas.

4. Por último, considero oportuno destacar que la inadmisibilidad de los recursos en análisis no sólo es consecuencia, como ya dije, de la ausencia de sentencia definitiva. Sucede que en atención a las circunstancias del caso, si esos recursos fueran admitidos el Tribunal interferiría de modo indebido en una actividad ordenatoria que integra las facultades que por ley son propias de los jueces de las instancias ordinarias.

En consecuencia, voto por declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad y por rechazar las quejas planteadas por el CM.

Por ello, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocar

las sentencias recurridas, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo.

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.*

CCLIII

"S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. AMPARO: Naturaleza. Caracteres. Idoneidad de la vía elegida. Sentencia equiparable a definitiva. Exceso ritual manifiesto. RETENCIÓN EN LA FUENTE: Principio de reserva de ley en materia tributaria. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Retenciones en exceso. Repetición. Principio de igualdad. Razonabilidad. Derecho de propiedad. CONVENIO MULTILATERAL: Derecho intrafederal.

SUMARIOS:

1. Los reglamentos que generan los regímenes de retención tienen por objeto facilitar la efectiva recaudación de las obligaciones tributarias, por lo que no pueden exceder el marco de la obligación creada por la ley. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El régimen de retención que toma como base los ingresos totales que percibe la actora por los pagos de bienes y servicios a través de tarjeta de compra, de crédito y similares y la obligó a tener que aportar a las arcas de la Ciudad importes que no condicen con sus obligaciones tributarias generándole un crédito cuya cobrabilidad se extiende sine die en ese esquema generado por la Administración (dec. 2133/02 y resol. 1550/02), constituye, por sus caracteres, un 'empréstito forzoso" no fundado en ley, lo que lo convierte en manifiestamente ilegítimo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Si bien los regímenes de retenciones no tienen que ser dispuestos por ley, no pueden desbordar la obligación tributaria que pesa sobre el contribuyente, puesto que, de otra manera, la Administración vendría a disponer del patrimonio de los contribuyentes en contra de lo previsto tanto en la Constitución de nuestra Ciudad como en la nacional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

4. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad respecto de la decisión de la Cámara que reenvió a la recurrente al proceso de repetición, cuando su pretensión no consistió en solicitar el reintegro de los montos ingresados, sino que apuntaba a que se exceptuaran sus cobros total o parcialmente del actual régimen

de retenciones del dec. 1150/90 y sus normas modificatorias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La pretensión de la actora de obtener la devolución de los saldos a su favor no puede admitirse a través de la vía del amparo, pues para ello no sólo debió demostrar que el actuar de la Administración era palmariamente ilegitimo, sino, también, que la acción de amparo era idónea para su procedencia o, por lo menos, que no lo era menos que el reclamo de repetición, desde que, la ausencia de un monto determinado que se pretenda repetir y su correspondiente liquidación (ambos requisitos mínimos para la procedencia de un reclamo de repetición), dan cuenta que la vía elegida no resulta adecuada para canalizar la mencionada pretensión. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Frente al desfasaje entre importe justo del tributo y retención en la fuente, que emerge de la aplicación al caso, sin relación alguna, de una base imponible distinta: en un caso, las operaciones llevadas a cabo en la Ciudad, las menos según el giro real del contribuyente, y, en otro, las operaciones llevadas a cabo en todo el país —sin distinción territorial— y abonadas por a través de tarjetas de crédito y débito, la mayoría según ese giro comercial, corresponde disponer que de ahora en adelante la Administración deberá establecer un régimen especial para el contribuyente, de modo que las retenciones en la fuente partan de la misma base imponible relativa al impuesto de ingresos brutos, con la posibilidad de compensaciones racionales entre sus saldos, esto es, que no ofrezca la enorme diferencia detallada, de modo permanente. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El hecho de que se estime la pretensión del actor como dirigida a la corrección del futuro de las relaciones tributarias entre él y la Administración de la Ciudad, de carácter permanente, antes que a lograr una suma de dinero concreta en concepto de reparación o restitución, abona, en conjunto con la evidencia de menosprecio para reglas constitucionales, la decisión de que, en el caso, la vía del amparo (CN, 43; CCBA, 14) fue, en lo básico, bien requerida y utilizada, más allá de las vicisitudes del proceso (prueba y duración consiguiente). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. Más allá de que el proceso fue articulado por la vía de la acción de amparo —ordinarizada en los hechos esta causa y colectada gran parte de la prueba necesaria para formar convicción sobre el derecho que les incumbe a las partes—, remitir la solución de la controversia a nuevas actuaciones importaría incurrir, con un exceso ritual manifiesto, en una denegación de justicia, en donde la sentencia que así lo decidiera no sería la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino, precisamente, la frustración, mediante la preeminencia de las formas rituales sobre la verdad jurídica objetiva, de la aplicación del derecho, que reclama pronunciamientos tribunalicios en tiempo útil. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

9. Cabe equiparar el pronunciamiento de la Cámara a "sentencia definitiva" cuando se ha ordinarizado la acción de amparo, para evitar que desproporcionadas dilaciones importen denegar a la accionante su reclamo de justicia, obligándola, tal vez, a clonar tantas demandas de repetición como períodos fiscales con saldo tributario a su favor queden involucrados en el conflicto, con el esfuerzo procesal y dispendio jurisdiccional que ello irrogaría, renunciando aquí a impartir justicia sin frustrar ritualmente la aplicación del derecho. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Tanto en la ampliación de la esfera de sujeción pasiva de las obligaciones tributarias a través de la creación de agentes de percepción, retención y recaudación —en mérito a la solidaridad tributaria de éstos—; cuanto en el establecimiento de pagos a cuenta (anticipos, retenciones o percepciones), la apreciación del ejercicio legítimo de tal facultad debe ser ponderada con sentido estricto y admitida sólo en aquellos casos en que el obrar del Departamento Ejecutivo y de sus agentes jerárquicos supere satisfactoriamente el test de razonabilidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. El establecimiento de cualquier "ante pago" desproporcionado y abusivo importaría la creación ex novo, en la excedencia de una prestación pública coactiva distinta del impuesto mismo, regularmente instituido, con afectación al principio multisecular de reserva de ley tributaria, desatendiendo el imperativo de que sólo cabe aprehender la capacidad contributiva ponderada en el presupuesto de hecho definido por el legislador al caracterizar la hipótesis de incidencia tributaria (en términos de tipicidad y taxatividad) y fijar la cuantía de la obligación resultante de la aplicación de la tarifa a la base imponible, elementos que actúan en el campo del derecho tributario sustantivo donde queda excluido todo margen de discrecionalidad de parte del organismo recaudador. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. Las retenciones, percepciones, anticipos y pagos a cuenta, no deben superar, por regla general, en su conjunto la obligación fiscal que, en definitiva, deba afrontar el contribuyente y, menos aún, cuando a través de tales institutos se originan recurrentemente saldos a favor del obligado tributario. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. No basta el *nomen iuris* de "retención" para caracterizar el instituto financiero que convierte al contribuyente en acreedor permanente del Fisco, ya que para definir la naturaleza jurídica de la prestación pública en exceso debe investigarse la estructura del presupuesto de hecho y la base de cálculo de la retención, lo que permitirá descubrir la inequivalencia, entre la detracción patrimonial amputada en demasía y la obligación final tributaria lo que denuncia la impropiedad técnica de la denominación utilizada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. La regla de la igualdad que, si bien permite tratar en forma diversa a los desiguales, no tolera, como criterio dirimente del distinto, que la diversidad en la consideración se asiente en que los sujetos realicen operaciones intrajurisdiccionales e interjurisdiccionales —penalizando estas últimas—, pues ello importaría desconocer la razón de ser del dictado del Convenio Multilateral para evitar la doble imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. La afectación del principio de igualdad se consuma no sólo a través de un trato desigual a los iguales, sino también —y quizás más solapadamente— cuando se asigna un trato igual a los desiguales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

16. Las sumas retenidas a la accionante por su ventas mediante tarjetas de crédito, debido o tickets, que toman por base imponible las ventas realizadas en todos los supermercados de propiedad de la actora en todo el país, y no sólo en esta jurisdicción, genera un saldo a favor para la firma que no puede ser consumido por ella mediante su utilización en posiciones futuras. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

17. Si una determinada forma de instrumentar la percepción de anticipos mediante la retención en la fuente, constante y permanentemente obliga a un contribuyente a exceder con creces la satisfacción de la carga tributaria legítima y legalmente impuesta por el Estado local, ese sistema resulta, respecto de ese contribuyente en particular, lesivo de su derecho constitucional de propiedad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

18. La pretensión de condena al pago de lo abonado en exceso por la amparista convirtió en ordinaria la vía, por lo que corresponde intimarla a integrar la tasa de justicia que debería haber abonado si la demanda hubiera tramitado por la vía correcta, en la proporción en que resulte condenada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

19. El amparo constituye una herramienta prevista por el ordenamiento jurídico para prevenir o subsanar lesiones a derechos exigibles, ante actos u omisiones que presenten una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de modo que las pretensiones que requieren un debate amplio, no solo de los hechos sino también del derecho, o que necesiten la producción de distintas medidas probatorias para su dilucidación, resultan inconciliables con esa vía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

20. Corresponde anular todo lo actuado sólo cuando la elección de la vía del amparo le impide a la parte demandada ejercer con amplitud su derecho de defensa, ya sea por impedirle la deducción de determinadas pretensiones o defensas, o la producción de determinadas medidas probatorias. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

21. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad frente al excesivo rigorismo formal inconciliable con el principio de tutela judicial efectiva en que incurrió la Cámara, pues si bien no es el amparo el proceso judicial idóneo para plantear la repetición de sumas de dinero por impuestos pagados en exceso, cuando transcurrieron cuatro (4) años desde la iniciación del juicio, y no existe ninguna discrepancia entre las partes respecto de la existencia y el monto del saldo a favor del contribuyente, se justifica admitir la pretensión del accionante por razones de celeridad y economía procesal, sin perjuicio de destacar que otro debió haber sido el recorrido en sede administrativa y judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

22. No cabe dudas que interponer periódicamente un reclamo de repetición ante el Fisco local insume tiempo y la realización de trámites administrativos, que sería conveniente evitar, no obstante ello, el sistema no se transforma automáticamente en inconstitucional, porque en definitiva definir la modalidad de percepción de los tributos resulta un resorte exclusivo de los poderes políticos, que sólo puede ser declarado ilegítimo cuando existan violaciones a normas jurídicas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

23. Las normas emitidas por la Comisión Arbitral, en su carácter de órgano de aplicación del Convenio Multilateral del 18/8/1977, son obligatorias y directamente operativas para los Estados miembros (art. 24 del Convenio Multilateral). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

24. La sanción por parte de la Administración Pública porteña de decretos o resoluciones que contradicen lo regulado por el Convenio Multilateral y las resoluciones generales dictadas por la Comisión Arbitral, resultan inválidas en tanto

desconocen la supremacía jerárquica de la normativa de carácter intrafederal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5884/08 - 12/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia (en adelante SAIEP) interpuso una demanda de amparo, el día 5/11/2004, contra el GCBA (en adelante GCBA), dirigida a que: *a)* se declare la inconstitucionalidad de la aplicación a SAIEP del plexo normativo constituido por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resol. ZIF-1550/02, ratificado mediante resol. ZIF-3053/04; *b)* se ordene la emisión de un certificado de no retención o de retención reducida; y *c)* se condene al GCBA a devolverle los saldos a su favor en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, acumulados hasta la fecha (fs. 1/11, autos principales).

SAIEP —cuya actividad principal es la venta al público de mercadería a través de 105 supermercados ("La Anónima" y "Best") establecidos en el país, de los cuales 16 se encuentran ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (con la marca "Best")— señaló que la normas cuestionadas permiten que el GCBA, mediante el procedimiento de "retención en la fuente", efectúe la retención del 2,5 % sobre las ventas pagadas con tickets y tarjetas de crédito o de débito, correspondiente a anticipos del impuesto sobre los ingresos brutos (en adelante ISIB), tomando como base imponible a las operaciones de venta (pagadas con tales medios) que SAIEP realiza en los supermercados de su propiedad en todo el país y no solamente a las de los establecimientos situados en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expresó que por esa razón, hasta el momento de la demanda, había acumulado un saldo a su favor de $ 756.607,71.

La actora consideró que la actuación estatal provocó la afectación de su derecho de propiedad y del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Recordó que, en virtud de la resol. ZIF-1550/02, su parte comenzó a sufrir retenciones del 2,5 %, por aplicación del dec. 1150/90, y que si bien el art. 7º del decreto autorizaba la extensión de certificados de no retención o de retención reducida para los contribuyentes que contasen con saldos acumulados a su favor, el dec. 2133/02 sustituyó el citado artículo y eliminó tal autorización. La actora consignó que en septiembre de 2003 las retenciones que se le efectuaron por este sistema fueron de $ 79.036,64, y que si el impuesto se hubiese aplicado sólo a los ingresos generados en esta jurisdicción debió ser de $ 34.609,03. De tal forma, la retención efectiva representó un 128,36 % superior a que efectivamente era debida. Esa tendencia se mantendría constante. Aclaró que si bien la alícuota del 2,5 % no resultaba irrazonable *per se*, sí lo era en relación a SAIEP, por las particularidades explicadas.

Como consecuencia de ello, explicó, SAIEP estaría tributando efectivamente una alícuota variable, del 5,36 % (septiembre de 2003) o 4,25 % (septiembre de 2004) de los ingresos correspondientes a su actividad en la Ciudad, "mientras que otros contribuyentes por la misma actividad... tributan a la alícuota del 3 %". Señaló, además, que en tanto el saldo a su favor seguía incrementándose y no era posible que ella absorbiera el saldo con el pago de las siguientes posiciones ni podía ya solicitar un certificado de no retención, se veían afectados tanto su derecho de propiedad como la exigencia de igualdad frente a las cargas públicas.

Relató que solicitó a la Secretaría de Hacienda y Finanzas que modificara la normativa en cuestión o autorizara la emisión de un certificado de no retención o de retención reducida pero que ello le fue rechazado mediante la resol. 3053/04.

Justificó la procedencia del amparo por la presencia de una lesión "actual y grave", la "arbitrariedad e ilegalidad del acto en cuestión", la violación del derecho de propiedad y la inexistencia de un remedio judicial más idóneo. Sobre este punto puso de resalto que el procedimiento de repetición está previsto para casos de pago indebido y sin causa, y no, como en el caso, cuanto el excedente de retenciones procede de las disposiciones normativas aplicables. Sostuvo, también, que no era necesario una mayor amplitud de debate y prueba.

2. El GCBA contestó la demanda (fs. 80/90, autos principales). Negó las afirmaciones de hecho y derecho efectuadas por la parte actora. Sostuvo que el amparo no era la vía adecuada para debatir la cuestión, y consideró que la demanda fue planteada en forma extemporánea. Agregó que la demora en entablar la acción y el no haber requerido la repetición de lo pagado en exceso durante un largo período demostraría la falta de urgencia. También sostuvo que la lesión constitucional invocada por SAIEP no existía pues, por una parte, el art. 141 del C.F. permite compensar los saldos a favor con deudas emergentes del mismo tributo y, por otra, el art. 62 prevé la posibilidad de repetir las sumas abonadas en exceso. Agregó que la resol. SHyF nº 4151, que reglamenta el art. 62 del C.F., fijó en el 0,50 % la tasa mensual de intereses aplicable a los casos de repetición, reintegro o compensación de los saldos a favor abonados por el contribuyente, tasa que es superior a la de plaza. Sostuvo que es la propia actora la responsable por los saldos a favor posteriores a agosto de 2002, al no haber la devolución de esas sumas en la instancia administrativa previa obligatoria. Agregó que la actora, al admitir que no puede repetir los pagos en exceso porque no son pagos indebidos o sin causa, reconoce su legitimidad.

3. Producida la prueba ofrecida por las partes (fs. 97/188, 203/372 y 421/424, autos principales) el juez de primera instancia dictó sentencia en la que dispuso: "1. Hacer lugar a la demanda incoada por la Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia, con el siguiente alcance: 1.a. Declarar la nulidad del art. 2º del dec. 2133/2001 y de la resol. 3053-SHyF/04. 1.b. Ordenar al GCBA —Ministerio de Hacienda, Dirección General de Rentas— que dentro del término de diez (10) días extienda a favor de Sociedad Anónima Importadora y Exportadora

de la Patagonia un certificado de no retención o de retención reducida en los términos del art. 7º del dec. 1150/90, según su redacción original. 1.c. Ordenar al GCBA —Ministerio de Hacienda - Dirección General de Rentas— que en el plazo máximo de treinta (30) días determine mediante la correspondiente verificación el saldo a favor de la actora en concepto de retenciones por el impuesto a los ingresos brutos, y proceda a su reintegro dentro de los diez (10) días siguientes, con más los intereses que prevé la resol. SHyF 4.151/2003. / 2. Imponer las costas a la demandada (art. 62, CCAT). 3. Regular los honorarios..." (fs. 441/448).

3.a) Al fundar su decisión el juez consideró, en relación a los reparos planteados por el GCBA para que la cuestión tramitara por vía de amparo, que la demanda fue planteada en tiempo útil ya que SAIEP "antes de iniciar la demanda la actora recurrió a la vía del reclamo administrativo, con el mismo propósito que anima la acción judicial (...) Y cuando esa opción se cerró hizo uso inmediato de la judicial: fue notificada de la resol. ZIF-3053/04 el 1º/11/2004 (conf. fs. 159) e inició esta demanda el 5/11/2004 (conf. fs. 11)". También desestimó las defensas del GCBA referidas a que no habría lesión a derechos constitucionales, a la existencia de vías judiciales alternativas más idóneas para que la actora recupere las sumas reclamadas, y a la falta de urgencia en el caso. Al respecto, el juez afirmó que "...la efectiva lesión o no de derechos esenciales es objeto de la causa, por lo que no cabe anticipar que no existe (...) La actora alega, en esencia y con base que parece bastante para abrir la vía, que la conducta del Fisco perjudica su derecho constitucional de propiedad y el principio de igualdad ante las cargas públicas. Dice además, que la lesión es actual, y la documentación que se agrega expone, en principio, que es así, dado que la conducta dañosa de la que se agravia se reitera mes a mes. Y que acude a la protección judicial porque han sido inútiles sus intentos de obtener una solución administrativa, lo que también acredita. También yerra el Gobierno cuando aduce que existen otras vías judiciales idóneas, pues considera parcialmente la pretensión de la demanda, que no se limita a pedir la devolución de lo mal pagado sino que procura en primer lugar el cese de la situación que la agravia (conf. Punto XI.3. de la demanda, fs. 10 vta.). Y aunque aquella devolución pueda lograrse eventualmente por vía de repetición —cuestión sobre la que volveremos más adelante— es obvio que ese medio procesal no puede satisfacer la aspiración primaria. Por último, es de señalar que el desarrollo del proceso ha demostrado que no era necesaria una mayor amplitud en el debate, que se centra en la validez jurídica de las normas en cuestión, ni había complejidad en la prueba, que en todo momento se restringió a la documental e informativa, con fuente en la propia demandada".

3.b) En cuanto al planteo de inconstitucionalidad, la sentencia, al reseñar la sucesión de normas y actos que inciden en el caso, consignó que la modificación que el dec. 2133/01 introdujo en el régimen al sustituir el art. 7º del dec. 1150/90 fue el "cambio [...] que, básicamente, la actora arguye que la afecta, pues elimina la facultad de la Dirección General de Rentas para extender constancias de no retención o de retención reducida, que le otorgaba la redacción original del artículo". El *a quo*

consideró que "de la prueba producida en autos surge, en forma incontestable, que la situación de hecho de la que se agravia la actora es tal y como ella la describe". Mencionó que la fiscalización realizada por la Dirección General de Rentas para producir la prueba ofrecida por el GCBA puso de manifiesto que el saldo a favor de la actora, al mes/3/2005, ascendía a $ 1.045.727,13, y que la causa principal de esa situación era "la poca significatividad de la base imponible que genera el impuesto, que al compararse con las retenciones sufridas por aplicación del Régimen de Tarjetas de Crédito, dec. 1150/90 y 2133/02, da como resultado un permanente saldo a favor, ya que las administradoras de estas tarjetas se encuentran en esta jurisdicción y por consecuencia dichas retenciones pertenecen a la misma".

Para el juez, el conflicto se centró, "en esencia, alrededor de la validez de la modificación del dec. 1150/90, por el dec. 2133/01, y las consecuencias que de ella se derivan". El *a quo* consideró que "el Gobierno hace abuso de sus facultades fiscales, en contradicción con las normas y principios de la materia, contenidos tanto en la Constitución local como en el Convenio Multilateral, aplicable al caso por las características del tributo que se trata, de su hecho imponible y de la actividad que despliega la empresa actora". Sostuvo, entre otras razones, "que la manera en que el Fisco local regula la retención 'en la fuente' parece ser contradictorio con varias de las pautas que 'deberán observar' (es decir, obligatorias) las jurisdicciones que establezcan regímenes de retención o percepción del impuesto sobre los ingresos brutos, según lo dispuesto en la resol. 61/95 de la Comisión Arbitral del Convenio. Así, el inc. a) del art. 1º de esa resolución determina que 'podrán ser designados agentes de retención o percepción sólo aquellos sujetos que realicen actividades con sustento territorial en las mismas [jurisdicciones], y respecto de contribuyentes que también lo hagan'. Y el inc. b), apart. 3º del mismo artículo dispone, como pauta para los regímenes de retención, que 'la alícuota de la retención no podrá exceder a la que, de acuerdo con la legislación vigente en cada jurisdicción, corresponda aplicar a la actividad del sujeto retenido según la naturaleza de los ingresos brutos sometidos a la misma'. Las constancias de autos indican que, por lo menos en casos como el de la empresa actora y los agentes de retención que se trata (empresas liquidadoras de pagos por tarjeta), estas pautas no se respetan estrictamente cuando no se discrimina de manera debida las operaciones realizadas fuera de la jurisdicción local".

Posteriormente, la sentencia examinó el dec. 2133/01 y lo consideró inválido en cuanto eliminó la facultad que otorgaba el art. 7º del dec. 1150/90, para conceder certificados de exención de retención o de retenciones disminuídas. Señaló que el nuevo decreto no explicó las razones de la supresión de esa facultad: "El acto carece así, en este aspecto, de los requisitos esenciales que imponen los incs. b) (causa) y e) (motivación) del art. 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos". Agregó que "la conducta de la autoridad fiscal en el caso no sólo implica una detracción indebida de la propiedad del contribuyente sino también el incumplimiento del Convenio Multilateral, en tanto deja de 'gravar solamente la parte de los ingresos brutos que le haya correspondido' (CM, art. 33), y la transgresión a los principios

tributarios que consagra el art. 51 de la CCBA, en especial los de equidad y de certeza". También descalificó el dec. 2133/01 por afectar el "principio de razonabilidad, que ordena que los medios que se adopten debe ser proporcionados y adecuados a sus fines; sin embargo, no es posible en el caso verificar si este extremo se respeta, pues no se exponen ni la causa ni la motivación ni la finalidad de lo decidido en su art. 2º, y tampoco pueden deducirse de sus otras partes (…) Las consecuencias concretas del acto muestran, a mi juicio, que no hay razonabilidad alguna en lo decidido, y sí, en cambio, una evidente desproporción. (…) ¿Qué finalidad tuvo la modificación del art. 7º del dec. 1150/90? El texto del dec. 2133/01 no la indica, pero es preciso establecerla de alguna forma. En esa tarea, un indicio claro es que el acto parece haber cumplido con los fines queridos por la autoridad, que no cree oportuno modificarlo (conf. resol. 3053-SHyF/04), y por ende es lícito presumir que éstos se reflejan en los efectos que él ha producido. Pero si uno de estos efectos es la obtención de ingresos en notorio exceso a los establecidos por la ley, la finalidad que éste demuestra es ilícita. Y más lo es cuando se pretende conservar tal sistema írrito en 2004, año en que el caos económico y financiero que dio contexto al dec. 2133/01 (diciembre de 2001, enero de 2002) y que podría quizás explicarlo —aunque no justificarlo—, ya había desaparecido".

La conclusión del *a quo* fue que "el sistema, tal y como ha quedado diseñado a partir del dec. 2133/01, afecta el principio de igualdad tributaria, aunque este vicio no se muestra en su formulación teórica sino que aparece a la hora de su aplicación en la práctica (…) al aplicarse a la actora, de hecho, una alícuota mayor que a contribuyentes que están en igual situación que ella, ya porque se la trata igual a otros particulares pese a las diferencias que existen entre ellos, pues la base imponible de éstos tiene exclusivo origen local, mientras que la de la actora se integra con ventas fuera de la jurisdicción" y que "también se contraría, indirectamente, el principio de legalidad (…) en tanto por vía reglamentaria se crea de hecho una base imponible más amplia que la prevista en la ley, al extender la retención del impuesto local a operaciones no realizadas en esta jurisdicción"

Luego de examinar el régimen normativo, consideró la resol. SHyF-3053/04 que rechazó los pedido de la actora tendientes a que se modificaran las normas que le ocasionan el gravamen y le expidan el certificado de no retención. El juez consideró que la motivación de ese actos fue "puramente dogmática, en una suerte de 'no porque no'". Agregó que la presunción de legitimidad del acto opera "en tanto esté debidamente motivado". En el control de razonabilidad del acto sostuvo la resolución no es válida desde esa perspectiva pues "de ninguna manera es razonable mantener un sistema que sólo provoca perjuicios al contribuyente, contra la letra de la ley y sin provecho fiscal, y se decide sin explicar la razón de tal criterio (...) La falta de razonabilidad del actuar impugnado se advierte así en toda su dimensión: se insiste en mantener un mecanismo recaudatorio que en forma notoria genera daños al contribuyente y no aporta ningún provecho lícito al Fisco (reitero: la recaudación en exceso de la ley no es beneficio admisible), y se rechaza dogmáticamente su cambio a pesar de que éste no provocaría ningún perjuicio al erario

público. Un típico ejemplo de la tozudez burocrática, y del vicio que la doctrina llama "desviación de poder'".

Posteriormente, la sentencia rechaza el planteo del GCBA referido a la falta de lesión al patrimonio de SAIEP ya que la ley le da derecho a repetir, y le reconoce intereses. Para el juez la acción de repetición (art. 63 del C.F., t.o. 2005, art. 2º del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral) es "una solución excepcional a una circunstancia irregular, y por ello no puede ser utilizada como excusa para, conscientemente, recibir lo que no es debido, pues esta pretensión es antijurídica e inmoral. En otras palabras, el hecho de que el deudor tenga la posibilidad de reclamarme no me autoriza a cobrar mal". Además, consideró que, en el caso, "la repetición no soluciona nada, porque como dice el informe oficial, ya citado, el saldo a favor se produce en forma 'permanente' (...), y se seguirá produciendo mientras esté vigente el sistema que se ataca. O sea que, si este régimen no se modifica, la actora estará obligada a repetir *in aeternum"*. Por la misma razón descartó también la posibilidad de compensar deudas. El juez agregó que "es también un tremendo error considerar que no hay daño o que no se afecta el derecho de propiedad porque hay posibilidad de reparación".

El juez también ponderó que de acuerdo con la resol. SHyF-4151/03, en los supuestos mencionados el Fisco debe pagar intereses de manera permanente, con lo que la conducta irrazonable de la autoridad no sólo provoca un daño al particular sin provecho público "sino que produce además un efectivo perjuicio fiscal, en términos de las mayores sumas que, en concepto de intereses, el erario deberá devolver".

Al considerar el art. 113 del C.F. (t.o. 2005) que faculta al Poder Ejecutivo "para establecer sistemas especiales para la determinación, liquidación o ingreso del impuesto sobre los ingresos brutos, a efectos de adecuarlos a los que se convengan con otras jurisdicciones dentro del ámbito del Convenio Multilateral", expuso que el texto original del art. 7º del dec. 1150/90 establecía un "sistema especial" de esa naturaleza: la expedición de los certificados de no retención o de retención reducida, "y con ellos se paliaba el problema. Pero el dec. 2133/01 lo descartó, sin causa aparente y sin razonabilidad, con lo que se desarticuló un mecanismo que aportaba equilibrio a todo el régimen, y a la vez comenzaron a generarse los perjuicios que son centro de este proceso. De todo lo dicho sólo puede concluirse que de las tres opciones enunciadas sólo esta tercera propone *una real solución a futuro; y que la crítica a la conducta de la actora es impropia, pues la alternativa que planteó a la Administración y le fue denegada por resol. SHyF-3053/04 era la única efectiva, y permitía resolver la cuestión con ganancia para todas las partes"*.

Al concretar su conclusiones, el *a quo* sostuvo que "el art. 2º del dec. 2133/01 está viciado de nulidad absoluta e insanable, contradice los principios constitucionales de igualdad y legalidad en materia tributaria, y afecta ilícitamente el derecho de propiedad de la actora, por lo que debe ser dejado sin efecto. Además, la resol. SHyF-3053/04 debe sufrir idéntico destino, por irrazonable y carente de causa. Y así se declarará. IX.1. No procede, a mi juicio, declarar la inconstitucionalidad strictu sensu de esas normas, pues su invalidez deriva más de su aplicación práctica

que del choque entre su letra y los preceptos constitucionales. Tampoco creo que quepa decidir respecto del dec. 1150/90, en su redacción original, ni de la resol. SHyF-1550/02, pues la distorsión del sistema, y por tanto el hecho generador de los perjuicios de la actora, se produce con la reforma del art. 7º del primero, y suprimida ésta desaparece también el agravio". Luego, por aplicación del art. 1051 CC, consideró que ante la nulidad del art. 2º del dec. 2133/01 "retoma vigencia el texto original del art. 7º del dec. 1150/90, por lo que se ordenará al Gobierno que extienda a favor de la actora un certificado en los términos de esta disposición".

3.c) En relación con la pretensión de condena a devolver los montos retenidos en exceso, el juez señaló que aunque "tal decisión no parece propia de una sentencia en una acción de amparo", sin embargo por "la claridad con que se presenta el caso" si indicara a la parte que debería instar la vía de repetición prevista en el Código Fiscal ello "implicaría un exceso ritual manifiesto que se traduciría en una decisión profundamente inicua", ya que en la causa se ha demostrado "que existe un importante saldo fiscal a favor de la actora, que sin duda se ha acrecentado desde el informe de fs. 421/422 y que debe ser reintegrado; y dos, que las verificaciones previas que exige el Código Fiscal pueden realizarse rápidamente, como se hizo en 2005 para producir el informe citado".

4. El GCBA apeló la sentencia (fs. 451/ 466 vta.).

Se agravió por la admisibilidad formal del amparo, consideró que no se probó la omisión de alguna conducta constitucionalmente establecida, ni la lesión al derecho de propiedad, ni al principio de igualdad tributaria, como tampoco la irrazonabilidad de las normas y actos involucrados.

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "*1.* Hacer lugar al recurso de apelación de la demandada y revocar la sentencia apelada. Con costas de ambas instancias en el orden causado en atención a la complejidad de la cuestión debatida (arts. 14, CCBA, y 62, párr. 2º, CCAyT). 2. Exhortar al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires para que arbitre los medios adecuados y necesarios a fin de dar cabal solución o disminuir los efectos negativos que se generan como consecuencia del marco normativo aquí cuestionado, conforme lo expresado en considerando...".

En los fundamentos, tras reconocer "la complejidad del tema a resolver y las críticas efectuadas al sistema de retención en la fuente de los ingresos brutos en el marco de un convenio multilateral" y considerar acreditado que SAIEP tiene un saldo a su favor que "asciende a la suma de pesos 1.045.727,13 al 03/2005 entre el período 07/2002 a 03/2005", la Sala sostuvo que "sin bien la actora afirma dichos saldos no pueden llegar a compensarse y del informe de fs. 422 [de la DGR] surge que habrá un saldo permanente a su favor [de SAIEP], no se ha acreditado en autos que los mecanismos disponibles por la actora (repetición, imputación a ejercicios futuros) hayan resultado ineficaces, simplemente porque no los ha instado. En este sentido, la sentencia no explica cuál es la razón que impide a la actora solicitar periódicamente el reintegro a la administración de las retenciones en exceso,

remedio que basta para descartar que el régimen importe un efectivo detrimento patrimonial. De esta forma, de las conclusiones efectuadas sólo podría derivarse la mayor o menor bondad o equidad de un sistema de cobro del gravamen por sobre el anterior al dictado del dec. 2133/2001, pero no la demostración de la repugnancia de la solución establecida por las autoridades locales con las cláusulas constitucionales invocadas". Agregó que "los severos reproches que el juez anterior en grado efectúa superan las alegaciones de la actora, quien en su presentación inicial no ha llegado a atacar tan duramente la conducta del fisco ni menos aun a atribuirle haber incurrido en una desviación de poder".

La Sala descartó la "la pretendida vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas en la cual el juez de grado funda también su decisión (...) desde que todos los contribuyentes que realicen operaciones similares a la actora sufren retenciones con una alícuota uniforme, la que, por lo demás, es inferior a la general fijada para el impuesto, y las consecuencias prácticas que en su caso pudieran derivarse de las coyunturales características de cada negocio, así como los trámites e incomodidades a que pudieran verse obligados algunos contribuyentes, no parecen argumentos suficientes para fundar la 'nulidad absoluta e insanable' (pto. IX, fs. 447 vta.) dispuesta en autos". El tribunal agregó que "desde esta perspectiva, es evidente que la sola verificación de retenciones acumuladas en exceso —retenciones que como se indicó en el considerando precedente, no se ha demostrado que no pudieran ser reintegradas de acuerdo al marco legal vigente en el curso de un procedimiento administrativo y a una tasa de interés que no ha sido cuestionada— no es razón suficiente para concluir que la diferente solución adoptada por el Gobierno de la Ciudad pueda ser identificada con las discriminaciones arbitrarias o con las persecuciones ilegítimas (véase doctrina de *Fallos*, 320:1166, cons. 71). Es que si bien desde el punto de vista de una política fiscal pueden resultar desaconsejables las asimetrías que presenta el sistema de retenciones en la fuente en la jurisdicción local, ellas no son más que una consecuencia vinculada al particular giro comercial de la actora, a la coexistencia de pluralidad de poderes impositivos conforme al régimen federal de gobierno, y a la concentración en la Ciudad de la actividad bancaria y financiera".

En otro sentido, la Sala sostuvo que "no es posible comprender cómo, luego de hacer lugar a una acción dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad del régimen implementado por los decs. 2133/02, 1150/90 y la resolución 1550/02 (véase punto 3 del petitorio de fs. 10 vta.) con sus consecuentes efectos abrogatorios para el caso, pueda el juez revivir un régimen jurídico derogado, y como tal, inexistente".

La sentencia consideró "que sin perjuicio de la idoneidad de la vía intentada, de lo expuesto surge que las modificaciones introducidas con el dictado del dec. 2133/02 y la resol. 1550/02 no aparecen como manifiestamente ilegítimas o arbitrarias, requisito básico para hacer lugar al amparo (art. 43, C.N.; art. 14, CCBA y art. 1º de la ley 16.986). Hasta la propia sentencia de primera instancia, descarta la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad. Las constancias de autos no

bastan para poner en evidencia el carácter manifiesto de la ilegalidad denunciada e indubitable de la interpretación de la norma que efectúa la parte actora. También es acertado el planteo de la recurrente en cuanto a la inexistencia de una lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente, sobre derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución local, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte, exigida por el art. 14, CCBA".

Finalmente, luego de señalar que el tribunal "no se desconoce la complejidad de las cuestiones debatidas ni lo engorroso de los trámites de los remedios con los que cuenta la empresa accionante" pero que ello no basta para "conducir a una declaración de inconstitucionalidad —como ya se expresó— de las normas impugnadas, ya que se trata en definitiva de una cuestión de política tributaria", la Sala consideró que "sí cabe exhortar al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires para que arbitre los medios adecuados y necesarios a fin de dar cabal solución o disminuir los efectos negativos que se generan como consecuencia del marco normativo aquí cuestionado. Esto seguramente contribuirá a mejorar un sistema en el que se paga de más —con conocimiento de ambas partes—, se recibe ese pago y luego se exige la compensación o repetición de esos fondos con el consiguiente dispendio de recursos administrativos, humanos y de capital que ello genera".

6.a) SAIEP interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara (fs. 486/500). Sostuvo que el fallo se parta de lo dispuesto en los arts. 43, C.N., y 14, CCBA, "por cuanto rechaza la acción de amparo sobre la base de la existencia de vías administrativas más idóneas para obtener la protección del derecho constitucional que se invoca como lesionado o agraviado". Planteó también que "la aplicación de este régimen de retención provoca una grave lesión actual e inminente en el derecho de propiedad" y vulnera el principio de igualdad en las cargas tributarias "sobre la base de equipararlos con contribuyentes que no presentan iguales situaciones fácticas". También cuestionó la sentencia por considerarla arbitraria, en tanto la exhortación al Poder Ejecutivo para que modifique el sistema, en los términos que fue formulada por la Cámara, pone de manifiesto la contradicción entre lo dicho en la primera parte de la sentencia en cuanto a que "no se advierte lesión o daño patrimonial" y este considerando en el que "V.E. reconoce —expresamente— que el régimen cuestionado provoca efectos negativos y por ello se aconseja al Poder Ejecutivo de la Ciudad a adoptar las medidas necesarias para disminuirlos".

En el petitorio del escrito se requiere al Tribunal que haga lugar a la acción de amparo, se declare la inconstitucionalidad de la aplicación a SAIEP del plexo normativo constituido por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resol. SHyF-1550/02, ratificado mediante resol. SHyF-3053/04; y se condene al GCBA a devolverle los saldos a su favor en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, acumulados y no absorbidos hasta la fecha por SAIEP.

6.b) El GCBA contestó el recurso y se opuso a su concesión (fs. 505/515). Sostuvo que no existía un caso constitucional, que no se configuró violación alguna a los derechos de igualdad y propiedad y que el recurrente discrepa con los argumentos de la sentencia. Señaló, además, que el recurso plantea cuestiones de hecho ajenas a la vía intentada. Descartó que la sentencia pueda considerarse arbitraria pues resolvió las cuestiones planteadas conforme a derecho y en base a las circunstancias comprobadas en la causa.

6.c) La Sala II dispuso "Declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora. Con costas a la vencida (art. 62, CCAyT)". La denegatoria se fundó en que "los argumentos vertidos por la recurrente se limitaron a disentir con la interpretación que en el caso se efectuó de normas legales de naturaleza infraconstitucional. A ello se agrega la invocación genérica de una supuesta arbitrariedad". Agregó que "los temas principales tratados en ella [la sentencia] versaron sobre la interpretación del sistema de retención en la fuente de los ingresos brutos en el marco de un Convenio Multilateral. Se trataron las cuestiones planteadas por las partes 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, y sobre la valoración del instituto en análisis, no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional. Asimismo, la mención de que se habría vulnerado su derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas no es fundamento suficiente para configurarlo".

7. Contra la denegatoria, SAIEP planteó ante el Tribunal la queja que tramita en autos (fs. 58/70). Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició que se admita parcialmente la queja sólo en cuanto "se vincula directamente con la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA" y se rechace el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora (fs. 78/81 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por SAIEP fue interpuesta en tiempo oportuno. Contiene un relato suficiente de los antecedes de la causa y efectúa una critica certera y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ilustrando adecuadamente sobre las cuestiones planteadas. Muestra la vinculación de los agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad con las disposiciones constitucionales referidas al amparo, la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas de manera directa cuando se refiere a la admisibilidad de la vía y como cuestión compleja indirecta cuando apunta a la relación entre los decs. 1150/90 y 2133/01 y las resoluciones de la SHyF 430/01, 1550/02 y 3053/04 cuestionados por su apartamiento manifiesto de la ley fiscal que habilita su emisión y, finalmente, en cuanto invoca la arbitrariedad del fallo recurrido, argumento que, en verdad, tiende a demostrar la efectiva afectación de los restantes derechos constitucionales cuya conculcación denuncia.

A su vez, el recurso de inconstitucionalidad cumple con el requisito de estar dirigido contra una sentencia definitiva —conf. mi voto *in re* expte. nº 5872/08 "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia de este Tribunal del 27/8/2008.

2. Desde su escrito de inicio, la actora viene controvirtiendo la constitucionalidad del régimen de retenciones en la fuente instituido por los decs. 1150/90 y 2133/01 (modificatoria del dec. 1150/90), y las resols. 1550-SHyF/02 (modificatoria de la resol. 430-SHyF/01) y 3053-SHyF/04 (esta última por resultar, a criterio de la actora, confirmatoria de la 1550/02 porque le denegó su reclamo en sede administrativa). Aduce que dicho régimen resulta violatorio, principalmente, de su derecho de propiedad porque, tal como ha quedado delineado a partir de la reformas dispuestas por el dec. 2133/01 (esto es, sin excepciones al régimen general de retenciones en la fuente) y la resol. 1550-SHyF/02 (que eliminó la regla establecida por la resol. 430-SHyF/01 según la cual a los agentes de recaudación no correspondía efectuarles las retenciones previstas en el dec. 1150/90), le genera un continuo y cuantioso saldo a favor en el ISIB, saldo que no se encuentra en condiciones de aplicar porque, mes a mes, el importe retenido excede sobradamente los montos de su obligación por el referido tributo. Relata, y ello se condice con lo que consta en el expediente, que su actividad principal es la venta al público de distintas clases de productos, en 105 locales comerciales (supermercados), distribuidos del siguiente modo: 89 de ellos operan bajo la marca "La Anónima" y están ubicados en las provincias de: Tierra del Fuego, Santa Cruz, Chubut, Neuquén, Río Negro, La Pampa, Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe; y los restantes 16 están ubicados en la Ciudad de Buenos Aires y operan bajo la marca "Best". Señala que, por tales motivos, es contribuyente encuadrado en el Convenio Multilateral. Ahora bien, como la mayor fuente de sus ingresos se genera en las mencionadas provincias, el coeficiente aplicable a sus ingresos para establecer la base imponible por la que le corresponde tributar en la CABA es, aproximadamente, el equivalente al 2 % del total de dichos ingresos (fs.497/497 vta.). En tales condiciones, afirma que el régimen impugnado resulta violatorio de su derecho de propiedad porque le obliga a ingresar el 2,5 % de gran parte de sus ventas en todo el país, monto que, señala, excede por mucho, el que está obligada a ingresar en está Ciudad por sus ingresos brutos en virtud de lo dispuesto en el Convenio Multilateral. Sostiene que esa desproporción se da porque aun cuando el porcentaje de retención previsto es inferior al de la alícuota de ISIB, aquél es aplicado sobre el total de los facturado (dentro y fuera de esta jurisdicción) cuando los importes son cancelados por los siguiente medios de pago: tarjeta de crédito, débito, tickets, y similares, ya que la mayoría de las empresas prestadoras de esos servicios se encuentran establecidas en la CABA y hacen los pagos en ella.

3. La Cámara rechazó la acción intentada aun cuando tuvo por acreditado que el saldo acumulado por la actora ascendía "...a la suma de pesos 1.045.727,13

al 3/2005 entre el período 7/2002 a 3/2005 (conf. informe de fs. 422)" y que conforme surge del informe producido por la Dirección de Inspecciones y Verificaciones de la Dirección General de Rentas del GCBA agregado a fs. 421/423 vta. "…habrá un saldo permanente a su favor" (fs. 482). Para así decidir, sostuvo que al no haber solicitado la actora, hasta la fecha, ni la compensación ni el reintegro de los saldos acumulados, no demostró que no existiese una vía más idónea para el reclamo de sus pretensiones. En este orden de ideas, afirmó que el crédito a favor con que cuenta la actora no podía "…dejar de relacionarse con los ingresos brutos de la empresa que, a título de ejemplo, en el período fiscal de 2003 fueron de $ 936.992.261,17" y que, en ese marco, "…no se había acreditado en autos que los mecanismos disponibles por la actora (repetición, imputación a ejercicios futuros) [hubieran] resultado ineficaces" (fs. 481 vta.). Por el otro, que por esos motivos no surgía en forma manifiesta que las normas impugnadas fueran ilegítimas. Ambas afirmaciones, esto es, *a)* que no es manifiesta la ilegitimidad de la retención cuestionada, y *b)* que existen otras vías más idóneas para tramitar el reclamo formulado por la actora, como se verá en los párrafos que siguen, son objetables.

4. La mera comprobación de las dos situaciones señaladas en el párrafo que antecede —esto es, la existencia de un saldo millonario a favor de la actora y su imposibilidad de absorción—, sumado al hecho de que el régimen mediante el cual fueron efectuadas esas retenciones fue establecido por normas inferiores a la ley, como lo son los decs. 1150/90 y 2133/01 y las resols. 430-SHyF/01, 1550-SHyF/02 y 3053-SHyF/04, le impedían al *a quo* arribar que las normas impugnadas no eran manifiestamente ilegítimas.

4.1. El dec. 1150/90 instrumentó (conf. su art. 1º) un sistema de retención en la fuente a cargo de las entidades que efectúen pagos de bienes y servicios adquiridos mediante: tarjeta de compra, tarjeta de crédito y similares, según el cual esas entidades tenían que retener un porcentaje del total de los importes que debían pagarles a los contribuyentes y/o responsables del ISIB (ese porcentaje, en el 2002, fue establecido en el 2,5 %, conf. dec. 521/02). A su vez, como la Administración conocía el hecho de que algunos contribuyentes ejercen sus actividades no sólo en esta jurisdicción y que la mayoría de las oficinas centrales de las empresas que debían realizar la retención están en esta Ciudad, instrumentó mecanismos para evitar que, en algunos casos, esas retenciones resultaran superiores al importe que, efectivamente, debían ingresar esos contribuyentes con relación al ISIB. Los dos mecanismos, previstos como de excepción al régimen general delineado en el art. 1º, consistían en que: *i)* a los contribuyentes que ingresasen el impuesto bajo el régimen del Convenio Multilateral se les debía reducir el porcentaje de retención previsto en el mencionado art. 1º en un 50 % (conf. art. 2º); y *ii)* la DGR contaba con la posibilidad de extender a los contribuyentes cuyas posiciones por importe retenido resultasen en saldos superiores al que debiesen ingresar como impuesto certificaciones aptas para exigir del pagador-agente de retención no hacerla o disminuirla a su respecto, generando de ese modo la certeza de estos pagadores-agentes

de retención de que incumplían con ello sus obligaciones de retener (conf. art. 7º). Esas dos disposiciones tenían por fin poner al decreto en armonía con la ley que habilitó su dictado. Los reglamentos que generan las retenciones tienen por objeto facilitar la efectiva recaudación de las obligaciones tributarias, por lo que no pueden exceder el marco de la obligación creada por la ley, y justamente eso era por lo que velaban esas dos normas. Además, esas disposiciones se encontraban también en consonancia con el método adoptado por la Comisión Arbitral (esto es, uno de los dos órganos de aplicación del Convenio Multilateral) al definir las pautas "…básicas a las que deberá sujetarse el dictado de los regímenes de retención o percepción del impuesto sobre los ingresos brutos por parte de las diversas jurisdicciones". Esa Comisión dispuso, a esos fines, que "[l]as jurisdicciones adheridas al Convenio Multilateral del 18-8-77, cuando hayan establecido o establezcan regímenes de retención o percepción del impuesto sobre los ingresos brutos, respecto de contribuyentes comprendidos en dicha norma legal, deberán observar las siguientes pautas:" "[r]especto de contribuyentes comprendidos en el régimen general del Convenio Multilateral, la jurisdicción de la que proviene el ingreso podrá obligar a tomar como base de cálculo para la retención sólo hasta el 50 % (cincuenta por ciento) del mismo" (conf. RG 61/95). Dicho método, en sustancia, fue ratificado en la resol. gral. 1/08 que bajo el título "Pautas para regímenes de retención y/o percepción", estableció, en lo que ahora importa, que "[c]on relación a regímenes de retención, se sujetarán a las siguientes pautas:" "[r]especto de contribuyente comprendidos en el Régimen General del Convenio Multilateral, la jurisdicción de la que proviene el ingreso podrá obligar a tomar como base de cálculo para la retención sólo hasta el 50 % del mismo o, alternativamente, podrá aplicar una alícuota de retención que equivalga hasta el 50 % de la que corresponda a la actividad gravada". Transcribo las pautas previstas por la Comisión Arbitral para los contribuyentes que están comprendidos en el régimen general del Convenio (conf. arts. 2º a 5º), porque en virtud de la actividad que denunció la actora realizar (la que como señalé, condice con las constancias del expediente) se encontraría enmarcada en él.

En el año 1992, el dec. 614 elimina la mencionada regla del art. 2º del dec. 1150/90, esto es, aquella según la cual a los contribuyentes del Convenio Multilateral debía efectuárseles una retención reducida en un 50 % con relación al porcentaje previsto en el mencionado art. 1º de dicho decreto. Esa modificación dejaba organizado al régimen de retenciones delineado, en lo que ahora importa, de la siguiente manera: todos los contribuyentes o responsables del ISIB sufrirían, *prima facie,* la retención por parte de las entidades prestatarias de los mencionados servicios. Solamente quedaban exceptuados, total o parcialmente, de dicha retención aquellos contribuyentes a los que se les expidiera la constancia del art. 7º, es decir, la de "no retención o retención reducida". Ella debía ser extendida "...en los casos en que se plante[asen] situaciones de interpretación, base imponible, alícuota o saldo a favor y/o cualquier otra posibilidad en donde el importe correspondiente a la retención resulte superior respecto al impuesto que debe ingresar el contribuyente". Por último, con el dictado del dec. 2133/01 (el que comenzó a regir a partir del

1º/1/2002), la Administración deja sin efecto el supuesto de retención reducida y, consecuentemente, la posibilidad de que los contribuyentes requirieran esa constancia del art. 7º (es decir, la de no retención o de retención reducida) en los casos señalados más arriba. De esta manera, apartándose de lo dispuesto por la Comisión Arbitral, cuyo efecto no es del caso analizar aquí, deja a todos los contribuyentes de ISIB (sean o no contribuyentes del Convenio Multilateral) sujetos a la retención del 2,5 % prevista en el art. 1º del mencionado dec. 1150/90.

Con esa decisión la Administración, a menos que tuviera alguna razón para pensar que la situación de los contribuyentes que estaban alcanzados por las excepciones había cambiado, colocó deliberadamente a quienes, en razón de su giro comercial, habían cumplido suficientemente, con la retención reducida o sin ella —beneficiarios de las constancias emitidas—, en situación de ingresar sumas en exceso a su deuda. Tal era el caso de la actora luego de que la resol. 1550-SHyF/02 eliminara la regla prevista en la resol. 430-SHyF/01 según la cual a los agentes de recaudación no correspondía efectuárseles las retenciones previstas en el dec. 1150/90. Ello así, dado que, tal como lo informa la Dirección de Inspecciones y Verificaciones de la DGR "[e]l saldo a favor acumulado a la fecha que posee la firma [actora] ($ 1.045.727,13 al 3/2005) surge por la poca significatividad de la base imponible que genera un impuesto, que al compararse con las retenciones sufridas por aplicación del Régimen de Tarjetas de Crédito, dec. 1150/90 y 2133/02, da como resultado un *permanente saldo a favor,* ya que las administradoras de estas tarjetas se encuentran en esta jurisdicción y por consecuencia dichas retenciones pertenecen a la misma" (la negrita corresponde al original) (fs. 422). En este orden de ideas, el juez de primera instancia señaló, con relación a la modificación establecida por el dec. 2133/01, que "…[e]n ninguna parte del acto se explica por qué su art. 2º elimina la facultad de emitir las constancias ya aludidas, que en nada parecen incompatibles con el sistema, pues se extendían antes de la aparición de las tarjetas de débito [medio de pago incluido por ese decreto a los ya previstos expresamente en el art. 1º del dec. 1150/90]. En suma: el acto no explica por qué estas tarjetas obligan a suprimir esos certificados, o de qué manera el argumento de sus considerandos da base a esta modificación.// Esta omisión es inexcusable, especialmente cuando la nueva decisión recae sobre un aspecto trascendente del acto anterior, y tiene importantes consecuencias concretas para el contribuyente, que son por cierto perniciosas, como lo demuestra la cuantiosa suma de dinero que se ha retenido incorrectamente al actor" (fs. 445 vta.). En tales condiciones, el sistema previsto por el dec. 2133/01, a falta de un régimen de excepción, convierte al sistema, con relación a algunos de los contribuyentes, en un 'empréstito forzoso' que carece, como es obvio, de apoyo en ley. Más allá de la discusión de si los 'empréstitos forzosos' pueden ser o no enmarcados dentro del género 'tributos', lo cierto es que le resultan aplicables todos las garantías constitucionales que revisten a estos últimos. En este orden de ideas, la CSJN *in re "*Horvath, Pablo c/Fisco nacional (D.G.I.) s/ordinario (repetición)" sostuvo que "…procede destacar que el 'empréstito forzoso' […] no admite una consideración escindida respecto

de las instituciones tributarias; ante bien, un correcto enfoque del tema conduce a la conclusión de que aquél participa de la naturaleza de éstas, pues se halla en relación de especie a género con respecto al tributo". Dicha circunstancia impide poder afirmar como lo hizo la Cámara "que las modificaciones introducidas con el dictado del dec. 2133/02[*sic*, *rectus*: 2133/01] y la resolución 1550/02 no aparecen como manifiestamente ilegítimas o arbitrarias…" (482 vta.), porque el mero hecho de que se disponga del patrimonio de la actora sin que existe una ley que así lo determine muestra a esas normas como manifiestamente ilegítimas. En efecto, de lo expuesto puede extraerse: *i)* que el sistema obligaría a la actora a tener que ingresar, periódicamente, fondos a la CABA; *ii)* que esos fondos excederían por mucho los que efectivamente estaría obligada a ingresar en virtud de sus obligaciones tributarias para con la CABA; y *iii)* que por las características del sistema esos montos tenderían a incrementarse periódicamente y, por ende, no podrían ser compensados con futuros créditos reclamados por ISIB. Esto, como ya dije, implica haber instrumentado para la actora un 'empréstito forzoso'. Ello, dado que, conforme lo tiene dicho la CSJN "…[e]s un principio aceptado desde antiguo por esta Corte que no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se le dé o asigne por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica económica y entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exige para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos (*Fallos,* 21:498 y 289:67)" (conf. la causa "Horvath"*,* ya citada). El régimen de retenciones establecido por las mencionadas normas al tomar como base los ingresos totales que percibe por la actora por los mencionados medios de pagos la obligó a tener que aportar a las arcas de la Ciudad importes que no condicen con sus obligaciones tributarias generándole un crédito cuya cobrabilidad se extiende *sine die* en ese esquema organizado por la Administración. En tales condiciones, el sistema descripto constituye, por sus caracteres, como he afirmado, un "empréstito forzoso" no fundado en ley, lo que lo convierte en manifiestamente ilegítimo.

4.2. Lo expuesto no implica que los regímenes de retenciones tengan que ser dispuestos por ley. Sí, en cambio, que no pueden desbordar la obligación tributaria que pesa sobre el contribuyente, puesto que, de otra manera, la Administración vendría a disponer del patrimonio de los contribuyentes en contra de lo previsto tanto en la Constitución de nuestra Ciudad como en la nacional, conforme quedó señalado *supra.* Que ello no ocurra depende de cómo esté establecido el sistema de retenciones. Basta, para ejemplificar el punto, pensar en la aplicación del régimen impugnado en esta causa a contribuyentes que desarrollen sus actividades comerciales exclusivamente en el ámbito de la CABA. En estos casos al ser el porcentaje de retención (2,5 %) inferior al que efectivamente están obligados a aportar por sus ingresos en el CABA (3 %, si suponemos que se encuentran bajo la alícuota general), el régimen se muestra como uno adecuado a los fines que persigue y, asimismo, a la ley. Principalmente, por el hecho de que el 2,5 % se aplica sobre una base que,

prima facie, será menor que por la que tendrá que tributar efectivamente, toda vez que la base imponible por la que estos contribuyentes deberán tributar en la CABA estará conformada por la totalidad de sus ingresos.

5. Con relación al argumento dado por el *a quo* según el cual existen otras vías más idóneas para tramitar el reclamo formulado por la actora, vale recordar que, en esta causa, la actora acumula dos pretensiones: una dirigida, aun cuando con algún grado de imprecisión, a que se disponga que todas o una parte de sus operaciones comerciales no sufran retenciones con el alcance dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90, esto es, a razón del 2,5 % a partir del 2002, por estimarlo inconstitucional. A fin de tornar operativo dicho tratamiento solicitó la emisión de certificados de no retención o de retención reducida. Esa pretensión, por lo demás, resulta coincidente con la que formuló ante la Administración el 16/3/2004 y que fue denegada mediante la resol. 3053-SHyF/04 el 28/12/2004. La otra tendente a que se disponga la devolución de los saldos a su favor que ha llegado a acumular a la fecha por la aplicación del modelo de retención establecido mediante el dec. 2133/01. La primera de ellas, esto es, la destinada a obtener una decisión que le permita preservar todas sus operaciones o una parte de ellas de lo dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90, no tiene previsto en el ordenamiento normativo el tipo específico de proceso que refiere el *a quo*. Dicho proceso está dirigido a obtener la restitución de un importe indebidamente retenido, mientras que la aspiración de la actora es que sus ingresos queden a salvo de la referida retención. A ello se suman diversas circunstancias que tornan aconsejable no esterilizar lo actuado, a saber: *i)* la duración que ha tenido este proceso, casi 4 años; *ii)* el trámite que se le imprimió en las instancias de mérito;[34] *iii)* que se efectúo una fiscalización a la sociedad actora cuya realización demoró varios meses; y, por último, *iv)* que ni el GCBA, en su contestación del recurso de inconstitucionalidad, ni la sentencia de cámara han señalado desmedros al derecho de defensa de la parte demandada que reconozcan origen en la vía cuestionada sino que se limitaron a apuntar que existían vías, en su opinión, más idóneas.

5.1. A su vez, asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que los montos tomados por la Cámara —esto es, los ingresos totales que la sociedad actora obtuvo

[34] Se abrió a prueba la causa ordenándose: *a)* requerir a la Procuración General del Gobierno de la Ciudad los exptes. adm. 42.054/SHyF/2004 y CI nº 48.999/DGR/2003; *b)* librar oficio a la Secretaría de Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Ciudad para que a través del área que corresponda informe cuáles son los saldos a favor de la accionante que existen por aplicación del los decs. 2133/02 y 1150/90, y las resols. SHyF 1550/02 y 3053/04 y, que en caso de existir acreencias, presente en autos un cuadro que exhiba las sumas de dinero que percibiría la empresa accionante, en concepto de intereses, si los saldos que obran a su favor y que fueron detallados en el punto anterior, se les aplicara por un lado la tasa de interés para depósitos en caja de ahorro que publica el BCRA y, cuánto si se les aplicara la tasa que prevé la resol. 4151/03.

durante el período 2003, $ 936.992.261,17— no reflejan la base por la que debe tributar en esta jurisdicción. El *a quo*, en todo caso, debió aplicar a dicho importe el coeficiente que, conforme lo dispuesto en el Convenio Multilateral, le corresponde asignar a la actora al ámbito de la CABA y, de esta manera, habría determinado el monto que refleje la base por la que la recurrente debe tributar. Conforme lo denunciado por la actora y lo corroborado en el expediente, dicho valor sería de, aproximadamente, el 2,01 % al 2,13 % de todos sus ingresos, por lo menos para los períodos 2003 y 2004 (ver informe de la Dirección de Inspecciones y Verificaciones de la DGR de fs. 421/423, en especial fs. 421 vta.).

5.2. Tal como quedó expuesto en el punto 5 de este voto, una de las pretensiones de la parte actora, esto es, la relativa a que no se siguiesen reteniendo sumas de dinero que no reflejasen los valores que efectivamente tenía que ingresar por el ISIB, no tiene previsto el tipo de proceso que indica la Cámara. Ello, en tanto no consiste en obtener la devolución sino, precisamente, en tornarla innecesaria por no haber sufrido la retención. En otras palabras, que la normativa fiscal prevea que para poder obtener periódicamente la restitución de esos importes retenidos en exceso el contribuyente puede instar el reclamo de repetición con la tasa de interés que le acuerda la resol. 4151/03, no alcanza para dejar incólume el derecho del administrado que consiste en no adelantar sumas en exceso de lo que le manda la ley, así reciba un elevado interés por la suma a cuyo recupero, por hipótesis tiene derecho. Por lo dicho, la afirmación de la Cámara no constituye razón adecuada para sostener la procedencia del rechazo que en ella buscó apoyo. En otras palabras, la Cámara no pudo reenviar a la recurrente al proceso de repetición, porque su pretensión no se resume en solicitar el reintegro de los montos ingresados, sino que apunta a que se exceptúen sus cobros total o parcialmente del actual régimen de retenciones del dec. 1150/90 y sus normas modificatorias.

5.3. En otros términos, el hecho denunciado por la actora resulta análogo a aquel otro hipotético en que una Administración necesitada de recursos, so pretexto o aun por necesidad de mayor liquidez, mandara retener a sus agentes en un ejercicio, con base en un reglamento dictado en condiciones parecidas al que nos ocupa, montos para ser aplicados por los contribuyentes a la cancelación de tributos devengados en períodos muy posteriores. Dicha medida, como la denunciada en el *sub lite,* aparecen, como ya dije, manifiestamente ilegítimas porque la administración mediante un reglamento vendría a disponer del patrimonio de los administrados por fuera del marco que la ley le permite. Frente a este desborde, reclamar la restitución de lo retenido es, ciertamente, una posibilidad al alcance del afectado por la medida; pero, igualmente lo es requerir que no se le imponga la retención a sus cobros. Las vías administrativas de la repetición no están diseñadas para encauzar pretensión de esta última índole. En tales condiciones, el *a quo* no pudo denegarle a la actora la vía intentada.

5.4. Ahora bien, distinta suerte corresponde que corra la segunda pretensión de la actora, esto es, aquella dirigida a obtener la devolución de los saldos a su

favor que ha llegado a acumular a la actualidad por la aplicación del modelo de retención establecido mediante el dec. 2133/01. Esa pretensión, a diferencia de la otra, sí encuentra, entre los procesos apuntados por el *a quo*, uno específico para su concreción, en el reclamo de repetición. En tales condiciones, si la recurrente pretendía que ella también fuera admitida en el marco de este amparo no sólo debió demostrar que el actuar de la Administración era palmariamente ilegítimo, sino, también, que la acción de amparo era idónea para su procedencia o, por lo menos, que no lo era menos que el mencionado reclamo de repetición, situaciones estas últimas que no se hallan acreditadas en el *sub examine*. En efecto, más allá del heterodoxo procedimiento que se le dio a esta causa (ver punto 5 de este voto), la ausencia de un monto determinado que se pretenda repetir y su correspondiente liquidación (ambos requisitos mínimos para la procedencia de un reclamo de repetición), dan cuenta que la vía elegida no resulta adecuada para canalizar la mencionada pretensión.

6. Sentado lo que antecede, y en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 31 de la ley 402,[35] corresponde revocar la sentencia de Cámara de fs. 479/483 en cuanto resolvió rechazar la vía procesal escogida con relación a la pretensión de la actora tendente a que se disponga que todas o una parte de sus operaciones comerciales no sufran retenciones con el alcance dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90 y ordenar a la administración que disponga los medios para que a la actora no se le efectúen más retenciones en la fuente hasta tanto haya aplicado, repetido, o agotado en el modo a que hubiere lugar, la totalidad del saldo a favor que detenta a la fecha en el ISIB. Por último, confirmar la sentencia de Cámara en cuanto resolvió rechazar la acción intentada con relación a la pretensión dirigida a obtener la repetición de los saldos que ha llegado a acumular la actora a la fecha por la aplicación del modelo de retención en la fuente establecido por el dec. 2133/01.

7. Finalmente, corresponde señalar que la pretensión articulada por la actora no consistió en una genérica pretensión de inconstitucionalidad del régimen normativo conformado por los decs. 2133/01, 1150/90 y las resols. 430-SHyF/01, 1550-SHF/02 y 3053-SHyF, sino en una tutela específica que pusiese a su situación al amparo de la aplicación del régimen instrumentado por esas normas (conf. punto 5 de este voto). Consecuentemente, una sentencia estimatoria no puede tener más alcance que el indicado, alcance que coincide con que no se le cobre mientras esté en la situación que el citado régimen no puede alcanzar. Ello es así, aun cuando la inconstitucionalidad enunciada en términos más generales forme parte de la motivación de la sentencia. Darle un alcance genérico derogatorio supondría soslayar dos impedimentos esenciales. El primero de ellos, consiste en que las razones que impiden la aplicación del régimen de retención en la fuente en el *sub lite* no

[35] Dicho artículo establece que "[s]i el tribunal revoca la decisión apelada, deberá resolver, cuando sea posible, sobre el fondo del asunto".

concurren en la mayoría de los casos de aplicación de esas normas, y aun podría no concurrir en el de la actora si las proporciones que guardan las localizaciones geográficas de su giro comercial variaran en el futuro. El segundo, que una decisión que disponga una derogación *erga omnes* ha quedado reservada, exclusivamente, al procedimiento previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

Por ello y habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de fs. 479/483 en cuanto resolvió rechazar la vía escogida con relación a la pretensión de la actora tendente a que se disponga que todas o una parte de sus operaciones comerciales no sufran retenciones con el alcance dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90; *iii)* ordenar a la administración que disponga los medios para que a la actora no se le efectúen más retenciones en la fuente (conf. lo dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90) hasta tanto haya aplicado, repetido, o agotado en el modo a que hubiere lugar, la totalidad del saldo a favor que detenta a la fecha en el ISIB; y, por último; *iv)* confirmar la decisión de la Sala II de la Cámara CAyT en cuanto resolvió rechazar la acción respecto de la pretensión actora relativa a que se ordene la devolución de los saldos a su favor que ha llegado acumular a la fecha por la aplicación del modelo de retención establecido mediante el dec. 2133/01. Costas a la demandada, por ser la parte sustancialmente vencida en esta causa. Ello así, porque con relación a la pretensión mencionada en el punto *iv)* existió, únicamente, una decisión acerca de la vía procesal escogida para su planteo.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Vale la pena fijar el objeto de este amparo, pues él, a su vez, contribuirá a fijar los límites de la decisión. No se trata, a mi juicio —o no se trata en primer lugar—, de la repetición de aquello que fue retenido sin derecho, esto es, del reclamo de una suma de dinero, que, como el demandado lo supone y alguna decisión lo postula, se enmarca en otro procedimiento administrativo o contencioso que debió seguir el actor. Antes bien, en la posición del actor, que requiere el amparo judicial, se trata, en primerísimo lugar, de reglas administrativas aplicadas ilegítimamente al caso, frente al cual él le propuso a la administración otra solución de compromiso, sin éxito, y la ilegitimidad reside en una interpretación contraria a ciertos principios que, en materia impositiva, emergen tanto de la C.N. como de la CCBA. Más allá del daño ya causado por esa aplicación ilegítima, que eventualmente genera el deber de devolver de la Administración, la finalidad del amparo, según el planteo, no reside principalmente en corregir lo ya pasado —propósito meramente contingente porque la apreciación eventualmente injusta ya tomó ciertos períodos y se repite actualmente sin solución de continuidad—, sino que, por lo contrario, reside en determinar las relaciones futuras entre la Administración y el contribuyente conforme a criterios de legitimidad y justicia que, en lo que atañe a la competencia del TSJBA por el recurso interpuesto, sólo pueden emerger de la Constitución. A mi juicio, lo dicho surge con toda claridad del escrito de interposición de la demanda de amparo (fs. 1/10), en especial, resumidamente, del punto 3 del petitorio (fs. 10 vta.), que

insiste en la emisión de un "certificado de no retención" o de "retención reducida" hasta tanto la Administración dicte una "nueva norma" que contemple racionalmente la situación real planteada entre ella y el contribuyente por esta acción. El hecho de haber requerido la devolución de los saldos a favor del accionante en referencia al impuesto a los ingresos brutos es, como dije, meramente contingente. Con un ejemplo traído de un mecanismo constitucional mucho más antiguo que el amparo: la recuperación de la libertad ya perdida, por intermedio de un *habeas corpus*, resulta imposible; sólo es posible subsanar el problema hacia el futuro, esto es, ordenar la libertad del encarcelado ilegítimamente, sin perjuicio de la reparación económica del daño causado por la privación de la libertad ya sufrida. Adelanto, por ello, que no es en absoluto necesario que este proceso fije el importe concreto al que se extiende el deber de devolver, ni es propósito del demandante que emerja de autos cosa distinta a la imposición del deber de devolver saldos a su favor ya apropiados por el Estado mediante la aplicación eventualmente ilegítima de decretos reglamentarios, como resultado natural de la verificación eventual de esa ilegitimidad. Empero, el accionante desea que el amparo interpuesto regule definitivamente sus relaciones tributarias futuras con la Administración de la Ciudad, en relación al impuesto en cuestión, por supuesto, en sentido favorable a su interés —digámoslo, pues es su mérito: suficientemente contenido, sin exageraciones—, pero dando pie, en caso de fracaso de su acción, a la prosecución de esa relación según las reglas impugnadas, solución que proclama la sentencia impugnada. Resultaría así, según mi opinión, un error de magnitud, reducir el litigio, según lo ha concebido el demandado, a la reparación de los perjuicios ya provocados. Mejor que yo lo ha expresado el señor juez de primera instancia en el punto VIII, nos. 1 y 2, de su sentencia (fs. 447): "Desde ya es también un tremendo error considerar que no hay daño o que no se afecta el derecho de propiedad porque hay posibilidad de reparación"; "...con ese criterio toda ilicitud quedaría convalidada, siempre que el autor sea solvente para afrontar la reparación". Recuerdo el ejemplo de Soler, en idéntico sentido, del ciudadano romano, *Ticio*, de paseo por la *via Appia Antica*, en Roma, con pago adelantado de 21 ases, pena de la injuria, para poder ofender posteriormente a los transeúntes a su gusto y paladar.

2. Especificado así el objeto de esta demanda, estimo que la decisión básica sobre ella y sobre este recurso no es complicada: se trata de saber si el comportamiento de la Administración, mediante reglas generales dictadas por ella, por sus órganos de decisión, y decisiones tomadas por aplicación de ellas respecto del contribuyente concreto lesionan con evidencia algún derecho constitucional del contribuyente, entre los cuales él mismo mencionó el *derecho de propiedad* y el de *igualdad para soportar las cargas públicas* (C.N., 14, 17, 19, 28; CCBA, 12, inc. 5, 51, II) y la sentencia de primera instancia agregó el *principio de legalidad* (CCBA, 51, I). De esta discusión emergerá con claridad si, para la opinión de este voto, tal pretensión podía sustentarse en un juicio de amparo o, por lo contrario, si, como lo requiere el demandado —el GCBA— desde la contestación de la demanda,

ella exigía un procedimiento regular de repetición sobre la devolución y el pago de aquello que no era debido.

La sentencia atribuida al señor juez que falló en primera instancia es para aplaudir, a pesar de que uno, conforme incluso a la competencia limitada del TSJBA, pueda discrepar con su dispositivo. Lo poco que diré, en el mismo sentido de esa sentencia, se rinde ante su explicación más detallada del caso y su solución. Sintéticamente expuesto el caso, se trata de un contribuyente de la Ciudad por ingresos brutos, con fundamento en operaciones que cumple dentro de su territorio, cuya contribución, conforme a la ley que fija la base imponible y la alícuota a ingresar, es mucho menor que las retenciones en la fuente; así liquida él su impuesto. A él, por cuenta y orden de la Administración de la Ciudad, un agente perceptor le retiene por anticipado, en relación con ese tributo, según normas emanadas de la misma Administración, decretos del PEN, resoluciones ministeriales (designadas en detalle por el voto del señor juez del trámite, a cuyo voto me adhiero, incluso para no repetir), y decisiones particulares referidas al propio contribuyente, provocadas por él, una suma de dinero varias veces superior al tributo, pues computa, como presunta base imponible, lo abonado por sus clientes con pagos por medios distintos al dinero efectivo o cheque (tarjetas de crédito, de débito, etc.) en todo el país, esto es, incluso por operaciones que no son llevadas a cabo en la Ciudad de Buenos Aires sino en el resto del territorio del país, donde el contribuyente ejecuta la mayoría de sus operaciones y negocios. El desfasaje entre importe justo del tributo y retención en la fuente, esta última considerablemente mayor, emerge así, como lo expresa el señor juez de primera instancia, y también aquí el señor juez del trámite en su decisión, de la aplicación al caso, sin relación alguna, de una base imponible distinta: en un caso, las operaciones llevadas a cabo en la Ciudad, las menos según el giro real del contribuyente, y, en otro, las operaciones llevadas a cabo en todo el país —sin distinción territorial— y abonadas por los medios indicados, la mayoría según ese giro comercial. Por lo demás, digamos que no se trata de una diferencia menor o pequeña, para la cual podría resultar racional la retención, sino de una que podemos considerar enorme, permanente y, por ende, siempre creciente —sin discusión en el caso y aceptada así por la propia Administración—; y el caso a decidir se completa por la afirmación de que la base imponible del tributo por ingresos brutos y la alícuota de ingreso fiscal están fijados por ley formal, emanada del parlamento, mientras que las retenciones en la fuente debidas a él —su base y su alícuota— parten de una regulación reglamentaria, en el mejor de los casos del P.E. local, en otros del mismo P.E. pero por disposiciones de su Ministerio de Hacienda e, incluso, por decisiones particulares sobre el contribuyente de funcionarios de la Administración.

El caso, desde el punto de vista jurídico constitucional —vuelvo a decir—, no es complejo y sólo se complica por la enorme cantidad de normas reglamentarias y actos administrativos que intervienen hasta determinar que, según la Administración, no corresponde dejar de retener o retener menos —en todo caso, instruir al agente perceptor— a pesar del desfasaje que genera, a la vista, el funcionamiento de dos

bases o puntos de partida distintos. Basta citar el art. 51, I, de la CCBA, de texto claro, para apreciar que los actos normativos o de efecto individual de la Administración, fundados en aquellos, son ilegítimos de manera manifiesta, porque menosprecian el principio básico (de *legalidad*) contenido en la norma constitucional, que rige, en definitiva, la validez de normas y actos posteriores. Con palabras de mi colega, doctor Casás, "...el establecimiento de cualquier "ante pago" desproporcionado y abusivo importaría la creación *ex novo*, en la excedencia, de una prestación pública coactiva distinta del impuesto mismo, regularmente instituido, con afectación al principio multisecular de *reserva de ley tributaria*". Conforme a este principio tributario sustantivo "...queda excluido todo margen de discrecionalidad de parte del Organismo Recaudador"; "...la ley sólo autoriza a la Administración Tributaria a instituir ingresos a cuenta que, por un lado, aseguran una equitativa, regular y progresiva percepción de la renta pública en paralelo con su devengamiento y, por el otro, producen un efecto analgésico en el contribuyente, derivado del fraccionamiento de las obligaciones, o de que los ingresos, en el particular caso de las retenciones, se ven acompañados por la percepción por el obligado legal tributario de créditos propios de su giro, facilitando actitudes de mayor disposición y acatamiento de los sujetos pasivos frente al deber de contribuir" (doctor Casás). Si este principio es emanación del *derecho de propiedad*, invocado por el actor, o posee autonomía, resulta una cuestión casi puramente semántica, que no debe influir en la decisión del caso. De allí que yo coincida en los fundamentos esenciales con la sentencia dictada por el juez de primera instancia —y me satisfaga en esta decisión el voto del señor juez del trámite—, quien, con razón, ha parangonado la situación del actor con la imposición de una suerte de *empréstito forzoso*". Propio del amparo judicial, con la reducción de competencia que implica el recurso de inconstitucionalidad ante el TSJBA, es explicar —en los fundamentos de la decisión— que el trato tributario ordenado para el contribuyente es ilegítimo, incluso constitucionalmente, por varios motivos: contraviene la base imponible fijada por ley y lo hace con fundamento en normas reglamentarias y actos administrativos que alteran la garantía que proporciona la Constitución (CCBA, 51, I), el *principio de legalidad.*

Consecuente con ello es disponer que, de ahora en adelante, la Administración debe establecer un régimen especial para el contribuyente tal que las retenciones en la fuente partan de la misma base imponible relativa al impuesto de ingresos brutos, con la posibilidad de compensaciones racionales entre sus saldos, esto es, que no ofrezca la enorme diferencia detallada, de modo permanente. Si así lo hace, el desfasaje ya operado —y ya reconocido parcialmente— se saldará de manera natural, con lo cual huelgan los puntos 1.*b* y 1.*c* de la sentencia de primer grado, quizás manifestaciones naturales de lo decidido en 1.*a*, con el objetivo de restaurar inmediatamente la situación de ilegalidad vigente, incluso según lo pedido por quien se amparó, pero muy dudosos de decidir por el Tribunal desde varios puntos de vista: el amparo no puede trasformarse en un juicio de repetición de lo pagado sin obligación respectiva, maguer el tiempo trascurrido y la tramitación libre del procedimiento judicial operada pretorianamente por el juez; el TSJBA no puede

dictar sentencias propias de los tribunales de mérito; y, finalmente, no es propio del amparo, ni de la sentencia judicial, crear instituciones concretas —certificados de no retención o de retención limitada— para regular las relaciones entre la Administración y un contribuyente, pues no poseemos atribuciones legislativas ni ejecutivas. Tampoco corresponde aplicar la institución de la nulidad o de la anulación, en todo caso para reglas de carácter general —no es ello objeto ordinario de un amparo—, y menos aún el hacerlo de modo genérico, pero en virtud de la posición especial de una persona afectada por su aplicación —que incluso ha reconocido que en otra posición la reglamentación nombrada puede tildarse de racional—, y menos comprensible todavía es restaurar, con motivo de la anulación, textos de leyes que, por voluntad parlamentaria, hoy son inexistentes, por justas que tales soluciones parezcan en el caso concreto. Lo que aquí se verifica es que los actos de la Administración relativos al caso, sean ellos de alcance general o particular, han omitido o malinterpretado la garantía prevista en la regla constitucional citada para los contribuyentes, esto es, la inconstitucionalidad de tales actos forma parte del fundamento de esta decisión en el caso particular presentado por el actor, conforme lo explica el voto del señor juez del trámite bajo el nº 7, al que me adhiero totalmente. Quizás, según expresamente lo funda el voto del colega, doctor Casás, la aplicación de las normas de carácter general emanadas de esos actos no represente, en la posición de otro contribuyente, una retención en la fuente irrazonable según el principio constitucional, sino, antes bien, ella pueda ser calificada de adecuada para otros casos. En sí, el nuevo texto de la norma emitida por el P.E., en el que ya no consta la solución concreta de este caso mediante certificados de "no retención", totales o parciales, por parte de la Administración —solución mencionada en el texto antiguo, hoy carente de vigencia—, no parece inconstitucional *erga omnes*, esto es, para todo caso y contribuyente.

Conforme a ello, mociono para admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, con costas al demandado, y, por ello, revocar la sentencia impugnada e instruir a la Administración, en virtud de la facultad acordada por el art. 31, última oración, de la ley local 402, para que proceda a evitar las retenciones en la fuente sobre las operaciones del actor hasta tanto compense el importe real del IIB realmente devengado por sus operaciones comerciales en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y determine, para el futuro, un régimen especial de retenciones en relación con la base imponible atribuible al IIB en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

3. Precisamente, el hecho de que este voto estime la pretensión del actor como dirigida a la corrección del futuro de las relaciones tributarias entre él y la Administración de la Ciudad, de carácter permanente, antes bien que dirigida a lograr una suma de dinero concreta en concepto de reparación o restitución, abona, en conjunto con la evidencia de menosprecio para reglas constitucionales, la decisión de que, en el caso, la vía del amparo (C.N., 43; CCBA, 14) fue, en lo básico, bien requerida y utilizada, más allá de las vicisitudes del proceso (prueba y duración consiguiente) que no me son sencillas de compartir. Y expreso esto, como final, porque una de

las defensas principales del demandado consistió en objetar la vía procesal elegida: no se trataba aquí de fijar la suma a devolver —por otra parte siempre provisional en relación al tiempo pues, como se explicó, el desfasaje entre retención e ingreso justo del impuesto es permanente—, sino de decidir sobre la legitimidad de los actos impugnados (normas de alcance general y actos administrativos de alcance singular relativos al contribuyente, fundados en aquellas reglas). Si el actor —que no actualizó importes a devolver al producirse más retenciones— desea un reintegro en dinero más expeditivo y con intereses compensatorios de aquello que le fue retenido en demasía, deberá acudir al procedimiento de repetición respectivo, en caso de disidencia del Estado recaudador y en pos de una sentencia de condena a pagar una suma de dinero, pues ése no puede ser el objeto y fin de la acción y del procedimiento de amparo —único acierto de la sentencia de Cámara—, dedicado únicamente a reponer inmediatamente, de la mejor manera posible, el derecho que soporta una injerencia ilegítima atribuida a un acto de la autoridad. La acción de amparo, por tanto, se agota —a mi juicio— con el dispositivo integrado de la sentencia y nada más queda por decidir, ni corresponde que sea decidido.

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja planteada por "S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia" fue incoada en tiempo hábil y contiene una crítica ajustada y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, el cual se encuentra debidamente fundado con base constitucional. Ello así, en tanto allí se invocan los siguientes agravios:

a) afectación de la *garantía constitucional del derecho de propiedad*, al generar, las *retenciones* practicadas *sobre las ventas pagadas con tarjetas de crédito o de débito y tickets* cuya liquidación se realiza a través de empresas administradoras de tales instrumentos en este ámbito local, un *ingreso fiscal a cuenta en palmaria demasía de la obligación fiscal final* del contribuyente en el *impuesto sobre los ingresos brutos* que percibe la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ocasionándole a la obligada al pago una lesión patrimonial actual y reiterada en el tiempo de difícil, ardua y compleja reparación ulterior si se piensa en sucesivas repeticiones tributarias o impracticables imputaciones de créditos fiscales a deudas futuras en el tributo, considerando que, en los hechos, los saldos de impuesto a favor del contribuyente, progresivamente van en incremento;

b) transgresión a la *regla de igualdad*, base del impuesto y de las cargas públicas, *discriminando a los contribuyentes con actividad interjurisdiccional y con un bajo coeficiente de asignación de base imponible* en el impuesto sobre los ingresos brutos *a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, cuando las empresas administradoras de tarjetas de crédito, débito y tickets, en su mayoría, despliegan su actividad en este ámbito, lo que genera una retención desproporcionada a la obligación fiscal, legal y efectiva resultante de la tarifa del tributo;

c) cercenamiento de la *aptitud que cabe reconocer a la acción de amparo*, tal cual está consagrada en el art. 14 de la CCBA, como medio de impugnación contra todo acto u omisión —en este caso— de la Administración Fiscal que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Carta Magna local, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte, al haberse mostrado en la causa la efectiva retención en demasía, ya que en todo proceso, incluso en la acción de amparo, los jueces están llamados, no al cumplimiento de ritos caprichosos, sino al desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte;

d) *ilegitimidad de los decs.* 1150/90 y 2133/01, *como de las resoluciones de la Secretaría de Hacienda y Finanzas* n$^{os.}$ 430/01, 1.550/02 y 3053/04, *en razón de su apartamiento manifiesto a la ley fiscal*, generando ingresos tributarios en concepto de retenciones que se desvían, con grosero exceso, de la tarifa legal del impuesto aplicable a la actividad de la contribuyente;

e) *infracción a las reglas como a los principios* que inspiran el *Convenio Multilateral para evitar la doble imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos*, así como a las *resoluciones de la Comisión Arbitral*, n$^{os.}$ 61/95 y 1/08 en correspondencia con la idea de que el fenómeno de la doble o múltiple imposición interna frente a este gravamen, no sólo se conjura con una distribución y atribución adecuada de la "base imponible" entre los veinticuatro Estados locales sino, también, con una razonable definición de la "materia retenible" que genera ingresos a cuenta en cada jurisdicción;

f) *alegación de arbitrariedad de la sentencia del a quo*, en tanto el pronunciamiento recurrido no se exhibe como una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa y se traduce en afirmaciones puramente dogmáticas.

2. Resumidos, como antecede, los agravios, previo a habilitar la instancia, corresponde decidir si el recurso de inconstitucionalidad y la queja que lo sustenta, pueden incitar la competencia de este estrado o si el conflicto podría encontrar solución por otras vías alternativas más idóneas, ello en punto a la aptitud del amparo para la conjuración del gravamen, como al cumplimiento del requisito de que la articulación procesal esté dirigida contra una "sentencia definitiva".

En mi parecer, más allá de que el proceso fue articulado por la vía de la acción de amparo —ordinarizada en los hechos esta causa y colectada gran parte de la prueba necesaria para formar convicción sobre el derecho que les incumbe a las partes—, *remitir la solución de la controversia a nuevas actuaciones* —reclamos administrativos (en tanto no se consideren dispensados a partir de lo dispuesto en el

art. 5º del CCAyT por inexistencia de una clara conducta de la autoridad administrativa que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a dicha instancia) y ulteriores demandas de repetición— *importaría* incurrir, *con un exceso ritual manifiesto*, *en una denegación de justicia*, en donde la sentencia que así lo decidiera no sería la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino, precisamente, la frustración, mediante la preeminencia de las formas rituales sobre la verdad jurídica objetiva, de la aplicación del derecho (*in re:* "Domingo Colalillo v. Compañía de Seguros España y Río de la Plata*" —Fallos,* 238:550—, sent. del 18/9/1957), con lesión al principio de *tutela judicial efectiva* consagrado por los tratados y convenciones de derechos humanos elevados a rango constitucional (art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna), *que reclama pronunciamientos tribunalicios en tiempo útil*. Señala al respecto el profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires Agustín Gordillo, quizás con un dejo de ironía, que "cuando en un juicio ordinario nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia".[36] En las condiciones precedentemente referidas, es mi parecer que *cabe equipar el pronunciamiento de la Cámara a "sentencia definitiva"* para evitar que desproporcionadas dilaciones importen denegar a la accionante su reclamo de justicia, obligándola, tal vez, a clonar tantas demandas de repetición —como una suerte de fotocopiadora desmadrada— como períodos fiscales con saldo tributario a su favor queden involucrados en el conflicto, con el esfuerzo procesal y dispendio jurisdiccional que ello irrogaría, renunciando aquí a impartir justicia sin frustrar ritualmente la aplicación del derecho.

Sorteado el óbice tratado precedentemente, *corresponde declarar procedente la queja y mal denegado el recurso de inconstitucionalidad*.

3. Tengo para mi que en el presente caso, esencialmente, están comprometidas las *reglas y los principios inspiradores* del *Convenio Multilateral para evitar la doble imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos,* el cual resulta oponible a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no sólo por ser parte del mismo, sino también, incluso, a partir de las obligaciones instituidas por la *Ley de Coparticipación en Impuestos Nacionales* a la que ha adherido esta jurisdicción mediante la ley local 4. Ello así en virtud de que en el *capítulo II: "Obligaciones emergentes del régimen..."* la ley 23.548 ha venido a prescribir, por el *art. 9º, inc. d)*, que las jurisdicciones locales *continuarán aplicando las normas del Convenio Multilateral del 18/8/1977 sin perjuicio de ulteriores modificaciones o sustituciones de éste, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos*. En tales condiciones, está justificada la intervención de este estrado desde que el apuntado sistema de

[36] GORDILLO, Agustín: "Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional", en: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª edición, capítulo X, pp. 201 y ss.: "Un día en la justicia", publicación especial 50 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, CELS, Buenos Aires, 1998 , pp. 227 y ss., en especial p. 228.

distribución de la renta federal, como de las correlativas obligaciones de los fiscos, han adquirido jerarquía constitucional conforme a doctrina consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. las causas: "Argencard S.A. v. Provincia de Salta", *Fallos,* 327:1473, sent. del 27/5/2004, y Registro del Alto Tribunal: letra G, nº 629, libro XLIII, "Gasnor S.A. c/Salta, Provincia de s/acción declarativa de certeza", sent. del 12/8/2008).

4. Así las cosas, a pesar de que el *Código Fiscal* (t.o. 2005), disponga por su *art. 113*: *Facúltase al Poder Ejecutivo para establecer sistemas especiales para la determinación, liquidación o ingreso del impuesto sobre los ingresos brutos, a efectos de adecuarlos a los que se convengan con otras jurisdicciones dentro del ámbito del Convenio Multilateral*; y, en armonía con tal precepto, el *2º párrafo del art. 56* de igual plexo, establezca: *La Secretaría de Hacienda y Finanzas puede exigir el ingreso de anticipos a cuenta de los tributos*; y finalmente el *art. 4º, inc. 19*, consigne: *En ejercicio de su competencia la Dirección General está facultad para: ... Proponer agentes de percepción, retención, recaudación e información*, todo ello debe escrutarse con particular estrictez en virtud de que en la introducción misma del art. 51 de la Carta Magna local se establece: *No hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura...* (*sic*- el énfasis en negrita ha sido añadido). La cláusula constitucional transcripta se encuentra reforzada por la prescripción contenida en idéntico plexo en el art. 84, donde se dispone: *La Legislatura no puede delegar sus atribuciones* (*sic*- el énfasis en negrita no obra en el texto original).

En las condiciones reseñadas en el párrafo anterior, tanto en la ampliación de la esfera de sujeción pasiva de las obligaciones tributarias a través de la creación de agentes de percepción, retención y recaudación —en mérito a la solidaridad tributaria de éstos—; cuanto en el establecimiento de pagos a cuenta (anticipos, retenciones o percepciones) —que es lo que en el caso interesa—, la apreciación del ejercicio legítimo de tal facultad debe ser ponderada con sentido estricto y admitida sólo en aquellos casos en que el obrar del Departamento Ejecutivo y de sus agentes jerárquicos supere satisfactoriamente el test de razonabilidad. Es que, de no ser así, el establecimiento de cualquier "ante pago" desproporcionado y abusivo importaría la creación *ex novo*, en la excedencia de una prestación pública coactiva distinta del impuesto mismo, regularmente instituido, con afectación al principio multisecular de *reserva de ley tributaria*, desatendiendo el imperativo de que sólo cabe aprehender la capacidad contributiva ponderada en el presupuesto de hecho definido por el legislador al caracterizar la hipótesis de incidencia tributaria (en términos de tipicidad y taxatividad) y fijar la cuantía de la obligación resultante en este caso de la aplicación de la tarifa a la base imponible, elementos todos que actúan en el campo del derecho tributario sustantivo donde queda excluido todo margen de discrecionalidad de parte del organismo recaudador.

Toda prestación pública que se exija sistemáticamente *por la Administración Fiscal*, *por encima del monto del tributo definido por el legislador* que, en definitiva, se adeude, perdiendo su fundamento esencialmente impositivo para convertirse en

un fenómeno exclusivamente financiero a partir de deudas inexistentes, *importa alterar las bases éticas y jurídicas del derecho de recaudar*, transfigurando, *por medio de artilugios técnicos propios de alquimistas*, la contribución común exigida por la ley a todos los ciudadanos para el levantamiento de las cargas públicas, en *un verdadero despojo* (v. en lo pertinente doctrina desarrollada *in re*: "La Biznaga SAACIF y M. v. Dirección General Impositiva" —*Fallos,* 310:714—, sent. del 31/3/1987).

Es que, *las retenciones, percepciones, anticipos y pagos a cuenta, no deben superar, por regla general, en su conjunto la obligación fiscal que, en definitiva, deba afrontar el contribuyente* y, menos aún, cuando a través de tales institutos se originan recurrentemente saldos a favor del obligado tributario. Así lo conceptualizo por cuanto la ley sólo autoriza a la Administración Tributaria a instituir ingresos a cuenta que, por un lado, aseguran una equitativa, regular y progresiva percepción de la renta pública en paralelo con su devengamiento y, por el otro, producen un efecto analgésico en el contribuyente, derivado del fraccionamiento de las obligaciones, o de que los ingresos, en el particular caso de las retenciones, se ven acompañados por la percepción por el obligado legal tributario de créditos propios de su giro, facilitando actitudes de mayor disposición y acatamiento de los sujetos pasivos frente al deber de contribuir.

5. Desde otro ángulo, establecer retenciones que se apropian progresivamente del capital de trabajo del contribuyente al estar estimadas en términos desproporcionados con la obligación fiscal definitiva generando permanentes saldos a favor del obligado tributario, importa, de parte del Fisco, incurrir en actos de despojo, desnaturalizando la sustancia técnica del apuntado régimen de pagos a cuenta, lo que debe ser revertido si se toma nota de las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en otro caso tributario, si bien diverso, en donde se señaló en la sentencia que se dirigía a remediar la incoherencia del actuar del Estado, cuando obraba "con lesión al principio de ejemplaridad que debe presidir sus actos" (conf. "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires", *Fallos,* 308:2153, sent. del 13/11/1986).

6. A su vez, por esta mecánica, se instituye para determinados contribuyentes, como acertadamente lo ejemplifica en su voto el doctor Luis F. Lozano, una suerte de *empréstito forzoso* al convertirlos en prestamistas obligados y crecientes al Fisco local de saldos a su favor en el impuesto sobre los ingresos brutos que, de mantenerse la distribución territorial de los gastos e ingresos de la recurrente en la presente causa —criterios de distribución de la base imponible en el régimen general del *Convenio Multilateral*—, no se podrán aplicar a obligaciones futuras por el impuesto de marras, ya que se incrementan de período en período, y sólo podrán recuperarse a través de un tortuoso y reiterado procedimiento de reclamos —si correspondieren como lo sugiere el Fisco— y ulteriores recursos judiciales de repetición.

Por lo demás, aunque se viera en las retenciones practicadas ingresos fiscales sujetos a posterior devolución —como lo conceptualiza la Cámara, más allá de la

inconsistencia de recaudar para restituir lo percibido en términos de la *garantía constitucional de la razonabilidad* que se construye a partir de los arts. 28 y 33 de la C.N.—, tal mecanismo, en los hechos, como se ha visto, independientemente del *nomen iuris* utilizado, importaría instituir *un verdadero empréstito forzoso de naturaleza tributaria*, sustancia que le ha reconocido prácticamente sin excepciones la doctrina nacional a dichos ingresos al caracterizar las obligaciones previstas como *ahorro obligatorio* por las leyes nos 23.256 y 23.549, y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* "Pablo Horvath v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)" —*Fallos,* 318:676, sent. del 4/5/1995—, lo que hubiera obligado a sancionarlo a través de ley fomal, regulando pormenorizadamente todos sus presupuestos, conforme se deriva de lo consagrado en el art. 75, incs. 4º y 7º de la C.N., por ser sólo la rama legislativa la que está habilitada, tanto para *contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación*, cuanto para *arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación*; y, art. 53 de la Carta Magna local, en cuanto allí se expresa: *Toda operación de crédito público interno o externo es autorizada por ley con determinación concreta de su objetivo*. Es que no basta el *nomen iuris* de "retención" para caracterizar el instituto financiero que convierte al contribuyente en acreedor permanente del Fisco, ya que para definir la naturaleza jurídica de la prestación pública en exceso debe investigarse la estructura del presupuesto de hecho y la base de cálculo de la retención, lo que permitirá descubrir la inequivalencia, entre la detracción patrimonial amputada en demasía y la obligación final tributaria lo que denuncia la impropiedad técnica de la denominación utilizada.

Así entonces, aún en el caso de que estuviéramos en presencia de un *empréstito forzoso*, *éste sería inconstitucional, por violación al principio de reserva de ley* en el ejercicio de la potestad tributaria normativa al basarse en reglamentos subalternos, como por contravenir la *regla de la igualdad* que, si bien permite tratar en forma diversa a los desiguales, no tolera, como criterio dirimente del distinto, que la diversidad en la consideración se asiente en que los sujetos realicen operaciones intrajurisdiccionales e interjurisdiccionales —penalizando estas últimas—, pues ello importaría desconocer la razón de ser del dictado del *Convenio Multilateral para evitar la doble imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos*, atendiendo al imperativo sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras, en la causa: "Bressani, Carlos H. y otros c/la Provincia de Mendoza, Inconstitucionalidad de leyes y devolución de dinero" (*Fallos,* 178:9), sent. del 2/6/1937, donde, siguiendo al Máximo Tribunal Federal de los Estados Unidos de América, sostuvo que la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente, pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada, agregando que la Constitución ha fundado una unión indestructible pero de Estados indestructibles.

El Tribunal cimero ha expresado concretamente sobre el particular: "Que de la inequívoca intención constitucional de eliminar los gravámenes discriminatorios infiérese la de preservar a las actividades que se desenvuelven en dos o más juris-

dicciones del riesgo de que puedan verse sometidas a una múltiple imposición que las obstruya o encarezca, como resultado de aplicar tributos semejantes sobre la misma porción de base imponible, tornándolas por tanto desventajosas con relación a otras similares desarrolladas dentro de cada provincia" (v. considerando 8º *in re:* "Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza" —*Fallos,* 306:516—, sent. del 31/5/1984, en que se remite a diversos precedentes de esa misma Corte).

Es por lo hasta aquí dicho que la afirmación de la Sala en el sentido de que no habría infracción al principio de igualdad en tanto "todos los contribuyentes que realicen operaciones similares a la actora sufren retenciones con una alícuota uniforme", no pasa de ser una aseveración dogmática que no se hace cargo del írrito criterio de discriminación en virtud del cual se distorsiona el régimen retentivo en el caso de contribuyentes con actividades interjurisdiccionales y con un bajo coeficiente de asignación de recursos a la jurisdicción local, como ocurre en la especie.

Ello es así, ya que la afectación del principio de igualdad se consuma no sólo a través de un trato desigual a los iguales, sino también —y quizás más solapadamente— cuando se asigna un trato igual a los desiguales. Recuérdese, en tal sentido, la afirmación vertida por Anatole France al referirse a la majestuosa igualdad de la ley en Francia que se consagraba, "prohibiendo tanto al rico cuanto al pobre dormir debajo de los puentes de París".[37]

La cita vertida en el párrafo precedente, cobra sentido para mí en cuanto nos despojemos como juzgadores de actitudes sesgadas o ideológicas al ponderar el derecho de las partes —*in dubio pro fiscum* o *in dubio contra fiscum*—, ya que son válidas las reflexiones precedentes en este caso para acoger los planteos articulados por la contribuyente —un operador económico de aparentemente elevada solvencia económica y financiera, si me atengo a que despliega su actividad en todo el país a través de 105 supermercados ("La Anónima" y "Best")—, como para rechazar planteos, según mi voto, basados en la misma regla (*in re*: "Cámara Argentina de Supermercados s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cámara Argentina de Supermercados c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 1869/02 sent. del 27/5/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. V, pp. 324 y ss.).

7. A mayor abundamiento, conviene enfatizar una vez más que la conjura de la doble imposición interna sobre los contribuyentes que despliegan su acción con proyección interjurisdiccional fue la preocupación esencial que dio lugar a los *Convenios* en materia de *impuestos a las actividades lucrativas* —hoy *impuesto sobre los ingresos brutos*— que se iniciaron con el bilateral, concertado entre la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires en mayo de 1953, para adquirir luego forma multilateral. Así, alumbraron los celebrados entre todas las jurisdicciones. El primero, del 24/8/1953, el que fue reemplazado sucesivamente

[37] TRIBE, Lawrence H.: *American Constitutional Law*, The Foundation Press, inc., Mineola, Nueva York, 1978, p. 993.

por los Convenios del 14/4/1960, 23/10/1964 y 18/8/1977, que es el actualmente vigente, más allá de que el último, aprobado en Córdoba en 1988, no ha alcanzado a la fecha ratificación por todas las jurisdicciones.[38]

Los Convenios relacionados establecen los criterios de "distribución de la base imponible" entre las distintas jurisdicciones, para evitar la duplicación de gravámenes sobre idénticos ingresos brutos. Ello sentado, va de suyo que este principio inspirador de acotar las "bases imponibles" que pueden gravar las distintas jurisdicciones provinciales y Ciudad de Buenos Aires, debe corresponderse, también, con una definición precisa de la "materia retenible" que genere ingresos a cuenta vía retenciones o percepciones a favor de cada uno de los fiscos locales, ya que, de no ser así, los recursos generados por dicha mecánica carecerían de "sustento territorial", presupuesto básico en todos los tributos de los planos subnacionales (provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipios de provincia —confrontar, entre otras muchas, las siguientes causas: "Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza" [ya citado], considerando 10, 2º párrafo; "Empresa de Transporte de Pasajeros Navarro Hnos. S.R.L.", *Fallos,* 319:2211, sent. del 10/10/1996, consid. 5º, párr. 2º; y "Total Austral S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur", *Fallos,* 326:3368, sent. del 8/9/2003, considerandos 9º y 10—).

8. La *eliminación* por la Administración Fiscal de los sustentos normativos que permitían la expedición del "certificado de no retención" o "de retención parcial" se muestra, frente a casos como el que se ventila en la especie, como una *medida francamente desafortunada* ya que la repetición poco resuelve, pues no evita que se reedite indefinida y contumazmente la situación y se prosiga cobrando en exceso en la fuente, reproduciendo saldos a favor del contribuyente, por lo que entiendo que ante un régimen marcadamente írrito y ante la comprobación en la causa, luego de la fiscalización por la entonces Dirección General de Rentas, que los saldos a su favor siguen en aumento, poco se logra con una exhortación a las autoridades para que arbitren los medios adecuados a fin de dar cabal solución o disminuir los efectos negativos que se generan como consecuencia del marco normativo que se cuestiona en esta causa.

En este aspecto coincido con lo sostenido por mi colega la doctora Ana María Conde al poner de resalto que se proyecta en el caso lo establecido en el art. 42 de la resol. gral. 1/08 de la Comisión Arbitral, en tanto fija los límites que debe acatar la jurisdicción local al imponer un régimen de retenciones en el impuesto sobre los ingresos brutos. Así, para evitar, justamente, situaciones como la que se presenta en estos actuados —generación permanente de saldos a favor en el impuesto—, dio a los fiscos la opción de elegir entre dos mecanismos: *a)* reducir la alícuota o

[38] BULIT GOÑI, Enrique G.: *Convenio Multilateral. Distribución de ingresos brutos*, cap. II: "Consideraciones atinentes de distintos órdenes", parágrafo 2: "Antecedentes", Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 13 y ss.

b) reducir la base imponible tomada en cuenta para aplicar la retención. Ninguno de ellos fue el seguido por el Fisco local.

La posibilidad de repetición que contempla el art. 63 del C.F. (t.o. 2005), no habilita a que se pueda cobrar ilegalmente de más, al desentenderse la retención de la cuantía de la tarifa del tributo establecida en la ley, con la excusa de que es posible repetir —como lo sostiene la Cámara—, menoscabando el derecho de usar y disponer de la propiedad, más allá del accesorio que en concepto de interés se suscite al 6 % anual, según lo contempla la resol. 4151/06. Valga advertir que en ordenamientos más modernos, como en la Ley General Tributaria española, nº 58/03, en vigencia desde el 1º de julio del año 2004, para evitar abusos y concretando el principio de igualdad de las partes en la relación jurídico tributaria, en materia de devolución de ingresos indebidos la Administración debe abonar al obligado tributario, aún sin que éste lo solicite, desde la fecha en que se hubiere realizado el ingreso y hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución, el mismo interés de demora que se cobra al contribuyente (v. al respecto, arts. 32 y 26 del plexo legal citado).[39]

Me parece oportuno traer a cuento, en función de la tradición judeo-cristiana de nuestra cultura, una referencia bíblica en la predicación de Juan el Bautista, recogida en el Evangelio según San Lucas, capítulo 3, versículos 12 y 13, donde puede leerse: *Vinieron también los publicanos a bautizarse, y le dijeron: "Maestro, ¿qué debemos hacer?". Él les dijo: "No exijáis más de lo que os está fijado"*.[40]

En nuestro caso, lo que está fijado en materia de impuesto sobre los ingresos brutos, no es otra cosa que la tarifa del gravamen sancionada por los diputados que integran la Legislatura en representación de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires, dando acabado sentido a la máxima *no taxation without representation*, plenamente imperativa en un sistema institucional republicano en que "el pueblo se tributa a sí mismo en términos de autoimposición", superador del concepto de consentimiento al rey o el príncipe ante sus pedidos o solicitudes de nuevos gravámenes.

Pretender acrecentar la obligación fiscal por conducto de retenciones desproporcionadas, importa, ni más ni menos, que reclamar del contribuyente —acreedor de los saldos a favor en el impuesto a los ingresos brutos conformados por el propio Fisco— que siga sufriendo retenciones a favor del Estado —en este caso, el verdadero deudor tributario—, lo cual, por irrazonable, me recuerda los versos de una canción de María Elena Walsh: "El Reino del Revés", los que bien podrían reescribirse, usando como inspiración el presente caso: "Me dijeron que en el Reino del Revés/ el contribuyente paga una y otra vez/ ya que el Fisco no comprende/ y cree que dos y dos son tres".[41]

[39] *B.O.E.* nº 302 del 18/12/2003, pp. 44.987 y ss.

[40] Los publicanos eran los funcionarios encargados de recaudar los tributos que los romanos habían impuesto en sus dominios.

[41] La estrofa del verso de la escritora señalada en el texto transita en su origen con otra letra que deliberadamente he descartado hacer mía y donde puede leerse: "Me dijeron que en el Reino del Revés/nadie baila con los pies,/ que un ladrón es vigilante y otro es juez/ y que dos y dos son tres".

Por lo demás, el dictado de resoluciones sin motivación y causa por las cuales se abroga la posibilidad de extender certificados de "no retención" o de "retención parcial", frente a ingresos desmedidos sin sustento legal en los tributos tal cual han sido sancionados por la Legislatura, bien podrían dar lugar a las derivaciones que contempla el primer enunciado del art. 56, de la Constitución porteña, en cuanto allí se prescribe: "Los funcionarios de la administración pública de la Ciudad, de sus entes autárquicos y descentralizados, son responsables por los daños que ocasionan y por los actos y omisiones en que incurrieran excediéndose en sus facultades legales"; más aún teniendo en cuenta que *toda prestación pública a título de tributo o incluso, los empréstitos forzosos*, desde el punto de vista de las fuentes deben tener *exclusivo origen en la ley*.

Concluyo, en fin, que la aplicación concreta que se ha efectuado a la recurrente del régimen normativo conformado por los decs. 1150/90 y 2133/02 y las resoluciones de la Secretaría de Hacienda y Finanzas nos 1550/02 y 3503/04, en razón de su apartamiento manifiesto de la ley fiscal y de la tarifa del Impuesto sobre los Ingresos Brutos sobre la base atribuible a esta jurisdicción, deviene inconstitucional por generar ingresos tributarios en concepto de retenciones que implican un marcado incremento de la obligación fiscal que, en definitiva, se adeuda a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Obsérvese lo intrincado del sistema cuya aplicación aquí se desestima que, en el caso, ha llevado a la propia Administración Fiscal a reconocer un saldo a favor de la actora al mes 3/2005, de $ 1.045.727,13 (conf. fs. 422).

9. En tanto los elementos reunidos en la presente causa me permiten dictar sentencia, por no ser necesario, en mi concepto, mayor debate y prueba, zanjando definitivamente todas las cuestiones, haciéndome cargo de las posturas sostenidas por mis distinguidos colegas, y de que es necesario arribar a una decisión útil —conjugando de modo diverso mayoría—, me pronuncio en los siguientes términos:

Habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por*: i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de fs. 479/483 en todas sus partes (según en cada caso se explicita) y, específicamente, en cuanto: *a)* resolvió rechazar la vía escogida con relación a la pretensión de la actora, tendiente a que se disponga que todas o alguna parte de sus operaciones comerciales no sufran retenciones con el alcance dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90, ordenando a la Administración Fiscal que disponga de los medios para que no se le efectúen mas retenciones en la fuente, hasta tanto haya aplicado, repetido o agotado en el modo que hubiere lugar, la totalidad del saldo a favor en el impuesto sobre los ingresos brutos, que pudiere detentar a la fecha en tanto se hubieren generado a partir del mes/4/2005 —y que, por ende, no ha sido certificado por el Organismo Recaudador en el informe glosado a estas actuaciones— y que, de allí en adelante, de ser menester, se adecue la alícuota de las retenciones en relación a la "base imponible atribuible" a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conjurando producir por los pagos a cuenta nuevos saldos a favor del contribuyente, todo ello en consonancia con lo dispuesto por el art. 42.b.1. de la resol. gral. 1/08 de la

Comisión Arbitral del Convenio Multilateral del 18/8/1977; y *b)* decidió rechazar la repetición del impuesto sobre los ingresos brutos a favor del contribuyente de $ 1.045.727,13 determinado por la propia Administración Fiscal al mes/3/2005, con más los intereses que prevé la resolución SHyF nº 4.151/2003, importe que deberá ser reintegrado a la contribuyente; *iii)* imponer las costas de todas las instancias a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja planteada por SAIEP satisface los recaudos formales y sustanciales exigidos para su admisibilidad, toda vez que ha sido interpuesta en tiempo, mediante escrito firmado por letrado apoderado, contiene un relato suficiente de los antecedes de la causa y efectúa una critica certera y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ilustrando adecuadamente sobre las cuestiones planteadas y su vinculación con las disposiciones constitucionales puestas en juego para la decisión del caso (referidas al amparo, la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas). De tal forma, la queja permite admitir el recurso de inconstitucionalidad en toda su amplitud, incluso en cuanto invoca la arbitrariedad del fallo recurrido, argumento que, en verdad, tiende a demostrar la efectiva afectación de los restantes derechos constitucionales que invoca (propiedad e igualdad).

2. Conviene comenzar por precisar una diferencia sustancial entre lo peticionado por SAIEP en su demanda y lo requerido ahora al Tribunal. En el inicio, la actora articuló tres pretensiones, a saber, que: *a)* se declare la inconstitucionalidad de la aplicación a SAIEP del plexo normativo constituido por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resolución SHyF nº 1550/02, ratificado mediante resol. SHyF-3053/04; *b)* se ordene la emisión de un certificado de no retención o de retención reducida; y *c)* se condene al GCBA a devolverle los saldos a su favor en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, acumulados hasta la fecha (fs. 1/11, autos principales). En el recurso de inconstitucionalidad SAIEP ha abandonado la petición de que se ordene al GCBA que le expida un certificado de no retención o de retención reducida. Razón por la cual, lo resuelto por la Cámara en relación a la imposibilidad de conceder el certificado —más allá de su acierto o error— ha quedado firme para las partes.

3. Me anticipo a señalar que considero que las distintas pretensiones debieron tener un diverso tratamiento judicial. La petición de declaración de inconstitucionalidad de las normas y el pedido de que se expida el certificado de no retención o retención disminuida, aunque pudieron encauzarse por la vía ordinaria con una medida cautelar, no parecen incompatibles con la articulación de un amparo. En cambio, el pedido de condena a devolver los pagos en exceso aparecen, en principio, como impropios del cause procesal elegido.

Ahora bien, a casi cuatro años del inicio de las actuaciones no corresponde perder de vista lo tramitado y cumplido en la instancias de mérito (cuestión sobre la que volveré más adelante) y que determinaron la ordinarización del proceso, lo que

torna innecesario detenerse en la corrección o incorrección del *nomen iuris* asignado a este juicio, porque a esto simplemente, ha quedado reducido el punto.

De todos modo vale indicar que tal vez, por el tratamiento diferenciado que hubiera debido darse a cada una de las pretensiones deducidas la sentencia de la Sala II parece contradictoria. En efecto, por una parte, dice "...sin perjuicio de la idoneidad de la vía intentada", con lo que afirma la idoneidad de la vía del amparo para debatir las cuestiones (inicio del punto 6). Por otra parte en forma reiterada —lo que parece indicar la relevancia que este aspecto tuvo para la Cámara—, considera que el accionante debió instar ante la Administración la repetición de lo pagado en exceso durante los dos años anteriores al inicio de la demanda (punto 4, quinto y sexto párrafos; punto 5, quinto párrafo; punto 6, cuarto párrafo). Por ello, y más allá de lo que señalo en el primer párrafo, es entendible la queja de SAIEP respecto de la sentencia en lo que refiere a la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA, para determinar si la existencia de un procedimiento administrativo es o no es un impedimento de admisibilidad o de procedencia del amparo.

Insisto, sin embargo, en que ordinarizado el juicio, el tema desaparece como agravio concreto y actual y, por lo tanto, no requiere mayor tratamiento.

4. A partir de lo manifestado en los apartados anteriores y a lo establecido por el art. 31, segundo párrafo de la ley 402 ("Si el tribunal revoca la decisión apelada, deberá resolver, cuando sea posible, sobre el fondo del asunto"), desdoblaré la consideración del recurso en función de las dos pretensiones subsistentes ante el Tribunal: *a)* la declaración de invalidez del plexo normativo aplicado para efectuar la retención; y *b)* la condena a reintegrar las sumas abonadas en exceso que SAIEP reclama.

4.a) Existe conformidad en que las sumas que se retienen a SAIEP por su ventas mediante tarjetas de crédito, debido o tickets, que toman por base imponible las ventas realizadas en todos los supermercados de propiedad de la actora en todo el país, y no sólo en esta jurisdicción, genera un saldo a favor para la firma que no puede ser consumido por ella mediante su utilización en posiciones futuras. La prueba rendida a instancias del GCBA y producido por su propio órgano de recaudación señaló que el saldo a favor de la actora, al mes 3/2005, ascendía a $ 1.045.727,13, y que la causa principal de esa situación era "la poca significatividad de la base imponible que genera el impuesto, que al compararse con las retenciones sufridas por aplicación del Régimen de Tarjetas de Crédito, decs. 1150/90 y 2133/02, da como resultado un permanente saldo a favor, ya que las administradoras de estas tarjetas se encuentran en esta jurisdicción y por consecuencia dichas retenciones pertenecen a la misma" (fs. 422).

También es cierto, y ambas partes están contestes, en que la alícuota de las retenciones (2,5 %) es inferior a la que corresponde al ISIB para la actividad y en que ella no parece objetable en abstracto.

La disputa entre actora y demandada está centrada en cómo determina el GCBA la base imponible para la retención que deben efectuar la entidades que efec-

túan pagos de bienes y servicios adquiridos, mediante tarjetas de compra, tarjetas de débito, tarjetas de crédito, tickets, vales de alimentación, etcétera, las presentaciones que efectúa SAIEP por establecimientos domiciliados en otras jurisdicciones, se produce un incremento de la suma que corresponde anticipar como ISIB local.

Para SAIEP ese incremento produce una doble lesión constitucional: *i)* a su derecho de propiedad, pues le retiene sumas que no corresponden, y *ii)* a la exigencia de igualdad ante el tributo, pues por una vía oblicua incrementa la real alícuota que se le exige por encima de la que es exigida a todos los demás contribuyentes que desarrollan la misma actividad dentro de la Ciudad.

Para el GCBA, no hay lesión a la propiedad pues el contribuyente puede repetir las sumas retenidas en exceso con intereses, o puede compensar su crédito en futuras imposiciones a las que esté obligado. Tampoco entiende que haya lesión al principio de igualdad pues la situación de la actora debe ser confrontada con la de quienes desplieguen una operatoria similar en otras jurisdicciones y no con aquellos que sólo realizan su actividad en esta jurisdicción.

El valor que pudiera haberse atribuido a los argumentos del GCBA al inicio del proceso, se ha desvanecido una vez transitadas las instancias de mérito y ante la evidencia de la prueba que la propia demandada aportara.

La DGR es la que afirma, y nadie la ha rebatido, que por aplicación del Régimen de Tarjetas de Crédito, decs. 1150/90 y 2133/02, se produce "un permanente saldo a favor" de la actora. Y no es del caso abundar en citas doctrinarias o jurisprudenciales para dejar sentado que si una determinada forma de instrumentar la percepción de anticipos mediante la retención en la fuente, constante y permanentemente obliga a un contribuyente a exceder con creces la satisfacción de la carga tributaria legítima y legalmente impuesta por el Estado local, ese sistema resulta, respecto de ese contribuyente en particular, lesivo de su derecho constitucional de propiedad. Y la afectación no se diluye por el hecho de que el Código Fiscal prevea un procedimiento para la repetición o compensación de los pagos en exceso, pues, como bien señaló el juez de primera instancia, con esa concepción bastaría con que haya reparación para que ninguna conducta pueda ser considerada ilegítima.

Ahora bien, dado que el Estado local es parte del Convenio Multilateral, está obligado por las directivas de los órganos del Convenio que conforman el bloque normativo que regula la retención del tributo en cuestión. La finalidad de ese convenio fue distribuir la base imponible entre las distintas jurisdicciones signatarias y el caso, precisamente, trata sobre esa cuestión, por lo que parece razonable que la decisión tome en cuenta las pautas que surgen de ese organismo. En tal sentido, la resol. gral. 1/08 de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral establece los límites que la jurisdicción local debe acatar al imponer un régimen de retenciones como el discutido en esta causa. El art. 42 de la resolución fija, en cuanto a lo que aquí importa, que: "*b)* Con relación a regímenes de retención, se sujetarán a las siguientes: *1*. Respecto de contribuyentes comprendidos en el Régimen General del Convenio Multilateral, la jurisdicción de la que proviene el ingreso podrá obligar a tomar como base de cálculo para la retención sólo hasta el 50 % del mismo o,

alternativamente, podrá aplicar una alícuota de retención que equivalga hasta el 50 % de la que corresponda a la actividad gravada; *2.* Respecto de contribuyentes comprendidos en regímenes especiales del Convenio Multilateral, la jurisdicción de la que proviene el ingreso podrá obligar a tomar como base de cálculo para la retención la proporción de base imponible que de acuerdo con los mismos, le corresponda;...". Aunque todo parece indicar que el sujeto pasivo encuadra su actividad en el "régimen general", en tanto se trata de una circunstancia acreditada en la causa, resulta conveniente establecer como máximo de retención el señalado en el art. 42, inc. b) según corresponda (sub 1 o sub 2). La resol. gral. 61/95 de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral que regía anteriormente, rezaba sustancialmente algo semejante.

En tanto la actora no ha cuestionado la aplicación de las disposiciones mencionadas, la inconstitucionalidad peticionada no puede extenderse más allá del límite de retenciones autorizado por el Convenio Multilateral, interpretado de acuerdo con las resoluciones generales citadas, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en debate en el caso.

Por ende, respecto de SAIEP es inconstitucional el régimen normativo conformado por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resol. SHyF-1550/02 en tanto permiten que se le retenga una suma que supera lo establecido por el art. 42, inc. b) de la resol. gral. 1/08 (anterior art. 1º, inc. b] de la resol. gral. 61/95) de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral. La Administración deberá establecer la forma en la que dará efectividad a lo que en la sentencia se decide. Bien podría modificar el criterio sentado en la actuación nº C.I. nº 22.623-DGR/02, incorporada a la actuación nº C.I. 48.999-DGR/03, en respuesta a la consulta efectuada por Servicios de Tickets SA, donde consideró que la base imponible no debe considerar sólo los tickets presentados por establecimientos domiciliados en la Ciudad.

4.b.1) En cuanto al reintegro de las sumas pagadas en exceso afirmé ya (ver apart. 3, primer párrafo) que la vía del amparo aparecía como impropia. Y ello porque la exigencia de procedimientos de verificación de saldos, previa fiscalización del contribuyente, no parece compatible con el marco cognitivo acotado que impone el amparo en razón de su propia caracterización constitucional (carácter manifiestamente arbitrario o ilegítimo del acto cuestionado, acción rápida). Sin embargo, la objeción que el GCBA planteara en ese sentido no se sostiene dado que tuvo la posibilidad de demostrar durante el juicio la existencia de los saldos a través de la fiscalización de SAIEP, en un procedimiento que insumió varios meses desde que se ordenó la producción de la prueba hasta la presentación del informe.

La Procuración General no demostró que la tramitación del juicio "rotulado" como amparo hubiera afectado su derecho de defensa.

La lectura del proceso muestra que ambas partes tuvieron oportunidad de exponer sus posiciones originarias, y que éstas que fueron tratadas en todos los casos con el alcance que aquéllas mismas propusieran.

Es más, en particular al GCBA no se le denegó ninguna medida de prueba vinculada con las defensas de opusiera frente a las pretensiones por las que finalmente, resultó condenada en primera instancia.

Reitero, el amparo que a este respecto no debió ser admitido, ordinarización mediante, permitió el despliegue amplio de las posturas de los litigantes, y el pleno ejercicio de las defensas de la demandada. Cuál sería la razón para que a esta altura se le exigiera al accionante que retomara la vía judicial por la senda del proceso ordinario, previo paso por la instancia administrativa, como lo ha resuelto la Alzada. No observo ninguna razón. Un nuevo proceso ordinario, de hecho importaría un doble juzgamiento.

Ya he señalado que la Cámara, reiteradamente, puso de manifiesto que la actora no solicitó ante la Administración la repetición de las sumas pagadas en exceso. Creo que se efectúa un análisis insuficiente de la conducta de la actora. Como está acreditado, SAIEP solicitó al GCBA que le extendiera un certificado de no retención y que se modificaran las disposiciones que generaban el fenómeno de tributación en exceso. Es cierto que no requirió la repetición de lo abonado de más; pero también lo es que la devolución de esas sumas era la solución que, seguramente, más habría afectado al Estado al obligarlo a disponer de fondos para cancelar su deuda.

No se me escapa que la solución peticionada por la actora también le resultaba ventajosa a ella, pues le evitaba tener que instar, mes a mes, los procedimientos administrativos y, eventualmente, judiciales para repetir esas sumas. Pero no parece dudoso que para el GCBA compensar posiciones futuras con el saldo a favor acumulado por SAIEP era una solución menos gravosa que reintegrar el dinero, con sus intereses y, eventualmente, costas. Frente a ello, el reproche que efectúa la Alzada a SAIEP, y que funda el rechazo del amparo, por no haber instado la repetición, no resulta justificación suficiente de la decisión. Tampoco se sostienen, luego de todo lo actuado, los argumentos del tribunal referidos a que los actos cuestionados no aparecen manifiestamente ilegítimos o arbitrarios, o a que la lesión constitucional no exigiría una tutela urgente.

Por lo dicho, la decisión de la Sala II también debe ser revocada en este punto.

4.b.2) Ahora bien, en tanto no existan circunstancias fácticas que determinar, ni se retrotrae el proceso a etapas previas a la de la sentencia, corresponde que el Tribunal decida el fondo de la cuestión planteada en el amparo.

Vuelvo a recordar que, al haber abandonado SAIEP el pedido de un certificado de no retención, sólo queda por decidir la pretensión de repetición.

En el escrito de demanda SAIEP solicitó que se condenara al GCBA a devolverle los saldos a su favor en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, acumulados hasta la fecha de ese escrito. La fiscalización efectuada por la DGR dio como resultado un saldo a favor de la actora al mes 3/2005 por la suma de $ 1.045.727,13. Nada obsta a que se condene al GCBA a reintegrar a SAIEP dicha suma, con más los intereses que prevé la resol. SHyF-4151/03.

Las diferencias que pudieran haberse generado a favor de la actora con posterioridad quedan fuera del presente juicio, toda vez que a su respecto no se han efectuado los procedimientos necesarios para su verificación. Que las particulares

circunstancias de tramitación de esta causa me persuadieran de la impertinencia de volver para atrás con todo lo actuado, no significa que también se justifique convertir este proceso por sus peculiaridades en un sustituto del de repetición.

4.b.3) La pretensión de condena al pago de lo abonado en exceso por SAIEP convirtió en ordinaria la vía, al menos en ese aspecto, por lo que corresponde intimarla a integrar la tasa de justicia que debería haber abonado si la demanda hubiera tramitado por la vía correcta, en la proporción en que resulte condenada.

5. Para establecer la imposición de costas ha de tenerse en cuenta que la actora ha triunfado en lo sustancial en cuanto a la inconstitucionalidad de las normas que impugnara, pero que su pretensión de repetir sólo prosperó por las sumas ingresadas hasta marzo de 2005 y no así las posteriores. Dadas estas circunstancias consideró equitativo distribuir las costas en un 70 % a cargo del GCBA y en un 30 % a cargo de SAIEP.

De acuerdo con lo expresado en los puntos precedentes voto por:

a) *hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por SAIEP;
b) *revocar* la sentencia de fs. 479/483;
c) *hacer lugar* a la demanda planteada a fs. 1/11 y, en consecuencia declarar, respecto de la actora, la inconstitucionalidad del régimen normativo conformado por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resol. ZIF-1550/02, en tanto permiten que se le retenga una suma que supera lo establecido por el art. 24 de la resol. gral. 1/08 de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral del 18/8/1977 y condenar al GCBA a abonar a SAIEP la suma de $ 1.045.727,13, determinada al mes de marzo de 2005, con más los intereses que prevé la resol. SHyF-4151/03;
d) *disponer* que la actora abone la tasa de justicia teniendo por monto del proceso el que resulta del punto anterior;
e) *distribuir* las costas de todo el proceso en un 70 % a cargo del GCBA y en un 30 % a cargo de SAIEP.

La jueza Ana María Conde dijo:

I. La queja cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, y contiene una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Asimismo, el recurso de inconstitucionalidad subyacente plantea un genuino caso constitucional, y se dirige contra una sentencia de carácter definitivo, lo que justifica la apertura de la queja y el tratamiento del recurso extraordinario local.

II. El accionante, en su escrito de demanda (ver fs. 10 vta.), planteó tres pretensiones: *i)* que se declare la inconstitucionalidad en relación a SAIEP de la aplicación del plexo normativo instituido mediante los decs. 2133/02 y 1150/90 y la resol. 1550-SHyF-02, confirmado respecto del contribuyente de autos por la resol. 3503-SHyF-04; *ii)* que se disponga la devolución de los saldos a su favor en

concepto de impuesto sobre los ingresos brutos acumulados y no absorbidos hasta la fecha por SAIEP; y *iii)* que se ordene al GCBA mediante la Dirección General de Rentas que arbitre los medios para la emisión de un certificado de no retención o de retención reducida hasta tanto se disponga el dictado de una nueva norma que contemple la situación planteada por SAIEP en la presente acción;

En su recurso de inconstitucionalidad, la parte actora solicita al Tribunal que revoque la sentencia definitiva de la Cámara, haga lugar al amparo y declare *i)* la inconstitucionalidad del referido plexo normativo y *ii)* disponga la devolución del saldo a su favor en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos (ver fs. 500, apart. VIII.3). El rechazo por parte de la Cámara de la pretensión tendiente a obtener un certificado de no retención o retención reducida, ha quedado firme atento su falta de cuestionamiento por la vía recursiva.

En cuanto a las dos restantes pretensiones, su rechazo por parte de la Cámara, habida cuenta los fundamentos que expone en su sentencia, compromete determinados principios y derechos contenidos en la Carta Magna local, y obliga a pronunciarse sobre dos cuestiones constitucionales: *a)* la procedencia de la vía del amparo a la luz del art. 14, CCBA, y *b)* la validez del plexo normativo integrado por los decs. 2133/02 y 1150/90 y las resols. 1550-SHyF/02 y 3503-SHyF/04.

III.1. En cuanto a la *idoneidad de la vía del amparo,* en cuantiosos precedentes de este Tribunal he explicitado mi postura al respecto (ver, entre otros, "Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo", expte. nº 3101/04, resolución del 17/11/2004; "Rodríguez, Mónica Adriana s/amparo", expte. nº 3170/04, resolución del 20/12/2004; "Tayeda, Marta Susana c/GCBA s/amparo", expte. nº 1684/02, resolución del 19/2/2003; "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; "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5296, resolución del 27/12/2007).

A mi entender, el amparo constituye una herramienta prevista por el ordenamiento jurídico para prevenir o subsanar lesiones a derechos exigibles, ante actos u omisiones que presenten una arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta.* Por lo tanto, aquellas pretensiones que requieren un debate amplio, no solo de los hechos sino también del derecho, o que necesiten la producción de distintas medidas probatorias para su dilucidación, resultan inconciliables con la vía del amparo.

Y es que el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del 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, caso contrario la pretensión deberá tramitar por las vías ordinarias, como lo ha dicho la Corte Suprema en forma reiterada al sostener 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).

Este Tribunal, por lo general, suele intervenir al final del recorrido procesal, ante el dictado de la sentencia definitiva. Declarar la nulidad de todo lo actuado por haberle dado curso los jueces de la causa a una vía procesal desacertada, en ciertas ocasiones puede ocasionar perjuicios notorios que entran en pugna con el principio de tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, considero que corresponde anular todo lo actuado sólo cuando la elección de la vía del amparo le impidió a la parte demandada ejercer con amplitud su derecho de defensa, ya sea por impedirle la deducción de determinadas pretensiones o defensas, o la producción de determinadas medidas probatorias.

III.2. Respecto a la idoneidad de la vía del amparo para debatir las pretensiones de autos, cabe afirmar que el trámite que le imprimieron los jueces de la causa a estas actuaciones las transformaron en un proceso cuasi-ordinario, al permitir un amplio debate de hechos y derecho, así como también la producción de medidas probatorias que, *a priori*, resultarían incompatibles con la garantía del amparo.

De tal manera, en el caso de autos no se constata una vulneración del derecho de defensa del GCBA, quien no indicó en ningún momento que se viera impedido de oponer alguna defensa, o privado de interponer o producir alguna medida probatoria atento el limitado marco cognoscitivo del amparo.

En conclusión, más allá de que considero que la vía del amparo es inidónea para tramitar las pretensiones de autos —especialmente, la de repetición de sumas de dinero, que por su propia naturaleza requiere una acreditación probatoria inconciliable con la vía del amparo—, ya que la arbitrariedad o ilegalidad no resultó manifiesta sino que necesitó la producción de abundante prueba, lo cierto es que la ordinarización del presente proceso permitió un amplio ejercicio del derecho de defensa de ambas partes, motivo por el cual no existe, ni actual ni eventualmente, agravio alguno que justifique pronunciarse en esta instancia, en el marco de la presente vía recursiva, sobre la idoneidad de la vía del amparo.

III.3. Sentado lo expuesto, cabe analizar el rechazo de la Cámara a la pretensión de devolución de sumas pagadas en exceso por parte de la actora.

La Cámara constató la existencia de saldos a favor de la contribuyente, pero consideró que existían otros trámites eficaces para solucionar la situación de la actora, y que no habían sido instados por la misma: la solicitud de compensación o reintegro en sede administrativa.

Teniendo en cuenta que existe un informe de la propia Dirección General de Rentas que arroja un saldo a favor del contribuyente de $ 1.045.727,13 al mes 3/2005 (ver informe de fs. 421/423), resulta contradictorio con el *principio constitucional de tutela judicial efectiva, que reclama la resolución en tiempo oportuno de las controversias debatidas en sede judicial,* obligar al contribuyente a iniciar un nuevo procedimiento administrativo.

Como dije previamente, no es el amparo el proceso judicial idóneo para plantear una pretensión de repetición de sumas de dinero a raíz de impuestos pagados en exceso. Pero ya han pasado 4 años desde la iniciación del presente juicio, y no existe ninguna discrepancia entre las partes respecto de la existencia y el monto del saldo a favor del contribuyente que surge del informe de fs. 421/423, lo que justifica admitir la pretensión del accionante por razones de celeridad y economía procesal, sin perjuicio de destacar que otro debió haber sido el recorrido en sede administrativa y judicial.

En conclusión, lo resuelto en este aspecto por la Cámara demuestra un excesivo rigorismo formal inconciliable con el principio de tutela judicial efectiva, lo que justifica hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara y, en los términos del art. 31 párrafo segundo de la ley 402, hacer lugar al amparo y condenar al GCBA a abonarle a la actora las sumas pagadas en exceso.

IV.1. Respecto de la *constitucionalidad del régimen normativo que consagra la retención en la fuente,* con el dictado del dec. 1150/GCBA/1990, y las modificaciones introducidas por los decs. 1653/1990, 614/1992, 638/1997, 2133/2001 y 521/2002, el Poder Ejecutivo local estableció un régimen de retención en la fuente para efectivizar el cobro del ISIB, cuando se trate de ingresos provenientes de las ventas de bienes y servicios adquiridos mediante tarjetas de compra, tarjeta de crédito y similares.

Los lineamientos generales del sistema son los siguientes:

a) cuando se efectúa una adquisición de un bien o servicio mediante tarjetas de compra, crédito, débito o similares, las entidades que efectúan los pagos deben retener el 2,5 % sobre el importe neto a pagar al contribuyente y/o responsable del impuesto sobre los ingresos brutos (art. 1º del dec. 1150/1990, modificado por dec. 521/2002).

Resultan exceptuadas las liquidaciones de pago cuyo monto neto no exceda de cien pesos ($ 100), en cuyo caso no corresponderá efectuar la retención prevista en el citado decreto (art. 2º del dec. 1150/1990, modificado por dec. 614/1992).

b) El importe retenido se tomará como pago a cuenta en el anticipo siguiente a la fecha en la cual el agente de retención le efectúe la liquidación al contribuyente (art. 4º del dec. 1150/GCBA/1990).

c) En el supuesto que la aplicación del sistema genere un saldo a favor del contribuyente, el mismo cuenta con las siguientes opciones para recuperar las sumas pagadas en exceso: i) *imputación a futuras posiciones*: podrá trasladar el saldo a favor a los anticipos sucesivos o a la declaración jurada anual, en el caso que fuere ésta la próxima liquidación a efectuar (art. 4º del dec. 1150/GCBA/1990); ii) *repetición:* en el supuesto que tal imputación sea impracticable, el contribuyente conserva la facultad reconocida por el Código Fiscal local de repetir las sumas pagadas en exceso, interponiendo un reclamo ante la Dirección General de Rentas (art. 62 del C.F. año 2004 —t.o. dec. 882/2004—, normativa vigente al momento de iniciar la presente acción judicial).

d) En este último supuesto, el Fisco local debe devolver las sumas pertinentes con la actualización e intereses a los que alude el art. 62 del C.F. año 2007 (t.o. dec. 109/2007), conforme el cual "(l)os importes por los que los contribuyentes o responsables soliciten reintegro o compensación de saldos a su favor y no estén comprendidos en el art. 58 serán actualizados si así correspondiera, y devengarán el interés mensual que corresponda conforme a las prescripciones del artículo citado, a partir de la interposición del reclamo de repetición o compensación".

Como podemos apreciar, es un sistema de "retención a cuenta", en contraposición con los sistemas de "retención a título definitivo", ya que el pago mediante retención es reajustable en más o en menos, de acuerdo a lo que en definitiva deba pagar el contribuyente. Puede ocurrir, entonces, que surja un crédito fiscal a favor del contribuyente, como también que el contribuyente deba abonar un monto adicional para completar lo aportado mediante el sistema de retención en la fuente.

El poder político local eligió este sistema para garantizar el cobro de las obligaciones tributarias, y este sistema no aparece, *en abstracto,* como violatorio del derecho de propiedad de los contribuyentes sujetos al mismo, ya que cuando la aplicación de este sistema genere un saldo a favor del particular, como puede ocurrir en el supuesto que éste realice actividades comerciales interjurisdiccionales, el Fisco le asegura la posibilidad de imputar a futuras posiciones o repetir las sumas pagadas en exceso, con la actualización —si correspondiente— e intereses correspondientes.

Por lo tanto, *en principio* no procedería la declaración de inconstitucionalidad, instrumento que constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, limitada a supuestos en que no existe otra manera de proteger los derechos y principios constitucionales en pugna. Y es que la aplicación del sistema de retención en la fuente no genera una lesión en el derecho constitucional de la actora, porque la misma tiene la opción de repetir las sumas pagadas en exceso al GCBA, instrumento que le permite conservar incólumne su patrimonio.

Indudablemente, interponer periódicamente un reclamo de repetición ante el Fisco local insume tiempo y la realización de trámites administrativos por parte del contribuyente y el Fisco local, que sería conveniente evitar. Pero que un sistema sea poco práctico o engorroso no lo transforma automáticamente en inconstitucional, porque en definitiva definir la modalidad de percepción de los tributos resulta un resorte exclusivo de los poderes políticos, que sólo puede ser declarado ilegítimo cuando existan violaciones a normas jurídicas.

IV.2. Sin embargo, sí existe un aspecto del sistema que lo transforma en ilegítimo, y que consiste en su contradicción con la resolución general 1/2008 de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral.

El art. 42 de la resol. gral. 1/2008 (CA) recoge lo establecido por la anterior resol. gral. 61/1995 (CA), dictada por la Comisión Arbitral, y la resol. 4/96 (C.P.), dictada por la Comisión Plenaria, estas últimas aplicables al momento de generarse los controvertidos saldos a favor de la actora. Dispone —en lo pertinente— que

"Los regímenes de retención y/o percepción del impuesto sobre los ingresos brutos que establezcan las jurisdicciones adheridas al Convenio Multilateral del 18/8/1977, respecto de los contribuyentes comprendidos en esta norma legal, deberán observar las siguientes pautas: (...) b) Con relación a regímenes de retención, se sujetarán a las siguientes: 1. Respecto de contribuyentes comprendidos en el Régimen General del Convenio Multilateral, la jurisdicción de la que proviene el ingreso podrá obligar a tomar como base de cálculo para la retención sólo hasta el 50 % del mismo o, alternativamente, podrá aplicar una alícuota de retención que equivalga hasta el 50 % de la que corresponda a la actividad gravada; (...)".

De acuerdo a lo que surge de las declaraciones juradas obrantes a fs. 13/39 del expte. principal, y la actividad en ellas consignadas, el accionante es un contribuyente comprendido en el régimen general del Convenio Multilateral, motivo por el cual se le aplica el art. 42.b.1 de la resol. gral. 1/2008.

Como surge de los considerandos de la resol. gral. 61/95 (CA), esta normativa fue sancionada a raíz de la puesta en vigencia, por parte de diversas jurisdicciones adheridas al Convenio Multilateral, de regímenes de retención y percepción del impuesto sobre los ingresos brutos, que no resultaban homogéneos ni a veces compatibles en aspectos sustanciales, lo que provocaba razonables dudas en los sujetos obligados a actuar como agentes de retención y percepción en cuanto a cómo proceder. Asimismo, la aplicación simultánea de los mencionados regímenes, con diversos presupuestos en cuanto a las situaciones de hecho que generan la obligación de retener o percibir por parte de los responsables, podía provocar en la práctica una doble o múltiple imposición además de una pesada sobrecarga administrativa.

Por lo tanto, la Comisión Arbitral y la Comisión Plenaria consideraron aconsejable, en aras de una mayor certidumbre y razonabilidad de los regímenes de retención o percepción del impuesto sobre los ingresos brutos, definir las pautas básicas a las que deberán sujetarse las diversas jurisdicciones al regular estos regímenes. En tal sentido, para evitar desbordes por parte de los fiscos locales, sancionaron una norma —concordante con la prevista en el art. 2º, inc. b) del Convenio Multilateral— que les concede a los fiscos locales la posibilidad de elegir una de las siguientes dos opciones: reducir la alícuota o la base imponible tenidas en cuenta para aplicar la retención.

Sin embargo, ninguna de las dos opciones ha sido adoptada por el fisco local a la hora de regular los regímenes de retención en la fuente aplicables a contribuyentes comprendidos en el Convenio Multilateral:

En cuanto a la base de cálculo para la retención, como ha podido apreciarse en esta causa las empresas de tarjetas de crédito, de débito, de compra o similares aplican la retención sobre todos los pagos que deben realizar.

Por otra parte, la alícuota general del impuesto a los ingresos brutos, aplicable a las actividades económicas que realiza la actora, es del 3 % (conforme ley tarifaria 2568, correspondiente al ejercicio 2008). Sin embargo, la alícuota de retención prevista en el art. 1º del dec. 1150/GCBA/1990 (texto conforme dec. 521/2002) es del 2,5 %, la cual, si bien resulta menor que la mencionada en primer término, superó el tope establecido en el art. 42 de la resol. gral. 1/2008.

El incumplimiento del art. 42.b.1 de la resol. gral. 1/2008 (CA) genera, en el caso de la actora, claros efectos nocivos. Como surge del informe de fs. 421/423, elaborado por la Dirección General de Rentas, existe un permanente saldo a favor del contribuyente, que arroja la suma de $ 1.045.727,13 al mes 3/2005, lo que demuestra que el actuar del fisco no es solo ilegal, sino también irrazonable por lo desmesurado del saldo a favor, que podría haberse evitado o disminuido de haberse aplicado una alícuota de retención reducida.

IV.3. Las normas emitidas por la Comisión Arbitral, en su carácter de órgano de aplicación del Convenio Multilateral del 18/8/1977, son obligatorias y directamente operativas para los Estados miembros. Así lo establecen el art. 24 del Convenio Multilateral, según el cual "(S)erán funciones de la Comisión Arbitral: *a)* Dictar de oficio o a instancia de los fiscos adheridos normas generales interpretativas de las cláusulas del presente Convenio, que serán obligatorias para las jurisdicciones adheridas; (...)*",* y el art. 13 de la Ordenanza Procesal de la Comisión Arbitral (resol. gral. nº 17/1983), que dispone que "(L)a jurisdicción de la Comisión será obligatoria en todos los asuntos vinculados con la aplicación del Convenio (...)".

Por lo tanto, la sanción por parte de la Administración Pública porteña de decretos o resoluciones que contradicen lo regulado por el Convenio Multilateral y las resoluciones generales dictadas por la Comisión Arbitral, resultan inválidas en tanto desconocen la *supremacía jerárquica de la citada normativa de carácter intrafederal.*

La Cámara, al desechar la pretensión declarativa de inconstitucionalidad del régimen normativo cuestionado por la actora, no analizó su compatibilidad con la resol. gral. 1/2008 de la Comisión Arbitral, lo que priva de fundamentos al fallo y lo torna arbitrario y lesivo del debido proceso.

Por tal motivo, corresponde revocar el fallo de Cámara y, en los términos del art. 31, párrafo segundo de la ley 402, hacer lugar al amparo y declarar la inconstitucionalidad del régimen normativo cuestionado por la actora, en cuanto entra en contradicción con el art. 42.b.1) de la resol. gral. 1/2008 (CA).

IV.4. A mayor abundamiento, cabe destacar que no resulta obstáculo para tal declaración de inconstitucionalidad que SAIEP no haya fundado su demanda en la contradicción del cuestionado régimen de retención en la fuente con el Convenio Multilateral y la resolución 1/2008 de la Comisión Arbitral.

El principio de congruencia obliga a los jueces a expedirse únicamente sobre las pretensiones y defensas interpuestas por las partes, o en otras palabras, les está vedado introducir y tratar cuestiones no planteadas por las partes. Y en su demanda SAIEP planteó claramente la inconstitucionalidad del régimen normativo de retención en la fuente, por considerar que el Estado local se excedía en el ejercicio de la potestad tributaria.

Deducida en forma concreta dicha pretensión, resulta tarea de los jueces, en virtud del *iura novit curia,* encuadrar la misma en la normativa aplicable. Y es que los jueces deben aplicar el derecho correspondiente, a pesar de la insuficiente o desacertada invocación de normas efectuadas por las partes.

V. Con respecto a las costas de todo el proceso, considero que deben distribuirse en un 70 % a cargo del GCBA, y el restante 30 % a cargo de la parte actora (conf. art. 65, CCAyT).

Si bien dos de las tres pretensiones planteadas en la demanda resultarían admitidas en esta instancia, lo que transformaría a la parte actora en sustancialmente vencedora en esta litis, la vía del amparo no era la idónea para tramitar el pedido de reintegro, sino que previamente el accionante debió haber solicitado la repetición de la sumas pagadas en exceso en sede administrativa, y —de no ser satisfecho su pedido— luego iniciar el correspondiente proceso judicial ordinario. Además, el planteo de inconstitucionalidad debe progresar por razones jurídicas distintas a las invocadas en la demanda.

Estos motivos, sumados a que la restante pretensión —que perseguía la expedición de un certificado de no retención o retención disminuida— ha sido desestimada, justifican el criterio elegido para distribuir las costas.

VI. Por todo lo expuesto, coincido en la solución propuesta por la doctora Alicia Ruiz y voto por:

a) *hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por SAIEP;
b) *revocar* la sentencia de fs. 479/483;
c) *hacer lugar a la demanda* planteada a fs. 1/11 y, en consecuencia declarar, respecto de la actora, la inconstitucionalidad del régimen normativo conformado por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resol. SHyF-1550/02, en tanto permiten que se le retenga una suma que supera lo establecido por el art. 42.b.1) de la resol. gral. 1/08 de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral del 18/8/1977 y condenar al GCBA a abonar a SAIEP la suma de $ 1.045.727,13, determinada al mes de marzo de 2005, con más los intereses que prevé la resol. SHyF-4151/03;
d) *disponer* que la actora abone la tasa de justicia teniendo por monto del proceso el que resulta del punto anterior;
e) *distribuir* las costas de todo el proceso en un 70 % a cargo del GCBA y en un 30 % a cargo de SAIEP.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Por unanimidad, hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por S. A. Importadora y Exportadora de la Patagonia.

2º. *Por mayoría,* revocar la sentencia de fs. 479/483, autos principales *(jueces Casás, Conde y Ruiz).*

3º. *Por mayoría, hacer lugar* a la demanda y, en consecuencia: a) *declarar*, respecto de la actora, la inconstitucionalidad del régimen normativo conformado

por los decs. 1150/90 y 2133/02 y la resol. SHyF-1550/02, en tanto permiten que se le retenga una suma que supera lo establecido por el art. 42.b.1) de la resol. gral. 1/08 de la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral del 18/8/77; b) *condenar* al GCBA a abonar a S. A. Importadora y Exportadora de la Patagonia la suma de $ 1.045.727,13, determinada al mes 3/2005, con más los intereses que prevé la resolu. SHyF-4151/2003 *(jueces Casás, Conde y Ruiz).*

4º. *Por mayoría, ordenar* a la Administración Fiscal que disponga los medios para que a la actora no se le efectúen más retenciones en la fuente (conf. lo dispuesto en el art. 1º del dec. 1150/90) hasta tanto haya aplicado, repetido, o agotado en el modo a que hubiere lugar, la totalidad del saldo a favor que detenta a la fecha en el impuesto sobre los ingresos brutos *(jueces Casás, Lozano y Maier).*

5º. *Por mayoría, imponer* las costas de todo el proceso a la parte demandada *(jueces Casás, Lozano y Maier).*

6º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, 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.*

CCLIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BILBAO, FABIANA MABEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Interposición extemporánea.
Interpretación analógica. Requisitos. Derecho común.
ACTO ADMINISTRATIVO: Control judicial. Principio de división de poderes.

SUMARIOS:

1. El plazo para interponer el recurso de queja es perentorio, sin perjuicio de que la presentación pueda ser efectuada el día hábil inmediato posterior dentro de las dos primeras horas del despacho. (art. 108, último párrafo, CCAyT). *(Voto del señor Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. A los efectos del recurso de queja, no puede admitirse el hecho de que el escrito haya sido presentado en término ante el juzgado de primera instancia, pues sólo es eficaz el cargo puesto por funcionario competente de la Secretaría General de este Tribunal (conf. art. 108, CCAyT). *(Voto del señor Luis F. Lozano. En sentido concordante ver votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

3. El art. 33, primer párrafo, de la ley 402 expresa que si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior

de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula, de modo que la ley es clara y no permite dudar si debe ser interpuesto ante este Tribunal o ante otro estrado pues la citada norma no ofrece alternativas al litigante. *(Voto del señor Luis F. Lozano. En sentido concordante ver votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

4. Si se procede al tratamiento de un recurso de queja interpuesto extemporáneamente, no solo se estaría consintiendo la vulneración del principio de preclusión y de perentoriedad de los plazos procesales, con la consiguiente incertidumbre jurídica que ello generaría en los litigantes, sino que también se afectaría el principio de igualdad procesal y del debido proceso, ya que una de las partes ejercería una prerrogativa (presentar un recurso fuera de plazo) que a la otra no se le ha reconocido, sin que existan motivos razonables que permitan justificar el proceder negligente del recurrente tardío. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Por analogía permitida en la interpretación de la ley formal, puede estimarse que un recurso de queja fue interpuesto válidamente, esto es, sin duda tempestivamente, en el plazo previsto por la ley, aunque ante un tribunal judicial distinto de aquel ante el cual, regularmente, debió ser presentado el escrito de interposición, aun cuando perteneciente a la misma jurisdicción judicial, criterio que se ve favorecido cuando, solucionado el problema por el mismo recurrente, nadie ha desconfiado de la fecha de interposición certificada por el juzgado de primera instancia, hecho que pone en juego el art. 108, I, del CCAyT, vigente para el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Cabe rechazar el recurso de queja que no se ocupa mínimamente de refutar los argumentos utilizados por la decisión de rechazo de la Cámara, y el mismo escrito, en conjunto con el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, de verificar que no existe un planteo serio, referido al caso, para la tacha de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El control judicial de los actos administrativos no es ni una lesión a la forma republicana de gobierno, ni una intromisión en las facultades del Poder Ejecutivo del Estado, en este caso local. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. El recurso de queja debe rechazarse cuando en la intelección del art. 43 de la CCBA y de las leyes que reglamentan su ejercicio, no se refiere a la interpretación de esa regla constitucional, ni a la validez de esas leyes, sino que se debate sobre la base del derecho común (infraconstitucional) aplicable al caso, cuestión que es competencia propia de los jueces de mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. Si bien es cierto que existió una negligencia procesal de la parte demandada, en la interposición del recurso de queja, en tanto la ley aplicable dispone que si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula, la Cámara remitió las actuaciones a primera instancia para que allí se notificara su fallo, sin observar lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT —que establece entre las funciones de los secretarios el deber de notificar las decisiones de los tribunales a los que asisten—, circunstancia que pudo haber contribuido a generar cierta confusión en la persona que presentó el escrito, en tiempo oportuno,

aunque ante la unidad judicial que le había notificado la decisión objetada y no ante el Tribunal como correspondía. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5962/08 - 12/11/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA, acude en queja ante este Tribunal por la denegación del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 48/59 no fue deducido —tal como lo señala el Fiscal General Adjunto a fs. 78/80— en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual debe ser rechazado.

En efecto, de las constancias agregadas a la causa surge que el GCBA fue notificado del rechazo del recurso de inconstitucionalidad el día 19/5/2008 (ver copia de la diligencia que obra a fs. 46) y que la interposición del recurso fue efectuada ante el Tribunal el día 27/5/2008, a las *13:35 horas* (ver cargo de fs. 59 vta.). Conforme a lo establecido en el art. 33 de la ley 402, el término para interponer la queja operaba el día 26/5/2008, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las *11,00 horas*) del día 27/5/2008 (art. 108, último párrafo, del CCAyT].

Como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal, se trata de un plazo perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sent. del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'D' Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'M., J. L. Y otros c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sent. del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. Brutos convenio multilateral'", expte. nº 5352/07, sent. del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sent. del 12/7/2007].

2. El hecho de que el escrito hubiese sido presentado en término ante el juzgado de primera instancia, como se alega, no hace variar la conclusión a la que arribo, pues sólo es eficaz el cargo puesto por este Tribunal (conf. art. 108, CCA-

yT). El art. 33, primer párrafo, de la ley 402 expresa "Si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja *ante el Tribunal Superior de Justicia*, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula" (sin destacar en el original). La ley es clara y no permite dudar si debe ser interpuesto ante este Tribunal o ante otro estrado. La norma no ofrece alternativas al litigante. Por tal razón, la fecha y hora de presentación del escrito ante el Tribunal, consignada en el cargo autorizado por funcionario competente de la Secretaría General (conf. art. 7º, inc. d, del Reglamento del Tribunal Superior de Justicia), es la que resulta determinante para considerar la tempestividad de la presentación

3. La explicación que expone el recurrente para justificar su retraso ("se ha cometido el error de parte de un empleado de adjuntarlo en el Juzgado de Primera Instancia..."; fs. 59) y solicitar que se considere que "el escrito fue presentado en el término legal" (fs. 59) no constituye un supuesto de excepción a la regla indicada más arriba.

4. En razón de lo expuesto, la interposición del recurso efectuada recién el día 27, a las 13:35 horas, resultó claramente extemporánea, circunstancia que determina la inadmisibilidad de la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto los fundamentos del voto del juez Luis F. Lozano. No encuentro ninguna justificación legal ni de justicia material para aceptar una queja interpuesta fuera de plazo. El tema no es menor dado que bajo una aparente cuestión formal está en juego el alcance de la cosa juzgada en una sentencia que reconoce derechos sociales en cabeza de la actora.

El art. 902 del Cód. Civil me exime de analizar las excusas que expone el quejoso.

Por lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto del doctor Lozano, y agrego las siguientes consideraciones.

2. Si bien en un anterior precedente del Tribunal, y atendiendo las particulares circunstancias del caso, consideré interpuesto correctamente un recurso de inconstitucionalidad presentado en tiempo oportuno pero ante un tribunal distinto al competente ("OSBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Scurzi, Delia Liliana c/OSBA s/amparo —art. 14, CCBA—'", resolución del 19/11/2003), dicho supuesto difiere sustancialmente del caso de autos.

En "Scurzi c/OSBA" la Sala I de la Cámara había dictado una resolución rechazando el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando la sentencia de Cámara y encomendando al juzgado de origen la notificación de dicha sentencia a ambas partes. La demandada quedó notificada del fallo de alzada con la recepción de la cédula librada por el juzgado de primera instancia, y presentó el

recurso de inconstitucionalidad ante dicho órgano judicial, en el que se encontraban radicadas las actuaciones.

El art. 28 de la ley 402 dispone que el recurso de inconstitucionalidad debe ser deducido *"...ante el tribunal que ha dictado la resolución que lo motiva..."*. La falta de mención sobre cuál es dicho tribunal obedece a que el recurso extraordinario local procede no sólo contra sentencias de la Cámara, sino también contra aquéllas dictadas por jueces de primera instancia, como ocurre, por ejemplo, cuando la sentencia es inapelable porque el valor cuestionado en el proceso no supera las sumas establecidas en la resol. 149/99 dictada por el Consejo de la Magistratura local (conf. art. 219, últ. párr., CCAyT); en este último caso, el recurso de inconstitucionalidad debe presentarse ante el juez de primera instancia.

Por lo tanto, en aquel precedente consideré que la Cámara, al encomendarle al Juez de primera instancia que notifique el fallo de alzada, había incumplido lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT e inducido a error a la recurrente, pues ella presentó el recurso ante la unidad judicial que le había notificado la decisión que pretendía recurrir.

3. Sin embargo, en autos corresponde analizar el cumplimiento de los requisitos formales de un recurso diferente —el de queja—, y a tales efectos el art. 33 de la ley 402 dispone, en lo pertinente, que "Si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia..."

Como podemos apreciar, la norma citada establece con claridad y precisión que la queja debe interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que exista ningún margen de duda respecto del lugar de presentación del recurso. Por lo tanto, el hecho que sea el juzgado de primera instancia el que notifique la sentencia de alzada que había resuelto no conceder el recurso de inconstitucionalidad, no puede inducir a error excusable al recurrente, habida cuenta los expresos términos del art. 33 de la ley 402.

De proceder al tratamiento de un recurso interpuesto extemporáneamente, no solo estaríamos consintiendo la vulneración del principio de preclusión y de perentoriedad de los plazos procesales, con la consiguiente incertidumbre jurídica que ello generaría en los litigantes, sino también implicaría una afectación del principio de igualdad procesal y del debido proceso, ya que una de las partes ejercería una prerrogativa (presentar un recurso fuera de plazo) que a la otra no se le ha reconocido, sin que existan motivos razonables que permitan justificar el proceder negligente del recurrente tardío.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Sucintamente relatado el caso es el siguiente. La actora, persona con necesidades especiales, peticionó ante el GCBA la admisión como empleada en su planta, básicamente fundada en el trato que, según la CCBA, art. 43, se les concede a la categoría de personas que integra (cupo). El GCBA respondió a esa petición con su archivo por estar congeladas las vacantes de empleo público en la Ciudad

conforme a disposiciones expresas de la Administración. La sentencia de primera instancia básicamente condena al GCBA a dar empleo a la actora bajo la forma de locación de servicios, conforme a la cláusula transitoria de la ley local 1502, en el plazo de diez días hábiles. Interpuesto el recurso de apelación por el GCBA, una extensa sentencia de segunda instancia confirma la sentencia apelada. El GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad, rechazado por el *a quo*, decisión de la cual deriva la queja del demandado y condenado que tenemos que resolver.

Hecho importante: la queja se interpone en plazo, pero ante un tribunal distinto al TSJBA, el de primera instancia; recuperado el escrito por el recurrente, lo ofrece al TSJBA, pero ya fuera del plazo legal, según lo expone correctamente el voto del señor juez de trámite.

2. No estoy dispuesto a rechazar la queja por el error señalado por el señor juez de trámite. A pesar de tener él razón en cuanto al relato de los hechos importantes para la decisión sobre el tiempo de interposición del recurso de hecho y de que la interpretación que propone (textual) de la ley que regula el lugar de la interposición es razonable, me parece a mí un exceso formal rechazar el recurso en el caso, maguer la enorme experiencia de los letrados de la Procuración de la Ciudad en la interposición de estos recursos —en idioma vulgar: no creo demasiado en la involuntariedad del error expuesta por el letrado recurrente—. Sugiero aquí que el caso es análogo a aquellos que se presentaron en un comienzo de la vida del TSJBA, cuando algunas quejas eran depositadas en la Cámara de apelaciones. La hipótesis que aquí se presenta no se vincula, según mi opinión, al tiempo de la presentación o interposición del recurso —en todo caso el recurso fue judicialmente interpuesto dentro del plazo previsto—, sino tan sólo al lugar en que tal acción debe suceder y la hipótesis aquí sucedida —interposición en otro lugar o ante otro tribunal—, vinculada por cierto al tiempo, parece no haber sido tan siquiera imaginada por el legislador. De ello deriva que, por analogía permitida en la interpretación de la ley formal, pueda estimarse que el recurso fue interpuesto válidamente, esto es, sin duda tempestivamente, en el plazo previsto por la ley, aunque —he aquí el ámbito de la analogía— ante un tribunal judicial distinto de aquel ante el cual, regularmente, debió ser presentado el escrito de interposición, aun cuando perteneciente a la misma jurisdicción judicial. Auxilia a esta interpretación el hecho de que, solucionado el problema por el mismo recurrente, nadie ha desconfiado de la fecha de interposición certificada por el juzgado de primera instancia, hecho que pone en juego el art. 108, I, del CCAyT, vigente para el caso. Pasaré, entonces, a estudiar la queja y, eventualmente, el recurso de inconstitucionalidad que ella se empeña en sostener.

3. A pesar de lo expresado anteriormente, coincido con la solución del señor juez de trámite. Dicho sintéticamente, el recurso, idéntico al de inconstitucionalidad —su primer pecado—, no sólo carece de una crítica seria referida a la decisión de rechazo, sino que, además, no pone en juego precepto constitucional alguno del cual se derive una lesión del mismo tipo. Tanto el recurso de inconstituciona-

lidad, como la queja, tienen su base en tres garantías tan sólo expresadas por los principios respectivos —defensa en juicio o debido proceso, sistema republicano de gobierno y facultades excluyentes del Jefe de Gobierno según la Constitución local (CN, 1º y 18; CCBA, 1º, 13, 14, 80, 102 y 104)—, pero nunca relacionadas con el caso en cuestión sino tan sólo aparentemente. Por supuesto, a más de ello, la sentencia, como a cualquier recurrente del distrito, le parece a nuestro recurrente particularmente *arbitraria* y no lo afirma así porque ella esté infundada, sino porque lo agravia —decide en contra de su interés— y no comparte la fijación de los hechos —muy sencillos en la ocasión: negativa del gobierno para emplear a la actora por aplicación del art. 43 de la CCBA y legislación reglamentaria—, ni la interpretación del derecho aplicable. La lectura del escrito de interposición del recurso de queja confirmará que él no se ha ocupado mínimamente de refutar los argumentos utilizados por la decisión de rechazo de la Cámara, y el mismo escrito, en conjunto con —si se quiere— el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, de verificar que no existe un planteo serio, referido al caso, para la tacha de inconstitucionalidad.

4. La defensa en juicio y el debido proceso refieren, por un lado, a la posibilidad de resistir la solución de la Administración por la vía del amparo y, por el otro, a la incompatibilidad de aquello que fue decidido con aquello que fue demandado. Ninguna de los dos tachas es correcta ni ha sido explicada seriamente en relación con el caso. Comencemos por decir que el trámite del proceso es absolutamente regular según la ley de procedimiento y que el recurrente demandado, el GCBA, al contestar la demanda, no puso en tela de juicio la vía elegida. El problema sólo surge, para el demandado, al conocerse la decisión judicial contraria al Gobierno. Aunque hubo una decisión administrativa sobre la petición del actor, que pudo ser impugnada por la vía del procedimiento contencioso-administrativo correspondiente, nótese que la vía del amparo no sólo fue consentida tácitamente, sino que, además, resulta particularmente idónea al regular la propia Constitución de la Ciudad, art. 43, II, el cupo de empleados públicos con necesidades especiales a incorporar y la incorporación misma. Se trata, precisamente, de denunciar una omisión ilegítima. Parece también un exceso formal el requerir ahora, en asunto tan simple, cuya plataforma de hecho fue consentida por ambas partes —nadie discute que la Administración rechazó el pedido de incorporación de la actora con base en el art. 43, II, de la CCBA—, una decisión puramente formal, que deje atrás tres años de tramitación procesal, para remitir a la actora al procedimiento de impugnación contencioso-administrativo.

No he podido entender, quizás por falta de desarrollo en el recurso, la razón por la cual, en el caso, el recurrente considera que la decisión de primera instancia, y de la Cámara al confirmarla en el recurso de apelación, instituyen una solución que lesiona el principio de congruencia. A mi juicio es claro que la solución dada al amparo, correcta o incorrecta, es una de las posibles, aceptada por la actora, dentro del objeto que ella misma describe en su demanda (I.1, fs. 2) como solución a la ilegitimidad de una omisión eventual de la Administración.

5. Las otras dos tachas pueden explicarse conjuntamente. El control judicial de los actos administrativos no es, desde antaño, ni una lesión a la forma republicana de gobierno —que, por lo contrario, lo supone—, ni una intromisión en las facultades del Poder Ejecutivo del Estado, en este caso local. Menos lo es la acción de amparo, que supone, al menos parcialmente y en origen, un acto del Estado tildado de ilegítimo. Con ello no estoy tomando partido por la solución de la sentencia, sino, antes bien, me niego a revisarla en razón de un recurso que no la pone en crisis bajo aspectos constitucionales. Quizás debería aclarar que el caso se refiere a una lesión constitucional afirmada por el actor —la intelección del art. 43 de la CCBA y de las leyes que reglamentan su ejercicio—, pero, más allá de lo que yo piense sobre su aplicación al caso, el gobierno demandado no ha referido su recurso a la interpretación de esa regla constitucional, ni a la validez de las leyes que la reglamentan, sino que, por lo contrario, debate sobre la base del derecho común (infraconstitucional) aplicable al caso, cuestión que es competencia propia de los jueces de mérito. Usurparía esa función si me aplicara, en virtud de los recursos interpuestos, a revisar una sentencia fundada.

6. Por lo demás, nadie puede dudar de que se trata de una decisión fundada, y fundada extensamente. No es eso lo que discuten los recursos del gobierno. Ellos suponen tan sólo una discrepancia sobre la interpretación de la ley común y sobre la solución del caso. Por ello, no sólo para mi opinión limitadísima sobre la procedencia del motivo *arbitrariedad* para abrir recursos extraordinarios (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), sino, antes bien, para la expresión mayoritaria tanto de este Tribunal, como de la CSJN, creadora de la doctrina (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros; este Tribunal: "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sent. del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 912/01, resolución del 5/12/2001; *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.), la invocación del motivo por el recurrente, para tachar una sentencia que ha cumplido con el deber de expresar su propia opinión sobre el caso, de fundar la solución del dispositivo, sólo representa una excusa para seguir litigando ante una tercera instancia de mérito, creada por él, que la ley procesal no autoriza.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, comparto el criterio sostenido en el voto del señor juez Julio B. J. Maier, en tanto considera que corresponde tener por presentada en térmi-

no la queja del GCBA, originalmente incoada, por error, en el juzgado de primera instancia que le notificó el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

Si bien es cierto que existió una negligencia procesal de la parte demandada, en tanto la ley aplicable dispone que "(s)i el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula", me parece relevante destacar que la Cámara remitió las actuaciones a primera instancia para que allí se notificara su fallo, sin observar lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT —que establece entre las funciones de los secretarios el deber de notificar las decisiones de los tribunales a los que asisten—. Tal circunstancia pudo haber contribuido a generar cierta confusión en la persona que presentó el escrito, en tiempo oportuno, aunque ante la unidad judicial que le había notificado la decisión objetada y no ante el Tribunal como correspondía (conf. voto conjunto que suscribí junto a mi colega Ana María Conde *in re*: "OSBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Scurzi, Delia Liliana c/OSBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 2518/03, sent. del 19/11/2003).

A partir de las excepcionales circunstancias descriptas, entiendo que una aplicación literal del art. 33 de la ley 402 revelaría, en este caso concreto, un excesivo rigor formal.

2. De todos modos, el recurso de queja deducido no puede prosperar, dado que, desde mi punto de vista, no se ha demostrado que los planteos constitucionales esbozados por el GCBA —ni la genérica tacha de arbitrariedad efectuada— guarden relación directa con lo resuelto por la Cámara.

La representación de la Ciudad se agravia debido a que la sentencia que decide el amparo, a su entender, *ordena directamente la contratación de la actora* bajo la modalidad de la locación de servicios, sin contemplar el deber de constatar con carácter previo la necesidad de cubrir algún cargo para el cual la interesada acredite idoneidad. Sostiene la Ciudad que una manda judicial con el alcance apuntado vulnera su derecho de defensa en juicio, el principio republicano de gobierno y el principio de división de poderes, toda vez que las designaciones de los empleados de la Administración las debe efectuar el Poder Ejecutivo cuando surja la efectiva necesidad de cubrir un cargo.

Sin embargo, en el caso, no advierto que los jueces hayan ordenado a la demandada a celebrar una contratación en los términos que ella supone.

3. En lo que aquí interesa, la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, expresó: "(p)arece que la accionada no logra comprender el verdadero alcance de la sentencia de grado, dado que la resolución apelada no desconoce el régimen legal vigente que dispone que el ingreso a la administración pública de la Ciudad se realiza por concurso y tampoco impone el nombramiento de la accionante en el plantel de empleados públicos de la demandada. Solamente se limitó a ordenar que *se adopten las medidas necesarias para dar empleo a la actora bajo la 'modalidad de locación de servicios' conforme la cláusula transitoria de la ley*

1502, que a su vez reglamenta el cupo establecido en el art. 43 de la CCBA. Ello, claro está, en los términos del precepto legal en cuestión, esto es: *a) que en cualquiera de las jurisdicciones y entidades enunciadas en el art. 2º, primer párrafo, ley 1502, se deban cubrir cargos mediante contratos de locación de servicios; b)* que la jurisdicción de que se trate no cumpla la exigencia legal de observar el cupo de personal con necesidades especiales; y *c)* que la demandante acredite condiciones de idoneidad para el desempeño de la función (conf. art. 5º y cláusula transitoria, ley 1502)" —fs. 36 vta., el destacado ha sido añadido.

Sentado lo expuesto, entiendo que no resulta correcto afirmar que en este juicio se haya impuesto al GCBA la celebración de una locación de servicios con la actora sin la previa constatación de la necesidad de cubrir algún cargo que ella pueda desempeñar. Por ello considero que los agravios mantenidos por el GCBA a través de la presente queja no guardan relación directa con lo efectivamente decidido por los jueces de la causa —más allá de su acierto o error— y, en consecuencia, no resultan hábiles para demostrar la existencia de un caso constitucional.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida a fs. 48/59.

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 planteada por el GCBA.

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

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

CCLV

"BOICO, ROBERTO JOSÉ C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Norma de carácter general.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, de competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la

validez constitucional de normas de carácter general emanadas de las autoridades locales y el accionante debe identificar de manera precisa la norma que considera inválida. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. La acción declarativa orientada a recabar información a la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que precise acerca de la existencia de una directiva general de recusación masiva de causas que tramitan ante un juzgado no es admisible, pues no se dirige hipotéticamente hacia el control constitucional de una norma de alcance general, según ha sido diseñado y regulado el instituto por el art. 113, inc. 2º, CCBA (ver, también, art. 19, inc. 2º, ley 402). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. La identificación precisa de la norma objetada por la vía del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, en principio, no puede realizarse mediante la sustanciación de prueba con posterioridad al momento en el cual el Tribunal se expide acerca de la admisibilidad formal de la acción, pues allí, justamente, es cuando corresponde evaluar el cumplimiento de todos los presupuestos formales que deben acreditarse tomando al precepto cuestionado como punto de referencia obligado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6136/08 - 18/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El doctor Roberto José Boico promueve demanda para que se declare la inconstitucionalidad de la "directiva generalizada" o bien del "temperamento procesal general" adoptado por la Procuración General de la GCBA tendiente a "recusar al Juez Roberto Andrés Gallardo en todas las causas donde la ciudad sea parte" (fs. y 3). Sostiene que ello comporta una clara violación de la división de poderes estatales (arts. 1º y 5º de la C.N.), la privación de jurisdicción idónea y efectiva del justiciable (arts. 8.1 y 25 CADH, art. 75, inc. 22 de la C.N.), y la vulneración de la garantía del juez natural y del debido proceso legal (art. 18, C.N.) (fs. 4).

A fs. 12/14 el señor Fiscal General propicia la inadmisibilidad de la acción intentada, pues entiende que el proceder de la Procuración General de la Ciudad no puede ser considerado una norma general en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En múltiples ocasiones este Tribunal ha explicado que las impugnaciones que se realizan por la vía de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA

deben cumplir ciertos requisitos básicos. Al respecto, se ha expresado que la acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, de competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de normas de carácter general emanadas de las autoridades locales y que el accionante debe identificar de manera precisa la norma que considera inválida (doctrina de los fallos dictados *in re* "Massalin Particulares S. A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, p. 56; "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/2000, resolución del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, 2000, p. 426 y ss.; "Alegre Pavimentos SACICAFI c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 16/8/2000, y "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3417/04, resolución del 22/12/2004).

La presentación en examen no ha mencionado de modo puntual, concreto y cierto, norma jurídica de alcance general alguna. Se pretende suplir esa exigencia, la individualización puntual y concreta de la norma de alcance general que se cuestiona, con la referencia al criterio de actuación de quien está encargado de defender en juicio a la Ciudad o a su gobierno cuando son demandados, ciertamente, el funcionario jefe de esa oficina organizada verticalmente y competente para fijar estrategias litigiosas, estrategia que, en el mejor de los casos para el actor, configura el único objeto impugnado. De allí la prueba de informes que ofrece la demanda (ver fs. 1 y fs. 4 vta.) que, en lo que en este punto interesa, consiste en "recab[ar] inform[ación] a la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que precise acerca de la existencia de una directiva general de recusación masiva de causas que tramitan ante el juzgado a cargo del doctor Roberto A. Gallardo...". En tales condiciones la acción deducida no es admisible, pues no se dirige hipotéticamente hacia el control constitucional de una *norma de alcance general*, según ha sido diseñado y regulado el instituto por el art. 113, inc. 2º, CCBA (ver, también, art. 19, inc. 2º, ley 402).

Por lo demás —y ello resulta obvio en el caso—, el actor parece pretender que el Tribunal dé curso a la acción de inconstitucionalidad sin tener certeza acerca de la existencia y contenido exacto de la presunta norma de carácter general que se impugna, razón de ser de la prueba ofrecida. Frente a las afirmaciones de los textos supuestos por el actor, que él —sólo presuntamente— considera comprometidos constitucionalmente, el pronunciamiento del Tribunal sobre la admisibilidad sería tan sólo conjetural, para proceder a la verificación de los restantes requisitos del instituto que son necesarios para ingresar en la etapa procesal siguiente.

2. En suma, tanto porque aquello hipotéticamente impugnado no constituye una norma de alcance general, como porque el actor ha omitido la mención de un texto cierto que merezca la crítica constitucional, opino que la acción debe ser declarada inadmisible.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Nos adherimos al voto del juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El inc. 2º del art. 2º de la Ley de Procedimientos ante el TSJBA establece que las acciones declarativas de inconstitucionalidad, deben contener "la mención precisa de la norma que el accionante estima contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad".

En el escrito de fs. 1/4 no es posible identificar cuál es la norma cuya adecuación constitucional está cuestionada, dado que el accionante se limita a afirmar que se trata de un "temperamento procesal general [cuya] su individuación concreta será recabada mediante la prueba ofrecida" (fs. 1).

El incumplimiento del requisito indicado en el párrafo primero impide avanzar en el terreno de la admisibilidad formal.

Voto en consecuencia por declarar inadmisible la presentación de fs. 1/4.

El juez José O. Casás dijo:

Si bien la parte actora dirige sus impugnaciones constitucionales contra lo que denomina una "directiva generalizada" de recusación masiva de causas que tramitan ante el Juzgado a cargo del doctor Roberto A. Gallardo, supuestamente emanada de la Procuración General de la Ciudad (fs. 4 y 4 vta.) —que, a su criterio, de existir, conformaría una *norma de alcance general*—, en los hechos, no brinda precisiones que permitan identificar correctamente el precepto impugnado. Por el contrario, propone a este Estrado recabar un informe a la Procuración de la Ciudad a estos efectos (fs. 4 vta.).

De lo apuntado se colige que no se ha dado cumplimiento a uno de los requisitos esenciales e ineludibles para decidir acerca de la procedencia formal de la acción intentada, en tanto no se ha efectuado una "mención precisa de la norma que el accionante estima contraria a la Constitucional Nacional o a la Constitucional de la Ciudad de Buenos Aires", exigencia prevista en los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 19 de la ley 402 y en la constante jurisprudencia de este Tribunal (conf. "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56 y ss.; "Roitman, Mauricio José c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 453/00, resolución del 25/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 283 y ss.; "Bustelo, María Cecilia c/GCBA —Secretaría de Educación— s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1328/01, resolución del 20/2/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 43 y ss.; "Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)", expte. nº 3937/05, resolución del 15/6/2005; entre muchos otros).

Estimo oportuno aclarar que, desde mi punto de vista, la identificación precisa de la norma objetada por la vía del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, en principio, no

puede realizarse mediante la sustanciación de prueba *con posterioridad* al momento en el cual el Tribunal se expide acerca de la admisibilidad formal de la acción, pues allí, justamente, es cuando corresponde evaluar el cumplimiento de todos los presupuestos formales que deben acreditarse tomando al precepto cuestionado como punto de referencia obligado.

Por las razones expuestas y las enunciadas en sentido concordante en el voto del señor juez de trámite, doctor Julio B.J. Maier, así como en el dictamen del señor Fiscal General (fs. 12/14), corresponde declarar inadmisible la acción deducida.

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. 1/5 por Roberto José Boico.

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.*

CCLVI

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

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. GUARDIA URBANA: Naturaleza. Caracteres. Funciones. TRÁNSITO: Poder de policía local. RÉGIMEN DE FALTAS: Infracciones de tránsito. Actas de comprobación. LEGISLATURA: Atribuciones. JEFE DE GOBIERNO.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto fue correctamente concedido porque la recurrente cuestiona la constitucionalidad de una norma de alcance general emanada del Poder Ejecutivo, pues, según lo entiende, aquél carecía de atribuciones para dotar al organismo denominado "Guardia Urbana" de facultades propias de la "policía en materia de tránsito", concretamente, de la facultad para labrar actas de comprobación de infracciones al régimen de faltas previsto por la ley 451. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La cuestión relativa al tránsito de la Ciudad de Buenos Aires constituye una materia eminentemente local y, en razón de ello, la determinación acerca de a quién corresponde la verificación de las infracciones en esta materia debe recaer,

naturalmente, en cabeza de los Poderes públicos del Estado local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Constitución de la Ciudad es sumamente clara al reconocer que, en la órbita local, la "atribución" de legislar en materia de "seguridad pública, policía" y "tránsito" (art. 80, incs. e] y h], respectivamente) le corresponde al Poder Legislativo y que el Jefe de Gobierno tiene "facultades" para ejecutar las leyes, ejercer el poder de policía, establecer la política de seguridad (art. 104, incs. 2º, 11 y 14) y además "deberes" como disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas (art. 105, inc. 6º). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Atribuir a un cuerpo especial la facultad de labrar actas de infracción no implica que el Poder Ejecutivo local haya legislado mediante el dec. 2124/04 en materia de policía, sino que se ha puesto en ejecución un medio accesorio para promover la acción pública en materia de faltas de tránsito, concretamente, cumplir con lo dispuesto por el órgano constitucionalmente competente para legislar en esas cuestiones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. El cuerpo denominado "Guardia Urbana" no fue pensado como una "fuerza pública", encargada de garantizar el cumplimiento de las normas de tránsito incluso de manera coercitiva, sino, por lo contrario, como una repartición de la Administración local con la aptitud suficiente para, entre otras funciones, confeccionar actas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El cuerpo policial importa desplegar el poder público o el "uso de la fuerza" para restringir temporaria o preventivamente derechos de los ciudadanos y para erigirlo se requiere de una ley, que no es necesaria para "labrar actas", actividad que no supone *per se* más que una constatación sin mayor injerencia en la vida o libre circulación de las personas, sendo suficiente para ello la creación de uno o varios organismos administrativos debidamente capacitados para practicar esa verificación "en ejercicio del poder de policía". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La "Guardia Urbana" ha sido concebida como un mero refuerzo en el control y comprobación de infracciones, atribuciones, ambas, que no hacen de manera directa a la "función policial" encomendada al organismo que se desempeña como "policía de seguridad" en la Ciudad de Buenos Aires (art. 7º, ley 24.588) y que tampoco importan una obstrucción ilegítima en la función complementaria o accesoria de "ordenar y dirigir" el tránsito que —al menos al momento de los hechos— detentaba de manera "exclusiva" (art. 1º, ley 16.979) aquella fuerza. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Las múltiples "funciones y facultades" que el legislador local le atribuyó a los integrantes del cuerpo uniformado, no armado, permite sostener que, sin dudas, se constituyó una verdadera policía de tránsito para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que comparte junto a la "policía de seguridad" —de quien sólo recibe "asistencia" en el caso de ser necesario— la autoridad reconocida legalmente en materia de "prevención" de faltas y contravenciones de tránsito (art. 23, ley 2652). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El Jefe de Gobierno no legisló en materia de policía ni excedió las "facultades" y "deberes" que le impone la Constitución local, puesto que la creación de la

"Guardia Urbana" no resultó incompatible con las reglas legales en juego (ley 1217) y buscó propender al mejor cumplimiento de los fines buscados por aquéllas con medidas razonables destinadas a verificar infracciones a las leyes viales vigentes (ley 451). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

10. La debilidad de los fundamentos empleados por la accionante junto con la estrategia procesal elegida, que implica no insistir por la vía de la queja en traer ante el Tribunal cuestiones que eventualmente podrían constituir un caso constitucional, sellan la suerte del recurso de inconstitucionalidad, que ha sido mal concedido por la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Las infracciones previstas en el régimen de faltas —al igual que la mayor parte de los delitos y contravenciones— resultan de acción pública (art. 13, ley local 451 y art. 2º, ley local 1217), a semejanza de los delitos del mismo carácter en el C.P. (art. 71), motivo por el cual, cualquier persona está facultada para denunciarlas ante la autoridad competente para resolver el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. Sea cual fuera la potestad de los agentes de la Guardia Urbana, las "actas" labradas deben considerarse, al menos, como una denuncia de ciertos hechos percibidos en un lugar y momento determinados, cuyo peso probatorio (art. 5º, ley 1217) resulta ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad porque remite a la valoración de la prueba y de los hechos discutidos en este procedimiento. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6009/08 - 19/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La apoderada de la empresa de transporte "Línea de Microómnibus 47 S.A." interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 109/128) contra la resolución de la Sala II de la Cámara CyF del 30/4/2008. Esta sentencia confirmó la decisión de primera instancia de condenar a la empresa infractora al pago de una multa de $ 2.000 por diversas infracciones al régimen de faltas (ley 451), y de desestimar el planteo de inconstitucionalidad del dec. 2124/04 (*BOCBA* nº 2074) que creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana" (fs. 100/103).

2. La Cámara declaró parcialmente admisible el recurso interpuesto en relación con el agravio fundado en la posible inconstitucionalidad del dec. 2124/04 que autorizó a los integrantes del cuerpo de "Guardia Urbana" para confeccionar actas de comprobación ante la comisión de faltas de tránsito, pues, a criterio de la recurrente, con ello, el Poder Ejecutivo habría legislado en materia de "policía de seguridad pública y tránsito" violando el principio de división de poderes —art. 1º, CCBA— al arrogarse atribuciones propias del Poder Legislativo (fs. 136/138).

3. Al contestar la vista conferida, el Fiscal General Adjunto solicitó que se declare admisible el recurso de inconstitucionalidad incoado y se rechace el planteo por el cual fue concedido. En su opinión, la creación del cuerpo de la "Guardia Urbana" y la autorización para labrar actas de infracción al régimen de faltas sólo implica cumplir con las competencias conferidas en los arts. 104 y 105 de la CCBA (fs. 145/146).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad de la parte actora sólo por el agravio sustentado en la "[in]validez del dec. 2124/04, por considerarlo violatorio del principio de división de poderes, toda vez que el Jefe de Gobierno de la CABA carecía de atribuciones para dotar a un organismo de potestades propias de la policía en materia de tránsito" (fs. 137). Expresamente lo rechazó en cuanto a la supuesta "inobservancia de la supremacía legal" y respecto de la no aplicación de la ley 1217 porque "las impugnaciones vertidas no sólo importan una reiteración de planteos ya dilucidados en la sentencia recurrida, sino que, además, asoman como simples manifestaciones de disenso que en modo alguno implican compromiso de principios de índole constitucional" (fs. 137 vta.).

La recurrente no interpuso queja por los agravios por los que el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado.

En su recurso, la actora sostiene que "[l]a interpretación que pretende el voto mayoritario del juego de los arts. 104, incs. 11 y 14 y el 105, inc. 6º de la CCBA, no resiste el menor de los análisis// Una cosa son facultades de implementación y de aplicación de las normas, y otra distinta es la de creación de normas, asignada en materia de policía a la Legislatura (art. 80, inc. 2º, CCBA)" (fs. 126 vta./127). En lo que sigue, la parte no desarrolla argumentos que den sustento a esta afirmación y los que menciona, relacionados principalmente con el concepto de funcionario público, no pueden ser objeto de tratamiento en atención a la limitada concesión del recurso, condiciones en las cuales la Cámara no debió admitirlo.

En definitiva, la debilidad de los fundamentos empleados por la accionante junto con la estrategia procesal elegida, que implica no insistir por la vía de la queja en traer ante el Tribunal cuestiones que eventualmente podrían constituir un caso constitucional, sellan la suerte de su recurso.

Idénticas razones que las que se indican en los apartados precedentes sustentaron mi voto en igual sentido en la causa nº 5837/08 "Línea de Microómnibus 47 SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido".

Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Línea de Microómnibus 47 S.A.

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

La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* "Línea de Microómnibus SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5837/08, resolución del 28/8/2008.

En consecuencia, cada uno de los jueces remite a los argumentos y a la solución que propusiera en la resolución dictada en el precedente citado, resolución de la cual se agregará copia para que forme parte de este nuevo pronunciamiento.

El juez Julio B. J. Maier agregó:

El fundamento de la decisión en el caso mencionado reside en que las faltas, en la Ciudad de Buenos Aires, están pensadas como infracciones de acción pública, razón por la cual cualquier ciudadano —no solamente los agentes de la "Guardia Urbana"— puede denunciarlas ante la autoridad. El valor que se dé a los actos de un procedimiento corresponde a los jueces de mérito.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad parcialmente admitido por la Cámara y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 28/8/2008 en los autos "Línea de Microómnibus SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5837/08.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones 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.*

CCLVII

"MARTÍN, MAURO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CLUB ATLÉTICO VÉLEZ SARSFIELD S/INF. ART. 96, CC —APELACIÓN—'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. REGLAS DE CONDUCTA: Ámbito de aplicación. Incumplimiento. ESPECTÁCULO DEPORTIVO. CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL: Revocación.

SUMARIOS:

1. La lesión al principio que impide la *reformatio in pejus* y la eventual afectación al principio *ne bis in idem* quedan totalmente excluidas cuando no se trata de un recurso interpuesto contra la sentencia de mérito —firme y consentida por el acusado— sino, únicamente, del modo en que ella ha de ejecutarse conforme a

sus características. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. De conformidad con el art. 46 del Código Contravencional, la pena de arresto decidida en suspenso puede ser convertida en pena de cumplimiento efectivo, cuando son incumplidas las condiciones de la suspensión por el condenado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. No es correcto afirmar que las reglas de conducta sólo rigen en el territorio del Estado que las impone, desde que internamente (CN, art. 7º) los actos de un estado federado son reputados válidos en el territorio de otro estado federado, y entre esos actos están las sentencias penales y las contravencionales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. Cabe rechazar el recurso de queja deducido contra la decisión revocatoria de la condicionalidad de la ejecución de la pena, pues no reviste el carácter de sentencia definitiva, y los motivos aducidos por el recurrente distan de unir un precepto constitucional con la interpretación de la ley común y el contexto fáctico establecido por los jueces de mérito en la causa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. Debe rechazarse el recurso de queja que no cumple con la obligación de exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. A la luz de lo dispuesto en el art. 46 del CC, no puede ser inferido de la sentencia definitiva que la regla de conducta consistente en no concurrir a los estadios y sus adyacencias en los días y horarios que el Club Atlético Boca Juniors dispute encuentros de torneos de la AFA y la Conmebol, que ella impuso, abarcase no sólo a los partidos que tuviesen lugar en el ámbito de la CABA sino, también, a los que fueren desarrollados fuera de ella, por lo que corresponde equiparar a sentencia definitiva la decisión del *a quo* que confirmó la revocación de la condicionalidad de la ejecución de la pena. *(Voto disidente del señor juez Luis F. Lozano).*

7. No pesa sobre los jueces una restricción en virtud de la cual la imposición de las reglas de conducta deba quedar acotada al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires o, en otros términos, que exista impedimento legal alguno que impida a los jueces requerir el cumplimiento de esas reglas en ámbitos que excedan los límites geográficos de esta Ciudad. *(Voto disidente del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El mayor desarrollo de la motivación que deban dar los jueces para justificar la elección de determinada regla de conducta y la forma de su cumplimiento va a estar directamente ligado al grado de cercanía que, *prima facie,* guarden dichas reglas con las contravenciones cuya comisión se busque prevenir. *(Voto disidente del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Los jueces pueden imponer reglas de conducta fuera de la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, pero deben indicar de un modo claro cuáles son las razones que determinan el cumplimiento de esa regla a la luz de la finalidad que prevé el art. 46 del CC, esto es, que resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevas contravenciones. *(Voto disidente del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5978/08 - 19/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 22/10/2006, luego de que la fiscalía y el imputado celebraran un acuerdo de juicio abreviado, el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 25 condenó al señor Mauro Leandro Martín 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, la fiscalía solicitó al juez que revocara la condicionalidad de la ejecución de la pena, debido a que el condenado había presenciado dos partidos de fútbol organizados por la AFA y disputados por el Club Atlético Boca Juniors en la provincia de Buenos Aires. El magistrado —por resolución del 12/2/2008, fs. 35/39— decidió hacer lugar a la petición. El defensor del imputado apeló la sentencia y, frente a ello, la Cámara confirmó la revocatoria (fs. 53/56). La defensa, por lo tanto, interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 57/62).

En esa presentación el recurrente denunció la violación de la garantía de debido proceso y del derecho de defensa en juicio de su asistido, por desconocimiento de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Indicó, al respecto, que los magistrados habrían agravado los términos de la condena acordada. En su opinión, aquella sentencia —surgida del acuerdo entre imputado y fiscalía— sólo comprometía al señor Mauro Leandro Martín a no asistir a los partidos de fútbol en los que participara el Club Atlético Boca Juniors —por torneos de la AFA o la Conmebol— en tanto éstos se desarrollaran en la Ciudad de Buenos Aires y no, como expuso el juez de primera instancia en la etapa de ejecución, cuando las competencias se realizaran en cualquier otro ámbito territorial. Asimismo, tachó de arbitrario el fallo de la Cámara y mencionó que los magistrados intervinientes no respetaron el principio *in dubio pro reo* al analizar el alcance de la condena.

3. Los miembros de la Sala I de la Cámara de Apelaciones denegaron el recurso de inconstitucionalidad porque, aunque consideraron que la decisión atacada resultaba equiparable a la sentencia definitiva que menciona el art. 27 de la ley 402, entendieron que el recurrente no había logrado exponer una cuestión constitucional (fs. 64/66). Ante la denegatoria, la defensa se presentó ante el Tribunal a través de un recurso de queja (fs. 68/76).

4. La queja aludida en el punto anterior incluía un pedido de suspensión de la ejecución de la pena (fs. 76) que fue admitido por el Tribunal mediante la decisión del día 20/6/2008, agregada a fs. 79/82.

5. Al momento de emitir su dictamen, el Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja porque consideró que la presentación, aunque resulta autosuficiente y contiene una crítica pormenorizada al auto denegatorio atacado, no expone ninguna cuestión constitucional que permita habilitar esta instancia (fs. 93/95).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Según mi comprensión del caso, el 22/10/2007 (fs. 4/11) el señor Mauro Martín fue condenado —en lo que aquí interesa— a la regla de conducta consistente en no concurrir a los espectáculos deportivos (fútbol) —ni a las adyacencias de los estadios en donde se desarrollaran— en los que uno de los protagonistas fuera el Club Atlético Boca Juniors, siempre que se tratara de torneos organizados por la AFA o la Conmebol, y a una pena privativa de la libertad en suspenso, suspensión soportada, precisamente, por aquella y otras reglas de conducta menores. La sentencia quedó firme por su emisión, puesto que procedió de un juicio abreviado, esto es, del acuerdo previo entre el acusador y el imputado, verificado por el juez. Más aún, esa sentencia fue más benigna que el acuerdo alcanzado por el acusado y la fiscalía para zanjar la realización del juicio público, pues él admitía que los veinte días de pena privativa de la libertad fueran efectivos —a cumplir— mientras que el juez admitió la condicionalidad de su ejecución.

Sucede una primera lesión a la regla de conducta estudiada cuando lo descubren en el estadio de Racing Club (Avellaneda) en un partido de fútbol disputado por Boca Juniors. Pero tal lesión no es computada judicialmente para revocar la condicionalidad de la pena privativa de la libertad, pues, con cierta confusión, el juez admitía la posibilidad de que su sentencia no hubiera sido notificada correctamente: allí, para que quede claro, le reitera al condenado que la prohibición rige sin limitación territorial alguna y que, además, la lesión a esa prohibición puede culminar en la revocación de la condicionalidad de la pena de arresto.

Sucede una segunda y una tercera lesión a la regla de conducta en dos partidos de fútbol protagonizados por Boca Juniors: uno contra Arsenal (Sarandí) y otro en el estadio de Tigre (Victoria). A instancias del Ministerio Público Fiscal, el juez revoca la condicionalidad en el proceso de ejecución de la pena, conforme a

reglas del procedimiento contravencional. Luego conoce la Cámara, que confirma la decisión.

Me parece que queda claro que, si se trata de una sentencia que ya adquirió calidad de cosa juzgada, ella quedó firme y, por lo tanto, presenciamos el proceso de ejecución de la pena, en el cual se desarrolló el contexto sobre el que anteriormente advertí.

2. Me parece que también queda claro: *a)* que se trata de una decisión ejecutiva y que, por lo tanto, sin una explicación coherente del recurrente —explicación que no existe en su recurso de queja—, queda fuera del recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por él; *b)* que tal proceso ejecutivo se rige por normas locales, comunes —en el sentido de infraconstitucionales— que no han sido denunciadas como contrarias a la C.N. o a la CCBA y en las cuales, tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia, han fundado la decisión arriba descrita; *c)* que tanto la lesión al principio que impide la *reformatio in pejus* —propuesta por el recurrente—, como una eventual afectación al principio *ne bis in idem* quedan totalmente excluidas pues aquí no se trata de un recurso interpuesto contra la sentencia de mérito —firme y consentida por el acusado— sino, únicamente, del modo en que ella ha de ejecutarse conforme a sus características; *d)* que, según el art. 46 del Código Contravencional, la pena de arresto decidida en suspenso puede ser convertida en pena de cumplimiento efectivo, no bien las condiciones de la suspensión son incumplidas por el condenado; *e)* que, como toda sentencia penal que impone cualquier tipo de pena lícita, ella debe ser cumplida en todo el ámbito territorial del planeta. Una cosa es que el Estado cuyo poder judicial condena sólo tenga un poder limitado a una esfera territorial y deba pedir a otro, por rogatoria, el ejercicio de la coacción fuera de su propio territorio —en nuestro caso: extradición— y otra muy distinta el afirmar que las reglas de conducta sólo rigen en el territorio del Estado que las impone. Internamente, entre nosotros (C.N., art. 7º) los actos de un estado federado son reputados válidos en el territorio de otro estado federado, y entre esos actos están las sentencias penales y las contravencionales. Es por esa razón que las penas de multa que una provincia impone producen, a pedido de autoridad, la intimación de pago y el embargo en otra provincia, y la regla no vale sólo para la materia penal. También una cosa es sostener que, por ejemplo, el Estado brasileño no se va a ocupar de impedirle el ingreso al condenado al último match de Boca Juniors contra Fluminense (disputado en Río de Janeiro), siempre que no lo pida la autoridad argentina por la vía correspondiente, y otra muy distinta es concluir que la regla de conducta sólo rige en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Reemplácese esta última condición por la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas: le bastaría al condenado trasladarse, según en qué punto de la Ciudad se encuentre, sólo 11 km al sur, al norte o al oeste para lesionar impunemente la condición impuesta para la suspensión de la pena de arresto.

3. Como se observa, no existe sentencia definitiva que pueda ser alcanzada por el recurso intentado y los motivos aducidos por el recurrente distan de unir un

precepto constitucional con la interpretación de la ley común y el contexto fáctico establecido por los jueces de mérito en la causa. En el mismo sentido, también remito a mi opinión relativa a los supuestos de sentencia arbitraria (ver, entre otros, 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).

Por estas razones, la queja no puede prosperar y debe darse por perdido el depósito integrado oportunamente.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del doctor Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo afirma el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, la queja deducida no se dirige contra una *sentencia definitiva* (conf. art. 27, ley 402), toda vez que la decisión objetada por la defensa del señor Martín ha sido tomada en el trámite de ejecución posterior al pronunciamiento que resolvió el fondo de la cuestión debatida.

2. Tampoco cabe hacer excepción en el caso a la regla antes señalada, pues no se ha demostrado que la decisión resistida vulnere las reglas del debido proceso o el derecho de defensa del quejoso a partir de un desconocimiento o apartamiento manifiesto de lo resuelto por el fallo condenatorio —firme— que se dispone ejecutar (*Fallos,* 316:2315 y 321:756, entre otros).

En efecto, la *regla de conducta* estipulada en la condena —prohibición de concurrencia a los estadios y sus adyacencias los días y horarios en que el Club Atlético Boca Juniors disputase encuentros en los torneos de AFA y de la Conmebol— no difiere de aquello que luego fue tenido en cuenta para revocar la condicionalidad de la ejecución de la pena decidida, tal como lo explica con claridad el señor juez de trámite en su voto.

En suma, no se ha demostrado que los planteos constitucionales esbozados en la queja —ni la genérica tacha de arbitrariedad efectuada— guarden relación directa con lo resuelto fundadamente por los jueces de la causa a partir de la interpretación de los preceptos legales en juego y la valoración de los hechos comprobados en el expediente.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite. El recurso de queja presentado por la defensa del señor Mauro Leandro Martín si bien fue

interpuesto por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402), debe ser rechazado pues carece de una crítica adecuada de las razones por las que la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad.

2. La defensa tacha de arbitraria a la sentencia y señala que: "de la lectura de la resolución de la Sala I surge con claridad que se trató de una argumentación basada en la reiteración de fórmulas estereotipadas que no alcanzan para ser consideradas como una fundamentación suficiente… Los jueces de la Sala I convirtieron la presentación de sendos casos constitucionales en una discrepancia o desacuerdo de la defensa con la solución a la que arribaron tanto ellos como el a quo. Ese tipo de argumentación es, a todas luces arbitraria… Si la defensa recurre es porque discrepa o está en desacuerdo con la sentencia que la agravia. Ahora bien, reiterar o utilizar como fundamentación para el rechazo del recurso que el mismo se trata de una discrepancia o desacuerdo con la decisión recurrida u nada mas, es en algún punto redundante. Cabe aclarar que, en el caso bajo examen, no se trata de una mera 'disconformidad' de criterios —que obviamente no habilitaría la instancia del presente recurso— sino de la arbitrariedad lisa y llana" (*sic*, fs. 71).

La insistencia con que la defensa califica a la sentencia de arbitraria y proclama la autoevidencia de la arbitrariedad que denuncia es insuficiente y no la releva de la carga de desarrollar fundamentos de índole constitucional que den sustento a la alegada arbitrariedad.

Dicho en otros términos, el recurso de hecho no cumplió con la obligación de 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 nº 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, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 92 y siguiente).

En estas condiciones la calificación de sentencia arbitraria realizada en la queja, no alcanza para sustituir la ausencia de argumentaciones adecuadas que sostengan el recurso interpuesto.

Como tiene 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 acreditados 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).

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja de fs. 68/76.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, tal como adelanté en la resolución del 20/6/2008, fue mal denegado.

Como se verá en los puntos que desarrollo a continuación, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la decisión del 12/2/2008 —ver punto 2 de los resultas— vino, al revocar la suspensión de la ejecución de la condena impuesta al señor Martín sobre la base de que éste asistió a dos partidos de fútbol que tuvieron lugar en la provincia de Buenos Aires (los días 25 y 28/11/2007), a modificar palmariamente el contenido de la sentencia definitiva (esto es, aquella decisión emitida el 22/10/2006). Ello así, toda vez que, a la luz de lo dispuesto en el art. 46 del CC, no puede ser inferido de la sentencia definitiva que la regla de conducta consistente en no "…concurrir a los estadios y sus adyacencias en los días y horarios que el Club Atlético Boca Juniors dispute encuentros de torneos de la AFA y la Conmebol" (la negrita corresponde al original) (fs. 1105 vta.), que ella impuso, abarcase no sólo a los partidos que tuviesen lugar en el ámbito de la CABA sino, también, a los que fueren desarrollados fuera de ella. Esa situación lleva a que la decisión del *a quo* que confirmó el pronunciamiento del 12/2/2008 resulte equiparable a definitiva y deba ser revocada.

2. Con carácter previo, corresponde señalar que el legislador no ha impuesto limitación alguna al ámbito geográfico al cual debe acomodarse la imposición de las reglas de conducta. A su vez, tampoco la Constitución local y, menos aún, la Nacional contienen previsiones en ese sentido o cláusulas generales de las que tal limitación pueda ser deducida. Es decir, ninguno de estos cuerpos normativos vino a restringir las facultades de la Ciudad en ese aspecto. Por esas razones, cabe concluir que no pesa sobre los jueces una restricción en virtud de la cual la imposición de las reglas de conducta deba quedar acotada al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires o, en otros términos, que exista impedimento legal alguno que impida a los jueces requerir el cumplimiento de esas reglas en ámbitos que excedan los límites geográficos de esta Ciudad.

2.1. Ahora bien, el art. 46 del CC impone dos obligaciones al juez que decide dejar en suspenso la ejecución de una condena. Por un lado, fijar una o más reglas de conducta y, por el otro, relacionar esas reglas con una finalidad determinada: la de prevenir la comisión de nuevas contravenciones.[42]

[42] El segundo párrafo de dicho artículo establece que "[a]l suspender la ejecución de la condena el juez/a dispone que el condenado/a cumpla una o más de las reglas de conducta prevista en el tercer párrafo del art. 45, durante un lapso que no puede exceder del allí estipulado, *en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevas contravenciones*" (el destacado no corresponde al original).

Del segundo párrafo del mencionado artículo surge que si bien el legislador libró a la discreción de los magistrados la elección de: *i)* las reglas de conducta a imponer (siempre que se encuentren entre las enunciadas en el art. 45); *ii*) la cantidad; *iii)* el tiempo por el que deben ser observadas (el que no puede exceder el año, conf. art. 45 del CC); y, por último; *iv)* su ámbito territorial de cumplimiento (dado que, en virtud de los expuesto en el punto 2 de este voto, no pesa sobre el juez limitación territorial alguna para imponer su cumplimiento), condicionó la imposición de esas reglas al hecho de que estén dirigidas a cumplir con una finalidad determinada: prevenir la comisión de nuevas contravenciones. Esa circunstancia pone a los jueces en la obligación de tener que explicitar tanto los motivos por los cuales impusieron tal o cual regla de conducta como aquellos por los que decidieron darles determinada forma de cumplimiento (vrg. duración o lugares en los que debe ser observada).

2.2. El mayor desarrollo de la motivación que deban dar los jueces para justificar la elección de determinada regla de conducta y la forma de su cumplimiento va a estar directamente ligado al grado de cercanía que, *prima facie,* guarden dichas reglas con las contravenciones cuya comisión se busque prevenir. La falta de argumentación tendente a explicitar los motivos por los cuales el juez entendió que conminar a un sujeto a determinada prohibición vendría a precaver la comisión de nuevas contravenciones, puede llevar, en numerosos casos, a que dicha medida no encuentre respaldo en lo dispuesto en el art. 46 del CC. En ciertos supuestos, los motivos por los cuales se decidió imponer determinada prohibición pueden deducirse con facilidad de una formulación que los lleve implícitos. Esa situación se da en aquellos casos en que la mera constatación de los hechos de la causa y la sanción impuesta permiten justificar la adopción de determinada regla, a la luz de lo que requiere el segundo párrafo *in fine* del art. 46 del CC. En cambio, en otros, aun cuando el juez haya adoptado una medida sumamente sofisticada y efectiva para evitar la comisión de una contravención, deberá dar los fundamentos que lo llevaron a su imposición, porque ellos no surgen en forma palmaria de las constancias del expediente. El siguiente ejemplo ayudará a comprender el punto. Una persona resulta condenada por haber conducido un vehículo bajo los efectos de estupefacientes (conf. art. 111 del CC) y el juez decide suspender la ejecución de la condena. En ese marco, la imposición de una regla de conducta según la cual el condenado deberá asistir a un curso que tenga por fin concienciar a las personas de los peligros que acarrea manejar bajo los efectos de determinadas sustancias, no requeriría una gran motivación por parte del magistrado para mostrar la relación que tiene ella con prevenir la comisión de una nueva contravención. Ello, aun cuando el curso se dicte fuera de los límites de esta jurisdicción. Ahora bien, si en ese mismo caso, el juez decidiera imponer la obligación al condenado de tener que donar 100 pañales a determinado hospital, deberá explicitar los motivos en base a los cuales entiende que la imposición de esa conducta ayudará a prevenir la comisión de nuevas contravenciones, puesto que ella carece de relación aparente con la conducta por la que fue condenado.

En resumen, pesa sobre los jueces la obligación de explicitar los motivos por los cuales entendieron que la imposición de determinada regla de conducta colaborará en evitar la comisión de nuevas contravenciones. A su vez, la intensidad que deba darle a esos motivos dependerá en cada caso del grado de cercanía que guarde la conducta reprimida con la regla impuesta.

3. En el caso, el juez de primera instancia condenó, el 22/10/2006, al señor Martín a la pena de 20 días de arresto en suspenso y condicionó esa suspensión a que el recurrente cumpliese varias reglas de conducta, entre las que se encontraba, la de "[a]bstenerse de concurrir a los estadios y a sus adyacencias los días y horarios que dispute encuentros el Club Atlético Boca Juniors en los torneos de la AFA y la Conmebol". En lo que ahora importa, para imponer esa regla, señaló que, aun cuando era a él a quien le correspondía hacerlo (conf. art. 46 del CC), encontraba adecuado remitirse a la acordada por las partes en el convenio de juicio abreviado, cuyo texto resultaba análogo al ya citado.

En ese marco, y a la luz de lo señalado en los puntos 2, 2.1. y 2.2. de este voto, asiste razón al señor Martín en cuanto sostiene que esa prohibición no podía ser interpretada con un alcance que excediese los límites de esta Ciudad.

El único argumento explicitado por el magistrado para imponer la mencionada prohibición consistió en señalar que ella resultaba similar a la pena accesoria acordada por las partes en el acuerdo de juicio abreviado. En esas condiciones, y ante la ausencia de fundamento alguno para su imposición, no se entendería cómo el hecho de impedirle al condenado asistir a un encuentro futbolístico que dispute el Club Boca *Juniors* en el marco de alguno de los torneos de la AFA o la Conmebol en alguna provincia o en el exterior del país tendría por fin evitar la comisión de nuevas contravenciones en esta jurisdicción (conf. lo dispuesto en el segundo párrafo *in fine* del art. 46 del CC). En otros términos, aun cuando, dada la conducta por la que fue condenado, se podrían entender implícitos los motivos que llevaron al juez a vedar al señor Martín asistir a los estadios de la Ciudad y a sus adyacencias en los días y horarios en que jugase el mencionado Club, no ocurre lo mismo con aquéllos que pudieron haberlo llevado a impedirle asistir a los partidos que tuvieren lugar fuera del ejido de esta jurisdicción. Estos últimos, en todo caso, de existir, debieron haber sido explicitados. Aquí resulta aplicable lo dicho en el punto 2.2. de este voto acerca del desarrollo que los jueces deben dar a la motivación de la regla de conducta y su forma de cumplimiento. Las acciones por las que fue condenado el señor Martín (esto es, las conductas tipificadas en los art. 90, 92 y 93 del CC) dispensaban, en alguna medida, al juez de tener que hacer un gran desarrollo tendente a fundar cómo la mencionada prohibición impuesta tendría por fin prevenir la comisión de una nueva contravención en la Ciudad, puesto que ésos, tal como señalé, se encontraban implícitos. En cambio, los fundamentos en base a los cuales hubiese pretendido impedirle al señor Martín asistir a los partidos que se desarrollasen fuera de los límites de la CABA, debieron ser explicitados, con el objeto de señalar cómo esa medida evitaría que se cometieran nuevas contravenciones en esta jurisdicción.

En virtud de lo expuesto, y tal como lo adelanté, asiste razón al recurrente en sostener que la sentencia definitiva no permite inferir que la prohibición de no concurrencia que le fue impuesta al señor Martín abarcaba también conductas desplegadas fuera de los límites de esta jurisdicción. Ello así, porque, a la luz de lo dispuesto en el art. 46 del CC, si el juez hubiese pretendido que su decisión tuviese un alcance mayor al señalado debió explicitar los motivos por los que, a su criterio, prohibirle al recurrente asistir a un partido en Colombia o en Salta colaboraría con prevenir la comisión de una nueva contravención en esta Ciudad.

3.1. No conmueven lo expuesto los argumentos dados por los jueces de mérito para resolver que no se habían modificado los alcances territoriales de la mencionada regla de conducta.

Dichos magistrados sostuvieron que, a diferencia de lo afirmado por la defensa, el alcance de la regla no había sido acotado a los límites de la Ciudad, sino que esa prohibición abarcaba, también, a los partidos que se celebrasen fuera de ella, siempre que los encuentros futbolísticos tuviesen lugar en el marco de alguno de esos dos torneos. En particular, la Cámara fundó esa decisión en: *i)* el hecho de que esos dos torneos organizan partidos tanto dentro como fuera de la Ciudad; *ii)* que el magistrado de primera instancia comunicó esa medida a organismos que no dependen de la Ciudad (v. gr. Ministerio del Interior); *iii)* que la regla enunciada no contenía ninguna limitación expresa al ámbito de la Ciudad; y, por último, *iv)* que dicha regla resultaba idéntica a la pena accesoria acordada por las partes en el convenio de juicio abreviado.

Si bien es cierto que del texto empleado en la condena se desprende la conclusión a la que arribaron los jueces de mérito, no lo es menos que, en virtud de lo señalado en los puntos que anteceden, darle tal ámbito territorial de cumplimiento a la prohibición impuesta sin fundar la extensión resulta inválido. Lo único que la sentencia de condena pudo disponer sin dar más fundamentos que los que dio fue que la regla de no concurrencia impuesta abarcaba a las conductas que tuviesen lugar en ámbito de esta Ciudad.

3.2. Por último, cabe señalar que el juez de mérito resolvió que la decisión del 4/12/2008 —en la que se dispuso, en lo que ahora importa, reiterarle al señor Martín que el alcance de la prohibición de concurrencia del fallo del 22/10/2006 fue impuesta sin limitación de orden territorial alguno— no le generó gravamen alguno al hoy recurrente, dado que mantuvo la suspensión de la ejecución de la condena (conf. fs. 1449). En tales condiciones, la primera decisión que le produjo un perjuicio al recurrente es la dictada el 12/2/2008, esto es, la que hoy viene recurriendo la defensa.

4. En conclusión, y en lo que al caso importa, los jueces pueden imponer reglas de conducta fuera de esta jurisdicción. Pero, deben indicar de un modo claro cuáles son las razones que determinan el cumplimiento de esa regla a la luz de la finalidad que prevé el tantas veces mencionado art. 46 del CC, esto es, que resulten "...adecuadas para prevenir la comisión de nuevas contravenciones".

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; y *ii)* revocar la sentencia de fs. 53/56 en cuanto confirmó la revocación de la suspensión de la ejecución de la condena de 20 días de arresto impuesta a Mauro Leandro Martín sobre la base de que este último concurrió a dos partidos en la provincia de Buenos Aires los días 25 y 28/11/2007.

Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 68/76.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 67.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala I de la Cámara CyF.

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

CCLVIII

"MACAGNO, CARLOS ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VITELLI, FRANCISCO MARIO C/GCBA (SANATORIO MUNICIPAL JULIO MÉNDEZ) Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. Principio de *iura novit curia*. Arbitrariedad de sentencia. RESPONSABILIDAD MÉDICA: Daños y perjuicios.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad cuando los agravios no pasan de contener una enumeración de cuestiones de hecho, prueba y derecho común y local. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. En principio, establecer el alcance de las pretensiones de las partes es facultad privativa de los jueces de mérito y a la parte recurrente corresponde demostrar que la decisión de los jueces de la Cámara excede el ámbito de actuación habilitado por la pretensión, las defensas opuestas y los hechos probados a la luz de la regla del *iura novit curia*. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si el planteo que introduce el recurrente acerca de los alcances de su responsabilidad derivada del cargo que ejercía, remite a la consideración de normas de derecho común —infraconstitucionales—, reguladoras de la profesión médica, reglas que no involucran una cuestión de naturaleza constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El planteo relativo a la incidencia del sobreseimiento penal en la causa civil no involucra aspectos constitucionales, pues no existe, a nivel constitucional, precepto alguno que consagre el derecho del civilmente demandado a extender jurídicamente los alcances del sobreseimiento en materia penal al juicio de responsabilidad civil, y si bien estos efectos pueden ser establecidos por normas de derecho civil común, infraconstitucionales, el art. 1103 del Cód. Civil no se refiere al "sobreseimiento" sino a la "absolución", incluso para los CPP locales que, irregularmente, pretenden gobernar materialmente la acción civil ex delito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Corresponde admitir parcialmente la queja y analizar el recurso de inconstitucionalidad si se demuestra que la sentencia impugnada, en cuanto extendió a su respecto la condena impuesta a OSCBA, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable a los hechos que el a quo dio por comprobados en la causa, pues se encuentra directamente comprometido el derecho de defensa del actor a quien la condena le impone una privación de su propiedad que no proviene de una "sentencia fundada en ley" como lo exige la Constitución Nacional (arts. 17 y 18 de la C.N.). *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

6. La regla, pacífica y unánime, según la cual para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse que ellos han existido y que son consecuencia de un obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción, supone que la causa del daño debe poder serle atribuida a quien se condena a reparar los perjuicios reclamados. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

7. Carece de fundamentación la sentencia que buscó construir un supuesto de responsabilidad, por remisión al ámbito de la responsabilidad subjetiva (art. 512 del CC, fs. 13) sin aportar ningún contenido que, acorde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar en juego, permita establecer cuáles fueron los deberes de control concretamente incumplidos. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5655/07 - 19/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Francisco Mario Vitelli inició una demanda de reparación de daños y perjuicios contra los señores Daniel Alascio, Carlos Macagno, el Instituto Municipal de Obra Social (IMOS) —actualmente Obra Social de la Ciudad de

Buenos Aires (OSBA)— y el Sanatorio Municipal "Julio Méndez", por los daños sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fuera sometido en ese nosocomio en el mes/5/1996 (fs. 64/81).

El actor relató en la demanda que ante molestias gastrointestinales fue intervenido en ese sanatorio, prestador de la obra social que le brindaba servicio de salud (ObSBA), por los médicos Daniel Alascio y Carlos Macagno, este último, ayudante. Detalló la secuela de complicaciones en su salud que sufrió con posterioridad al acto quirúrgico, motivadas en que una arteria quedó abierta y ocasionó una hemorragia interna. Expuso también la total situación de abandono y desatención de los profesionales a cargo hacia su persona: a pesar de su pésimo estado de salud el día 26 de mayo fue dado de alta. Más allá de ello, relató los padecimientos que continuó sufriendo y que motivaron el traslado al Hospital Diego Thompson, donde ingresó por la guardia y fue operado por segunda vez. Debido a su estado, permaneció en terapia intensiva durante seis días y fue dado de alta el 3/6/1996. Una vez recuperado, en el mes/10/1997, consultó al doctor Pundyk por el estado de su abdomen que presentaba una gran protuberancia. Tal realidad provocó una tercera operación, realizada el 24/10/1997 en el Hospital Vélez Sarsfield, por padecer una eventración que podía causar atascamiento o estrangulación de víscera. El actor expuso los daños y perjuicios que le ocasionó la actuación de los profesionales que lo asistieron en la primera intervención, las secuelas de disminución en su capacidad laboral como oficial yesero y la depresión en la que quedó sumido por largo tiempo, a raíz de las dolencias crónicas que todavía padece. Agregó que la historia clínica desapareció o fue sustraída del Sanatorio Julio Méndez, según surge de la causa penal que iniciara por lesiones culposas. Concretó la demanda mediante el reclamó de la suma total de $ 450.980.

En lo que interesa a esta queja, el doctor Carlos Alberto Macagno se presentó y opuso excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva (fs. 82/85 vta.), y por un escrito posterior contestó la demanda (fs. 86/94 vta.).

El juez de primera instancia condenó a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires a abonar al actor la suma de $ 128.760, más intereses y costas; desestimó la excepción de prescripción opuesta por el doctor Carlos Alberto Macagno, y rechazó la demanda incoada contra él y el doctor Daniel Enrique Alascio, con costas por su orden (fs. 107/115).

2. La sentencia fue apelada por el actor, la OSBA, Macagno y Alascio.

La parte actora denunció su agravio: la sentencia rechazó la demanda contra los médicos citados y le concede una suma menor a la demandada; el recurso requirió la condena de los médicos y también el incremento de la indemnización reconocida en la sentencia de primera instancia (fs. 185/191 vta.).

En lo que interesa a esta queja, Carlos Macagno contestó el traslado de la expresión de agravios, solicitó que se desestime la demanda en su contra y se confirme su rechazo, pues el cirujano interviniente fue su sobrino, Diego Macagno. Él consideró, además, que la demanda del actor no le atribuyó responsabilidad por su participación como jefe del servicio de cirugía, sino por haber operado al actor.

El demandado rechazó también por improcedentes los rubros indemnizatorios y reservó el derecho de recurrir ante la CSJN (caso federal -fs. 118/127 vta.-). Como recurrente, el demandado Macagno apeló la distribución de costas por su orden impuestas en primera instancia (fs. 116/117). Por su parte, el médico Alascio también contestó el recurso del actor e interpuso el propio por la imposición de costas (ver relato efectuado en el fallo de Cámara, fs. 142 vta./143).

El recurso planteado por la Obra Social Ciudad de Buenos Aires fue declarado desierto porque el recurrente no expresó agravios.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió "I. Modificar la sentencia de primera instancia en cuanto a la atribución de responsabilidad y en consecuencia hacerla extensiva a los doctores Daniel Alascio y Carlos Macagno. II. Confirmar el pronunciamiento de grado en los restantes aspectos en los que decide. III. Imponer las costas de primera instancia a los demandados vencidos y las de la presente instancia en el orden causado".

El voto del juez Esteban Centanaro —al que adhirió la jueza Mabel Daniele— consideró que el nexo de causalidad existente entre el alta médica y los daños sufridos por el actor, y la participación que cupo al médico Carlos Macagno como Jefe del Servicio de Cirugía del Sanatorio Julio Méndez había quedado consentida por las partes, por no haberse formulado agravios en relación con tales cuestiones. El tribunal se interrogó "si a los médicos demandados les cabe alguna responsabilidad en el hecho cuya relación causal sí ha fundado la admisión de la demanda respecto de la ObSBA; a saber, el alta médica otorgada al actor y debida al '...negligente proceder de los médicos del Hospital Julio Méndez'", respondiendo que "conforme ha sido acreditado, al tiempo en que el doctor Daniel Alascio intervino en la práctica quirúrgica de marras, el doctor Carlos Macagno se desempeñaba como Jefe del Servicio de Cirugía del Sanatorio Municipal 'Julio Méndez'. De acuerdo con ello y aun ante la ausencia de prueba fehaciente —merced al extravío de la historia clínica— respecto de la identidad de quien otorgó el alta médica al actor el día 26/5/1996, la conducta debida por ambos profesionales no puede sino juzgarse con mayor rigor, por cuanto se trataba, por un lado, del médico tratante (doctor Alascio) y, por el otro, del Jefe del Servicio involucrado en la atención del paciente. De suerte tal que, apreciado según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Cód. Civil), el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que incumbía a los citados galenos por su especial vinculación con el damnificado debe traducirse, necesariamente, en una mayor obligación respecto de las consecuencias resultantes del hecho que aquí se ventila (art. 902 del citado cuerpo legal); a saber, el alta concedida erróneamente o, cuanto menos, de manera prematura. Así, la conducta diligente que correspondía exigirle a los doctores Alascio y Macagno alcanzaba no sólo a la intervención quirúrgica, sino que también se extendía por el período posterior y hasta el momento en que se otorgase el alta médica; su inobservancia en este último tramo de la relación entablada con el paciente el que determina la atribución de responsabilidad *[sic].* (...) En suma, los profesionales demandados incumplieron con el indelegable

deber de dirigir y controlar la evolución del paciente intervenido quirúrgicamente violando de tal modo el Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la Asociación Médica en sus Asambleas de Londres (1949) y Sidney (1968), al tratar los deberes de los médicos hacia los enfermos y también lo dispuesto por los arts. 1º, 2º, 5º y el capítulo II del Código de Ética de la Confederación Médica Argentina, que obliga al médico a prestar servicios en función de las dificultades y exigencias de la enfermedad. En este mismo sentido se expresan las directivas consagradas en el art. 19 de la ley 17.132, incs. 2º y 9º y en el art. 20, inc. 22 de esa misma ley (CSJN, *Fallos*, 306:187 y dictamen del Procurador de fs. 181/7; CNCiv., Sala F, L. 6.685, 29/9/1984, voto del doctor Yáñez; íd., Sala A, L. 275.393, 13/12/1999, voto del doctor Molteni). Es por ello que el agravio vertido al respecto por la parte actora habrá de ser admitido y, en consecuencia, acogida la demanda respecto de los emplazados Alascio y Macagno" (fs. 139/151 vta.).

3. El demandado Carlos Macagno interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 152/168) que, previa contestación por el actor (fs. 170/175 vta.), fue declarado inadmisible por la Cámara (foja sin número a continuación de fs. 38 a fs. 40).

4. Ante el rechazo de su recurso, el señor Carlos Macagno interpuso ante el Tribunal la queja agregada a fs. 41/56. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto se expidió con una solicitud de rechazo del recurso interpuesto (fs. 196/198).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja fue interpuesta por el señor Carlos Macagno en tiempo propio y de modo adecuado; sin embargo, ella no puede prosperar.

En efecto, el contenido del recurso de inconstitucionalidad (fs. 152/168) y el recurso de hecho que pretende sostenerlo para abrir la instancia (fs. 41/56) no pasan de contener una enumeración de cuestiones de hecho, prueba y derecho común y local, materia sustancial de este litigio.

2. Más allá de numerosas referencias a principios constitucionales, la cuestión que el recurrente plantea se relaciona con la interpretación del escrito de demanda, para determinar si Carlos Macagno fue demandado sólo por su participación como cirujano en la primera intervención quirúrgica al señor Vitelli, o si la atribución de responsabilidad tuvo también en cuenta su participación (activa y omisiva) en la atención del actor, en su calidad de jefe del servicio de cirugía. El cuestionamiento se refiere a la supuesta omisión en que habría incurrido la Cámara, al no dar respuesta a la excepción de falta de legitimación pasiva que él interpuso y que, según el recurrente, no fue decidida en primera instancia por la forma en que el juez resolvió la cuestión. Al respecto, basta con dar lectura a la sentencia para que quede en evidencia que el planteo no se corresponde con lo que efectivamente ha sucedido en la causa. Más allá de diferencias meramente lingüísticas o semánticas,

la Sala II valoró la responsabilidad del recurrente en su carácter de jefe del servicio y así consideró que no lo eximía de responsabilidad el hecho supuesto de no haber participado en el acto quirúrgico.

3. En estrecha relación con el agravio anterior, el recurrente vincula el planteo referido a la afectación del principio de congruencia en la sentencia recurrida. A su respecto conviene señalar que, como principio, establecer el alcance de las pretensiones de las partes es facultad privativa de los jueces de mérito y la parte recurrente no ha demostrado que la decisión de los jueces de la Cámara exceda el ámbito de actuación habilitado por 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).

La carga de demostrar ante el tribunal el defecto de la interpretación dada por los jueces a la pretensión del actor y a las defensas opuestas por el demandado Macagno resultaba ineludible en el caso en tanto Carlos Macagno, si bien negó su intervención como cirujano, admitió su carácter de jefe del servicio de cirugía. Por lo demás, aunque cometa un error la demanda al señalarlo como uno de los profesionales que realizó la intervención quirúrgica (frente a la distribución de las costas error excusable para la parte actora ante la desaparición de su historia clínica), no es menos cierto que en ese escrito son señaladas otra serie de conductas ocurridas en el Sanatorio Municipal "Julio Méndez", con posterioridad a la operación, bases también de la responsabilidad adjudicada al profesional recurrente, que, según la ponderación efectuada por la Cámara, resultaron suficientes para fundar la atribución de responsabilidad a Carlos Macagno en su calidad de jefe del servicio. Tal valoración aparece suficientemente fundada en la sentencia y, por ello, no permite que sea considerada como un acto de mero arbitrio o extremo subjetivismo de los jueces que fallaron el caso, sin ocasión posible de ser resistido por el demandado. Lo real resulta ser, en el procedimiento, que el recurrente se defendió de la atribución de responsabilidad por el hecho de liderar el servicio de cirugía, según se verá. En este sentido, afirmar que la responsabilidad del jefe del servicio forma parte de la litis, con muchos más datos conocidos después de solicitado el legajo principal del pleito, son certeras las determinaciones del voto de mi colega Alicia Ruiz —argumentado en deliberación— a las que me adhiero para no repetir.

Por lo demás, el planteo que introduce el recurrente acerca de los alcances de su responsabilidad derivada del cargo que ejercía, remite a la consideración de normas de derecho común —infraconstitucionales—, reguladoras de la profesión médica, reglas que no involucran, tampoco, una cuestión de naturaleza constitucional.

4. Otro agravio se dirige a descalificar el fallo por no haberle dado relevancia, para eximir al recurrente de responsabilidad civil en el caso, al sobreseimiento dictado a su favor en la causa penal iniciada por las lesiones sufridas por el señor Vitelli. Los agravios del recurrente, aun cuando ocultos bajo el ropaje de la afectación del principio de congruencia y la garantía de la defensa en juicio, no exigen

que el Tribunal efectúe interpretación constitucional alguna, sino que pretenden sólo que el Tribunal determine aspectos propios de los jueces de mérito (valoración probatoria y efectos jurídicos de una decisión), ajenos por completo a la competencia recursiva del Tribunal.

Por lo demás, el planteo relativo a la incidencia del sobreseimiento penal en la causa civil, tampoco involucra aspectos constitucionales. En primer término, no existe, a nivel constitucional, precepto alguno que consagre el derecho del civilmente demandado a extender jurídicamente los alcances del sobreseimiento en materia penal al juicio de responsabilidad civil. En segundo lugar, además, si bien estos efectos pueden ser establecidos por normas de Derecho civil común, infraconstitucionales, el art. 1103 del Cód. Civil no se refiere al "sobreseimiento" sino a la "absolución" —según algún autor lo indica (conf. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal*, Ediar, 1964, t. IV, nº 1055, pp. 344 y ss.) incluso para los CPP locales que, irregularmente, pretenden gobernar materialmente la acción civil ex delito— y el recurrente no ha tomado a su cargo el exponer las razones por la que una y otra situación deben ser equiparadas —en verdad, ni siquiera se ha referido a la regulación contenida en ese artículo de la ley civil—, ni tampoco ha expresado una sola palabra argumental sobre la vinculación directa de esa cuestión con alguna disposición de naturaleza constitucional. Por lo demás, incluso la absolución penal no provoca siempre efecto de prejudicialidad sobre la acción civil (conf. ob. cit. inmediatamente antes, t. I, nº 239, p. 328), en este proceso existen suficientes indicios acerca de que el objeto de la atribución de responsabilidad civil (responsabilidad del jefe del servicio) difiere del hecho tratado en el sobreseimiento penal y, como se dijo, el demandado no se ha molestado en argumentar ni en probar absolutamente nada al respecto —eximente de responsabilidad cuya invocación y prueba constituye su carga procesal—, sin perjuicio de que el tópico es atribución de los jueces de mérito —cuestión de hecho y de valoración de la prueba.

5. Se agravia también el recurrente por el hecho que la Cámara considerase consentidos aspectos del fallo de primera instancia que no fueron apelados, y señala, al respecto, que él no estaba legitimado para recurrir por haber resultado vencedor en la primera instancia. El argumento aparece, en principio, sólido, incluso desde el punto de vista constitucional, pues a quien no tuvo oportunidad para recurrir —porque la sentencia rechazaba la demanda en su contra— no puede reprochársele consentimiento alguno con los hechos por fuera de la aceptación del fallo favorable. Empero, a poco que se observe el proceso con cuidado y como bien señala el auto que rechaza el recurso (fs. 39 último párrafo que continúa en fs. 39 vta.), la afirmación no pasa de ser un giro idiomático, de un único camarista. No obstante lo expresado en el punto 2 del voto del juez Centanaro, autor del giro, en los puntos 3 y 4 de ese voto (fs. 149/150) él mismo desarrolló en extenso las razones de hecho y de derecho por las que consideró responsable al doctor Macagno, cuestión que también fue suficientemente analizada en el voto del juez Eduardo A. Russo (fs. 145 vta./146), según ya se anticipó. Es que, como en otros puntos de su recurso se pudo ver, el recurrente dejó de vincular la supuesta omisión o, si se quiere, la audaz

afirmación crítica, con algún desmedro hacia su parte y su defensa. Si lo hubiera hecho, hubiera caído en cuenta acerca de que la afirmación no impidió tratamiento alguno sobre la cuestión de su responsabilidad.

6. Por lo demás, no conmueve al decisorio impugnado 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 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, como ha quedado señalado en los puntos precedentes, los recursos no pasan de ser la exposición de discrepancias —sin origen constitucional— con relación a la valoración de la prueba, la fijación de hechos y la interpretación de reglas de derecho común, infraconstitucionales, que establece la sentencia impugnada, con lo cual se torna inaplicable un remedio extraordinario, aun para la opinión hermenéutica más difundida sobre el motivo de *arbitrariedad*, acogida por mayoría en la jurisprudencia del TSJBA.

7. De acuerdo a lo expresado en los párrafos precedentes, la queja merece el rechazo porque el recurso de inconstitucionalidad que pretende sostener no involucra cuestión constitucional alguna. Vale la pena advertir, en virtud de cierta aclaración solicitada por el ministerio público fiscal en otra causa, que rechazar la queja significa básicamente, a mi juicio, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. La queja no es un recurso autónomo sino tan sólo un mecanismo —sin valor universal—, integrante de otro más genérico dispuesto para decidir la admisibilidad del recurso que ella intenta sostener, mecanismo que permite al tribunal verdaderamente competente para decidir el recurso determinar su admisibilidad por revocación de la decisión provisoria del *a quo*, tribunal que, según la ley procesal (existen leyes que no contienen este mecanismo, incluso en nuestro país), debe valorarlo en primer término. Es correcto afirmar que, en ocasiones, ese mecanismo, la queja en contra de la decisión provisional de inadmisibilidad del *a quo*, produce ciertos efectos, según la ley, que no conlleva el rechazo del recurso al que asiste: por ejemplo, como más notorio, la pérdida o la necesidad de devolución del depósito de dinero —tasa— que habilita a recurrir. Pero éste no es el caso aquí, debido a que no se exigió ese depósito, razón por la cual mi decisión y mis fundamentos equivalen al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, precisamente porque no se verifica cuestión alguna que implique para la sentencia una tacha de esa índole. Todo esto que explico es tanto o más fundado en aquellos tribunales que examinan la queja en conjunto con la cuestión de fondo en una única oportunidad, según sucede en el caso.

Las costas del recurso son atribuibles a la parte vencida.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, por compartir los fundamentos que lo sustentan.

2. El recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, por un lado, en cuestiones procesales que estimo correctamente tratadas en el voto del doctor Maier y, por otro, en la valoración de cuestiones de hecho, prueba y derecho común.

En tal sentido, la queja interpuesta padece de un defecto sustancial: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA])", expte. nº 3264/04, resolución del 23/5/2003). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a la afectación de los principios de defensa en juicio y debido proceso legal.

En efecto, la presentación efectuada por el recurrente se centra en cuestionar la decisión de la Cámara basada en la valoración de la conducta desplegada por el recurrente Macagno, en su carácter de jefe del equipo médico actuante, conducta que los jueces estimaron suficiente para configurar el supuesto atributivo de responsabilidad previsto en el art. 512, C.C.

Pero además, para arribar a la señalada conclusión, resultaron determinantes ciertas cuestiones de hecho que los jueces valoraron en conjunto, como lo son el estado de salud del actor durante los días posteriores a la intervención quirúrgica, el seguimiento médico efectuado y las condiciones en que fuera otorgada el alta médica al actor Vitelli.

No resulta un dato menor, dentro del cuadro presuncional que la sentencia de Cámara pone de manifiesto, el hecho de que la historia clínica del actor fuera perdida o sustraída del centro médico "Sanatorio Méndez". Esta circunstancia, que impidió efectivamente al demandante damnificado conocer la identidad del responsable del alta médica, tuvo —frente a la inexistencia de prueba atributiva de este hecho, por demás trascendente para el resultado del litigio— la virtualidad de encaminar la responsabilidad hacia el jefe del equipo quirúrgico y el médico tratante, los codemandados Macagno y Alascio.

La determinación de estas cuestiones y su ponderación dentro de la causa a resolver constituyen cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de las instancias de mérito y ajenas, por regla, al recurso de inconstitucionalidad que se intenta. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

3. En cuanto a los agravios referidos a la arbitrariedad de la sentencia, debo señalar que la sentencia, más allá de su acierto o error, efectúa una interpretación razonada de los hechos y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto y, por tanto, resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.).

Por lo demás, está claro que ambos médicos se encontraban en mejores condiciones que el actor para aportar elementos tendientes a establecer la verdad jurídica objetiva en razón de detentar la posición dominante o privilegiada respecto de los hechos relevantes de la causa (conf. Peyrano y Lépori, "Cargas Probatorias Dinámicas", obra colectiva, 2004). No obstante, no fue ésta la actitud de los aquí demandados, que se limitaron a negar su intervención en el alta médica del paciente. Frente a ello, la Cámara consideró que ante el supuesto de autoría anónima (por no poderse identificar cuál de los médicos fue responsable del alta) correspondía atribuir la responsabilidad al jefe del equipo médico y al médico tratante; y ello constituye una argumentación suficiente que encuentra apoyo en las obligaciones que pesan sobre los profesionales médicos en cuanto al cuidado y seguimiento de los pacientes.

4. Habida cuenta que los doctores Ruiz, Lozano y Casás han decidido abrir la presente queja, por los mismos motivos expuestos precedentemente —a los que me remito— me pronuncio por rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido, con costas a la recurrente vencida

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. Recurso de queja

1) El recurso directo fue presentado en tiempo y forma.

2) La Cámara a fs. 38/40 resume los argumentos del doctor Macagno.
En el apart. 5º la Sala II funda la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad por entender que "el recurrente, se limita a disentir con la interpretación efectuada en la sentencia de aspectos procesales (regidos por normas legales de naturaleza infraconstitucional)" y no rebate "la fundamentación que llevara a la solución propuesta en cuanto a su responsabilidad (...) que desmient[e] la supuesta necesidad u olvido respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva".

3) En el recurso directo (apart. 5º) el doctor Macagno contesta las afirmaciones de la Cámara. Dice que: "[e]n la resolución denegatoria de la vía, la Sala II sostuvo que no se hallaba acreditado el recaudo de procederse contra una resolución judicial que provocara expreso agravio a derechos y garantías contenidos en la C.N. y en la CCBA" (fs. 50 vta.). Sus dichos conforman una crítica adecuada y suficiente a la resolución recurrida

que no se hace cargo de su manifestación oportunamente deducida (fs. 15/30) de que la sentencia contiene "la intempestiva construcción de un razonamiento judicial que traduce una indebida restricción al derecho de defensa en juicio y al debido proceso judicial" (fs. 51).

De lo que ha quedado expuesto se sigue que la queja es procedente.

II. *Recurso de inconstitucionalidad*

Anticipo desde ya que el recurso de inconstitucionalidad no puede prosperar, como se verá más adelante.

1) El señor juez de trámite observa con acierto que el doctor Macagno no logra articular un caso constitucional y rechaza la queja.
Sin perjuicio de la solución que propicia mi colega, comparto los argumentos contenidos en los apart. 1º, párr. 2º ; 2., 3., 4. y 5. de su voto, toda vez que contribuyen a sostener mi decisión de rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

2) Dejo aclarado que solicité la remisión de la causa principal en virtud del modo en que la queja fuera planteada. La lectura cuidadosa de esas actuaciones demuestra que los agravios del doctor Macagno no configuran cuestión constitucional alguna.

3) En términos generales, el recurrente sostiene que la sentencia de la Sala II es "arbitraria", que quebranta las previsiones de los arts. 18, 19, 75, inc. 22 y 116, C.N., e insiste enfáticamente en la supuesta afectación al derecho de defensa y al debido proceso.

La clave de la construcción argumentativa del doctor Macagno es su mayor defecto y consiste en suponer que los límites de la controversia en el proceso quedaron definidos al tiempo de la interposición de la demanda.

Voy a partir de la secuela de contingencias ocurridas durante el juicio para demostrar el error en el que se pretende sustentar el recurso.

En primera instancia:

a) a fs. 42 y 69 se corrió traslado de la demanda al doctor Macagno;

b) a fs. 109 el doctor Macagno opuso excepciones de previo y especial pronunciamiento (prescripción y falta de legitimación para obrar art. 282, inc. 3º; lo que interrumpió el plazo para contestar la demanda;

c) a fs. 128/138 las excepciones fueron respondidas por el accionante;

d) a fs. 139 el juez resolvió diferir el tratamiento de las cuestiones involucradas en las excepciones y considerarlas junto con el fondo del asunto;

e) a fs. 172/193 el doctor Macagno contestó la demanda;

f) a fs. 859/867, al tiempo de dictarse sentencia no se hizo lugar a la demanda contra el doctor Macagno, lo que demuestra que las defensas que éste introdujera resultaron, el menos en esa etapa, eficientes para determinar el rechazo de la acción deducida contra él;

g) a fs. 890/896 el actor expresó agravios, y a fs. 905/914 la apelación fue respondida por el recurrente;

En segunda instancia:

a) la Cámara, en el contexto de los agravios expresados por las partes, revisó la causa, revocó parcialmente el decisorio de primera instancia y condenó al doctor Macagno (fs. 941/953);

b) el doctor Macagno interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue rechazado, lo que motiva la queja ante el Tribunal.

4) El detalle referido arriba exhibe que el recurrente tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa. La estrategia que eligiera lo llevó a desconocer primero su legitimación para estar en el juicio, que fue contestada por el accionante. Luego de conocer la respuesta del actor en la etapa de interposición y contestación de las excepciones, el doctor Macagno pudo disponer al contestar la demanda, de una nueva oportunidad para dar razones a favor de la postura que expusiera al oponer excepciones, y de ofrecer todas las pruebas que creyera necesario agregar. Es decir, y lo reitero, no hubo hasta aquí violación al derecho de defensa ni al debido proceso.

Otro tanto ocurre con la actuación de la Cámara. Al tiempo de tomar intervención la segunda instancia, el objeto de la controversia había quedado definido con la demanda, las excepciones y las contestaciones respectivas de cada una de las partes. No es, como equivocadamente afirma el recurrente, que la Cámara se excedió en las cuestiones sobre las que debía expedirse. Las manifestaciones tanto de la actora como las del doctor Macagno contenidas a fs. 49/66, 172/193, 109/112 y 128/138 integran el campo litigioso que, a partir de las apelaciones de las partes, estaban abiertas a la decisión de la segunda instancia, que las asumió y las resolvió con un criterio distinto del que había tenido el juez de primera instancia en cuanto a la responsabilidad del doctor Macagno.

Es necesario y oportuno subrayar que la circunstancia de que el recurrente era Jefe de Servicio fue mencionado en la demanda, y reconocido por el demandado, que acompaña prueba de que desempeñaba esa función al oponer excepciones, aspecto que la actora destaca a fs. 128/138. Asimismo, cuando contesta demanda el doctor Macagno, al tiempo que niega haber participado en la operación, expresa que en su carácter de Jefe de Servicio cumplió todas las obligaciones que le eran propias (fs. 72 y ss.).

Por tanto, que la Cámara tuviera en cuenta su condición de Jefe de Servicio y el marco de sus funciones, para finalmente atribuir la responsabilidad como Jefe de Servicio por las consecuencias dañosas que padece el accionante no importa ni arbitrariedad, ni extensión indebida de responsabilidad, ni que se fallara *ultra petita*, ni que se invirtiera el principio general de los efectos de la duda en la apreciación de la prueba, ni ninguno de los supuestos agravios del recurso de inconstitucionalidad.

Con apoyo en los argumentos expuestos en los apartados precedentes corresponde admitir la queja interpuesta por el doctor Macagno, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad, con costas al demandado.

Así voto.

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

1. Los recursos interpuestos por el codemandado Carlos Alberto Macagno demuestran que la sentencia impugnada, en cuanto extendió a su respecto la condena impuesta a OSCBA, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable a los hechos que el *a quo* dio por comprobados en la causa. En tales condiciones, corresponde admitir parcialmente la queja y analizar con ese alcance el recurso de inconstitucionalidad, pues se encuentra directamente comprometido el derecho de defensa del actor a quien la condena le impone una privación de su propiedad que no proviene de una "sentencia fundada en ley" como lo exige la Constitución Nacional (arts. 17 y 18 de la C.N.).

2. El recurrente se agravia por cuanto, para lo que ahora importa, el pronunciamiento impugnado, según sus propios términos, 'desplazó el objeto procesal definido en la demanda', y transformó un juicio instado para reparar daños supuestamente provocados por la mala praxis ocurrida en una cirugía en la que se le atribuye participación, para condenarlo en su carácter de Jefe de Cirugía del nosocomio, endilgándole responsabilidad por el alta otorgada al actor pese a que, según el demandado entiende acreditado en autos, esa medida no fue ordenada por él (fs. 19 y 21/3).

3. El codemandado Macagno denuncia que la sentencia cuestionada vulneró el principio de congruencia y que en ella se otorgó a la pretensión esgrimida en autos un alcance mayor al requerido en la demanda, en desmedro de su derecho de defensa.

En primer término, corresponde recordar que establecer la existencia y el alcance de las pretensiones de las partes es cuestión que incumbe privativamente a los jueces de la causa (*mutatis mutandis* doctrina *Fallos,* 295:548; 300:468; 301:449; 302:175, entre otros), los que pueden razonablemente considerar comprendidas en ellas no solamente los reclamos explícitamente formulados sino también aquellos que estén comprendidos conceptualmente dentro de esa formulación o pueden 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).

Ello sentado, el agravio enunciado fracasa porque no muestra que el *a quo* haya cambiado la causa en que se fundó el reclamo ni obstaculizado sensiblemente la posibilidad de rebatir o probar que su desempeño se había ajustado, en el caso, a las reglas del arte que gobiernan la intervención profesional a él requerida. Para los jueces de mérito, la demanda también le adjudica responsabilidad al recurrente en su carácter de Jefe del Servicio de cirugía por la deficiente atención dispensada durante el postoperatorio (fs. 863 de los autos principales). A ese respecto, el recurrente no explica por qué el alcance atribuido a la pretensión resultaría insostenible frente a una demanda que, por ejemplo, había postulado: "(...) Ningún integrante del equipo médico informó al suscripto o algún miembro de mi familia, acerca del

resultado de la intervención (...) al día siguiente (...) el estado de salud en nada había mejorado (...) según informó el cirujano de guardia (...) una pequeña arteria había quedado abierta, lo que ocasionó una hemorragia interna (...) Sin embargo, (...) el doctor Macagno, sin dar mayores explicaciones, informó que se había decidido no operar (...) durante toda mi estadía (...) jamás se realizaron pases de sala diarios y/o algún tipo de seguimiento acerca del estado del paciente (...) Sin duda podrá apreciar, la situación de total abandono en que quedé sumido durante mi estadía en el Sanatorio Municipal Julio Méndez, luego de la operación y como consecuencia de la negligente e irresponsable conducta profesional desplegada" (fs. 50 de los autos principales). Demanda que, además, al fundar en derecho el reclamo señaló que la mala praxis "(...) no está limitada a la negligencia o impericia puestas de manifiesto en el desarrollo de un acto médico determinado, como puede serlo una intervención quirúrgica, o un diagnóstico o posterior tratamiento erróneo, sino que es abarcativa de todas aquellas conductas desplegadas por el facultativo en ejercicio de su profesión y que ocasionan un daño en el paciente (...) En el caso de marras se practicó una intervención quirúrgica sin hacerse el seguimiento del post-operatorio en debida forma" para concluir que la "pretensión se plantea entablando esta acción contra los profesionales médicos nombrados, en virtud de los factores de atribución de responsabilidad definidos precedentemente, contra el Sanatorio Municipal doctor Julio Méndez y contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ex IMOS), que cubre la salud del personal que revista para el GCBA" (fs. 54 vta. y 55 vta./56 de los autos principales).

A ello se suma que, pese a la invocada afectación del derecho de defensa postulada por el recurrente, el agravio no concreta la identificación de las defensas de las que se habría visto privado ante lo que califica como un desplazamiento del objeto procesal. Tampoco se explica por qué esa indefensión debería resultar manifiesta cuando, el propio recurrente, al contestar demanda, relató cuál fue el contacto que tuvo con el paciente Vitelli y cómo cumplió las obligaciones que tenía a cargo como Jefe de Servicio remitiendo a las constancias que estimó apropiadas para corroborarlo (fs. 175/177 de los autos principales). Para el médico Macagno, según expuso en la oportunidad referida, el corolario lógico de su presentación permitiría advertir que como Jefe de Cirugía, según las pruebas que indica, adoptó las medidas preventivas necesarias para preservar la salud del paciente (fs. 186 de los autos principales). En línea con ello, al contestar los agravios esgrimidos por el actor contra la sentencia de primera instancia, Macagno sostuvo que con los elementos aportados a la causa "está más que suficientemente probado el cumplimiento durante el postoperatorio de todas las normas indicadas por la buena práctica, así como está probado que el doctor Macagno (...) cumplió las obligaciones que el cargo de jefe de servicio de cirugía le imponían en el postoperatorio" (fs. 909 de los autos principales).

Finalmente, en lo que a este tema atañe, cabe señalar que el fracaso de las críticas vinculadas con el alcance atribuido a la pretensión esgrimida en la demanda, conduce a asumir que el *a quo* rechazó implícitamente la defensa de falta de

legitimación articulada por el demandado Macagno, pues esa excepción pretendió desvincularlo como responsable de los daños provocados por una intervención quirúrgica que, en definitiva, no fue sindicada como la causa de los daños que motivaron la condena de autos. El recurso no indica cómo el análisis de la defensa de falta de legitimación podría haber modificado la sentencia que cuestiona. En realidad, esa excepción, reiteramos, estaba orientada a desvincular al médico Macagno del pleito porque no había participado de la cirugía a la que fue sometido el actor, y el recurso no muestra cómo esa defensa se conectaría con la sentencia que lo condena por su actuación como Jefe de Servicio. Ello así, la omisión que al respecto se imputa al pronunciamiento cuestionado tampoco muestra que exista vulneración del derecho de defensa del recurrente.

Por lo tanto, en este punto, corresponde rechazar la queja pues las garantías constitucionales invocadas por el recurrente (arts. 17 y 18 de la C.N.) carecen de relación directa con el pronunciamiento impugnado.

4. En cambio, los recursos progresan en relación con la decisión de condenar —junto con OSCBA— al médico Macagno, a quien se atribuye responsabilidad en la concesión "errónea o prematura" del alta que según el *a quo* provocó los daños que la sentencia ordena resarcir.

El pronunciamiento impugnado dejó en claro que "el hecho cuya relación causal (...) ha fundado la admisión de la demanda (...) es el alta médica otorgada al actor" y que el ámbito de decisión de la Alzada se circunscribía a establecer si a los médicos demandados les cabe alguna responsabilidad en ese hecho (fs. 12).

A partir de ello, el *a quo* señaló que "(...) conforme ha sido acreditado (...) el doctor Macagno se desempeñaba como Jefe del Servicio de Cirugía del Sanatorio Municipal 'Julio Méndez'. De acuerdo con ello y aún ante la ausencia de prueba fehaciente —merced al extravío de la historia clínica— respecto de la identidad de quien otorgó el alta médica al actor el día 26/5/1996, la conducta debida por ambos profesionales no puede sino juzgarse con mayor rigor, por cuanto se trataba (...) del Jefe de Servicio involucrado en la atención del paciente (...)" para agregar que la atribución de responsabilidad en cuestión no encontraba óbice en "el hecho de que el alta haya sido concedida un día inhábil (el 26/5/1996 fue domingo) y que (...) el Jefe del Servicio de Guardia de ese día también hubiese estado autorizado para otorgarla, por cuanto, más que para exculpar a los aquí demandados, dicha circunstancia podría fundar la responsabilidad del aludido Jefe de Guardia (...) En suma los profesionales demandados incumplieron con el indelegable deber de dirigir y *controlar* la evolución del paciente intervenido quirúrgicamente" (fs. 13).

Por su parte, en referencia al procedimiento seguido para otorgar el alta médica, la sentencia cuestionada tuvo por acreditado el mecanismo vigente dentro del Hospital Méndez al momento de los acontecimientos que nos ocupan, mediante las testimoniales rendidas por los médicos Cimino y Losada. La sentencia encuentra que las declaraciones son contestes en señalar que, el alta la daba, habitualmente, el médico tratante con la supervisión o con consenso del Jefe de Servicio, aunque cuando los médicos de planta no están en servicio (días sábados, domingos y feriados) podía

otorgarla el Jefe de Guardia. Además, la sentencia asume como veraces los dichos del testigo Cimino referidos a que en días inhábiles "muchas veces sucede que el mismo paciente solicita en oficinas administrativas ser dado de alta y se produce sin conocimiento de ningún jefe médico del sanatorio" (fs. 12 vta.).

A su turno, en la demanda no se identifica al profesional que habría concedido el alta al señor Vitelli, pero el escrito coincide en indicar que la salida del Hospital se concretó el domingo 26/5/1996 (fs. 50 vta. de los autos principales).

5. La sentencia cuestionada, según la línea argumental allí desarrollada, califica como negligente el obrar de Macagno en su carácter de Jefe de Servicio de Cirugía, y por eso le impone la obligación de resarcir los daños ocasionados por el alta prematura. En el plano teórico, por lo menos, el pronunciamiento no viene a desconocer la regla, pacífica y unánime en la materia, según la cual para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse que ellos han existido y que son consecuencia de un obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción (*Fallos* 310:2467 y 315:2397, entre muchos otros). Esta regla, para lo que ahora importa, supone que la causa del daño debe poder serle atribuida a quien se condena a reparar los perjuicios reclamados. Para el supuesto de autos, entonces, el alta debe poder serle imputada al recurrente para justificar la extensión de la condena a su respecto; condena que, vale recordar, quedó firme en relación con la OSCBA contra quien también se entabló este juicio. Lo dirimente será, entonces, establecer si aquello que la Cámara identificó como obrar negligente encuentra apoyo, por un lado, en la prueba que ella tomó en cuenta y, por otro, en la normativa aplicable, de cuya sumatoria deben surgir la exigibilidad de los deberes que se estimaron incumplidos y su efectiva omisión.

La transcripción hecha en el punto anterior muestra que la Cámara no consideró acreditado que el recurrente fuera quien emitió la orden de alta. En realidad, el fallo reconoce que en autos no quedó —merced al extravío de la historia clínica— acreditada la identidad del profesional que la habría otorgado. Además, también considera probado que el paciente abandonó el Hospital un domingo, día en que según los hechos que el *a quo* dio por probados, los médicos de planta, entre los que considera incluido a Macagno, están fuera del servicio (fs. 12 vta.).

Pese a ello, la sentencia estimó que el control de la evolución del paciente que correspondía a Macagno, como Jefe del servicio de cirugía, permite atribuirle responsabilidad por la externación prematura del paciente (fs. 13). Es evidente, entonces, que no le fue imputado el acto material de haber emitido la orden que concedió el alta al paciente Vitelli. También lo es, según el pronunciamiento, que el alta fue dada un día domingo —en el que según las testimoniales invocadas por la sentencia es el Jefe de Guardia, como regla, el que decide las altas— aunque esa circunstancia, a criterio del *a quo,* "(...) más que para exculpar a los aquí demandados (...) podría fundar la responsabilidad del aludido Jefe de Guardia" (fs. 12/13). Ello implica que a Macagno se lo condenó con apoyo en la existencia de un deber que le impondría, en un supuesto como el que nos ocupa, responder tanto por una omisión propia, como por el obrar de un tercero. En otras palabras,

la responsabilidad resultaría de no haber desplegado conductas positivas para evitar el alta sin que el nexo causal, que liga esa omisión con los daños, pueda ser interrumpido por actos cumplidos por otros profesionales a quienes también se les reconoció potestad para conceder altas.

La conclusión a la que arribó el *a quo* no identifica cuál sería la fuente de su deber de evitar un alta acordada por el Jefe de Guardia o, eventualmente, la salida sin alta de un paciente en día domingo, o, finalmente, el deber de revertir una salida de un paciente en cualquiera de los supuestos anteriores. Ello, en tren de nombrar modalidades que podría asumir el control exigido en la sentencia impugnada que, a pesar de la amplitud que tiene la acción de controlar, no explicó cuáles eran las conductas disponibles por su cargo y, sin embargo, omitidas por Macagno. Por su parte, aun cuando pudiera extraerse alguna regla de los códigos de ética que a este efecto cita el fallo, ello, en el mejor de los casos, demostraría inconsistencias dentro del sistema de organización del Hospital Méndez que no fue cuestionado en autos, y cuyo diseño no aparece razonadamente imputado al recurrente.

En tales condiciones, la sentencia impugnada buscó construir un supuesto de responsabilidad al cual le falta un sostén indispensable. A este respecto, el pronunciamiento remite al ámbito de la responsabilidad subjetiva (art. 512 del CC, fs. 13) —extremo que cualquiera fuera su acierto no está discutido—, pero luego no aporta ningún contenido que, acorde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar en juego, permita establecer cuáles fueron los deberes de control concretamente incumplidos.

6. A lo largo del pleito el demandado ha sostenido que las obligaciones propias del cargo que ostentaba al momento de los hechos ventilados en autos no podían comprometer su responsabilidad por el alta concedida un día domingo. En particular señaló que "(...) el paciente había cursado una complicación consistente en una hemorragia post-operatoria de las que se pueden presentar en la cirugía de vesícula, pero estaba compensado, prueba de lo que afirmo es que no fue necesario hacerle ninguna transfusión durante su internación" (remite a las constancias del Libro del Servicio de hemoterapia) también agregó que "Frente al cuadro que presentaba el paciente (...) dejé instrucciones comunicándome a ese fin con la División de Medicina y Cirugía de Urgencia (Guardia del Hospital) para que durante el día y la noche del viernes y el fin de semana se controlara a Vitelli porque se trataba de un paciente que había padecido una descompensación, circunstancia que obligaba a tenerlo en observación bajo control de los elencos de cirugía y medicina de urgencia compuesto por una guardia integral de aproximadamente 20 componentes". Luego indicó que "(...) el paciente tenía trazado por el profesional que lo atendía, el doctor Alascio, el plan de hidratación, suero, antibióticos, y otros controles perfectamente programado" y que "El paciente Vitelli se fue de alta el día domingo por la mañana cuando (...) había quedado bajo control de la guardia y servicio de medicina de urgencia, que contaba con capacitación suficiente y atribuciones internas para decidir conductas terapéuticas, médica o quirúrgicas, internaciones y altas, por encima aún de la autoridad del jefe de servicio, cuyas atribuciones tanto

administrativas como médicas no eran de vigencia los días sábados y domingos". El codemandado Macagno también recalcó que "El libro de Control de Enfermería donde se asentaban las condiciones del paciente y las indicaciones que los médicos hacían respecto a prescripciones de farmacia, control de temperatura, control de suero y estado del paciente, consigna la descompensación del paciente los días 21, 22 y 23 de mayo y su estado compensado los días 24 y 25 consignando los días 24 y 25 *'...paciente descansa tranquilo...',* consta que se le retiran los sueros y consta la *administración durante los seis días de internación, de antibióticos* (...)" y que el médico que revisó al paciente Vitelli en su domicilio "(...) le indicó un antibiótico sin duda suponiendo que el cuadro clínico podía tratarse de una infección (...) y no una hemorragia activa pues de otro modo le habría internado inmediatamente". Finalmente, en relación con el alta otorgada el domingo, indica que la "(...) atribución que quizás ejerció la guardia fue alentada por el estado de tranquilidad y de estado compensado que presentaba el paciente según surge de la documentación existente en el hospital" (fs. 175 vta./176, 178 y 186 y vta.). En tal sentido, puede verse que el día previo al alta, según surge del libro de enfermería, se describe la situación de Vitelli como un paciente que "deambula", "descansa tranquilo" y está "controlado" (fs. 484 vta., 487 y 488 vta.).

Frente a todo ello, era imprescindible que el *a quo* identificara cuál sería el "indelegable" deber de control atribuido a Macagno por la sentencia impugnada para apoyar la condena (fs. 13). Dentro del sistema de funcionamiento del hospital que la sentencia describe como vigente al momento de los hechos que motivan este pleito, el *a quo* no precisa por qué el Jefe de Servicio de Cirugía tendría alguna potestad sobre lo que decidiera el Jefe de Guardia, profesional este último al que la sentencia identifica como probable autor del alta reprochada (fs. 13). Tampoco cuáles hubieran sido las acciones positivas que habría podido llevar a cabo el médico Macagno para evitarla o revocarla y revertirla, y menos aún que esas hipotéticas acciones estuvieran comprendidas dentro del catálogo de obligaciones propias de su cargo. Además, el pronunciamiento nada dice en relación con la evolución que, según el libro de enfermería (*supra* transcripto), registraba Vitelli el día domingo en que abandonó el Hospital. Tampoco concilia la exigencia de control reclamada, con las afirmaciones que el apelante apoya en las constancias del mencionado libro, relativas al estado del paciente al día en que Macagno tuvo el último contacto previo al alta, ni con la compatibilidad de ese supuesto cuadro con la recuperación que habitualmente registran cirugías laparoscópicas de vías biliares.

Estas cuestiones, todas conducentes para evaluar cómo ejercieron los médicos el control sobre el paciente y para, a su vez, determinar la injerencia que tuvieron o debieron tener en relación con el alta del señor Vitelli, fueron soslayadas en la sentencia impugnada. En ella, según ya quedó dicho, también falta una valoración del sistema de organización del Hospital para apoyar la conclusión del fallo, según la cual, el Jefe de Servicio de Cirugía tiene responsabilidades de conducción sobre el servicio de guardia y su Jefe.

Esas omisiones impiden, bajo los argumentos brindados por el *a quo*, extender la condena de autos en relación con el médico Macagno porque, según fuera adelantado, la sentencia no constituye una aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias que los jueces de mérito tuvieron por comprobadas. Establecido el defecto de fundamentación que padece la sentencia cuestionada, y toda vez que la solución final del caso remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la competencia de este Tribunal en la vía intentada, corresponde ordenar que jueces distintos dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

7. Aunque lo dicho torna innecesario analizar el resto de los agravios del recurrente, cabe señalar que el modo en que el *a quo* estableció cuáles eran las cuestiones que habían quedado firmes para, a su vez, definir "los términos en que ha quedado trabada la controversia" en esa instancia soslaya que, según tiene dicho la CSJN, "[a]l estarle vedado al vencedor apelar los fundamentos del fallo que lo favorece, puede en la alzada plantear los argumentos o defensas desechados en la instancia anterior, para lo cual es oportunidad idónea aquélla en que se contestan los agravios del vencido, ya que si no se admitiera esa doctrina, el triunfo en primera instancia cercenaría la defensa del ganador, imposibilitado, en el caso, de apelar de los fundamentos de la sentencia que lo beneficia" (*Fallos,* 321:328). En este punto, para evitar equívocos, basta señalar que el recurrente al contestar los agravios que la parte actora esgrimió contra la sentencia de primera instancia, reeditó las defensas ensayadas al contestar demanda (fs. 905/914 de los autos principales).

En consecuencia, por las razones dadas, oído el señor Fiscal General Adjunto, votamos por hacer lugar parcialmente a la queja así como al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada en cuanto fue motivo de agravio y remitir las actuaciones a la Cámara, para que jueces distintos de los que intervinieron en autos, dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. Costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja y *rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteados por el señor Carlos Macagno, con costas.

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.*

CCLIX

"PASSARELLI, ARIEL OSCAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PASSARELLI, ARIEL OSCAR C/GCBA–SECRETARÍA DE EDUCACIÓN S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. DOCENTE: Transferencia de servicios educativos a la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. Es improcedente el recurso de inconstitucionalidad que no logra exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley local 402, y sólo efectúa alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja cuando en él se reeditan los argumentos expuestos en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, sin que en ninguna de esas ocasiones se logre desvirtuar lo afirmado por las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, en el sentido de que los elementos obrantes en la causa resultaban insuficientes y carentes de parámetros objetivos que permitieran proceder a la comparación y a la determinación de si efectivamente se le abonaba por menos horas cátedra semanales que aquellas que correspondían. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. En el marco de una interpretación amplia de un eventual motivo de arbitrariedad, los recursos extraordinarios, tales como el de inconstitucionalidad en el orden local, no importan una nueva instancia de mérito, reservada sólo para el litigio en primera y segunda instancia, esto es, no constituyen una tercera instancia de revisión amplia de la sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El recurso de queja no puede prosperar si no demuestra que el recurso de inconstitucionalidad remite a la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales vinculadas de modo directo con la solución del pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El recurso de queja no puede prosperar si no se demuestra que el modo en que el a quo interpretó la pretensión formulada en la demanda se aparta de los términos utilizados al esgrimirla, ni del desarrollo que las partes dieron al debate ni, finalmente, de las pruebas que ellas produjeron para lograr el reconocimiento de las posturas que cada una sustentó a lo largo del pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. A los efectos de la admisibilidad del recurso de queja, el recurrente debió explicar por qué su pretensión original podría leerse como un pedido orientado a subsanar la diferencia de trato que recibe, como docente transferido, frente a la mejor remuneración percibida por el personal histórico que presta iguales servicios, en desmedro del invocado régimen de equiparación consagrado por la ley 24.049

y su reglamentación, carga cuyo cumplimiento resultaba indispensable porque las instancias de grado nunca estimaron que el juicio, conforme la prueba y el debate producido, haya estado orientado en el sentido que ahora pretende el recurrente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5551/07 - 19/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Relatado el caso en aquello que interesa a los fines de esta queja, el señor Ariel Oscar Passarelli —actualmente fallecido (fs. 58 y fs. 64/65)— promovió demanda contra el GCBA (en adelante: GCBA) a fin de que, entre otras cuestiones, le sean abonadas nueve (9) horas cátedra semanales que, según afirmó, le adeudaba la demandada por su desempeño como Maestro de Enseñanza Práctica con funciones en la Escuela Técnica Nº 14, llamada "Libertad". Él afirmó que, como consecuencia de la transferencia de los servicios educativos del ámbito nacional a la esfera del GCBA —por aplicación de la ley nacional 24.049—, comenzó a percibir un haber correspondiente al desempeño de quince (15) horas cátedra semanales, a pesar de que, en los hechos, prestaba servicios por veinticuatro (24) horas semanales; agregó que las diferencias salariales eran debidas desde el 1º/3/1992 hasta el presente, con más los intereses respectivos (ver punto l del relato del pronunciamiento de fs. 21/27 vta.).

2. El juez de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el actor, con costas a dicha parte (fs. 1/3 vta.). La sentencia sustentó el rechazo en que el actor no había acreditado que, luego de la transferencia de las escuelas nacionales al ámbito de esta Ciudad, en virtud de la ley nacional 24.049, le fuera abonado el equivalente a quince horas cátedra semanales, en lugar del equivalente a veinticuatro horas cátedra semanales, prueba que consideró relevante frente a la clara voluntad del legislador en el sentido de que el personal transferido no viera disminuida su retribución y fuera equiparado a la escala salarial de la jurisdicción de destino.

3. Contra dicho pronunciamiento se alzó el actor (fs. 4/9 vta.) y contestados los agravios por el GCBA (fs. 10/19), la Sala ll de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó —en lo que aquí importa— el pronunciamiento recurrido, en cuanto rechazó la demanda referida al reclamo de las diferencias salariales que surgiría de la "equiparación e integración de salarios" por la transferencia de las escuelas nacionales al ámbito de esta Ciudad en virtud de la ley 24.049. La sentencia de segunda instancia fundó su decisión en el hecho de que el actor no había logrado acreditar con la prueba producida que efectivamente había percibido un salario por 15 horas cátedra semanales —como afirmó en su demanda— en lugar de uno correspondiente a 24 horas cátedra semanales.

4. Frente al rechazo de la apelación intentada, el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 28/35). El recurso centró sus agravios en la afirmación de que la sentencia recurrida: *a)* no aplicaba las normas que regían la materia, omisión que vulneraba preceptos elementales consagrados en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, tales como la igualdad ante la ley, igual remuneración por igual tarea y derecho a una retribución justa; *b)* por una cuestión "semántica" no hizo lugar al reclamo, en tanto "...sólo se detiene en los términos ('24 horas cátedra', '15 horas cátedra') olvidando que más arriba en su sentencia transcribe que dichas 24 horas corresponde al índice salarial de 753 puntos (M.E.P. transferidos) mientras que a un M.E.P. 'histórico' le corresponde un índice salarial de 705 puntos por sólo 15 horas 'cátedra'" (fs. 31). El texto del recurso agregó que la desproporción "...surge de las propias normas (...) Ninguna prueba de la ya producida en autos correspondía realizar, sólo que el Tribunal de Alzada debió aplicar las normas que rigen la materia..." (fs. 31 vta.); *c)* soslayó el dictado del dec. 1567/04 que importó un reconocimiento claro, expreso e indubitable del pago de distinta remuneración a los docentes históricos y transferidos y la situación de inequidad que ello conlleva , según el voto de la jueza Ana María Conde en los autos "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, de fecha 3/11/2004, al que se remite.

5. Contestado el traslado conferido del recurso de inconstitucionalidad articulado por el actor por el GCBA (fs. 36/37 vta.), la Cámara de Apelaciones lo declaró inadmisible (fs. 39/40) por considerar que no se concretaba la construcción y configuración de un auténtico caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley local 402.

6. Ante tal declaración, el actor interpuso la queja correspondiente (fs. 41/46 vta.). En ella, además de reiterar los fundamentos expuestos en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, argumentó que mal podía alegarse que no se hubiese logrado demostrar la configuración de una cuestión constitucional, "...cuando se ha especificado pormenorizadamente que se han vulnerado preceptos elementales de ambas constituciones, consagradas en los arts. 14 bis. y 43 de las mismas, tales 'igual remuneración por igual tarea' y 'derecho a una retribución justa' como así también de 'igualdad ante la ley', establecida en el art. 16 y art. 11 de la Carta Magna Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respectivamente...". Tanto la sentencia de primera instancia como la dictada por la Cámara, continuó, "...vulneran los elementales preceptos constitucionales ya aludidos...", circunstancia que podía ser corroborada con lo dicho en el capítulo "Antecedentes" de la queja presentada. Destacó, por otra parte, que "...se tiene probado que el accionante se desempeña como *maestro de enseñanza práctica* y que ha sido transferido conforme ley 24.049 de la jurisdicción nacional al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, se tiene probado que labora 24 horas cátedra semanales y también se acreditó que coeficiente horario es de

753 puntos. Surge también que el Maestro de Enseñanza práctica Histórico que pertenecía ya a la ciudad, tiene una carga horaria semanal de 15 horas. Siendo su coeficiente horario de 705 puntos. Consecuentemente, resulta que se configura ante situaciones iguales diferentes salarios, evidenciándose con ello la vulneración de los principios constitucionales ya mentados"; y que "...El art. 43 última parte de la Constitución de la Ciudad establece claramente (...) que el tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo./ Si consideramos el principio 'in dubio pro operario', surge asimismo evidente el agravio de orden constitucional producido con el rechazo de la demanda en estos autos..." (fs. 45 vta.). Por último, tilda a los pronunciamientos cuestionados de arbitrarios en tanto no satisfacen la regla de razonabilidad.

7. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 54/56).

8. Denunciado el fallecimiento del actor por quien fuera su cónyuge, se dejó sin efecto el llamado de autos al acuerdo hasta tanto se apersonase al proceso alguien que represente a la sucesión del causante (fs. 58/61 y providencia de fs. 62). En cumplimiento de aquello que fue requerido por el Tribunal, se presentó Gabriela Inés Botella, como administradora provisional de los bienes del sucesorio (fs. 64/66).

9. Luego, por encontrarse involucrados los derechos de los menores Franco y Lara Passarelli, las actuaciones fueron remitidas a la Asesoría General Tutelar (fs. 67). Contestada la vista por la Asesora General Tutelar, considera que debe hacerse lugar a la queja y abrir el pertinente recurso de inconstitucionalidad "...a los efectos de analizar y reconsiderar el punto 1) de la sentencia de Cámara recurrida./ Así lo pido en ejercicio de la representación subsidiaria por la cual intervengo, respecto de los derechos que pudieren corresponderle a los niños involucrados en la causa" (fs. 68/70).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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

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

En efecto, el actor no logra conectar los agravios 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 23/5/2003, antes citado). Es decir, el recurso no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley local 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional.

Ciertamente, tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja sólo se invocan, de forma genérica, la violación de derechos y principios de raigambre constitucional —derecho de igualdad ante la ley, de igual remuneración por igual tarea y derecho a una retribución justa— pero, insisto, no se establece la adecuada correspondencia entre la afectación que se aduce y el contenido de la sentencia recurrida. Piénsese sólo que, con prescindencia de la cita genérica sobre la *retribución justa*, los demás derechos constitucionales invocados presentan un estándar comparativo que debió ser verificado en el proceso. Incluso el fracaso de la acción intentada se vincula, en las dos sentencias de mérito al fracaso de esa verificación procesal. Ello equivale a decir que los recursos no alcanzan a exponer una cuestión constitucional fundada y referida al caso.

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

2. El actor se limita —fundamentalmente— a reeditar, en la queja, los argumentos que expusiera en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Pero en ninguna de esas ocasiones logra desvirtuar lo afirmado por las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, en el sentido de que los elementos obrantes en la causa resultaban insuficientes y carentes de parámetros objetivos que permitieran proceder a la comparación y a la determinación de si efectivamente se le abonaba por menos horas cátedra semanales que aquellas que correspondían.

Tampoco, en este punto, logra hacerlo la Asesora General Tutelar, pues señala que "...esa diferencia salarial *parece* existir [resaltado nuestro], aún más allá de la prueba que se haya arrimado a la causa, toda vez que las escalas salariales que se aplican a 'transferidos' e 'históricos' depende de lo que surge de las respectivas normativas aplicables y no de la voluntad de los educadores...", por lo que a su criterio "...el reclamo del actor *parece* [ibídem] surgir como una cuestión de puro derecho..." (fs. 69); como se observa, aun en palabras de quien defiende la tesis, se

trata de una cuestión valorativa y de hecho, pues lo apuntado no dista de constituir un mero "parecer" y a expresar eventual disconformidad con lo decidido, pese a que la carga probatoria y argumental recae sobre quien demanda.

La cuestión no versa sobre si a los docentes "transferidos" les corresponde percibir igual suma que la que perciben los "históricos". No caben dudas sobre ello. Lo que estuvo en discusión aquí es si efectivamente se le abonaba al actor un salario por 15 horas cátedra semanales, en lugar de uno por 24 horas cátedra semanales, según él invoca. Y lo cierto es que el actor, en este aspecto, tampoco alcanzó a verificar la situación de discriminación que afirmó en la demanda, al formular el reclamo, pues no acreditó que se le abonaba un salario disminuido o disminuido respecto de otros que realizaban la misma tarea. Esta circunstancia, por lo demás, queda fuera del ámbito de revisión del TSJBA según el recurso intentado, pues su competencia es extraordinaria y no se extiende a cuestiones de hecho y prueba, ni a la interpretación de reglas comunes (infraconstitucionales) que puedan dirimir el asunto, esto es, el recurso interpuesto no habilita una tercera instancia de mérito ni la competencia del TSJBA abarca supuestos errores judiciales de este tipo.

3. Por lo demás, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia —ley nacional 24.049; ley local 471; dec. 1203/93, y ordenanzas nº 40.593 y nº 44.874— constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia cuya interpretación —como se dijo— no comprende el recurso interpuesto ni es constitutiva de la competencia del Tribunal mientras la validez de esas reglas no sea cuestionada por razones constitucionales (hipótesis que no se verifica en la especie), más allá del acierto o desacierto de su interpretación según los puntos de vista de los diversos intérpretes. El recurso de inconstitucionalidad —reitero— no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre cuestiones de hecho y prueba ni sobre derecho común cuya valoración resulta propia de los jueces de la causa.

En este sentido, las consideraciones que formula el actor sólo dejan traslucir su discrepancia con la interpretación de los hechos efectuada por la Cámara (si efectivamente percibía un salario por 15 horas cátedra semanales, en vez de uno por 24 horas cátedra semanales), las constancias de la causa (recibos de sueldo e informes producidos en autos) y la normativa aplicable (ley nacional 24.049; ley local 471; dec. 1203/93, y ordenanzas nº 40.593 y nº 44.874) para confirmar el pronunciamiento del juez de primera instancia que —en lo que aquí interesa— rechazó la demanda interpuesta por el actor. Todas estas cuestiones, como se vio, resultan —por principio— ajenas a esta instancia extraordinaria.

4. Para el hipotético caso de que se entendiera —en el mejor de los supuestos para el recurrente— que él pretendió —en la queja— tachar de arbitraria la sentencia apelada; lo cierto es que tampoco esta objeción podría prosperar.

He señalado múltiplemente, con recurrencia y énfasis crecientes, que sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo que *no* autoriza el recurso de inconstitucionalidad (conf., por todos, "Compañía Meca

S.A. c/DGR [resol. 429 DGR/2000] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2630/03 y sus acumulados exptes. nº 2538/03 y nº 2585/03, resolución del 12/8/2004, y sus citas, que explica con extensos fundamentos esta situación; también 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). Como manifesté ya en otras ocasiones "la mera discrepancia del recurrente con el fallo impugnado no es un elemento para rechazar el recurso, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente (...). Al requisito señalado deben sumarse otros: la interposición en tiempo oportuno y la introducción de un caso constitucional" (conf. "Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y su acumulado expte. nº 2578 "GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" ambos en: "Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]", expte. nº 2567/03, resolución de 20/4/2004).

Mas, aún con la interpretación amplia de un eventual motivo de *arbitrariedad*, según lo sostiene la mayoría del Tribunal, los recursos extraordinarios, tales como el de inconstitucionalidad en el orden local, no importan una nueva instancia de mérito, reservada sólo para el litigio en primera y segunda instancia, esto es, no constituyen una tercera instancia de revisión amplia de la sentencia definitiva. Por lo contrario, se trata de una vía excepcional, para detectar errores básicos en la administración de justicia y, en nuestro caso, la lesión efectiva de una regla constitucional, supraordinada a aquellas que fueron aplicadas en la solución del litigio. Es precisamente por esta razón que queda a cargo del recurrente la demostración y verificación de ese error básico, hipótesis no comprobada en la ocasión.

Y, en este caso, el actor omite hacerlo. Tan sólo se limita a citar doctrina que alude —remitiéndose a la sentada por la Corte Suprema respecto del recurso extraordinario— a la regla de razonabilidad que debe primar en las decisiones judiciales y a los supuestos en que corresponde la apertura de la vía extraordinaria, aun frente a cuestiones que sean de hecho, de prueba, o de derecho común, cita que, por cierto, es insuficiente para considerar inválida la sentencia recurrida.

Ella, más allá de su acierto o error —vuelvo a insistir—, efectúa una interpretación razonada de los hechos, de la prueba aportada y del derecho que juzgó aplicable al caso concreto (ley nacional 24.049; ley local 471; dec. 1203/93, y ordenanzas nº 40.593 y nº 44.874), ámbito en el cual es soberana, y, por tanto, resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto ha indicado que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara, no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitu-

cionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.). Por lo contrario, las dos sentencias de las instancias de mérito aparecen con fundamentos suficientes y no representan tan sólo la mera expresión subjetiva de los jueces que dictaron las sentencias frente al caso.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 41/46 vta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Si bien el recurso de queja interpuesto por la parte actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no efectúa una crítica concreta y desarrollada del auto denegatorio; es decir, la queja no resulta ser una impugnación autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad. Tal situación tiene dos efectos, *i)* determina la improcedencia de la queja y, por lo tanto, *ii)* impide abrir la competencia del Tribunal para examinar los agravios del recurso denegado.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada a fs. 41/46 no puede prosperar en tanto, esa presentación directa, no demuestra que el recurso de inconstitucionalidad remita a la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales vinculadas de modo directo con la solución del pleito.

2. La parte actora postula que la sentencia de fondo vulneró diversos preceptos constitucionales (vgr. 11 y 43 de la CCBA y 14 bis y 16 de la C.N.). Ello así, según explica, por cuanto la Sala II, luego de hacer referencia a precedentes en los que habría reconocido la clara desigualdad salarial que se registra entre los Maestros de Enseñanza Práctica "transferidos" y los Maestros de Educación Práctica "históricos", sin embargo, denegó la equiparación reclamada, por entender que la pretensión original esgrimida en la demanda no buscó subsanar esa diferencia sino, antes bien, persiguió "(...) que la demandada le abone las horas por las cuales efectivamente le presta servicios —24 horas cátedra semanales en lugar de 15 horas cátedra semanales como alega en su demanda— (...)" (fs. 23). En relación con esto último, el *a quo* dijo que "(...) la prueba producida en esta causa resulta insuficiente a fin de considerar si el actor efectivamente percibió un salario por 15 horas cátedra semanales como afirma en su demanda, o por 24 horas cátedra semanales como alega haber trabajado el denunciante" (fs. 23).

A criterio del recurrente los jueces de mérito a partir de una cuestión "semántica" o "terminológica" resolvieron rechazar la demanda en desmedro de la garantía de igualdad y de igual remuneración por igual tarea (fs. 31 y fs. 44 vta./45).

3. En tal contexto, corresponde recordar que establecer la existencia y el alcance de las pretensiones de las partes es cuestión que incumbe privativamente a los jueces de la causa (*mutatis mutandis* doctrina *Fallos,* 295:548; 300:468; 301:449;

302:175, entre otros), los que pueden razonablemente considerar comprendidas en ellas no solamente los reclamos explícitamente formulados sino también aquellos que estén comprendidos conceptualmente dentro de esa formulación o pueden derivarse de ella mediante un mecanismo reflexivo previsible para quien tiene derecho a defenderse de ellas (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).

El recurrente no logra demostrar que el modo en que el *a quo* interpretó la pretensión formulada en la demanda se aparta de los términos utilizados al esgrimirla, ni del desarrollo que las partes dieron al debate ni, finalmente, de las pruebas que ellas produjeron para lograr el reconocimiento de las posturas que cada una sustentó a lo largo del pleito.

En efecto, el escrito de demanda consigna que el actor "(...) percibía el haber correspondiente a 24 horas cátedra semanales y que por situaciones contables que (...) desconoce percibe el equivalente de un haber de 15 horas cátedra semanales (...) desde que ingresó bajo el régimen de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir que se produce una quita en su haber mensual equivalente a 9 horas cátedra semanales las cuales las trabajo y no son abonadas" (*sic*) (...) en virtud de ello es que esta parte viene a peticionar que se ordene (...) a la demandada abonar las diferencias salariales que surjan de la pericia contable que se realizará en las presentes actuaciones (...)" (fs. 1 vta./2 de los autos principales).

A su turno, los jueces de mérito consideraron que la prueba ofrecida acredita que la remuneración del actor se liquida en función del cargo que detenta y no de horas cátedra (fs. 23, e informe de la Dirección de Relaciones Laborales del GCBA agregado a fs. 187 de los autos principales). También estimaron que no se habían probado "(...) los extremos necesarios para la viabilidad de su reclamo, resultando la prueba insuficiente y carente de parámetros objetivos a fin de proceder a la comparación y a la determinación de si efectivamente se le abona por 15 horas cátedra semanales como invoca el actor o por 24 horas cátedra semanales" (fs. 24). En este sentido, se dijo que las constancias aportadas a la causa demuestran que el haber del actor se liquidó antes y después del traspaso en función del código 5029, así como que siempre cumplió una carga horaria de 24 horas semanales. Sin embargo, esos datos, a criterio del *a quo*, no permiten constatar que el actor registrara, luego del traspaso, una merma salarial originada en la falta de pago del total de horas efectivamente trabajadas o en el trato dispensado en función de su condición de docente transferido (fs. 23 vta.).

4. En tales condiciones, el recurrente debió explicar por qué su pretensión original podría leerse como un pedido orientado a subsanar la diferencia de trato que recibe, como docente transferido, frente a la mejor remuneración percibida por el personal histórico que presta iguales servicios, en desmedro del invocado régimen de equiparación consagrado por la ley 24.049 y su reglamentación. El cumplimiento de esa carga resultaba indispensable porque, según quedó expuesto, las instancias

de grado nunca estimaron que el juicio, conforme la prueba y el debate producido, haya estado orientado en el sentido que ahora pretende el recurrente.

Además aún asumiendo, por hipótesis, que el actor en su demanda articuló la pretensión que los jueces de mérito no consideraron formulada, el recurso todavía debería señalar por qué podría ser aprovechada, en este pleito, la prueba que la Sala II refiere como incorporada a los precedentes que menciona, pero ausente en autos (vgr. tabla comparativa confeccionada por la Dirección del Área Educación Media y Técnica de la Secretaría del GCBA). Menos aún justifica que a su respecto haya existido posibilidad de defensa de la parte demandada o debate alguno en torno a las consecuencias que ella produciría en relación con la situación del actor.

En el marco expuesto, las garantías constitucionales invocadas por el recurrente carecen de relación directa con el pronunciamiento impugnado. Los agravios esgrimidos, en realidad, encubren un planteo de arbitrariedad contra la sentencia que, más allá de su acierto o error, encuentra sustento en cuestiones procesales, de hecho y prueba ajenas a la competencia de este Tribunal en la vía intentada.

Por ello, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja articulada a fs. 41/46.

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

Compartimos la solución que propicia el voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora en tanto no se ha logrado delinear un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA que habilite esta instancia de excepción.

En efecto, el agravio esgrimido por la quejosa —relacionado con el rechazo de su pretensión de cobro de diferencias salariales correspondientes a 9 horas cátedra que le habrían dejado de ser abonadas a partir de su transferencia al ámbito de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires— sólo trasunta una discrepancia con la determinación del alcance de las pretensiones efectuada por el *a quo* y con la interpretación brindada sobre aspectos de hecho y prueba, así como de las diversas normas infraconstitucionales involucradas en el *sub examine* (ley 24.049; dec. 1203/93 y ordenanzas nºs 40.593 y 44.874).

Así las cosas, más allá del acierto o error de lo decidido, los planteos propuestos ante este Estrado remiten a la consideración de cuestiones propias de los jueces de la causa; circunstancia que sella la suerte adversa del recurso.

Así lo votamos.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja de la sucesión del señor Ariel Oscar Passarelli.

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.*

CCLX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GALLI, ANDREA CAROLINA Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Principio de congruencia. Principio de indemnidad. Principio protectorio. Pronunciamiento *extra petitia*. Principio de *iura novit curia*. Principio de lealtad procesal. Derecho común. SALARIO: Carácter alimentario. ADICIONAL: Intereses.

SUMARIOS:

1. La tutela efectiva del salario, en atención a su carácter alimentario, involucra una cuestión constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La Cámara violentó el principio de indemnidad, a partir del alcance que asigna a la expresión "adicionales", donde no consideró incluidos y reclamados los intereses derivados de la deuda reconocida a favor de los actores y que llega firme a esta instancia extraordinaria, por lo que dictó una sentencia arbitraria que viola la tutela constitucionalmente consagrada del salario. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Derivado del principio de intangibilidad de la remuneración laboral y de su carácter alimentario (art. 43 de la CCBA y art. 14 bis de la C.N.), en materia de reclamos salariales está legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La flexibilización del principio de congruencia y la consagración del principio protectorio se extiende al ámbito del proceso, como ocurre con el art. 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral que autoriza a los jueces a fallar *ultra petita*, de modo que los intereses que derivan del reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio justamente del principio de *iura novit curiae*. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Es arbitraria la sentencia de Cámara, que con una visión formalista y estrecha exigió a los actores una carga a la que no estaban obligados, y provocó con ello la lesión al principio constitucional de tutela efectiva e integral del salario, pues por vía de una interpretación en contra del trabajador, condujo a que el Estado se quedase con una porción del salario (los intereses) que debe garantizar. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Cualquiera que sea la postura que se adopte sobre la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz adicionales, tal hecho desde el punto de vista de la legislación común (infraconstitucional), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos es una tarea propia de los tribunales de mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Es propio de las decisiones judiciales que, debido a la independencia de los jueces que deciden, puedan existir contradicciones, para cuyo caso el ordenamiento positivo convoca un recurso específico para intentar subsanar este defecto, recurso que pudo interponer el aquí recurrente, al menos por analogía permitida, y que se acomoda más a la finalidad de corregir el problema suscitado que el recurso de inconstitucionalidad efectivamente interpuesto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La discusión acerca del contenido y alcance que es posible otorgar a la expresión "adicionales", y, con mayor precisión, si incluye o no los intereses de un capital reclamado, está bajo la órbita de competencia propia de los jueces de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Pese a que en el recurso de queja se pretende una decisión del Tribunal sobre el alcance de las expresiones utilizadas en el escrito de demanda, no se logra demostrar que la interpretación efectuada por la Cámara resulte absurda o arbitraria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Cabe hacer lugar al recurso de queja cuando existe una crítica del recurrente a un aspecto puntual de la decisión de la Cámara que suscita un caso constitucional por encontrarse comprometido el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, C.N. y art. 13.3, CCBA). *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

11. Es arbitraria en el sentido técnico del término, la sentencia de la Cámara que ante idéntica demanda se apartó de la doctrina de la causa fallada en el mismo acuerdo, pues dos posturas contrapuestas pueden estar correctamente fundadas, pero los jueces, si bien pueden modificar fundadamente el temperamento adoptado en decisiones anteriores, no pueden obrar sin explicación alguna de modo contradictorio, haciendo lugar y rechazando, en simultáneo, pretensiones idénticas, generando entonces un menoscabo palmario a la seguridad jurídica. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

12. Los juzgadores, como sujetos del proceso, deben dar cumplimiento al principio de lealtad procesal y, en consecuencia, hacerse cargo de los propios precedentes, pues, de lo contrario, ello representaría un comportamiento que se desentiende de la doctrina de los propios actos —venire contra factum proprium non valet—. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

13. Corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente cuando se presenta un genuino caso constitucional centrado en la violación al principio de congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa (art. 18, C.N.). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

14. La circunstancia que la ley 402 no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste;

pues la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

15. El decisorio que incluyó el pago de los intereses dentro del concepto de adicionales, se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, y modifica la acción originariamente deducida, pues de la lectura de la demanda no surge en punto alguno la pretensión de cobro de intereses. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

16. Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que este Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso consagrado en el art. 18 de la C.N. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5925/08 - 20/11/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Andrea Carolina Galli, Aldo Isidoro Polti, María Leonor Martínez del Castillo y Julio César Luna, quienes se desempeñan como preceptores en el Colegio Nº 6 D.E: 2º "Manuel Belgrano" de esta Ciudad, transferido en cumplimiento de la ley 24.049, plantearon una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) por cobro por diferencias salariales (fs. 1/4 vta.). Reclamaron la aplicación del "...haber municipal de Preceptor —índice 904— (dec. 858/94), más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 3 vta.).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó, al GCBA a abonar a los actores "...las diferencias entre los salarios que se establecen en ese dec. 1567/04 y los efectivamente abonados en el período contado desde los 5 (cinco) años anteriores a la interposición de los reclamos administrativos y hasta la fecha en que se haya cumplido con lo ordenado. La deuda que deberá abonar el Gobierno en virtud de la condena se determinará en la liquidación que deberá presentar el mismo demandado, para cada caso, dentro de los treinta (30) días de notificada la sentencia. Las sumas resultantes devengarán los intereses que se indican, según

liquidación que practicarán los actores dentro de los diez (10) días de presentada la indicada en el punto XI, y deberán ser abonadas por el Gobierno dentro de los treinta (39) días de aprobada" (fs. 15/22).

2. El GCBA apeló la condena al pago de intereses por no haber sido ellos pedidos en la demanda, la imposición de realizar la liquidación de cada uno de los actores dentro del plazo de 30 días de notificada la sentencia y la obligación de abonar la condena impuesta dentro de los 30 días de aprobada la liquidación respectiva (fs. 22/24).

La Sala ll de la Cámara CAyT, por mayoría, revocó parcialmente el fallo de primera instancia (fs. 26/31 vta.) estableciendo que cualquiera de las partes se encuentra habilitada para presentar la liquidación en los términos del art. 402, CCAyT y que en caso que las sumas liquidadas sean superiores al límite previsto en el art. 395, 2º párr. del CCAyT, deberán en lo que exceda a dicho tope, saldarse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 398 a 400.

3. Disconforme con la aplicación de intereses, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha decisión por considerar que la misma vulnera el principio de congruencia, carece de fundamentación y que se vulneran sus derechos de defensa y de debido proceso (fs. 32/38).

Contestado el traslado por la demandada (fs. 57/60), el recurso fue denegado por la Cámara (fs. 40), por mayoría. El rechazo se sustentó principalmente en que la impugnación efectuada no lograba demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional; y que se limitaba a disentir con la interpretación de normas de naturaleza infraconstitucional.

4. Ello motivó la interposición de la presente queja por parte del GCBA (fs. 42/52).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto se pronuncia porque se admita la queja y se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA (fs. 69/72).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ). La presentación plantea una crítica concreta y razonada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad y da cuenta de la existencia de un caso constitucional que habilita el recurso intentado.

2. El Gobierno de la Ciudad sostiene que el decisorio cuestionado presenta serios defectos de fundamentación que determinan su invalidez como acto judicial, pues entre otros fundamentos, sostiene que la sentencia de Cámara "ha omitido completamente los argumentos expuestos..." (fs. 43/43 vta.). Ello, en virtud de que no trató los agravios concretos esgrimidos en oportunidad de interponer el recurso

de inconstitucionalidad y falló con prescindencia de las circunstancias fácticas y jurídicas.

El recurrente en su recurso manifiesta que "...la resolución no exhibe referencia alguna a la denuncia de la vulneración del principio de congruencia..."constituyendo "...manifestaciones genéricas y ritualistas carentes de sustento objetivo y sustentadas tan solo en la subjetiva voluntad de los sentenciantes...". Considera que los miembros de la Cámara han quedado incursos en las causales de arbitrariedad por "la incongruencia, la desigualdad en el tratamiento de las partes litigantes, el olvido del principio dispositivo, la interpretación distorsionada y parcial de la realidad..." (fs. 51).

En efecto, la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad presenta los defectos que el recurrente le atribuye, toda vez que sólo trasunta términos rituales que evidencian la escasa atención puesta al recurso rechazado, que lejos de plantear una discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara, plantea serios agravios de naturaleza constitucional: por un lado, plantea la vulneración del principio de congruencia y los derechos constitucionales de defensa en juicio y debido proceso; y por el otro, denuncia arbitrariedad en el análisis efectuado por la Cámara para resolver la cuestión objeto del pleito.

3. 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 la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional.

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

4. La Cámara declaró inadmisible, por mayoría, el recurso de inconstitucionalidad deducido por el demandado fundándose en la inexistencia de un caso constitucional, por considerar que la cuestión debatida en autos se circunscribe a la interpretación de normas infraconstitucionales. Sin embargo, como destaca el recurrente en su queja, se constata en el caso un genuino caso constitucional centrado en la denuncia de la vulneración del principio de congruencia y la afectación del derecho de defensa.

En efecto, de la lectura de la demanda no surge en punto alguno la pretensión de cobro de intereses. En esas condiciones, el decisorio se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que viene a modificar la acción originariamente deducida.

La Cámara, aún reconociendo "la vaguedad del texto" y aplicando la regla según la cual "en caso de duda ha de optarse por la interpretación más favorable al

administrado", interpretó que "la actora ha reclamado el capital emergente, como así también todos los rubros propios de las causales que invoca, entre las que se encuentran los intereses, consecuencia directa del pago extemporáneo" (fs. 27).

Como bien lo señala el Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 72), de la expresión "adicionales" no puede extraerse que la parte esté reclamando intereses, sino, como también lo señalara el doctor Centanaro en su voto en disidencia, los adicionales "son los plus que pueden recibir los trabajadores en virtud de determinadas circunstancias que pueden ser referidas a su persona, al puesto de trabajo, a la forma de cumplimiento de la tarea, a la residencia del trabajador o al rendimiento individual o colectivo o a las ganancias de la empresa en un lapso determinado de tiempo" (fs. 31).

Así, la concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues se ha apartado de los términos de la litis al conceder más de lo pretendido, y se ha excedido de los límites de las facultades decisorias, aspectos estos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad (conf. *Fallos,* 301:1149; 307:519, 2445, entre otros).

Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que este Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la C.N.

El criterio adoptado por los magistrados que integraran la mayoría en la anterior instancia ha generado la afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso. En tal sentido, una constante jurisprudencia de la CSJN vincula el principio de congruencia con la garantía de la defensa en juicio y señala como regla que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (*Fallos,* 310:2709).

5. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde: *a)* admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el GCBA; *b)* revocar el pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 26/31 vta. en cuanto condena al pago de intereses y *c)* imponer las costas a la actora vencida (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, entiendo que los planteos esgrimidos por el GCBA tendientes a cuestionar la decisión de la Sala II con fundamento en que el *a quo* habría vulnerado el principio de congruencia —al condenarla al pago de diferencias salariales adeudadas con más intereses que a su criterio no fueron peticionados en

la demanda— no pueden tener acogida favorable ante esta instancia en tanto la demandada no ha logrado demostrar que aquella cuestión constituya un verdadero caso constitucional que habilite esta instancia de excepción.

Debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007, entre otros), ya que se trata de una materia regulada por las leyes procesales cuya interpretación y aplicación es, en principio, atribución propia de tales magistrados. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

En el caso que nos ocupa, se encuentra en discusión la interpretación que corresponde asignar a la demanda interpuesta cuando requiere al GCBA el pago de diferencias salariales "(...) más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 3 vta.).

Como ha sido señalado en un caso análogo en el voto del juez Luis F. Lozano —al que adherí en lo pertinente—, "(l)a sola enunciación de la cuestión pone de resalto que el Tribunal, para decidir el punto, no debería elucidar ninguna de las cuestiones para las que tiene asignada jurisdicción, sino sólo adentrarse en establecer cuál fue el alcance de la pretensión de la actora y, a ese fin, en el sentido que en el lenguaje jurídico, coloquial o en los usos forales se asigna a la expresión "adicionales" para determinar si esas acepciones incluyen o no los intereses de un capital reclamado, asunto que es privativo de los jueces de mérito y ajeno, en cambio, a esta instancia" [*in re:* "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5800/08, sent. del 20/8/2008].

Por lo tanto, la cuestión interpretativa propuesta por el GCBA por intermedio del recurso de queja deducido, al remitir al plano infraconstitucional, no puede ser abordada por exceder el ámbito propio del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA y en el art. 27 de la ley 402.

2. Sin embargo, entiendo que, en este caso, la afirmación precedente no conlleva el rechazo del recurso de hecho, pues existe además una crítica del recurrente a un aspecto puntual de la decisión de la Cámara que suscita un caso constitucional por encontrarse comprometido el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, C.N. y art. 13.3, CCBA).

La quejosa pone en crisis la decisión del tribunal de alzada con fundamento en que tal pronunciamiento resultaría contradictorio con otro inmediato anterior decidido por la misma Sala para un supuesto idéntico al presente, sin que los magistrados que integraron la mayoría en el *sub examine* hubiesen expresado fundamentos para sustentar un criterio diametralmente opuesto al adoptado con anterioridad. A tal fin, el GCBA invoca y transcribe la sentencia dictada por la Sala II el 7/8/2007 *in re:* "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 6637.

En atención a que una cuestión sustancialmente análoga a la presente ha sido abordada recientemente por el suscripto *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5904/08, sent. del 8/10/2008, remito a las consideraciones que efectuara en aquella oportunidad para concluir que la decisión dictada por la Sala II de la Cámara CAyT en estas actuaciones debe ser dejada sin efecto por cuanto la situación invocada por la recurrente provoca una afectación al derecho de defensa en juicio y a la garantía del debido proceso. Ello así, puesto que el tribunal *a quo*, al sentenciar, ha hecho caso omiso de una cuestión conducente para decidir el pleito, como es la valoración de lo decidido en una causa sustancialmente análoga por el mismo Tribunal interviniente (conf. punto 5 del voto del doctor Esteban Centanaro del pronunciamiento obrante a fs. 26/31 vta. de estas actuaciones). Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del precedente aludido.

3. Por lo expresado en los puntos antecedentes, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el GCBA; *b)* revocar la sentencia atacada; *c)* devolver el expediente a la Cámara de Apelaciones en lo CAyT para que, por intermedio de jueces distintos a los que han intervenido, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido, y *d)* agregar a este expediente copia de la sentencia dictada con fecha 8/10/2008 en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5904/08.

Atento a las especiales particularidades de la causa y a que las contingencias procesales que se han reseñado no son directamente imputables a las partes, las costas del recurso de inconstitucionalidad se imponen en el orden causado (art. 62, segunda parte, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta por el GCBA en tiempo, forma y por lo tanto es admisible. Contiene al menos una crítica concreta al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad: la que se refiere a que el tribunal superior de la causa no dio tratamiento a su planteo referido a la violación del principio de congruencia. En tanto se trata de una cuestión de indiscutible alcance constitucional vinculada

al derecho de defensa en juicio, su omisión vuelve dogmática e irrazonable la resolución interlocutoria atacada.

2. La introducción de una cuestión constitucional impone el examen de los agravios del recurso denegado, pero, como ocurre en el caso, no implica necesariamente su procedencia.

Dos circunstancias determinan la desestimación del recurso. En primer lugar es plausible que, dentro de las múltiples y variadas relaciones de significación disponibles que el tribunal superior de la causa optara por la sinonimia de las expresiones "adicional" e "intereses" o bien que entendiera que el sentido de una es abarcativa de la otra. En segundo lugar, aun cuando la palabra "adicional" no fuera considerada sinónimo de "interés" o comprensiva de ella, la naturaleza salarial de los créditos alimentarios reclamados –se trata de deudas laborales– habilita a la Cámara a integrar la condena por capital con los accesorios correspondientes, en esta causa, con los intereses. En síntesis, desde una u otra de las perspectivas expuestas, está fuera de duda que los jueces obraron conforme a derecho.

3. El caso es análogo al decidido por este Tribunal Superior, el 20/8/2008 en el expte. nº 5800/08 "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)". En esa causa expresé que "se deriva del principio de intangibilidad de la remuneración laboral y de su carácter alimentario (art. 43 de la CCBA y art. 14 bis de la C.N. ya citados) que, en materia de reclamos salariales está legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia. La protección del salario y de los créditos laborales, a su vez, está consagrada en la Ley de Contrato de Trabajo a través de numerosas disposiciones, de las que menciono apenas el art. 137 ó el art. 260, las normas sobre inembargabilidad del salario, su forma de pago y las que regulan el salario mínimo, vital y móvil. Asimismo y con igual fundamento, la flexibilización del principio de congruencia y la consagración del principio protectorio se extiende al ámbito del proceso. Un ejemplo de ello es el art. 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral que autoriza a los jueces a fallar *ultra petita*. De lo dicho se sigue que, los intereses que derivan de ese reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio justamente del principio de *iura novit curiae*. Cuando en un proceso se discute acerca de derechos laborales, una recta aplicación de la Constitución (en el caso del principio protectorio) exige tomar en cuenta los fines del derecho procesal y su conexión con el derecho material evitando caer en un puro formalismo hermenéutico que acaba en el desconocimiento de preceptos constitucionales. Agrego, en apoyo de la posición que sustento, que también otros sujetos protegidos de modo particular a nivel constitucional, gozan de tutelas jurisdiccionales especiales que habilitan a los jueces ir más allá de lo pedido. Así, el art. 37 de la ley 24.240 (conf., mod. ley 26.361) establece que "[c]uando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario". Por fin, me remito al fallo que hace más de cuarenta años dictara la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, en el cual sostuvo que no resultaba inconstitucional el uso razonable del ejercicio de la facultad de los jueces laborales de fallar *ultra-petita* (*Fallos,* 291:416). Desde esta perspectiva de análisis, se evidencia la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, que con una visión formalista y estrecha exigió a los actores una carga a la que no estaban obligados, y provocó con ello la lesión al principio constitucional de tutela efectiva e integral del salario. La sentencia de Cámara, por vía de una interpretación en contra del trabajador, conduce a que el Estado se quede con una porción del salario (los intereses) que debe garantizar. Por otra parte, carece de toda razonabilidad imponerle a los trabajadores el inicio de un nuevo proceso para reclamar los intereses que supuestamente no solicitaron, alternativa que conspira contra el principio de economía procesal, incrementa los costos de la litigiosidad al desdoblar el reclamo y su percepción e impone una espera innecesaria a los accionantes.

4. En el caso a resolver, la Sala II de Cámara Contenciosa Administrativa y Tributaria ha seguido un criterio que, en mi opinión se adecua al marco constitucional, dejando de lado la postura que adoptara en el precedente Fungueiro y que motivara mi voto en la causa indicada

Por las razones expuestas, voto por hacer lugar a la queja y desestimar por improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La confirmación de la condena de primera instancia a pagar intereses compensatorios de la deuda reconocida por parte del tribunal de apelación —sentencia de mayoría—, puesta en juego por el recurso homónimo, sintetiza el agravio del recurrente. Tal determinación constituye, efectivamente, un agravio para el Gobierno, demandado en el caso, puesto que, según lo expone en el recurso de inconstitucionalidad, ella vulneraría, eventualmente, el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses que no habrían sido pedidos por la parte interesada, intereses que, si así fuera, no integrarían la litis; además, la decisión carecería de fundamentación suficiente y prescindiría de la normativa directamente aplicable (sent. del 6/11/2006). El recurrente advierte que la misma Sala de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó una sentencia en sentido opuesto al cuestionado ahora y entonces sobre la misma materia objeto de debate ("Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]" del 7/8/2007). "Tal actitud contraría las reglas del sentido común, conforme el cual dos problemas idénticos deben ser resueltos en el mismo momento con la misma solución. Lo contrario significa que una de las soluciones es lógicamente incorrecta y, por ello, *arbitraria* [énfasis nuestro] en el sentido de que no responde a la razón sino a la subjetividad del judicante" (fs. 36 *in fine* del expte. de la queja).

2. Me referiré al problema planteado por el sentido contradictorio de los votos de la Cámara más adelante. En lo que respecta a la cuestión de fondo planteada en

la litis, y como lo sostuve *in re* "Fungueiro", ya citada, el problema reside, para la Cámara que rechazó el recurso, en que quien pretende sostener la queja no invoca ni pide la declaración de inconstitucionalidad de alguna regla o acto, sino que, por lo contrario, revela su discrepancia con la interpretación de la demanda —¿contiene o no contiene la petición de intereses compensatorios?— o de sus términos —¿integra el concepto de *intereses* el más vasto de *adicionales*, o no resulta ser un concepto concéntrico respecto de aquel conjunto mayor?—. Ésta es la razón *sustantiva* según la cual configura el recurrente su agravio.

3. Planteado el recurso en estos términos, resulta claro, a mi juicio, que lo que se pretende con él es una ampliación de aquella labor que, por su competencia, le corresponde al Tribunal. Él no debe ocuparse, como una tercera instancia, de examinar la sentencia para arribar a una solución justa según todas las reglas del orden jurídico, sino que, a diferencia de los tribunales de mérito, la labor del TSJBA está constreñida a examinar el caso para advertir si a su solución se ha arribado mediante una regla que no se adapta a las condiciones de validez que fijan reglas de rango superior (constitucionales) o, de manera contraria, cuando se ha excluido una regla de la solución del caso por entenderla repugnante a otra constitucional, caso en el cual el TSJBA verifica la solvencia de esa conclusión, esto es, verifica si el juicio es correcto o erróneo y, en este último supuesto, incluye o manda incluir la regla en la solución del caso (control difuso). Una extensión de esta tarea, para casos excepcionales, consiste en verificar los graves errores de principios fundamentales (constitucionales) que el procedimiento adoptado para arribar a la solución pudiera contener.

4. La sentencia recurrida ha concluido, por interpretación de los términos de la demanda, que ella contenía la petición de intereses compensatorios y, por ende, favorecía la necesidad de defensa (contradicción) del demandado. Si bien en purismo el definir el alcance de los conceptos no constituye un hecho, sino, tan sólo, un juicio acerca de su referencia semántica —que, en este caso, se proyecta sobre el contenido de la demanda—, el problema se comporta, para el recurso interpuesto, de la misma manera. Sólo a través de una decisión absurda —aquí llamada, con una ampliación casi indefinida, *sentencia arbitraria*— puede arribarse a la descalificación de la sentencia impugnada como acto jurisdiccional válido, desde el estrecho punto de vista que rige al recurso interpuesto. En cambio, no se llega a ese resultado a través de la simple proposición de una interpretación diferente de los términos de la demanda, o del alcance de esos términos. Si la sentencia está fundada, y su fundamento no reside en una discriminación prohibida —equivalente: no permitida—, lo que se opone a ella es una mera interpretación diferente.

Cualquiera que sea mi opinión sobre la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz *adicionales* —y en este sentido tendría mucho para decir que no quiero expresar por mi falta de competencia—, no estoy autorizado a examinar tal hecho desde el punto de vista de la legislación común (*infraconstitucional*), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos. Ésta es una tarea propia de los tribunales de mérito.

5. Sólo menciono aquí mi posición sobre el motivo "arbitrariedad", mucho más estricta que la comprensión genérica de mis colegas del Tribunal y que la doctrina de la CSJN, creadora del instituto (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito (Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II) sobre la base de un agravio como el indicado por el recurrente.

6. Con referencia a la calificación que merece la vigencia de dos sentencias de distinto sentido en casos que son reputados idénticos, debo incluir, sintéticamente, algunas aclaraciones.

En primer lugar, tal contradicción es siempre posible y, abstractamente, ella no depende del tiempo en el cual han sido dictadas las sentencias: el mismo día, una al día siguiente de la otra, o una después de un lapso prolongado desde la anterior decisión; cabe sólo advertir que las relaciones temporales de este caso —entre las dos sentencias que son reputadas contradictorias— resultan bastante más extensas que la de los casos antes comparados ("Fungueiro" y "Nicastro"). Empero, lo importante es el hecho de la intervención de los mismos jueces y, además, la falta de explicación del fenómeno: una variación del criterio sostenido en primer lugar, por estimarlo luego erróneo, explica por sí mismo el fenómeno. En efecto, es propio de las decisiones judiciales que, debido a la independencia de los jueces que deciden, puedan existir tales contradicciones. Más aún, el ordenamiento positivo convoca un recurso específico para intentar —mal o bien— subsanar este —considerado— defecto, recurso que, según mi interpretación, pudo interponer el aquí recurrente, al menos por analogía permitida, y que, en todo caso, se acomoda más a la finalidad de corregir el problema suscitado que el recurso de inconstitucionalidad efectivamente interpuesto.

En segundo lugar, la señora jueza Daniele, quien pronuncia el voto de mayoría, explica las razones por las cuales interpreta —reitero: mal o bien— que, en este caso, la demanda contiene el reclamo de intereses correspondientes a la deuda reclamada por la actora según los diversos criterios que expone con cierta extensión, razón por la cual la decisión no puede tenerse por infundada: "…la integración de estos principios rectores [*se refiere a normas del derecho administrativo y civil que cita*] llevan a interpretar que la actora ha reclamado el capital emergente, como así también, todos los rubros propios de las causales que invoca, entre la que se encuentran los intereses, consecuencia directa del pago extemporáneo" (fs. 86, expte. principal, y 27 de nuestro legajo).

Finalmente, cabe señalar que, ante la sospecha de prevaricato, único motivo posible de escándalo, corresponde que el recurrente efectúe la correspondiente denuncia, en lugar del planteo recursivo a cuya resolución está aplicado el TSJBA, y hecho que, de verificarse, habilitará también la anulación de la decisión (antiguo recurso de revisión hoy reemplazado por la *querella nullitatis* en relación a un acto jurídico), denuncia que —según mi punto de vista—, a estar a aquello que se conoce, resultará infructuosa.

7. En razón de lo expuesto hasta aquí, el recurso de queja planteado a fs. 42/51 vta. carece de fundamento. He explicado ya (causa "Macagno", expte. nº 5655/07, sentencia/11/2008) que la queja sólo puede conceptuarse como un mecanismo propio del juicio de admisibilidad de un recurso y no es, por lo contrario, un recurso autónomo. Es correcto afirmar que su aceptación o rechazo produce ciertos efectos particulares que no produce el juicio sobre el recurso de inconstitucionalidad en sí mismo —por ejemplo: devolución o adquisición del depósito de dinero (tasa) relativo al recurso—, pero como en el caso no se presenta alguno de esos efectos, al menos actualmente, el rechazo de la queja, sobre todo por carecer de sustento constitucional, equivale perfectamente al rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Las costas del recurso son atribuibles a la parte vencida.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA, aunque lo fue en tiempo y forma, no puede prosperar, pues no somete a consideración de este Tribunal cuestión constitucional alguna que habilite su competencia.

2. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, en principio, es privativa de los jueces de la causa. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

Los agravios desarrollados por la recurrente giran en derredor del alcance asignado por la resolución cuestionada a la pretensión de la actora, formulada en su demanda en los siguientes términos: "...se reclama de V.S. que haga aplicar el haber municipal de Preceptor —índice 904— (dec. 858/94), más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 3 vta.).

En tales condiciones, aunque la recurrente pretende vincular la cuestión propuesta con diversos preceptos constitucionales, no consigue eludir que ésta, en

tanto versa acerca del contenido y alcance que es posible otorgar a la expresión "adicionales", y, con mayor precisión, si incluye o no los intereses de un capital reclamado, es de aquellas incluidas bajo la órbita de competencia propia de los jueces de la causa. Solución que tampoco se ve conmovida frente a la tacha de arbitrariedad planteada, pues más allá del acierto o error de la resolución cuestionada, no alcanza con la simple discrepancia con la interpretación elaborada por los magistrados intervinientes, si la recurrente no logra demostrar que ésta no era una de aquellas posibles.

3. Tampoco resulta atendible el agravio relativo al apartamiento de precedentes del mismo tribunal.

En efecto, aunque el GCBA sostiene que "[t]al actitud contraría a las reglas del sentido común, conforme el cual dos problemas idénticos deben ser resueltos en el mismo momento con la misma solución" y que "[l]o contrario significa que una de las soluciones es lógicamente incorrecta y, por ello, arbitraria en el sentido de que no responde a la razón sino a la subjetividad del judicante" (fs. 49), no introduce argumentos consistentes de los que se desprenda que la solución opuesta a la adoptada en el marco de esta causa sería la correcta, y que ésta deba ser descartada.

En cambio, la Cámara brindó fundamentos suficientes en apoyo de su decisión. En este sentido, al confirmar la sentencia recaída en primera instancia, en cuanto incluyó en la condena al GCBA el pago de los mentados intereses, consideró que "...no puede afirmarse sin más que se omitiera en el escrito inicial presentado por la actora, su pretensión relativa al cobro de intereses..." y que "...si bien, no luce textualmente en la demanda la acostumbrada frase 'más intereses', lo cierto es que no puede negarse que se hizo referencia a los 'adicionales' y, en consecuencia, los accionantes no se han limitado a reclamar el haber que entienden les corresponde, sino que han introducido, al menos, una petición más", por ello invocó, para abordar la cuestión, los principios que imponen optar por la interpretación más favorable al administrado y la que veda la exigencia de excesivo rigor formal (fs. 26 vta./ 27), apreciación que cobra, a la luz de lo dispuesto en el art. 43, CCBA y en el marco de un proceso relativo a la percepción de haberes devengados en la relación de empleo público, una especial dimensión a los fines de establecer el margen interpretativo detrás del cual pudo desenvolverse el *a quo.*

Por lo dicho, aunque en la queja se pretende una decisión del Tribunal sobre el alcance de las expresiones utilizadas en el escrito de demanda, no logra demostrar la recurrente que la interpretación efectuada por la Cámara resulte absurda o arbitraria. Lo resuelto encuentra sustento en una interpretación posible de los actos del proceso y de las normas locales que los rigen, cuya aplicación priva a lo decidido de relación directa con las cláusulas constitucionales que se dicen violadas.

El efecto de mi voto en cuanto a la formación de mayorías es coincidente con el de los jueces Maier y Ruiz, al igual que lo es, en lo relevante, su sustancia. Lo primero, porque coincidimos en que la sentencia recurrida no puede ser revisada

por este Tribunal. Lo segundo, porque las razones por las que el Tribunal —por mayoría— sostiene que la sentencia debe subsistir convergen en que el *a quo* hizo una interpretación posible de las pretensiones de las partes, a lo que uno de esos votos agregó que no sólo era posible sino también la acertada, por lo que los tres coinciden en que el recurso de inconstitucionalidad no podía prosperar. Esto es posible por las razones que da el profesor Julio Maier al examinar la relación entre la queja y el recurso denegado cuya salvación la motiva. En tales condiciones, la solución consistente en rechazar la pretensión de que la sentencia sea revisada constituye una válida, a la luz de la legislación local, y a los estándares admitidos por la Corte Suprema en precedentes como "Transportes Automotores Chevallier S.A. v. resol. 21 del Plenario de la Comisión Federal de Impuestos", sent. del 23/2/1995, *Fallos,* 318:177, y aquellos en que la mayoría surge de computar los votos de jueces que desestiman el recurso extraordinario federal en los términos del art. 280 del CPCCN y el de quien llegó a ese resultado luego de analizar y descartar el supuesto de arbitrariedad invocado para fundar el remedio federal intentado (*Fallos,* 329:2250, entre muchos otros), al igual que exhiben la sustancial coincidencia que habrían puesto a las sentencias recurridas en "Garayo, Elsa Irene s/medida cautelar" (sentencia de la CSJN del 21/8/2007), "Nuñez, Pedro e hijos S.R.L. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en autos 'Expte. nº 604-00 bis-01 Fostum de Mazurek, María c/Nuñez, Pedro e hijos S.R.L. s/levantamiento embargo sin tercería (*Fallos,* 329:4078), entre otros, a salvo de la revocación.

Por tanto, corresponde rechazar la queja por no ser admisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, e imponer las costas a la demandada vencida (art. 14, CCBA).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteados por el GCBA, con costas.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)" (expte. nº 5904/08), de fecha 8/10/2008.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CCLXI

"BALZA DE PARADA, LAURA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6005/08 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BALZA DE PARADA, LAURA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional.
AMPARO: Caracteres. Idoneidad de la vía elegida.
SUPLEMENTOS SALARIALES: Carácter no remunerativo. División de poderes.

SUMARIOS:

1. Existe caso constitucional relativo a la interpretación del art. 14, CCBA, pues la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella y la sentencia le fue adversa, clara razón por la cual se trata de un caso constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El hecho de que la Procuración haya impugnado la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe requerido y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, es razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Dado que, por un largo período, el actor aceptó, en el trato laboral, que las relaciones se rigieran por las normas hoy atacadas, ni la ilegalidad es manifiesta, ni la lesión que sería su consecuencia aparece como inminente, a los efectos de la admisibilidad del amparo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La acción de amparo no resulta ser la vía idónea para tramitar una pretensión orientada a cuestionar el carácter no remunerativo de ciertos suplementos abonados al amparista en su calidad de enfermera de un Hospital de esta jurisdicción, a partir de la intimación que recibiera para dar inicio a sus trámites jubilatorios —requerimiento que, además, no ha sido reputado antijurídico. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. No se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de constatar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del accionar del GCBA, en tanto el actor no ha controvertido los antecedentes fácticos o jurídicos en virtud de los cuales la demandada lo instó a gestionar su jubilación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Si bien la accionante afirma que la percepción de un haber jubilatorio que no computa como remunerativo un suplemento percibido durante un extenso período de tiempo vulneraría su derecho de propiedad, no ha demostrado que tal circunstancia, por sí sola, repercuta en forma actual o inminente en un grado tal que

permita aseverar que no existe otro medio judicial más idóneo que el amparo para canalizar su reclamo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Si bien la ley que regula los procedimientos ante el tribunal no contempla a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad ello no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

8. La arbitrariedad es una 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 su revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. 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).*

10. 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).*

11. En el marco del amparo, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; porque la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma "manifiesta", esto es, que surjan con evidencia del acto mismo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. 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 la señora jueza Ana María Conde).*

13. El instituto del amparo previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, y no puede interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. La mera existencia de suplementos con carácter no remunerativo por parte de la Administración no aparece como manifiestamente arbitraria o ilegal, a los efectos del amparo, de modo que el afectado puede cuestionar su legitimidad por cauces judiciales adecuados, y en un proceso ordinario, puede establecerse el alegado carácter remunerativo de los suplementos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. Pese a que la admisibilidad del amparo 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. En el amparo, 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

17. A los efectos de la admisibilidad del amparo 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

18. La circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente tanto por la vía del amparo como por las vías ordinarias no constituye motivo para desecharlo, desde que éste procede igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por tales vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

19. No basta aducir o aun acreditar que el juez de mérito admitió erradamente la vía del amparo, sino que debe demostrarse que esa admisión redundó en una restricción de los derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, se demuestra que el recurso 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).*

20. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad cuando una causa tramita como amparo sin que los jueces identificaran la existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegítimo, o acreditaran que el derecho invocado no encontraría en los mecanismos regulares dispuestos por el legislador una vía idónea para despejar la controversia que acerca de él se ha suscitado entre las partes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

21. El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado, pues como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material y la sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. En el amparo, el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. La solicitud de tutela jurídica a través del amparo no es extemporánea luego de transcurridos más de diez años sin que la actora hubiera reclamado respecto de los suplementos no remunerativos, desde que, en materia de derechos fundamentales la supuesta falta de resistencia de la víctima no borra la ilegitimidad del acto o de la omisión antijurídica, y menos aun cuando se trata de la lesión continuada a

un derecho constitucional frente a la cual el afectado siempre goza de la garantía de ocurrir ante la justicia para que su derecho sea protegido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6007/08 - 20/11/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Laura Balza de Parada promovió una demanda de amparo contra el GCBA (en adelante, GCBA) dirigida a que se declare inconstitucional el carácter "no remunerativo" de los suplementos por Conducción (Concepto 068), por Productividad (Concepto 013), por Actividad Crítica (Concepto 012) y por dec. 144/03 (Concepto 134). Expuso allí que desempeña dos cargos de enfermera del Hospital General de Niños "doctor Pedro Elizalde" (recibos nº 18.726.686 y 18.726.687) y que el 25/3/2004 fue intimada a iniciar los trámites jubilatorios correspondientes ante la ANSeS, de acuerdo con los arts. 59, inc. c) y 61, de la ley 471/00. Sostuvo que los suplementos indicados tienen carácter continuo, mensual, regular e ininterrumpido, por lo que corresponde que sean considerados como parte de su salario para el cálculo de su haber jubilatorio. También reclamó que le abonen las diferencias devengadas, que no integraron el pago en concepto de sueldos anuales complementarios. Con la demanda, la actora requirió una medida cautelar tendente a suspender los efectos de la intimación arriba citada, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada (fs. 1/9).

2. El juez de primera instancia rechazó *in limine* el amparo por considerar que no satisfacía las exigencias de manifiesta arbitrariedad o ilegalidad y dejó a salvo la posibilidad de debatir sobre el carácter remunerativo de los suplementos por la vía ordinaria (fs. 46/47 vta.).

3. Apelada esa sentencia por la actora (fs. 48/51 vta.), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso y dispuso que se diera trámite al amparo ante otro juzgado del mismo fuero (fs. 62/63).

4. Ante el nuevo juzgado interviniente la actora desistió de su pretensión cautelar (fs. 69).

5. El GCBA produjo el informe establecido en el art. 8 de la ley (nacional entonces vigente en la Ciudad) nº 16.986 (fs. 76/81). En lo que interesa a los fines de la sentencia que el Tribunal debe dictar, el GCBA planteó la caducidad del plazo previsto por el art. 2º, inc. e), la porque la actora percibe las sumas otorgadas por tales rubros desde 1993 sin haber impugnado durante esos años el carácter no remunerativo asignado a ellas. Además, en cuanto al fondo de la cuestión, sostuvo que no existe arbitrariedad o ilegalidad en el accionar de la Administración, quien ha

adecuado su actuación a las normas vigentes; agregó que es una facultad del Poder Ejecutivo la determinación del carácter no remunerativo de las asignaciones.

La actora replicó el informe e insistió en sus pretensiones (fs. 89/95).

6. La jueza de primera instancia falló "1º) Haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por Laura Balza de Parada contra el GCBA. En consecuencia, se declara ilegítimo —en los términos que surgen de los acápites VI y VII de este pronunciamiento— el carácter no remunerativo ni bonificable de los Suplementos por Conducción (Concepto 068), por Productividad (Concepto 013), por Actividad Crítica (Concepto 012) y por dec. 144/03 (Concepto 134). 2º) Imponiendo las costas a la demandada, atento la forma en que se decide (art. 62, CCAyT)..." (fs. 100/103). Mediante aclaratoria incorporó al dispositivo la remisión al punto VIII de los fundamentos (fs. 116).

En los referidos puntos VI, VII y VIII de los fundamentos, la sentencia expresa "VI. De acuerdo con las constancias del expediente, la Administración reconoció que las asignaciones referidas fueron percibidas por la actora, con habitualidad y en forma general desde hace varios años (conf. informe del art. 8, obrante a fs. 76/81 y recibos de sueldos de fs. 30/42). También fue reconocido que estos rubros no se computan para el cálculo de los aportes jubilatorios. La Administración no puede desconocer el carácter remunerativo de estas prestación, que poseen las características de habitualidad y generalidad, atento haberse probado en autos que las mismas se perciben desde el año 1993 (concepto 012, 013 y 068) y desde el año 2003 (concepto 134) hasta la fecha. Tal conducta implica una clara violación al sistema previsional, cuyo régimen jurídico no puede ser desconocido por las autoridades locales. Frente a ello, es la efectiva realidad jurídica que debe prevalecer en el caso. Por ello, no caben dudas acerca de que —más allá de la denominación que la Administración le haya otorgado a dichas asignaciones— ellas forman parte del salario previsional y, por ello, debe tomarse como base a los efectos de establecer los aportes al sistema de jubilaciones y pensiones. (...) máxime cuando la motivación de tales actos no le dieron fundamentos para atribuirle el carácter de no remunerativos, calificativo que carece de razonabilidad (...) VII. No obstante ello, se advierte que el Suplemento por Conducción (código 068) sólo corresponde a uno de los dos cargos que desempeña la actora, motivo por el cual con relación al salario correspondiente al otro cargo no deberá ser computado. VIII. De lo expuesto en el considerado VI se colige que si los rubros en cuestión deben ser considerados remunerativos y bonificables, ellos también debían ser computados al momento de la liquidación del sueldo anual complementario. Sin perjuicio de ello, dicha diferencia salarial sólo se devengará por los cinco años anteriores a la fecha de interposición de la demanda".

7. El GCBA apeló la sentencia y expresó agravios relativos a la admisión de la pretensión por la vía del amparo y a la consideración de los suplementos como de carácter remunerativo (fs. 108/113). La actora contestó extemporáneamente el traslado, por lo que se ordenó su devolución a esa parte (fs. 125).

8. La Sala I, por mayoría, rechazó el recurso de apelación intentado, sin costas por no haber mediado sustanciación (fs. 133/138).

La mayoría del tribunal (conformada por los jueces Carlos F. Balbín y Horacio G. A. Corti) consideró que la procedencia del amparo debía ser considerada con un criterio razonablemente amplio; que las liquidaciones salariales pusieron en práctica mensualmente con carácter continuo y sin solución de continuidad el acto ilegal, razón por la cual la demanda fue tempestiva; que no se aplicaba al caso la doctrina de los propios actos en atención a la naturaleza indisponible de los derechos involucrados; que aunque la acción ordinaria del CCAyT permitía asegurar la tutela judicial efectiva y oportuna en cuestiones como aquellas que se discutieron en la causa, este juicio fue sustanciado totalmente y constituiría un dispendio jurisdiccional obligar a la actora a que acuda a la vía ordinaria, en particular porque para decidir la controversia basta con desentrañar si los suplementos revisten el carácter de habituales y generales lo que surge del cotejo de las normas vigentes. En cuanto al fondo, tras examinar las normas involucradas consideró que ellas establecen adicionales generales y habituales, a considerar como remunerativos a los fines previsionales y salariales.

El voto disidente del juez Esteban Centanaro advirtió que había caducado el plazo para interponer la acción de amparo, pues la actora demoró 10 años para demandar por esta vía, afirmación para la cual toma en cuenta que los suplementos fueron liquidados desde 1994.

9. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia, con fundamento en la interpretación errónea del art. 14, CCBA, efectuada por la Sala I, en la afectación del derecho de defensa de su parte al haber dado trámite a la demanda por la vía del amparo (art. 13, CCBA), la arbitrariedad de sentencia en la valoración de los hechos y de las normas involucradas y la violación al principio de separación de poderes (fs. 141/150). La parte actora no contestó el traslado.

La Sala I concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad por entender que el caso presenta similitudes con lo decidido por el Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso inconstitucional denegado en Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos", expte. nº 3879/05, sent. del 14/9/2005, fallo en el que se consideró configurado un caso constitucional y se examinó el fondo de la cuestión. Por lo contrario, rechazó la concesión del recurso bajo el motivo de *arbitrariedad* (fs. 155/156).

10. Ante la inadmisibilidad parcial, el GCBA interpuso la queja, agregada a fs. 163/171.

11. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició que se rechace el recurso de hecho y se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, ambos deducidos por la parte demandada (fs. 228/230).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Consideraré en primer término el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, concedido por el tribunal de alzada, pues de su triunfo o derrota dependerá que deba expedirme sobre el recurso de hecho de la misma parte.

2. Como lo sostuve al resolver un caso sustancialmente análogo al *sub examine* (ver "Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007), sobre el que volveré repetidamente, el recurso de inconstitucionalidad —en cuanto fue concedido— se apoya en dos motivos diferentes que sustentan el agravio contra la solución de la sentencia de Cámara que, objetivamente, resulta perjudicial para el GCBA. Quien demanda amparo no ha contestado el recurso del GCBA, razón por la cual todo se reduce a la sentencia de la Cámara y al recurso citado.

a) El primer motivo es claro: con una tesis denominada "amplia", la instancia de mérito aceptó el trámite excepcional del amparo como idóneo para responder a la demanda, a pesar de reconocer que existen procedimientos contencioso-administrativos específicos reglados para el caso. La tesis "amplia" es producto de la voluntad de quien decide y suple en la decisión, prácticamente, al procedimiento ordinario, de aplicación al caso.

La reseña que antecede a mi voto pone en evidencia que el primer juez que intervino advirtió la necesidad de encauzar el debate por la vía ordinaria. La insistencia de la parte actora por tramitar su demanda por medio del juicio de amparo (expresada al apelar aquella sentencia) fue admitida por la Sala I, quien abrió la senda procesal que el GCBA ha cuestionado desde su informe-contestación en primera instancia.

El demandado —que insistió en la apelación e insiste ahora con esa protesta— impugna el procedimiento escogido, que califica como vía inidónea para resolver el diferendo, y requiere la aplicación del procedimiento ordinario, con invocación del art. 14 de la CCBA, con sus requisitos de "ilegitimidad manifiesta" y de "daño inminente" para la procedencia del carril procesal adoptado *inaudita parte*. A ello agrega que se ha visto afectado su derecho de defensa ya que debió producir su informe en el plazo de 5 días y apelar en 48 horas, y procedimiento que le ha impedido allegar jurisprudencia de otros fueros y la opinión de la Administración Nacional de la Seguridad Social y de la "Administración Federal de la Seguridad Social" (*sic*) que admitieron la calificación de "no remunerativos" asignada a suplementos creados por la ex Municipalidad de Buenos Aires con anterioridad a la transferencia de las cajas al sistema nacional. La contestación a la vía señala también que el trámite impuesto a la demanda le impidió al demandado plantear excepciones previas, referidas a la falta de legitimación para peticiones que corresponde dilucidar al ANSES y a la AFIP (fs. 145 y vta.).

b) El segundo motivo, se vincula con la teoría republicana de los tres poderes estatales, independientes uno de otro, en tanto —se argumenta— la sentencia se entromete en facultades propias del Ejecutivo al regular su conducta y la relación con sus agentes.

3. A diferencia de lo señalado por el señor Fiscal General Adjunto, entiendo que el recurso ha argumentado correctamente el caso constitucional relativo a la interpretación del art. 14, CCBA, y también ha invocado de modo satisfactorio

la afectación de su derecho de defensa como consecuencia de permitir que el juicio tramitara por vía de amparo, pretensión sostenida durante todo el procedimiento. Resulta claro que ello es así con relación al primer motivo (*a*, *supra*), pues la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella. La sentencia le fue adversa, clara razón por la cual se trata de un caso constitucional, tal como advierte el recurrente.

Observo que aplicar las reglas del amparo significó un menoscabo a la defensa posible del demandado, en este caso, el GCBA, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.). Al respecto, no es menester abundar en ejemplos pues, con sólo advertir que la demanda debería haberse trasladado efectivamente al demandado, en un plazo que, por tratarse del Estado, resulta significativamente mayor al ordinario; que también debería haber existido un procedimiento probatorio y que la sentencia debería estar regida por el principio de la carga probatoria, disponemos de elementos suficientes para identificar las diferencias entre este contradictorio y aquél aplicado en el caso.

La Procuración planteó en su primera oportunidad procesal, e insistió en todas las instancias posibles, el argumento de la ineptitud del amparo, antes tratado. Su argumentación, con la que concuerdo como principio (resumida en el punto 2.*a*), resulta satisfactoria, persuasiva al punto de demostrar que el procedimiento aplicado (reglado tan sólo de manera sumamente abierta y discrecional para quienes lo dirigen), colabora en propiciar falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes. Me refiero al hecho de que el art. 8º de la ley de amparo, aplicada al caso, sólo regula un informe objetivo de la autoridad que, supuestamente, infringe la norma y no representa un traslado de la demanda del actor, ni la iniciación de un procedimiento probatorio característico del juicio de conocimiento (ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba). Por lo tanto, el hecho de que la Procuración haya impugnado la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe de fs. 76/81 y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, me parece razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual "la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio" (fs. 138 vta.). Máxime ello es así, cuando la propia sentencia admite, posteriormente, que "la acción ordinaria regulada en el Título VIII y ss. del CCAyT [...] asegura la tutela judicial efectiva y oportuna de los litigantes en cuestiones como las que aquí se discute" (fs. 134 vta.). El amparo es, más allá de la interpretación laxa de la Cámara, un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales, que sólo intenta corregir una acción ilegítima de toda evidencia o una omisión antijurídica del mismo carácter, esto es, que, por su sencillez, se observa con evidencia, sin necesidad mayor de prueba y discusión adicionales.

La razón expuesta por la Sala, el hecho consumado de haber tramitado la causa por amparo, pierde de vista que, si así ocurrió, fue por la insistencia de la propia actora en que tal fuera el procedimiento a aplicar, expresada en su apelación contra el primigenio rechazo *in limine* de su amparo; y por la decisión de la misma Sala que admitió ese pedido. No está demás señalar que esa decisión se tomó sin oír al demandado, el GCBA, razón por la cual su protesta sobre el punto fue oportuna.

4. Una vez emitido el juicio acerca de la inidoneidad de la vía elegida, sólo cabe agregar que el caso feneció aquí con una decisión meramente formal —sin perjuicio de acciones posteriores—, sin necesidad de tratar todos los motivos expuestos. Estas explicaciones resultan suficientes para revocar la sentencia. En efecto —explicado más sencillamente—, ni la ilegalidad es manifiesta, ni la lesión que sería su consecuencia aparece como inminente. Le asiste razón al recurrente al explicar que, por un largo período, el actor aceptó, en el trato laboral con aquel, que las relaciones se rigieran por las normas hoy atacadas. A tal punto ello es así, que el verdadero motivo de preocupación para el actor reside en su haber jubilatorio y, en este sentido, en el hipotético caso de triunfar su opinión, tanto la Administración como él mismo resultarían eventualmente deudores del instituto que recauda los fondos previsionales, en lenguaje vulgar, tanto él como el Estado local deberían "aportes" (correspondientes al mayor sueldo) a esa institución. Para agravar aún más el problema ante el cual estamos y nos tocaría decidir, el haber jubilatorio es decidido por una institución nacional (no local), regida por leyes de jurisdicción federal. Ello habla a favor de la advertencia del demandado —planteo de una excepción— acerca de cierta incompetencia —al menos parcial— no sólo de los tribunales locales, sino, incluso, de la Administración local, para decidir en definitiva sobre la pretensión específica planteada por la actora, que ha confundido la jurisdicción local y la previsional federal en una única demanda y en un único procedimiento.

Por otra parte, la lesión tampoco es inminente en ese sentido, pues sólo derivaría, en el futuro, del haber jubilatorio —que el actor considera magro por no calcularse sobre la base del salario con esos rubros—, a decidir eventualmente por el oficio nacional que concede el beneficio, caso que no puede ser el planteado a través de la demanda de amparo, pues, siendo así, esta lesión derivaría, en su caso, de un acto administrativo extraño a nuestra jurisdicción (local, no federal) que debería ser atacado ante los tribunales competentes. La sentencia aquí obtenida sólo compromete al Estado local. Según se puede observar, *la sentencia local no tendrá necesariamente influencia directa sobre el haber jubilatorio*. A mi juicio, la demanda ha confundido los términos de su pretensión, pues, si claramente hubiera reclamado mayores haberes, provenientes de reputar "remunerativos" rubros que, según la norma de creación, no lo eran, sin confundir todo ello con el haber jubilatorio, habría advertido también que la cuestión, en principio, es "de hecho y prueba", antes que puramente jurídica y, como tal, atacado a la Administración por otra vía y por períodos todavía vigentes, que debió mencionar, verificar y tasar.

5. Para concluir: las circunstancias apuntadas restan *perjuicio*, al menos inminente, a los derechos que la actora reputa lesionados o amenazados. Como también se desprende de diversos señalamientos efectuados por el GCBA; los problemas que ha tratado este amparo no son susceptibles de solución evidente y, mucho menos posible resulta decidirlos sin mediar un estudio y debate profundos acerca de los hechos y las normas vigentes —en principio, infraconstitucionales— que conforman la materia sobre la que versa el litigio, esto es, sin una exhaustiva deliberación previa. Es decir que, para la decisión, no "basta cotejar las normas vigentes e incluso observar si el propio texto legal le reconoce dicho carácter remunerativo", como —a mi juicio, erróneamente— lo consideró la sentencia recurrida.

6. 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*. Este litigio ha tomado ya más de cuatro años, circunstancia que, cuando menos, sugiere que al 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 del actor (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; aun más próximos temporalmente, "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).

Lo expuesto hasta aquí basta para advertir que el principal agravio de la Administración, advertido desde un comienzo, la impropiedad de la vía elegida, resulta correcto y, por tanto, la sentencia debe ser revocada. La solución que adopto sobre este primer agravio me exime de mayor referencia a los demás motivos planteados en el recurso y en la queja. Su examen, por otra parte, me obligaría a abordar ciertas cuestiones que, a mi juicio, son, en su mayoría, ajenas a la competencia del Tribunal.

7. Por las consideraciones que anteceden propongo: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA; *b)* revocar la sentencia recurrida; *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por la señora Laura Balza de Parada de (art. 31, ley 402) y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo destaca mi colega Julio B. J. Maier, esta causa guarda sustancial analogía con la resuelta por este Tribunal en los autos: "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, así como también con las decisiones adoptadas en los autos: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sarquis, Edgardo Walter c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5193/07, sent. del 18/9/2007 y, más recientemente, en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Marone, Héctor Rodolfo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5190/07, sent. del 14/10/2008.

También en esta oportunidad entiendo que el GCBA ha logrado demostrar un agravio constitucional relativo a la interpretación de la norma contenida en el art. 14 de la CCBA que debe ser atendido. En consecuencia, adhiero a los desarrollos efectuados por mi aludido colega en cuanto sostienen acabadamente que la acción de amparo intentada —tal como lo ha alegado la parte demandada— no resulta ser la vía idónea para tramitar una pretensión orientada a cuestionar el carácter no remunerativo de diversos suplementos, abonados a la amparista por su carácter de enfermera de un Hospital de esta jurisdicción, a partir de la intimación que recibiera para dar inicio a sus trámites jubilatorios —requerimiento que, cabe aclarar, no ha sido reputado antijurídico.

2. En efecto, en el *sub examine* no se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de constatar la existencia de *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* del accionar del GCBA, en tanto la actora no ha controvertido los antecedentes fácticos o jurídicos en virtud de los cuales la demandada la instó a gestionar su jubilación.

Además, si bien la accionante afirma que la percepción de un haber jubilatorio que no compute como remunerativos varios suplementos percibidos durante un extenso período de tiempo vulneraría su derecho de propiedad, no ha demostrado que tal circunstancia, por sí sola, repercuta en forma *actual* o *inminente* en un grado tal que permita aseverar que no existe otro medio judicial más idóneo para canalizar su reclamo. En mi concepto, resulta imprescindible recordar que en los procesos judiciales de conocimiento también se debate acerca de derechos y garantías constitucionales (conf. voto conjunto de la doctora Conde y el suscripto 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 otra parte, la recurrente —GCBA— no sólo ha logrado exponer la complejidad que presenta la cuestión de fondo sino que, en este contexto, también ha explicado que la exigüidad de los plazos del cauce procesal elegido para tratarla —y sus consiguientes limitaciones— han redundado en un perjuicio concreto para su representada, al restringir significativamente su posibilidad de defensa y al no permitir un debate pleno e integral del tema debatido.

Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* admitir el recurso de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; *b)* revocar la sentencia obrante a fs. 133/138; y c) rechazar la acción de amparo iniciada por la señora Laura Balza de Parada, con costas por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La cuestión de autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta en los autos "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. Al igual que ocurre en autos, en "Parcansky" el accionante solicitó que se reconozca el carácter "remunerativo" de ciertos suplementos salariales que eran liquidados en sus haberes con carácter "no remunerativo", y este Tribunal consideró, por mayoría, que era inviable debatir y resolver dicha pretensión por medio de un juicio de amparo, ya que no se encontraban reunidos los recaudos constitucionalmente exigidos para la procedencia del mismo.

Por los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido, a los que remito y que serán agregados en copia para formar parte de este pronunciamiento, voto por *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA; *b)* revocar la sentencia recurrida; *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por la actora (art. 31, ley 402), y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Comparto la solución propiciada por el juez de trámite, Julio B. J. Maier.

2. Como ya han señalado mis colegas preopinantes, la situación de autos es sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *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, sentencia de 5/6/2007, entre otros. Si bien existen diferencias menores entre lo resuelto en aquel precedente y la situación de autos —en donde la actora cuestiona la forma en que han sido liquidados el "suplemento por actividad crítica" (establecido por el dec. 270/1993, publicado en el *Boletín Municipal* del 24/2/1993) y la "suma dec. 144/03", que no formaron parte del precedente citado—, no son relevantes a la hora de aplicar la doctrina recordada. Así las cosas, en honor a la brevedad, corresponde remitir a los argumentos allí expuestos.

3. Por lo dicho, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y rechazar la acción de amparo intentada. Las costas deben ser impuestas por su orden (art. 14, CCBA).

4. La suerte que ha seguido el recurso de inconstitucionalidad torna innecesario pronunciarse con relación a la queja interpuesta por el GCBA ante la denegación parcial de aquél por la causal de arbitrariedad.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

a) Recurso de queja.

El recurso de queja por denegación parcial del recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo y forma. El GCBA entiende que la denegatoria de la Cámara respecto de la arbitrariedad de la sentencia es infundado y dogmático.

Sin embargo, en su presentación el quejoso no logra demostrar que la decisión recurrida haya excluido alguna de las cuestiones constitucionales que introdujera en el recurso de inconstitucionalidad, como se verá en el desarrollo del punto b) de este voto.

En otros términos, no cumple con el requisito de criticar adecuada y suficientemente el auto por el que la queja debe ser rechazada

b) Recurso de inconstitucionalidad.

1. El recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido fue interpuesto en tiempo y forma y plantea un caso constitucional.

2. El impugnante dice que "la sentencia contiene una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA" y viola la garantía del debido proceso y el derecho de defensa. Señala que el tribunal superior de la causa "...decide el juicio como si se trata de una causa ordinaria..." y en esta afirmación condensa el agravio constitucional que intenta sostener.

En verdad, la causa tramitó como si fuera ordinaria más allá de su calificación original como amparo. El debate y forma en que las partes pudieron proponer, alegar y probar ha sido suficiente y oportuno, lo que quita sustento a cualquier cuestión constitucional que procure apoyarse en aquella denominación inicial del proceso.

3. El Gobierno alega que vio menoscabado su derecho de defensa al tener que producir su informe en cinco días. No advierte que esa carga procesal es menos rigurosa que la de contestar demanda en los términos del art. 279 del CCAyT, que exige perentoriamente reconocer o negar en forma categórica cada uno de los hechos afirmados en la demanda y la prueba documental acompañada, bajo apercibimientos rigurosos.

El análisis del proceso revela que las impugnaciones del Gobierno son irrelevantes: ejerció su oposición a la pretensión y lo hizo con las debidas garantías, en un proceso que se extendió por más de cuatro años y en el cual ya han intervenido dos instancias ordinarias y actualmente el Tribunal Superior.

En esta causa, las objeciones que formula el GCBA, no son idénticas a las que planteara en casos anteriores, aunque es posible observar que siguen una misma línea argumentativa. En mis votos en los expedientes "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 "Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5442/07, resolución del 20/2/2008, ya me pronuncié sobre la idoneidad de la vía como ámbito de debate cognitivo y garantizador del contradictorio; del mismo modo en esas decisiones expresé que la material ordinarización del trámite y la ausencia de una afectación genuina del derecho de defensa del demandado, que tratándose del Estado es además garante de los derechos en juego, no justifica bajo ningún punto de vista quitar toda efectividad a un trámite jurisdiccional con la irritante excusa de la afectación del derecho de defensa de Gobierno.

La insistencia en la reiteración de estos fundamentos me inclinan a recordar algunas de las razones que incluyera en el precedente Parcansky. "El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado.

Como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material. La sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material.

Si luego de transcurridas las instancias ordinarias y en la etapa recursiva ante el Tribunal, se concluyera en que no se encuentran satisfechos los requisitos que habilitan la vía del amparo (a partir de establecer que los derechos del actor estaban afectados por un acto de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta) y que, por ende, el amparista deberá intentar ahora el reconocimiento de aquellos derechos por otra vía procesal, se produciría a mi entender en estas actuaciones un evidente dispendio de jurisdicción y se afectaría gravemente el acceso a la justicia tutelado por normas de jerarquía constitucional (conf. art. 8º, CADH). El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Zaffaroni ha expresado con claridad en su disidencia *in re* 'Granillo Fernández, Héctor Manuel c/Universidad de La Plata s/amparo', fallado por el Alto Tribunal el 10/4/2007 –caso que guarda analogía con el aquí planteado–, que desde tales circunstancias, la cuestión presenta dos aspectos fundamentales para su examen: en primer término establecer si en el *sub judice* aún subsisten los requisitos jurisdiccionales exigidos por este Tribunal para pronunciarse, para luego determinar, conforme la extensa tramitación que lleva la presente acción de amparo, si en las presentes actuaciones, continuar demorando la decisión no genera una lesión en el derecho del amparista a obtener una decisión judicial eficaz y en un plazo razonable conforme lo requiere el perfil constitucional del instrumento procesal escogido. Que si bien en forma aislada, podría asistirle razón a la Universidad en cuanto la designación del actor en el cargo disputado no constituye un acatamiento voluntario y total a la resolución judicial impugnada toda vez que carece de la ratificación final, no puede soslayarse que en el caso adquiere una particular significación el tiempo transcurrido desde la promoción de la acción y los dos años que el amparista lleva en ejercicio del cargo en disputa. Que así planteada, la cuestión reenvía a la especial consideración de la tutela efectiva del justiciable, de modo que es menester introducirnos en autos ponderando el extenso tiempo transcurrido desde la promoción de la acción de amparo el 8/11/2001 a esta parte, y tal como surge de la lectura de la causa, la abundante prueba producida y el amplio ejercicio del derecho de defensa que por igual han ejercido ambas partes, todo lo cual condujo al dictado de dos sentencias judiciales concordantes respecto de la admisibilidad de la pretensión amparada en las cuales no se advierte arbitra-

riedad alguna que las descalifique. Tal circunstancia debidamente integrada con la consolidada jurisprudencia según la cual las sentencias de esta Corte han de ceñirse a las condiciones existentes al momento de ser dictadas, aún en aquellos casos en que aquéllas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, llevan a decidir la confirmación de la sentencia puesta en crisis".

4. El gobierno aduce, por otro lado, que la solicitud de tutela jurídica a través del amparo es extemporánea porque transcurrieron más de diez años sin que la actora hubiera reclamado. Tampoco aquí acierta en su interpretación de cuáles son las condiciones exigibles para habilitar la tramitación del amparo.

En materia de derechos fundamentales la supuesta falta de resistencia de la víctima no borra la ilegitimidad del acto o de la omisión antijurídica. Menos aun cuando se trata, como en el caso, de la lesión continuada a un derecho constitucional frente a la cual —debo insistir— el afectado siempre goza de la garantía de ocurrir ante la justicia para que su derecho sea protegido. Por ello, el tribunal superior de la causa dejó establecido con toda claridad "que el acto impugnado por la amparista es puesto en práctica mensualmente mediante sucesivas liquidaciones salariales efectuadas a la accionante, es claro que la eventual ilegalidad predicada por esa parte tendría carácter continuo, reiterándose en el tiempo sin solución de continuidad".

Con el mismo sentido, la Sala I de la Cámara reivindicó mediante argumentos fundados y pertinentes la vigencia del principio de irrenunciabilidad en materia laboral para desestimar la aplicación de la teoría de los actos propios, una categoría que en el marco de los derechos en juego, no puede ser invocada.

Ya he dicho que "La 'excepcionalidad' del amparo solo puede entenderse como una especificación del principio de que, en un estado de derecho, también son o deberían ser 'excepcionales' las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción". (Conf. mi voto en "Vera, Miguel Angel c/GCBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 843/01, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, p. 207).

5. El Gobierno pretende la aplicación de las disposiciones del dec. ley 16.986. Esa norma carente de legitimidad democrática quedó interdicta a partir de la reforma constitucional de 1994, por lo ordenado en el art. 43 de la C.N., y muy especialmente en el art. 25 de la CADH, regla que también exhibe jerarquía constitucional y que prevé un recurso sencillo y efectivo. Así pues, no hay razones jurídicas atendibles que prioricen una norma de facto y obliguen a los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a acatarla. Aclaro que estas observaciones son apenas conjeturales en el caso, dado que como ya lo expusiera extensamente, este proceso que fue presentado como amparo, se desenvolvió en todo su trámite como un proceso ordinario.

6. También resultan insustanciales las alegaciones referidas a la imposibilidad de articular "la falta de legitimación de la agente para efectuar planteos y formu-

lar peticiones que en realidad corresponde a organismos nacionales de previsión social". Esa posibilidad puede concretarse perfectamente como defensa de fondo –al igual que en el proceso ordinario o sumarísimo nacional– cuando la cuestión no es manifiesta (proceso ordinario) o por no existir excepciones previas (proceso sumarísimo). De todas maneras, tampoco aquí hay agravio alguno. Los dichos del GCBA refieren a un presupuesto procesal como es la falta de legitimación para obrar que los tribunales controlan oficiosamente, y que se encuentra firme en esta instancia.

7. El análisis efectuado en los apartados anteriores respecto de los cuestionamientos formulados en el recurso deja en claro que no hay afectación de principios constitucionales en la sentencia de Cámara que fuera objeto de impugnación. El demandado pudo en forma oportuna oponer una hipótesis jurídica contraria a la que fundamentara la pretensión antes de que ésta fuera probada y decidida, y pudo producir y controlar la prueba con lo que el contradictorio quedó garantizado. Cabe destacar que en el tratamiento de este aspecto la decisión mayoritaria de la Cámara acertadamente define a la sustanciación plena del objeto de la litis y al principio de economía procesal como criterios valorativos cuya aplicación aseguran un proceso útil y el debido acceso a la justicia.

Por fin los jueces agregan, opinión que comparto, que la cuestión de fondo no requería un amplio debate y prueba.

8. En cuanto al agravio titulado "B. Legitimidad de la conducta administrativa" el recurrente se limita a discutir acerca de la interpretación del derecho infraconstitucional que hiciera la Sala I, lo que no guarda conexión evidente con ninguna materia propia de la competencia del Tribunal.

En síntesis, el recurso de inconstitucionalidad es improcedente y las costas deben ser soportadas por el impugnante.

Por lo expuesto voto por rechazar la queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas al recurrente.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, *revocar* la sentencia de fs. 133/138 del expediente principal y *rechazar* la acción de amparo interpuesta por la señora Laura Balza de Parada (art. 31, ley 402);

2º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Par-

cansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" (expte. nº 4970/06), de fecha 5/6/2007.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva a la Sala I de la Cámara de Apelaciones.

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

CCLXII

"BUENO, SILVIA MÓNICA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. AMPARO: Naturaleza. Caracteres. Idoneidad. CONCURSOS: Designación de agente público. 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. La petición de la actora, canónicamente calificada como "amparo por mora", que puede ser tramitada en la jurisdicción local por la vía reglada en el art.14, CCBA, ante la falta de regulación específica de ese instituto en la legislación procesal de la Ciudad (LPA, CCAyT, LA) y el reconocimiento por parte del GCBA del vencimiento de los plazos para dictar el acto administrativo correspondiente al proceso de selección del cargo concursado, habilita a los jueces ordenar a la Administración que se expida, sin más, a través del dictado del acto pertinente en el plazo de quince días, que debe notificarse a la actora en el plazo y forma establecidos por la LPA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. 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).*

3. 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).*

4. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad 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).*

5. 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).*

6. 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).*

7. 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).*

8. 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).*

9. 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).*

10. 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).*

11. 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).*

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. 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).*

19. En orden a su idoneidad, 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).*

20. 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).*

21. 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 y José O. Casás).*

22. 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 6132/08 - 20/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La señora Silvia Mónica Bueno promovió acción de amparo contra el GCBA (en adelante: GCBA) tendiente a que se le ordene dictar un acto administrativo que la designe como Profesional Asistente Adjunta, Psicóloga Interina (Adultos) de Planta, con treinta (30) horas semanales, en el Área Programática CESAC Nº 40, Hospital General de Agudos "Parmenio Piñero". Fundó su pretensión en el hecho de haber resultado segunda en el orden de mérito del concurso correspondiente a cubrir dos cargos de psicólogos para CESAC. Expresó que, una vez vencido el plazo para las impugnaciones relativas al concurso, por medio de Nota nº 1.955, la Dirección del Hospital General de Agudos "Parmenio Piñero" solicitó su designación en el cargo concursado. Sostuvo que habiendo concluido el concurso, por aplicación de lo dispuesto tanto el acta de compromiso suscripta entre el Ministerio de Salud y el Hospital Piñero, como por el art. 10.6 del dec. 2745/87, que reglamenta la Ordenanza 41.455/86 (Régimen de la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud), correspondía que, respectivamente, dentro de los sesenta (60) días o noventa (90) días hábiles siguientes a aquél en que se dictó el acto administrativo, se procediera a su designación. Destacó que vencido dichos plazos, su designación no se efectivizó.

A fs. 40/43 contestó demanda el Gobierno. Sostuvo la improcedencia formal de la acción por extemporaneidad y inexistencia de urgencia objetiva. Sobre este último aspecto, expresó que la acción planteada "se asemeja más a una petición en el marco de un amparo por mora que a una cuestión debatible a través del recortado marco cognoscitivo inherente al amparo constitucional". En cuanto al fondo del

asunto, expresó que no se encontraba vencido el plazo de 90 días establecidos en el punto 10.6 de la ordenanza aplicable al caso, por cuanto aquel comenzaba a correr desde que se hubieran agotado todas las instancias previas, las cuales, a su entender, no habrían sido finalizadas. También señaló que, en razón de que el concurso se convocó y sustanció en el año 2006, era necesario verificar la existencia de las partidas presupuestarias correspondientes y realizar las afectaciones necesarias. Por ello, consideró que no existía derecho subjetivo alguno de la actora que obligase a la Administración a proceder a la designación en forma automática.

En lo que aquí interesa, corresponde señalar que la demanda fue rechazada por el señor juez de Primera Instancia (fs. 60/61). Apelada esa decisión por la actora (fs. 63/67), la Sala II de la Cámara CAyT, por mayoría, revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar a la acción de amparo. Para así decidir, entre otros fundamentos, consideró que la resol. 0812-SS/05, 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 y hasta la provisión titular por concurso público de antecedentes. Estimó 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 concursos. Tal aprobación resulta coherente con la necesidad de ampliar el servicio de salud que fundamenta el acto en cuestión". Y precisó que "[l]a 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 si lo fue la aprobación original de las partidas". Estas razones llevaron al tribunal superior de la causa a considerar como un comportamiento arbitrario por parte de la demandada el haber llevado adelante un proceso amplio de selección que desde su convocatoria contaba con reflejo presupuestario suficiente.

Contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa, el Gobierno dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 81/99 vta) que fue declarado admisible (fs.103). El recurrente dirige sus agravios constitucionales a cuestionar: *a)* La interpretación del art. 14 de la CCBA y de los arts. 102 y 104. En lo pertinente, expresa que se comete un exceso jurisdiccional al incorporar a la accionante a un cargo para el que no ha sido designada y que viola la división de poderes y facultades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad. *b)* La vía del amparo.

A fs. 110/114 vta. luce el dictamen Fiscal General Adjunto quien se mostró favorable a la admisión del recurso y la revocación de la sentencia.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad concedido por el tribunal superior de la causa ha sido interpuesto en tiempo, forma y plantea un caso constitucional. Sin

embargo, debo hacer algunas precisiones. Como se indicó en los resultas, el recurrente dirige sus agravios constitucionales, que por cierto carecen de una exposición prolija, a cuestionar: *a)* La interpretación del art. 14 de la CCBA y de los arts. 102 y 104. En lo pertinente —y que considero relevante— expresa que se comete un exceso jurisdiccional al incorporar a la accionante a un cargo para el que no ha sido designada y que viola la división de poderes y facultades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad. *b)* La vía del amparo, para lo cual efectúa juicios que carecen de toda cohesión, rigor metódico y más bien se presentan como un calidoscopio de alegaciones, ora dirigidas a criticar la falta de urgencia (en donde el Gobierno confunde los institutos caducidad y prescripción, que los presenta como sinónimos), ora a hablar de la aceptación del daño por parte del interesado lo que —desde cualquier punto de vista— viene a ser una plataforma hermenéutica que apunta en sentido contrario al que se dirige toda la axiología de los derechos fundamentales. De manera que sólo el primero de los agravios, cuyo apoyo se sostiene también en la evocación de la disidencia del fallo recurrido que el impugnante hace suya, me convencen de no rechazar el recurso sin más trámite.

La situación a resolver es similar a la que decidí en mi voto del 7/7/2008 en el expte. nº 5860/08 "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'". En efecto, allí exprese que "[e]stá 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".

También en ese voto, sostuve que "[l]o 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 una 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).

Como en el precedente evocado, mi voto se orienta a asegurar la efectiva tutela judicial para el actor, a la luz de las cuestiones traídas a esta instancia y en los límites que autoriza el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la materialización de la pauta de efectividad en la tutela jurisdiccional establecida en el art. 25 de la CADH es subordinante del resto de las cuestiones procesales. 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. Los Estados Miembros de la CADH se hallan comprometidos internacionalmente y frente a sus habitantes a garantizar que las autoridades competentes prevista en el sistema legal del Estado decidan sobre los derechos de toda persona que interponga un amparo (conf. art. 25.2.a), CADH) y a desarrollar las posibilidades del amparo (conf. art. 25. 2.b,

CADH). Se trata, en otros términos, que ante la comprobación de una omisión administrativa grave, el amparo no sea la excusa formal para favorecer al Estado que siendo garante de *iure* de los derechos vulnerados, se torna no-garante de facto de esos derechos.

Por lo expuesto, voto por: *a)* Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *b)* Revocar el fallo del tribunal superior de la causa. *c)* Hacer lugar, a la demanda de amparo planteada por la señora Silvia Mónica Bueno y ordenar al GCBA que, en el plazo de quince (15) días, dicte el acto administrativo que decida finalmente el procedimiento de selección iniciado en el año 2006 para cubrir interinamente el cargo de Profesional Asistente Adjunta, Psicóloga Interina —Adultos— de Planta, con 30 horas semanales, para el Àrea Programática —CESAC Nº 40— del Hospital General de Agudos "Parmenio Piñero", 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 Julio B. J. Maier dijo:

1. Más allá de ciertos datos que reflejan pormenores de escasa importancia, tiene razón la señora jueza del trámite al advertir que la cuestión debatida en autos resulta análoga a la resuelta por este Tribunal en "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 7/7/2008, caso en el cual fui yo el juez del trámite y, por lo tanto, el ponente.

2. Mi voto en esa causa finalizaba acogiendo el recurso por inconstitucionalidad de una manera particular. En primer lugar, señalaba (puntos 2 a 4) —con mis colegas—, que la vía del amparo, cuestionada desde un comienzo por el demandado —el GCBA—, había sido inidónea para verificar el derecho que la actora pretendía y decidían las sentencias de los tribunales de mérito —nombramiento del actor en el cargo concursado—, no sólo porque no había permitido la investigación y el análisis de todas las circunstancias que, eventualmente, fundan ese derecho, sino, además, porque, precisamente, la omisión del procedimiento dedicado al caso por la ley procesal contencioso-administrativa había limitado o constreñido el derecho del demandado a defenderse con amplitud, incluso probatoria.

3. Hasta allí la coincidencia con mis colegas. Quizás ella alcance a otro argumento: salvo casos especiales, ninguno de los cuales aparecía aquí fundado y menos aún con evidencia natural, los jueces no pueden reemplazar al Poder Ejecutivo en el nombramiento y organización de los agentes y funcionarios de la Administración (CCBA, art. 104, inc. 9º). Por ello, con un giro copiado del dictamen del Ministerio Público (Fiscal General Adjunto), se advertía que toda la cuestión planteada de esa manera en el litigio era —desde un comienzo— improponible.

4. Palabras más, palabras menos, mis colegas, por las razones dadas hasta aquí, rechazaban el amparo, solución de mayoría que conformó la sentencia del TSJBA en la ocasión mentada.

Yo preferí una solución distinta. Reputé que, aunque algo confusamente —mezclada con el derecho subjetivo a que la actora fuera nombrada en el cargo concursado—, la demanda había hecho hincapié en el vencimiento del plazo normativo reglamentario para decidir y cerrar el concurso de marras y, conforme a ello, también había instalado un *amparo por mora* de la Administración. Por esa razón, mi proposición también revocaba el fallo de la Cámara en cuanto, al confirmar la sentencia de primera instancia, condenaba al gobierno a realizar el acto de designación de la actora en el cargo y sólo hacía lugar a la demanda de amparo planteada en tanto ordenaba a la Administración dictar el acto que decidiera y cerrara el procedimiento de selección por ella llamado, conforme a la reglamentación correspondiente, procedimiento que había quedado trunco, sin final.

5. Supongo que en este caso, resuelto inmediatamente después del citado arriba, la mayoría repetirá su voto. Ello me exime de mayores consideraciones. Por lo demás, el desarrollo argumental extenso de los argumentos por los cuales me expido puede leerse en la sentencia en el caso "Pelacoff", ya citado, cuyos fundamentos son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente. Allí también proponía que las costas fueran distribuidas por el orden causado, conforme al art. 14 de la CCBA.

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

Tal como lo señala la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, la cuestión planteada en estos autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re*: "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 7/7/2008.

En consecuencia, por remisión a los fundamentos pertinentes expresados en nuestro voto conjunto en aquella oportunidad, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 75/78 y rechazar el amparo deducido por la señora Silvia Mónica Bueno, imponiendo las costas del proceso por su orden (art. 14, CCBA). Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del precedente citado en el párrafo anterior.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como señalan mis colegas, la cuestión de autos resulta (más allá de algunas pequeñas diferencia, entre otras, que en esta causa la Cámara no vino a confirmar una sentencia condenatoria dictada en primera instancia, sino a revocar una que dispuso el rechazo de la acción) sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "Pelacoff", ya citada en los votos que anteceden.

En consecuencia, por los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido, a los que remito y que serán agregados en copia para formar parte

de este pronunciamiento, voto por, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar el amparo, sin que ello implique expedirse en relación con el derecho de fondo que podrá, cumplidos los recaudos pertinentes, reclamarse en la vía ordinaria. Costas por su orden en todas las instancias (art. 14 de la CCBA).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, *revocar* la sentencia de fs. 75/78 y *rechazar el amparo* deducido por la señora Silvia Mónica Bueno.

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

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5860/08), de fecha 7/7/2008.

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

Fdo.: *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 6133/08 "Teper, Valeria c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y 6134/08 "Cascasi, María Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 20/11/2008.

CCLXIII

"METROVÍAS S. A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MONTES, ALBERTO OMAR C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Excepción de incompetencia. Sentencia definitiva. Equiparación a sentencia definitiva. Jurisdicción federal. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar cuando el recurso de inconstitucionalidad no cuestiona una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja si la recurrente no demuestra que la sentencia que confirmó el rechazo de la excepción de incompetencia le causa un gravamen de imposible o dificultosa reparación ulterior que justifique la equiparación del decisorio a una sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La asimilación a sentencia definitiva de una decisión en materia de competencia, sólo se justificada cuando ésta sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Un pronunciamiento en materia de competencia no podría, en principio, ser considerado definitivo, pero si se trata de la delimitación de las esferas de competencia local y federal, a los efectos del juicio de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, debe considerarse sentencia definitiva la que contiene una declaración de incompetencia que sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la resolución que importa la denegación del fuero nacional oportunamente invocado por el apelante se equipara a sentencia definitiva, pues se encuentra en juego el principio del juez natural, regido por disposiciones constitucionales, cabe ponderar lo dispuesto en los arts. 1º y 2º, CCAyT, que consagran la competencia local, con la grave consecuencia de haber inaplicado disposiciones locales válidas y vigentes, sin justificar las razones por las que debían excluirse para la solución de la controversia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Las razones que justifican equiparar, excepcionalmente, una providencia interlocutoria acerca de la competencia a una sentencia definitiva fincan exclusivamente en el interés en preservar la jurisdicción federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. A los fines del recurso de inconstitucionalidad sería equiparable a definitiva aquella hipotética decisión que denegare la jurisdicción local, puesto que, así como resulta de imposible reparación ulterior la pérdida de la federal desde el ángulo de la CSJN, también lo es, desde la perspectiva del TSJBA, la de la jurisdicción local; mientras que a la luz del recurso extraordinario, no existen razones para efectuar esa equiparación, cuando la alternativa a la local es la nacional ordinaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Las doctrinas emergentes de los pronunciamientos de la Corte Suprema no son de acatamiento general, pues no constituyen una fuente formal de Derecho prevista en el art. 31 de la C.N., y aunque la interpretación que efectúa de una ley es una guía para los jueces de las instancias anteriores es posible apartarse de ella dando nuevos argumentos que justifiquen no seguir la posición sentada por el Alto Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5898/08 - 20/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las actuaciones agregadas a esta queja, y en lo que interesa a su respecto, que el señor Alberto Omar Montes interpuso una demanda por daños y perjuicios contra Metrovías S. A. y contra el GCBA (en adelante: GCBA), por la suma de $ 150.900, derivados del accidente que sufrió al tropezar con la plataforma de un cordón zócalo situada en el acceso de la estación Agüero de la línea D del subterráneo (fs. 1/13). La demanda fue planteada ante la Justicia Nacional en lo Civil, que se declaró incompetente y remitió la causa a la jurisdicción local (ver relato efectuado por el actor a fs. 80).

Al contestar el traslado de la demanda, Metrovías S. A. planteó las excepciones de incompetencia, falta de legitimación pasiva y prescripción. La primera, basada en el art. 129 de la C.N., art. 8º de la ley 24.588 y art. 43 de la ley 23.637. Sostiene que la justicia de la Ciudad es incompetente para entender en un proceso de esta naturaleza y que éste debe tramitar ante la justicia nacional en lo civil (fs. 25/31 vta.). Tanto el actor (fs. 80/86 vta.) como el GCBA (fs. 87/100) solicitaron el rechazo de las excepciones.

2. El juez de primera instancia rechazó la excepción, con remisión a los fundamentos del dictamen fiscal, que no fue acompañado por la recurrente (fs. 36 y vta.). Metrovías S. A. planteó recurso de apelación contra esa sentencia (fs. 39/44 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la decisión, con fundamento en que la responsabilidad del Estado por la acción defectuosa de sus órganos en las funciones que le son propias es materia del derecho público local, por lo que el juzgamiento corresponde a las autoridades locales (fs. 45 y vta.).

3. Contra esa decisión Metrovías S. A. interpuso recurso de inconstitucionalidad. Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y sostuvo que la Cámara no había analizado los fundamentos que expresó en su apelación (fs. 47/54).

El tribunal *a quo* denegó el recurso de inconstitucionalidad porque el pronunciamiento recurrido no tiene el carácter de definitivo, ni es equiparable a una decisión tal y porque la recurrente no introdujo, de manera clara y precisa, una cuestión constitucional (fs. 55/56).

4. Metrovías S. A. dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley local nº 402 (fs. 61/72). Requerido su dictamen, el Fiscal General propuso que se rechazara la queja por no cuestionarse una sentencia definitiva ni equiparable a ella (fs. 106/108).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), él no puede prosperar: según lo expone la Cámara y

el Fiscal General, el recurso de inconstitucionalidad planteado por Metrovías no cuestiona una sentencia definitiva.

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 4412, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal", expte. 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; "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]", expte. nº 4591/06, resolución del 30/8/2006; a los que remito por razón de brevedad). Más aún, 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.

2. Por lo demás, la cuestión planteada por Metrovías es insustancial ya que el Tribunal ha resuelto, reiteradamente, el mismo planteo en otras causas en la que esa sociedad es demandada ("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; "Metrovías S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 4412, resolución del 5/7/2006; "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]'", expte. nº 4591/06, resolución del 30/8/2006), y ella no intenta tan siquiera rebatir los argumentos expresados para rechazar su pretensión de equiparar la denegatoria del fuero nacional a la denegatoria del fuero federal a los fines de tornar aplicable la jurisprudencia de la CSJN referida a esta cuestión.

3. De este modo, al no ser la resolución impugnada objeto posible del recurso de inconstitucionalidad (ley 402, art. 27), corresponde rechazar el recurso de queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja presentada por Metrovías S. A. (en adelante, "Metrovías") cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que confirmó el rechazo de la excepción de incompetencia articulada por Metrovías.

Por un lado, los jueces entendieron que la resolución impugnada no era una sentencia definitiva ni podía asimilarse a tal.

Por otra parte, los magistrados destacaron que no se había planteado adecuadamente un 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 intentado por la codemandada.

La empresa sostiene que el pronunciamiento recurrido le causa un perjuicio irreparable al no admitirse que la causa tramite por ante la justicia nacional.

4. Metrovías no consigue demostrar que la sentencia cuya copia obra a fs. 45 y vta. le cause un gravamen de imposible o dificultosa reparación ulterior que justifique la equiparación que pretende.

Por lo tanto, 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 María Conde, y los jueces Guillermo A. Muñoz y José O. Casás. En todos los precedentes mencionados sostuve que la asimilación a sentencia definitiva de una decisión en materia de competencia, sólo era justificada cuando ésta sustraía definitivamente la causa de la jurisdicción local. Dicho supuesto no se cumple en el caso de autos.

En efecto, la resolución cuestionada por Metrovías no sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local sino que, por el contrario, confirma la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad para entender en los presentes actuados.

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 61/72.

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), él no puede prosperar, ya que no logra refutar el fundamento por el cual la Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 27 de la ley 402).

2. Como he dicho en anteriores precedentes, cuyos principales lineamientos expondré a continuación ("GCBA c/Ledesma, Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314/03, resolución 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 2330/03, resolución del 11/12/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica), expte. nº 4412/05, resolución del 5/7/2006; y "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)", expte. nº 4591/06, resolución del 30/8/2006), en su evaluación de los recaudos necesarios para la admisibilidad del recurso extraordinario federal la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que debe considerarse sentencia definitiva a la que pone fin al pleito, impide su continuación o causa un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior [conf. *Fallos,* 322:87; 322:963 y 322:2080, entre otros]; criterio que fue tenido en consideración por este Tribunal a los efectos de establecer el concepto de sentencia definitiva en orden a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad local (TSJBA, causa 1895/02 del 5/3/2003; causa 1894/02 del 15/4/2003; causa 2297/03 del 18/6/2003; causa 2166/03 del 14/5/2003; causa 2133/03 del 27/5/2003; entre otros).

Desde tal perspectiva, un pronunciamiento en materia de competencia no podría, en principio, ser considerado definitivo. Pero si advertimos que de lo que se trata es de la delimitación de las esferas de competencia local y federal —debate que se desarrolla en torno al eje conceptual de la autonomía de la Ciudad, establecida en el art. 129 de la C.N.— cabe concluir, como lo hiciera al emitir mi voto en el precedente: "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo" [expte. nº 726/00, decisorio de fecha 21/3/2001], que a los efectos del juicio de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, debe considerarse sentencia definitiva la que contiene una declaración de incompetencia que sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local.

No desconozco lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —por remisión al dictamen del Procurador Fiscal— en la causa "GCBA v. Alberto Sabino Soto" (*Fallos,* 325:1520), sent. del 27/6/2002, en donde se expresó que la resolución que "importa la denegación del fuero nacional oportunamente invocado por el apelante" se equipara a sentencia definitiva. Según el fallo citado, esta cuestión pone "en juego el principio del juez natural, regido por disposiciones

constitucionales". Sin embargo, la lectura del dictamen del Procurador Fiscal, al que la Corte Suprema se remite en su sentencia, revela que no ha ponderado lo dispuesto en los arts. 1º y 2º, CCAyT, que atribuyen la causa a la competencia local, con la grave consecuencia de haber inaplicado disposiciones locales válidas y vigentes, sin justificar las razones por las que debían excluirse para la solución de la controversia.

Por lo demás, debe destacarse que las razones que justifican equiparar, excepcionalmente, una providencia interlocutoria acerca de la competencia a una sentencia definitiva fincan exclusivamente en el interés en preservar la jurisdicción federal. Ejercer jurisdicción federal e integrar el Poder Judicial de la Nación son expresiones que no denotan el mismo conjunto de jueces, desde que la ley 13.998 incorporó a los tribunales ordinarios de la Capital Federal a dicho Poder. Ello así, toda vez que no compete a estos últimos distinta competencia de la que está reservada a toda provincia. Tampoco existen, a este respecto, razones que se apoyen o deriven de la competencia territorial de esos tribunales. Aplicadas estas nociones a nuestro caso, sería equiparable a definitiva, a los fines del RI, aquella hipotética decisión que denegare la jurisdicción local, puesto que, así como resulta de imposible reparación ulterior la pérdida de la federal desde el ángulo de la CSJN, también lo es, desde la perspectiva del TSJBA, la de la jurisdicción local. En cambio, a la luz del recurso extraordinario, no existen razones para efectuar esa equiparación, cuando la alternativa a la local es la nacional ordinaria.

De tal suerte, no corresponde someterse, en esta causa, al criterio sentado por la Corte Federal en aquel aislado precedente. 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 C.N. Aunque la interpretación que el Alto Tribunal efectúa de una ley es una guía para los jueces de las instancias anteriores es posible apartarse de esa interpretación dando nuevos argumentos que justifiquen no seguir la posición sentada por la Corte Suprema, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

Y por último, cabe agregar que los motivos y argumentos que fundan la competencia local en casos como el presente, en los que se reclaman daños y perjuicios derivados de la responsabilidad de quien presta el servicio público de trenes subterráneos en la Ciudad de Buenos Aires, han sido adecuadamente tratados en el enjundioso voto del juez doctor José O. Casás en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", causa 4412/05, resolución del 5/7/2006, al que me remito.

3. Estos argumentos son de conocimiento de Metrovías, atento haber sido parte en todos los procesos mencionados al comienzo del punto anterior. Sin embargo, y como adecuadamente destaca el doctor Maier en su voto, el recurrente ni siquiera intenta rebatirlos, lo que transforma en insustanciales a las cuestiones planteadas por Metrovías.

4. Por las razones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por Metrovías S. A. y dar por perdido el depósito.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo ponen de resalto mis colegas preopinantes, la cuestión planteada en el *sub examine* resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re*: "Metrovías S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 4412/05, sent. del 5/7/2006; y "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)", expte. nº 4591/06, sent. del 30/8/2006; entre otros. En los precedentes citados se han expresado diversos argumentos que descartan la pretensión formulada y la recurrente —también protagonista de aquellos pleitos— no se ha encargado de ponerlos en crisis.

En consecuencia, por remisión a lo sostenido en los pronunciamientos aludidos, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la codemandada Metrovías S. A. y dar por perdido el depósito de ley integrado a fs. 60.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito de fs. 60.

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.*

CCLXIV

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

RECURSO DE QUEJA: Plazo.

SUMARIO:

1. De acuerdo a lo establecido por el art. 33 de la ley 402, el plazo para interponer el recurso de queja es perentorio y éste debe deducirse de cinco (5) días, sin perjuicio de que la presentación pueda ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día siguiente (art. 108, último párrafo, del CCAyT). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

Expte. nº 6038/08 - 20/11/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA, acude en queja ante este Tribunal por la denegación del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 61/78 vta. no fue deducido —tal como lo señala el Fiscal General Adjunto a fs. 82/83— en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual debe ser rechazado.

2. En efecto, de las constancias agregadas a la causa surge:

a) que el GCBA fue notificado el día 30/6/2008 (ver copia de la diligencia que obra a fs. 57) de la declaración de inadmisiblidad del recurso de inconstitucionalidad que interpuso, y

b) que la interposición del recurso de queja fue efectuada ante el Tribunal el día 15/7/2008 (ver cargo de fs. 78 vta.).

3. De acuerdo a lo establecido por el art. 33 de la ley 402, el plazo para interponer la queja es de 5 días. En el caso, tal plazo vencía el día 7/7/2008 sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 8/7/2008 (art. 108, último párrafo, del CCAyT).

Como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal, se trata de un plazo perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado"

en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sent. del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'D' Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'M., J. L. y otros c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sent. del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. Brutos convenio multilateral'", expte. nº 5352/07, sent. del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sent. del 12/7/2007], por lo que su vencimiento dejó firme la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

4. En razón de lo expuesto, la interposición tardía de la queja por el GCBA determina su inadmisibilidad.

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

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier (así como con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto) en que corresponde tener por interpuesta en forma tardía la presente queja. Ello así, toda vez que si bien el recurrente afirma haberla presentado "...en legal tiempo y forma..." (fs. 61), no señala en su escrito los extremos de hecho que permitirían fundar esa afirmación (fecha en la que habría quedado notificado de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad); y de la única constancia que acompañó a fin de acreditar lo cual (esto es, la copia que obra a fs. 57) se desprenden los extremos de hecho que indica el doctor Maier en el punto 2 de su voto.

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.

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

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

CCLXV

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

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Las cuestiones referidas a si los actos administrativos anulatorios fueron dictados legítimamente o no por la Administración, remiten, indefectiblemente, al examen y ponderación de hechos, prueba y normas infraconstitucionales (la ley 19.867 Orgánica Municipal, la ley 19.549 aplicada como legislación local, la Ley de Contabilidad, dec. ley 23.356/56 y dec. regl. 5720/72), ajenas a la instancia federal extraordinaria. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si el recurrente no logra conectar los planteos que formula con una cuestión federal concreta; es decir, menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal que no cumple con los recaudos señalados en el art. 2º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, en tanto omite efectuar en la carátula la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i), y en el art. 3º, incs. b), d) y e), relativos a la cuestión federal y a la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5831/08 - 26/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA (en adelante GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 181/200) contra la resolución del 3/9/2008, por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja planteado por éste.

El recurso fue contestado por la parte actora, quien solicitó su rechazo (fs. 204/212).

FUNDAMENTOS:

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

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

2. En efecto, el escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente en su totalidad la fundamentación del recurso de queja de fs. 133/142 vta., y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 117/127. La decisión del Tribunal que ahora se cuestiona consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque no criticaba la decisión de la Cámara que rechazó el recurso de inconstitucionalidad, y porque no lograba plantear un caso constitucional —como se puso de manifiesto en el pronunciamiento de fs. 168/178.

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.

Si el problema central a resolver —según afirma el GCBA— consiste en "... decidir judicialmente si los actos administrativos anulatorios fueron dictados legítimamente o no por la Administración...", tales cuestiones remiten, indefectiblemente, al examen y ponderación de hechos, prueba y normas infraconstitucionales (la ley 19.867 Orgánica Municipal, la ley 19.549 aplicada como legislación local, la Ley de Contabilidad, dec. ley 23.356/56 y dec. regl. 5720/72), cuestiones que resultan ajenas a la instancia federal extraordinaria que se pretende abrir con este recurso.

Pese a los intentos que realiza el GCBA para justificar la existencia de un caso federal mediante la invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (derecho de defensa, de debido proceso, de propiedad; principio de legalidad y división de poderes), lo cierto es que los agravios del GCBA tienden a que se revise si los actos administrativos objeto de la demanda, decs. 2422/1994 y 941/2000, resultaban nulos o no; sin que la decisión de esa cuestión involucre en forma directa una cuestión constitucional local ni una cuestión federal.

En este orden de ideas, el criterio sustentado —en casos análogos— por la Corte Suprema señala que 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).

Además, el recurrente no logra conectar los planteos que formula con una cuestión federal concreta; es decir, menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base. La sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 310:2306).

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

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisible en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia del GCBA con la interpretación efectuada por los jueces de la causa respecto de los hechos, la prueba y las reglas locales aplicadas para fundar su decisión (conf. doctrina de *Fallos,* 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 1757, entre muchos otros). En efecto, el GCBA alude en el escrito recursivo a "...la aplicación anómala de las normas jurídicas..." (fs. 196), y en la carátula de fs. 181/181 vta. (Cuestiones planteadas) a que "...La decisión recaída en autos no tuvo en cuenta normas específicas que establecen competencias y facultades de los órganos de la Administración...", pero, ciertamente, ello no resulta suficiente para fundar el recurso que interpone.

5. Por lo demás, el GCBA no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en el art. 2º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, en tanto omitió efectuar en la carátula la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. *i*).

Tampoco pueden tenerse por cumplidos los extremos requeridos por el art. 3º, incs. b), d) y e) del reglamento citado, pues —como se vio— en los párrafos precedentes, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, el recurrente no cumplió con las exigencias del art. 3º, relativas a la cuestión federal (incs. b], d] y e]). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes

que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d).

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

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. 178, punto 2.

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.*

CCLXVI

"FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PETICIONADA POR MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ EN AUTOS 'CÓCERES, ALFREDO GABRIEL Y OTROS S/INFR. ART. 116, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva.
ACCIÓN CONTRAVENCIONAL: Prescripción. Interpretación de normas locales. Cuestión de hecho. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. La discusión en torno a la interpretación de normas sustantivas locales y a la valoración de los hechos de la causa, es ajena a la competencia constitucional de este Tribunal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja si el recurso de inconstitucionalidad no contiene argumento alguno que permita siquiera considerar la posibilidad de equiparar a una sentencia definitiva la decisión que rechazó la solicitud de declaración de prescripción de la acción contravencional instada durante el transcurso de la investigación preliminar. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. En principio, la resolución que confirmó el rechazo del planteo de prescripción de la acción contravencional no puede ser equiparada a una sentencia definitiva, toda vez que no pone fin al proceso en el que, aún formalmente no se ha producido acusación alguna, ni genera un agravio de imposible reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6001/08 - 25/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 27/9/2007 el defensor del imputado Miguel Ángel Fernández planteó —ante el juzgado de primera instancia— la prescripción de la acción contravencional seguida contra su asistido (fs. 12), requiriendo la aplicación al caso de la ley 10, en tanto la consideró más benigna para su defendido que la ley 1472. El juez de grado rechazó el planteo porque, aunque entendió que correspondía en el caso aplicar el plazo de un año fijado por la ley 10 —dado que se trataba de una contravención continuada—, aún no había transcurrido ese término, contado desde el momento en que cesó la conducta reprochada (fs. 14).

2. La defensa apeló la resolución mencionada en el punto anterior (fs. 16/17), tras lo cual los miembros de la Cámara declararon la nulidad de la decisión de primera instancia (fs. 18/19). Para ello, sostuvieron que la ley 10 había sido derogada antes de que se iniciara la conducta supuestamente cometida por el señor Fernández, por lo que correspondía emplear los plazos previstos en la ley 1472.

3. El juez de primera instancia volvió a rechazar el planteo de prescripción de la acción contravencional, esta vez, en los términos de la ley 1472 (fs. 22). La defensa apeló esta última decisión y la Sala II la confirmó (fs. 29/31). En primer lugar, indicó cuáles eran las constancias de la causa que permitían delimitar el objeto de este proceso; objeto que, en el caso, estaría vinculado a las contravenciones que reprimen la organización, explotación y comercialización de juego ilegal. Luego, los camaristas entendieron que si, como surgía de las actuaciones, la imputación responde a la estructura de una contravención continuada —punto que podrá ser discutido en otra etapa del proceso—, en tanto desde el cese de la conducta (23/5/2007) hasta el momento en que se encontraban resolviendo la apelación (28/4/2008) no había transcurrido el plazo de prescripción previsto por la norma (art. 42, ley 1472), correspondía rechazar el planteo defensista.

4. El defensor interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la resolución de la Cámara mencionada en el punto anterior (fs. 33/35). En esa ocasión denunció que el fallo de la Sala II resultaba violatorio de la garantía de debido proceso, del derecho de defensa en juicio y del principio de legalidad, en tanto “las sentencias

no fueron fundadas conforme la legislación" (fs. 34). En este sentido, agregó que su defendido no había intervenido en las actuaciones, señaló que no había elementos que pudieran vincularlo con las contravenciones investigadas —que, según su parecer, no resultan de carácter permanente— y, además, sostuvo que no se habían producido actos que interrumpieran el plazo de prescripción de la acción.

El tribunal *a quo* declaró inadmisible el recurso intentado por entender que no se presentaba un caso constitucional susceptible de habilitar la instancia extraordinaria del Tribunal (fs. 2/3). El defensor, en consecuencia, interpuso la queja agregada a fs. 6/9.

5. Al momento de emitir su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 45/47). En este sentido, expresó que la presentación directa carece de crítica suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, agregó que tampoco se vincula con una sentencia definitiva —o decisión equiparable— y que no presenta un caso constitucional que permita habilitar la instancia del Tribunal. Por último, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La presentación de fs. 6/9 fue interpuesta en término y conforme a las exigencias formales del art. 33 de la ley 402. Pese a ello, la queja debe ser rechazada pues, tal como lo señala en su dictamen el señor Fiscal General Adjunto, la defensa del señor Fernández ha omitido formular una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado, en copia, a fs. 33/35 (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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 60 y ss. y "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).

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,* 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338; en el mismo sentido, este 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, t. III, pp. 92 y ss.).

2. En efecto, en la decisión por la que se denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a favor del señor Fernández (agregada, en copia, a fs. 2/4)

los jueces afirmaron, sintéticamente, que en aquella presentación la defensa se limita a insistir en sus consideraciones en torno a la decisión de primera instancia que denegó su planteo de prescripción, omitiendo dirigir una crítica concreta y razonada de las partes del resolutorio de la Alzada que considera equivocadas. Se aseveró también que los planteos introducidos en el recurso de inconstitucionalidad traducen el desacuerdo de la defensa con la interpretación que los jueces de mérito efectuaron del art. 42, CC, sin dar cuenta de las supuestas razones por las que aquella hermenéutica resultaría contraria a las normas constitucionales que enuncia somera y ritualmente; y se descartó, por ausencia de fundamentación, la tacha de arbitrariedad insinuada por la defensa.

En definitiva, los jueces de la Sala II consideraron que la discusión, en el caso, gira en torno a la interpretación de normas sustantivas locales y a la valoración de los hechos de la causa, cuestiones ajenas a la competencia constitucional de este Tribunal.

3. Pese a ello, nada dice el recurso de hecho de fs. 6/9 respecto de las cuestiones señaladas por la Cámara de Apelaciones. En efecto, en su queja el defensor del señor Fernández sólo destaca, genéricamente, diversas circunstancias que, a su entender, estarían vinculadas con las decisiones tomadas por los jueces de la causa y habrían generado agravio a su defendido. Entre otros argumentos, se consigna que "al no hacerse una correcta aplicación de la legislación, se lesiona la defensa en juicio y violan derechos federales que causan gravamen irreparable"; "[q]ue se hace una aplicación equivocada de la ley de prescripción penal, pues se interpretan erróneamente secuelas del juicio que no tuvieron alcances derogatorios de la prescripción"; que "se trata de cuestiones de hecho razonadas arbitrariamente con fundamentos apartados de la realidad, sin apoyatura legal que afectan la debida defensa en juicio" (fs. 6 vta.); "[q]ue la calificación de permanente hecha por el Juez de primera instancia sin mencionar las pruebas de tal aserto deviene arbitraria, como también lo es el momento en que se dice terminan las actividades de la supuesta organización, porque habría que preguntarse donde está acreditado para que no sea caprichoso" (fs. 8).

En definitiva, a lo largo de toda la presentación en estudio el recurrente reitera, con diferentes formulaciones, una serie de afirmaciones que en modo alguno brindan respuesta a los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara para denegar su recurso. A tal punto la presentación directa ante este Tribunal se desentiende del contenido del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad —y de las cuestiones puntuales que se discutieron durante la tramitación de la incidencia (generada por el planteo de prescripción de la acción contravencional)—, que resulta ciertamente difícil conectar lo decidido con aquellos planteos construidos en torno a la aplicación, a su entender equivocada, de la "ley de prescripción penal" o a la inexistencia de "secuelas de juicio" a los que se refiere la defensa. Tampoco la cuestión de la aplicación al caso de una "ley más benigna", mencionada en la queja, tiene vinculación con la decisión que pretende impugnar, en tanto aquel

planteo fue materia de otras decisiones, distintas a la aquí impugnada —ver fs. 14, 16/17 y 18/19.

Todo lo apuntado sella la suerte adversa del recurso de hecho intentado que, como se advirtió, carece de los fundamentos para respaldar su procedencia.

4. A lo dicho cabe agregar que, por lo demás, si bien no fue motivo del auto denegatorio de la vía extraordinaria intentada, lo cierto es que el recurso de inconstitucionalidad agregado en copia a fs. 33/35 no contiene argumento alguno que permita siquiera considerar la posibilidad de equiparar a una sentencia definitiva la decisión que rechazó la solicitud de declaración de prescripción de la acción contravencional instada durante el transcurso de la investigación preliminar. En ese punto, es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal en torno a que, por regla, las decisiones adoptadas durante la tramitación del proceso cuya consecuencia es la continuación de aquél no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni pueden ser equiparadas a tal (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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 1201 y ss., 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).

5. En consecuencia, voto por rechazar la queja agregada a fs. 6/9 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 *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 a 4 del voto del señor juez de trámite, José O. Casás, y por esos fundamentos voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 6/9.

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 *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. La queja interpuesta a fs. 6/9 debe ser rechazada ya que el recurso de inconstitucionalidad que defiende, no está dirigido contra una sentencia definitiva conforme lo exige el art. 27 de ley 402.

El recurrente tampoco ha dado argumentos que autoricen, con fundamento en las garantías que invoca, a considerar que la decisión en cuestión pueda ser *equiparada a una sentencia definitiva.*

De la lectura de las actuaciones se advierte que ni siquiera se ha producido el requerimiento de juicio por parte del Fiscal. Es evidente entonces, tratándose de un procedimiento acusatorio como lo es el procedimiento contravencional, que en principio la resolución cuestionada no puede ser equiparada a una sentencia definitiva, toda vez que no pone fin al proceso —en el que, conviene insistir, aún formalmente no se ha producido acusación alguna— ni genera un agravio de imposible reparación ulterior.

Voto en consecuencia por el rechazo de la queja interpuesta y por intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

2. A modo de *obiter dictum*, es dable destacar que la queja carece de una exposición ordenada de los antecedentes del caso y de una crítica directa de la resolución por la que se rechazó el recurso. En consecuencia, aún bajo el supuesto en que la defensa hubiera demostrado que la sentencia que impugna es una de aquellas susceptibles de ser equiparadas a una definitiva, la queja no hubiera podido prosperar.

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 rechazó un planteo de prescripción de la acción contravencional— no es una de aquellas que puede ser cuestionada ante el Tribunal porque, sencillamente, ordena la continuación del proceso hacia la decisión sobre la condena o la absolución 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. Por ello, voto por rechazar el recurso de queja agregado a fs. 6/9 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley local 402.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, y por mayoría con respecto al punto 2.

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 6/9.

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

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se 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.*

CCLXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VILLALONGA, GABRIELA EDITH Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Medida cautelar. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe rechazarse cuando la presentación no satisface la condición de criticar acabadamente la resolución que denegó el acceso a esta

instancia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. No constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 el decisorio que se limita a confirmar la resolución de primera instancia que decreta una medida cautelar. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Sólo puede prescindirse del requisito de sentencia definitiva cuando la denegatoria produce un agravio que por su magnitud o características es de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 6097/08 -26/11/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Un grupo de docentes, estudiantes y padres de alumnos que asisten a las actividades culturales que se desarrollan en la Dirección de Extensión Cultural conocida como "Sala Juan Bautista Alberdi", ubicada en el sexto piso del Teatro General San Martín, interpusieron una acción de amparo a los fines de que "se deje sin efecto el cierre y desalojo de las instalaciones que la Sala Juan Bautista Alberdi ocupa (...) hasta tanto se garantice la adjudicación de un espacio físico acorde a las necesidades que las actividades culturales y formativas desarrolladas en su ámbito requieren". Los accionantes sostuvieron que la decisión adoptada por el GCBA viola los derechos a enseñar y aprender, a trabajar y a gozar de los bienes culturales, a asociarse con fines útiles y a ejercer toda industria lícita garantizados por los arts. 14, 14 bis, 28, 31, 33, 43, 75, inc. 22 de la C.N., los arts. 43, 32 y concs. de la CCBA, el dec. municipal 12.827, las leyes nacionales 14.800 y 26.061, y la ley local 114 (fs. 59/60).

En el marco de esta acción, solicitaron el dictado de una medida cautelar de no innovar "tendiente a que se suspenda el cierre y desalojo de las instalaciones (...) donde funciona la Sala Juan Bautista Alberdi, hasta tanto se adjudique un nuevo espacio físico acorde a las necesidades de las actividades culturales y formativas desarrolladas" (fs. 55).

2. La jueza de primera instancia consideró reunidos los recaudos para conceder la medida cautelar y valoró que "el peligro en la demora —con la entidad de grave daño para el administrado, en los términos del art. 189, CCAyT— resulta del plazo límite del 31/3/este año para proceder a desalojar la Sala de que da cuenta la constancia de fs. 65 emanada del Ministerio de Cultura. De tal manera, al no haberse garantizado todavía que la Sala pueda continuar funcionando en otro lugar, puesto

que no se habría adquirido o encontrado el lugar físico que tramitaría por medio del expte. nº 65519/05, se verifica un peligro en la demora inminente que pone en riesgo la continuidad de las tareas desarrolladas por la Sala Alberdi" (resolución de fecha 28/3/2007 obrante a fs. 1/3).

3. El Gobierno de la Ciudad recurrió la sentencia (fs. 4/13). La Sala I dispuso "1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento apelado, ello sin perjuicio de ordenar al GCBA que arbitre los medios de seguridad necesarios para que la actividad de la 'Sala Alberdi' se desarrolle de manera libre y exenta de todo peligro, daño o riesgo para los particulares". En la resolución, la Sala mencionó especialmente que "la administración no ha arbitrado los medios que, *prima facie*, aparecen como idóneos para evitar que la desocupación del Centro Cultural signifique una afectación de la fuente laboral de los amparistas (...) n[i] explica porqué no efectúa la ubicación provisoria del centro cultural en un nuevo espacio". En consecuencia, la Sala estimó que "toda vez que el GCBA no explica porqué ha optado por la solución que en el caso aparece como más gravosa para los derechos de los accionantes, ésta podría resultar, en este aspecto y en el marco provisional de la presente medida cautelar, irrazonable" (fs. 15/19).

4. Esta resolución motivó el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 20/28 vta., en el que el Gobierno de la Ciudad se agravió de que el decisorio impugnado vulneraba "los arts. 1, 14, 16, 18, 43, 75, inc. 18 y concs. de la C.N. y arts. 1º, 10, 11, 13, inc. 3º, 23, 102, 104 y ccdtes. de la CCBA" (fs. 20 vta.); y lo tachó de arbitrario, de violar los principios de congruencia y razonabilidad y de apartarse de las constancias de la causa (fs. 26 vta.). Por último, sostuvo que la Cámara había omitido ponderar suficientemente la exigencia del "interés público" (fs. 27 y vta.).

5. El recurso fue denegado por la Sala I por no tratarse de un pronunciamiento definitivo, y porque "la recurrente no ha demostrado debidamente que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva" (fs. 30/31).

6. Ante la denegatoria, la Procuración General interpuso el recurso de queja agregado a fs. 33/44 vta.

7. En oportunidad de emitir su dictamen, la Asesora General Tutelar propició la desestimación de los recursos de inconstitucionalidad y de queja con fundamento en que la sentencia recurrida no es definitiva ni equiparable, y por no advertir en el caso un agravio constitucional suficiente que justifique la apertura de la vía (fs. 70/75).

8. Por su parte, el Fiscal General Adjunto opinó que el recurso fue bien denegado por la Cámara en razón de que la sentencia recurrida no reviste el carácter de definitiva, y de que el recurrente no invocó razones para demostrar la existencia de un gravamen irreparable que permita equipararla a tal (fs. 80/82).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 33/44 vta. fue interpuesto por escrito, ante este tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. Los miembros de la Sala I denegaron el acceso al Tribunal. En apoyo de su decisión dijeron 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, en tanto no reúne la condición de definitivo (...). Además, la recurrente no ha demostrado debidamente que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva" (fs. 30/31).

3. En el recurso directo que obra a fs. 33/44, el Gobierno de la Ciudad sostiene que el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad "vulnera el derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la C.N. y art. 13, inc. 3º de la CCBA), cercena las potestades constitucionales propias de la Administración en lo inherente a las políticas culturales y ejecución de obras públicas, atenta contra el interés público y afecta la forma republicana de gobierno y su inherente principio de división de poderes (art. 1º de la C.N. y 1º de la CCBA)" (fs. 41). Más adelante afirma que "causa agravio constitucional suficiente y actual a la Ciudad, que la Alzada no hubiere advertido que nos encontramos ante una resolución que por sus efectos era equiparable a definitiva", y sostiene que el auto impugnado ha afectado su derecho de defensa pues "se sustenta en fundamentos aparentes, con apartamiento de las constancias de la causa y de cuestiones decisivas que fueron expuestas por la Ciudad en el recurso de inconstitucionalidad" (fs. 41 vta.). Sin embargo, además de confundir las impugnaciones que dirige contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad con aquellas que corresponden a la sentencia de fondo del asunto, la argumentación del Gobierno se detiene en la mera enunciación de los derechos supuestamente vulnerados, sin llegar a fundar ni una sola de las críticas que realiza. El resto de la presentación se completa con el relato de lo ocurrido en el expediente (fs. 37/39 vta.) y con la enunciación de los agravios del recurso de inconstitucionalidad (fs. 39 vta./41).

El recurrente no pudo demostrar el supuesto error en que incurrieron los jueces de la Sala I al cerrar su acceso al TSJBA. 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 dar cuenta de ellas, pues tal como sostuve en numerosas oportunidades, "es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad" (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, esta presentación directa no satisface la condición de criticar acabadamente la resolución que denegó el acceso a esta instancia. Esto solo es suficiente para rechazar la queja.

4. Sin embargo, puede agregarse que el pronunciamiento atacado no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. Tal decisorio se limitó a confirmar la resolución de primera instancia que decretara una medida cautelar, que como bien dijera la Sala I al rechazar el recurso de inconstitucionalidad, "es susceptible de cesar, ser sustituid[a] por otr[a] más práctica y menos gravos[a], ampliad[a] o disminuid[a], siempre que se esgriman nuevos argumentos que ameriten revisar la decisión adoptada" (fs. 30 vta.).

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" (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, con cita de *Fallos,* 313:279).

En autos, el GCBA se limita a decir que "la resolución atacada reviste el carácter de sentencia equiparable a definitiva, pues producen (*sic*) un agravio insusceptible de reparación en ulterior instancia" (fs. 34 vta.). Sin embargo, en tanto no explica cuáles son los perjuicios actuales o futuros que considera que podría causarle la medida impugnada, el recurrente no logra acreditar que la resolución que cuestiona pueda ser equiparada a una sentencia definitiva.

5. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La decisión impugnada no es, manifiestamente, una sentencia definitiva, ni, en el mejor de los casos, el impugnante ha desarrollado argumentos y hechos tales que, a pesar del carácter interlocutorio de la decisión recurrida, permitan equipararla analógicamente a aquellas, conforme a cierta doctrina con comienzo en la CSJN y admitida por el Tribunal en fallos de mayoría.

La primera característica emerge claramente de la naturaleza procesal de la decisión: se trata de la aplicación de una medida cautelar, medidas que, reiteradamente, el Tribunal ha excluido de su competencia apelada porque las leyes procesales consienten para su impugnación sólo el doble grado de la jurisdicción de mérito (conf., por todos, 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 las demás allí citadas, 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). "Es regla general

que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva*, 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)".

Tal como expresa la señora jueza de trámite, aun adheridos a la doctrina de la equiparación, sin duda de carácter excepcional, la razón y los hechos por los cuales una medida cautelar —revisable y revocable en cualquier momento del procedimiento según hechos aportados por quien la sufre— resultaría analógicamente equiparable a una decisión sobre el fondo —definitiva—, no han sido aquí tan siquiera esbozados y menos aun verificados. Ello no se suple con la mención "a bulto" de cláusulas constitucionales lesionadas, lesiones que, al parecer, se refieren a la decisión de mérito, no así a la que rechaza el recurso por inadmisible.

2. Pero, por lo demás, esta condición básica de admisibilidad del recurso ante este Tribunal —no sólo del llamado "de inconstitucionalidad"— resulta definida más estrictamente en mis votos que la aceptada por la mayoría del Tribunal (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/impugnación de actos administrativos", expte. nº 3259/04, resolución del 9/2/2005).

Mi opinión sobre el concepto de decisión *equiparable a definitiva*, ya fue expresada *in re* "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001. Ella no presta acuerdo, en principio —tan siquiera para la interpretación del requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal (ley nacional nº 48, art. 14)—, a la conocida teoría de la Corte Suprema acerca de la existencia de decisiones que no constituyen sentencia definitiva pero que, analógicamente, deben ser tenidas por tales. Con idéntica contundencia y por razones que he expuesto múltiplemente, yo no comparto el criterio conducente a reconocer una tercera categoría en función de la idea de "equiparabilidad", sobrepuesta al binomio 'sentencia definitiva' / 'sentencia no definitiva' (ver mi voto *in re* "Propietario Figueroa Alcorta 3590/5/2003 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/5/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, resolución del 9/11/2005, punto 2).

Mi misma opinión sólo admite una equiparación tal, cuando el texto de la propia Constitución, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiere que el Tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada para decidir, por ejemplo, una medida cautelar, que pone en juego una garantía específica (el ejemplo de la Constitución italiana y la privación de libertad). Allí es el mismo orden jurídico —en suma, la ley procesal— el que consuma la equiparación o, si se quiere, la apertura de la competencia del Tribunal para revisar, por motivos constitucionales, la decisión interlocutoria de un tribunal de mérito. La invocación y prueba de un precepto de tal índole no resulta expresada por el recurrente en la causa (conf. mi voto *in re* "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA'", expte. nº 2778/03, sent. del 16/6/2004).

3. Las razones explicadas, como lo he anticipado, me llevan a coincidir sustancialmente con la opinión de la jueza de trámite y, de este modo, a rechazar el recurso de queja de fs. 33/44 vta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las decisiones que acuerdan o deniegan medidas cautelares no constituyen, por regla, sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. A su vez, la posibilidad de equiparar una decisión cautelar a una definitiva requiere que esté en juego un derecho que el ordenamiento jurídico reconozca como precisado de tutela inmediata, o que el pronunciamiento cuestionado tenga capacidad para provocar daños cuya reparación ulterior resulte, sino imposible, cuando menos insuficiente.

2. Los recursos articulados por el GCBA no demuestran que, en la situación de autos, se configure alguno de los supuestos enunciados para habilitar la intervención del Tribunal en la vía intentada.

En efecto, la medida cautelar impugnada dispuso, para lo que ahora importa "(...) suspender el desalojo de la Sala 'Juan Bautista Alberdi' que funciona en el Centro Cultural San Martín del GCBA (...) hasta tanto se garantice un lugar físico adecuado donde dicho emprendimiento artístico y cultural pueda seguir desarrollando sus actividades normales como lo viene realizando hasta la fecha" (fs. 3). Frente a ello, el recurrente no acredita que resulte imposible o desproporcionadamente gravoso designar un lugar físico adecuado a los fines dispuestos por el *a quo,* hasta que se dirima el pleito. Por eso, en realidad, tampoco ha logrado demostrar que el pronunciamiento cuestionado —más allá de su acierto o error— provoque *per se* el invocado menoscabo de potestades privativas de la Administración (vgr. definir el destino de la Sala J. B. Alberdi y la ejecución de las obras allí programadas) en desmedro de la división de poderes. En este sentido, cobra relevancia el hecho de que el propio GCBA se refirió a la existencia de lugares habilitados para realizar las

actividades desplegadas en la Sala Juan Bautista Alberdi aunque, claro, no explicó por qué no podía proceder a la relocalización contemplada en la medida cautelar motivo de recurso (fs. 26 vta.).

De todos modos, parece prudente señalar que por tratarse de una actuación jurisdiccional que no causa estado, nada impediría al demandado instar, sobre la base de circunstancias novedosas, la revisión del decisorio atacado.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja articulada a fs. 33/44.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez Luis F. Lozano.

Como ya lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares no constituyen, por regla general, *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402. Asimismo, cabe señalar que la recurrente tampoco ha logrado acreditar que lo decidido de modo precautorio en el caso le genere un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior —excepción que permitiría equiparar la resolución objetada a una de naturaleza definitiva e incitar la intervención del Tribunal en este estado del proceso—. En este sentido, las referencias orientadas a demostrar la entidad del agravio para lograr habilitar la competencia del Tribunal por la vía elegida no han sido adecuadamente fundamentadas ni debidamente probadas por la interesada.

A todo evento, cabe aclarar que la afirmación precedente no importa ingresar en la valoración de lo decidido por los jueces de la causa a la hora de ponderar los presupuestos que, desde su punto de vista, justificaron el dictado de la medida precautoria requerida por los amparistas. Lo que aquí se sostiene es que el GCBA, en su recurso, no ha logrado acreditar que la decisión adoptada en el caso —más allá de su acierto o error— le provoque un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Ello se comprueba al tener en cuenta que el pronunciamiento cautelar de la Cámara, en rigor, no puede interpretarse como una indebida interferencia o impedimento en la ejecución de las obras de remodelación del Centro Cultural Gral. San Martín —trabajos que, de más está decirlo, revisten interés público por la singular relevancia que posee el sitio aludido en el desarrollo de las actividades culturales en esta Ciudad, destinada a todos sus vecinos y otros asistentes en general—, en tanto el anticipo de jurisdicción resistido ha venido a precisar que se limita a garantizar la utilización de *algún espacio físico adecuado* (no necesariamente en tal ámbito) para que se puedan desarrollar los emprendimientos que hasta ahora se servían, con la aparente precariedad del caso, de la Sala "Juan Bautista Alberdi" del CCGSM.

Por las consideraciones expuestas y las desarrolladas en el voto del señor juez Luis F. Lozano, a las que adhiero, corresponde rechazar el recurso de queja deducido a fs. 33/44 vta.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por la Asesora General Tutelar y el 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 este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

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

CCLXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN AUTOS 'DOMÍNGUEZ, JUAN DOMINGO S/ART. 82 LEY 1472'"

RECURSO DE QUEJA: Cuestión abstracta.

Expte. nº 5922/08 - 1º/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 23/36) contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF del 28/4/2008 (fs. 20/21) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 10/19) intentado, a su vez, contra la decisión de la Cámara del 19/2/2008, cuya copia obra a fs. 7. A través de dicha resolución, los camaristas rechazaron *in limine* el recurso de apelación (fs. 4/6) interpuesto contra la decisión del juez de primera instancia del 28/12/2007 (fs. 3) que dispuso diferir el tratamiento del planteo de prescripción de la acción contravencional, efectuado por la defensa (fs. 1/2), para el momento de celebración de la audiencia de juicio (art. 46, LPC).

2. De la queja de fs. 23/36 se corrió vista al Fiscal General Adjunto que contestó a fs. 40/41.

3. Ante el pedido efectuado por el señor juez de trámite (fs. 56), el magistrado de primera instancia remitió copia certificada de la resolución mediante la cual declaró la extinción de la acción contravencional y, en consecuencia, sobreseyó a Juan Domingo Domínguez por los hechos ventilados en este proceso (fs. 58/59). Asimismo, informó al Tribunal que la decisión ya se encontraba firme (fs. 60).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La resolución del juez de primera instancia que declaró extinguida la acción contravencional y sobreseyó al señor Juan Domingo Domínguez ha quedado firme y, en consecuencia, el planteo efectuado por la defensa en su presentación directa ante el Tribunal ha devenido abstracto, por lo que corresponde rechazar la queja agregada a fojas 23/36.

Finalmente, por la forma en que se resuelve la queja planteada, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

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

Adherimos al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

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

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 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. 189 *bis* C.P.'", expte. nº 3562/04, resol. del 25/2/2005.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Resulta indiscutible que lo recurrido no es una sentencia definitiva, conforme lo exige el art. 27 de la ley local 402. Precisamente, la articulación incidental sobre la prescripción se iba a discutir en la audiencia de debate (ver fs. 3 vta.), suceso que no ocurrirá porque en esa audiencia, previo a ello, se concedió al imputado la suspensión del juicio bajo ciertas condiciones temporales que, cumplidas, determinaron el sobreseimiento de la causa en lo referente a la imputación formulada al señor Juan Domingo Domínguez. Esta última determinación implica también

que, aunque no haya sido desistido, el recurso de queja carece hoy de sentido. Por lo tanto, mociono el rechazo de la queja.

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.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 23/36.

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.*

CCLXIX

"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. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Acceso a la justicia. Cuestión abstracta. PLAN URBANO AMBIENTAL: Código de Planeamiento Urbano. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA: Preservación del patrimonio urbanístico. DERECHO AMBIENTAL: Principios precautorio y preventivo.

SUMARIOS:

1. Se encuentran comprometidas la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales frente al decisorio que afirma que la sanción de la ley 2241 agotó el

objeto de autos y que, en consecuencia, carece de efectos dictar sentencia en ese contexto, pues soslaya la pretensión dirigida a lograr la preservación del patrimonio urbanístico de la ciudad y su calidad visual (art. 27, inc. 2º, de la CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. No ha perdido actualidad la pretensión que requiere la protección de un derecho que la CCBA estructura como de incidencia colectiva, la preservación del patrimonio ambiental, cultural e histórico de la Ciudad (arts. 14 y 26 de la CCBA), a cuyo fin pone objetivos urbanísticos y arquitectónicos a cargo del gobierno que organiza (art. 27, inc. 2º, de la CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (vgr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La identificación del bien tutelado consistente en la preservación del patrimonio urbanístico conduce tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente, al margen de la posición que el demandante ostente en relación con el bien colectivo tutelado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. En función de los principios precautorio y preventivo, propios del derecho ambiental, es postulado básico otorgar "prioridad absoluta a la prevención" pues las previsiones constitucionales que lo protegen no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para asegurar un desarrollo sustentable que respete el ambiente a favor de las generaciones del porvenir, supeditada exclusivamente en su eficacia a las potestades discrecionales de los poderes públicos, sino que traducen la precisa y positiva decisión del constituyente de jerarquizar con rango supremo un derecho. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. En el derecho ambiental, el principio precautorio supone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4º, ley 25.675). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El art. 29 de la CCBA establece que el Plan Urbano Ambiental constituirá la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas, de modo que la idea de "marco" y el deber de "ajustarse" implican pautas para el legislador y para los jueces. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El Plan Urbano Ambiental debe constituir la enunciación legislativa de un modelo ambiental y es deber de todos los órganos a los que caben responsabilidades a su respecto, hacer que el Código de Planeamiento Urbano se ajuste a él. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. El constituyente vino a establecer que el legislador debe sancionar la normativa urbanística teniendo presente, y haciendo conocer al pueblo, un modelo

urbano ambiental y cursos de acción para alcanzarlo, en cuya elaboración ha debido dar ocasión de participar a entidades académicas, profesionales y comunitarias capaces de aportar los avances de sus diversas disciplinas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Si la sentencia omite responder íntegramente a la demanda, lesiona el derecho de acceso a la justicia, parte del antiguo derecho de defensa de un interés legítimo, amparado en la C.N., art. 18, y, por reflejo, en la nuestra (CCBA, 13). (*Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

11. Se plantea un caso constitucional si el Plan Urbano Ambiental, que constituye la ley marco para apreciar las distintas disposiciones específicas referidas a él —entre ellas el Código de Planeamiento Urbano y la ley modificatoria 2241—, no ha sido aún dictado por la Legislatura de la Ciudad, pues sin él resulta imposible apreciar si el resto de la normativa urbanística, se ajusta a aquello que constituye esa ley marco (CCBA, art. 29). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. El recurso de inconstitucionalidad solo puede ser interpuesto por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada, donde 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 en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

13. Deviene abstracta la pretensión si el principal fundamento en que se basó el tribunal *a quo* para revocar la sentencia de primera instancia reside en que, el objeto de la demanda consistió en el pedido de inconstitucionalidad del Código de Planeamiento Urbano, específicamente de la Plancheta nº 6, y ello encontró respuesta satisfactoria a través de normas de alcance general dictadas con posterioridad a su interposición. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5864/08 - 1º/12/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Beatriz Tudanca, Paula Mazzucco y Juan Carlos Storani, promovieron acciones de amparo contra el GCBA, solicitando que se decrete la inconstitucionalidad de la ley 449, en lo relativo a la Plancheta Nº 6 Distrito U20 Zona Z5 de la Calle El Salvador al 6000, por resultar violatoria de principios, derechos y garantías constitucionales consagrados en la Constitución de la Ciudad y en la Constitución Nacional (fs. 2/29 y 2/11, respectivamente).

2. En primera instancia, se hizo lugar a la demanda y se dio por cumplido el objeto. Para así decidir, el juez entendió que la sanción de la ley 2241 —modifica-

toria del Código de Planeamiento Urbano— satisfizo el objeto del amparo, "ya que la modificación que se ha dispuesto concuerda totalmente con la pretensión de la actora ", por lo que "más que declarar abstracta la cuestión corresponde hacer lugar a la demanda" (resolución recaída en el expediente "Grua, Emilia Celina Fructuosa contra GCBA sobre amparo", con expresa remisión a los expedientes "Tudanca" y " Mazzucco", fs. 30 vta.).

3. El GCBA apeló la resolución por considerar que el *a quo* valoró erróneamente la posición del GCBA frente a la sanción de la ley 2241, y obvió declarar abstracta la cuestión. Asimismo apeló las costas y los honorarios.

4. La Cámara decidió revocar la sentencia apelada y declarar abstracto el objeto de la acción de amparo, imponiendo las costas de ambas instancias en el orden causado. Entendió que "toda vez que la actora persiguió como pretensión de fondo de su amparo la declaración de inconstitucionalidad de una norma que luego ha sido modificada, no subsiste en la actualidad sustento fáctico-jurídico que permita resolver el fondo de la cuestión" (fs. 64).

5. Los actores plantean entonces recurso de inconstitucionalidad, que fue denegado por la Cámara, por mayoría.

6. El rechazo de ambos recursos dio lugar a los recursos de queja (fs. 87/102 causa "Tudanca"; fs. 79/94 causa "Mazzucco") que tramitan acumulados ante el Tribunal.

7. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 122/123 propiciando el rechazo de los recursos de queja planteados.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Atento a que los recursos planteados por los señores Tudanca, Mazzucco y Storani son sustancialmente análogos (lo que surge de la simple confrontación de ambos escritos), procederé a tratar los dos recursos en un único desarrollo.

2. Las quejas interpuestas por los señores Josefa Tudanca, Paula Mazzucco y Juan Carlos Storani no pueden prosperar. Si bien cumplen con los requisitos de tiempo y forma exigidos (art. 33, LPT), los agravios que construyen en torno a la afectación de los derechos y garantías al debido proceso adjetivo, a la propiedad, a la igualdad de trato, al medio ambiente, identidad de barrio y patrimonio cultural, no revelan la existencia de un gravamen concreto y actual sufrido por los recurrentes.

3. Previo a todo, cabe destacar que, al igual que ocurre con cualquier recurso, el de inconstitucionalidad solo 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 Enrique, "El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica", p. 42, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992). La existencia de este requisito común a cualquier recurso, debe ser ponderado con carácter previo e ineludible.

En efecto, la abundante doctrina nos explica que para que prospere una impugnación es necesario que el agravio sea cierto, concreto y resultante de la resolución que se cuestiona. De esta manera, se ha dicho que "el requisito de gravamen no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tornado inoperante, cuando éste ha desaparecido de hecho o ha sido removido el obstáculo en que se asentaba" (CSJN, *Fallos,* 306:1160; 310:819; entre otros) y su inexistencia importa la desaparición del "poder de juzgar" (*Fallos,* 311:787).

4. El principal fundamento en que se basó el tribunal *a quo* para revocar la sentencia de primera instancia reside en que, el objeto de la demanda consistió en el pedido de inconstitucionalidad del Código de Planeamiento Urbano, específicamente de la Plancheta Nº 6, y el objeto peticionado encontró respuesta satisfactoria a través de normas de alcance general dictadas con posterioridad a su interposición, y por lo tanto la pretensión articulada devino abstracta.

La Cámara, al decidir declarar abstracta la cuestión, analizó el objeto de la demanda y la sanción de la ley 2241 con posterioridad a su inicio. Consideró, entonces, que no subsistía sustento fáctico-jurídico que permitiera resolver sobre el fondo de la cuestión. Asimismo, consideró que resultaba inoficioso expedirse en relación al resto de los agravios, dejando asentado que en caso de considerárselo oportuno y gozar de entidad suficiente, éstos podrían ser planteados por la vía que se estime pertinente (fs. 64 vta.).

Resulta correcta la postura de la Cámara, ya que el dictado de la ley 2241 tornó abstracto el proceso, de manera tal que los actores no ostentan un interés jurídico o gravamen concreto, actual y eficaz, lo que obsta a la admisibilidad del presente recurso.

5. Por otra parte, las manifestaciones de los recurrentes acerca del inminente perjuicio a sus derechos constitucionales que generaría la construcción de un edificio de nueve pisos en el predio de El Salvador 6052, no pueden ser atendidas en el marco del presente recurso por no haber formado parte del objeto del proceso.

Además, el debate relativo a esta posible construcción, como lo admiten los propios recurrentes, es objeto de un procedimiento administrativo (fs. 68 vta. expediente "Tudanca" y fs. 72 vta. expediente "Mazzucco") y los actos que se adopten en el marco de dicho procedimiento podrán, eventualmente, ser cuestionados en un nuevo proceso judicial.

Por lo tanto, acierta la Cámara al sostener que estas referencias efectuadas por los actores tanto en las demandas como en el recurso, no dejan de significar perjuicios conjeturales o hipotéticos.

Como bien señala el Fiscal General Adjunto en su dictamen, "las argumentaciones que pretenden habilitar la instancia (...) no constituyen una impugnación

dirigida contra la sentencia que se pretende revertir sino, antes bien, trasuntan cuestionamientos de hecho y de prueba que ya no pueden añadirse a un proceso agotado" (fs. 123).

6. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo que se rechace las quejas interpuesta por Beatriz Tudanca, Paula Mazzucco y Juan Carlos Storani, con costas por su orden (art. 14, CCBA).

El juez José O. Casás dijo:

1. Los recursos de queja interpuestos a fs. 87/102 y a fs. 79/94 del expte. nº 5868/08 (acumulado a estas actuaciones) no pueden prosperar, puesto que los recurrentes no han logrado demostrar la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA que habilite la competencia de este Estrado.

2. En efecto, se advierte que la genérica mención de los derechos y garantías que se entienden vulnerados —propiedad, igualdad de trato, medio ambiente, identidad del barrio, patrimonio cultural y debido proceso— no resulta idónea para demostrar de modo suficiente que tales preceptos se encuentren comprometidos de manera directa en este caso concreto, a partir de lo decidido por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT al declarar abstractos los objetos de las acciones de amparo acumuladas —en razón de la sanción de una ley que vino a limitar la capacidad edificatoria en la manzana identificada en la pretensión, acaecida luego de iniciados los procesos.

3. Finalmente, en punto las cuestiones vinculadas con la nueva situación que se configuraría a partir del cambio en el derecho objetivo operado con la sanción de la ley 2241 que podrían ser susceptibles de incidir en el trámite del expte. adm. nº 2344/2005 —o de cualquier otro—, comparto las manifestaciones vertidas por la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y por el señor Fiscal General Adjunto (conf. dictamen de fs. 122/123), en cuanto sostienen que tales aspectos exceden el marco del presente litigio. En este sentido, tal como lo afirmara el tribunal *a quo* en la sentencia de fecha 10/8/2007, a todo evento, corresponde poner de resalto que nada impide que tales cuestiones, llegado el caso, puedan ser planteadas por los sujetos legitimados mediante las vías administrativas y/o judiciales que se consideren pertinentes.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las quejas demuestran que los recursos de inconstitucionalidad articulados a fs. 70/73 (expte. nº 5864/08) y 60/64 (expte. nº 5868/08) comprometen de modo directo, según se verá, la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales que resultan dirimentes para la solución del pleito.

Por ello, y por cumplir los recaudos formales, corresponde admitirla y analizar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Los recurrentes se agravian por cuanto la sentencia de fs. 56/57 (expte. nº 5864/08) y 63/64 (expte. nº 5868/08) declaró que el proceso de autos devino abstracto a raíz de la sanción de la ley 2241. Esa norma dispone desafectar como distrito de "zonificación" U20 Z5, a los terrenos de la manzana delimitada por el eje de la calle El Salvador, eje de la calle Arévalo, eje del Pasaje de la Convención y eje de la calle Honduras, correspondiente a la ley 449, Plancheta Nº 6 (art. 1º) y, luego, afectar esos terrenos al distrito de "zonificación" U20 Z2b (art. 2º). La nueva normativa, tal como indicó el *a quo*, limita la capacidad constructiva admitida en la manzana aludida. Sin embargo, el resguardo que emana de la ley en orden a preservar el patrimonio urbanístico —cuyo reconocimiento, los jueces de mérito aplicando facultades que les son privativas y no fueron cuestionadas por la demandada, entendieron reclamadas (fs. 12/13, expte. nº 5868 y 30/31, expte. nº 5864)— es menor que aquel, que los actores pretendían a partir de la invocación de los arts. 27 y 29 de la CCBA., en tanto el progreso completo de su pretensión generaría consecuencias jurídicas mayores en su alcance que las introducidas por el poder legislativo (fs. 17 vta./18 vta. y 30, expte. nº 5864 y 2 vta., 4 y 12 del expte. 5868/08).

En efecto, el constituyente dispuso que "La Ciudad define un Plan Urbano Ambiental elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias (...) que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas". Al demandar, los amparistas cuestionaron la validez del Código de Planeamiento Urbano (en adelante CPU), en relación con la cuadra ya identificada, en tanto el diseño urbano que éste adopta no proviene de la norma que la CCBA establece como "ley marco" en la materia (art. 29, CCBA) y permite provocar un cambio en su fisonomía, ausente la evaluación global que correspondería al Plan Urbano Ambiental (en adelante PUA).

Así las cosas, la pretensión de autos albergaba una complejidad mayor que la valorada por la sentencia impugnada. Afirmar que la sanción de la ley 2241 agotó el objeto de autos y que, en consecuencia, carece de efectos dictar sentencia en ese contexto soslaya que, en estas actuaciones, se pretende lograr la preservación del patrimonio urbanístico de la ciudad y su calidad visual (art. 27, inc. 2º, de la CCBA). Ese objetivo consagrado en la Carta Magna local exige, según el constituyente, la sanción del PUA al que deben ajustarse el resto de las regulaciones en la materia, entre ellas, el CPU, incluidas reformas como las que la ley 2241 introdujo a ese cuerpo legal (art. 29 de la CCBA). El contenido del derecho en juego impediría, entonces, dar por satisfecha la pretensión, como lo hizo la Sala II, pues la mera confrontación entre la ley 2241 y el objeto de autos permite advertir que, esa norma, brinda una respuesta parcial a la demanda (arts. 27, inc. 2º y 29).

3. Para poner en evidencia que este juicio no ha perdido actualidad, corresponde señalar que la pretensión esgrimida al demandar, requirió la protección de un derecho que la CCBA estructura como de incidencia colectiva, la preservación del patrimonio ambiental, cultural e histórico de la Ciudad (arts. 14 y 26 de la CCBA), a cuyo fin pone objetivos urbanísticos y arquitectónicos a cargo del gobierno que

organiza (art. 27, inc. 2º, de la CCBA). Ese dato, impacta sobre las características que adquiere el proceso y proyecta importantes consecuencias en relación con las categorías que tradicionalmente lo estructuran (vrg. legitimación y caso). Por un lado, el carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (vgr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto. Eso, a su vez, provoca que la noción de caso difiera cuando se debate en torno a derechos, por ejemplo, de primera generación, y cuando se lo hace respecto de derechos de incidencia colectiva. En este último supuesto, la identificación del bien tutelado —en la situación de autos la preservación del patrimonio urbanístico—, conduce a poder tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente. Todo ello, como dato característico, ocurre, además, al margen de la posición que el demandante ostenta en relación con el bien colectivo tutelado. Dicho de otro modo, sucede que nadie podría invocar una situación jurídica mejor para demandar porque, reitero, no existe titularidad individual del derecho; nadie puede disponer de él en forma privativa o excluyente (un desarrollo extenso del tema puede verse en la opinión de los jueces Lorenzetti y Argibay *in re* M. 970. XXXIX. "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/E.N - P.E.N. - Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", sent. del 31/10/2006).

Aunque, a su vez, las particularidades que rodean al universo de los procesos colectivos, también justificarían formular consideraciones en torno al modo en que debe quedar integrada la litis y los efectos de las sentencias en orden a respetar las previsiones del art. 13 de la CCBA y 18 de la C.N., el supuesto que nos ocupa no requiere profundizar tales tópicos. En este sentido, no puede dejar de resaltarse la necesidad de que el legislador reglamente los procesos colectivos. En palabras del ministro Lorenzetti "Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional [art. 43 de la C.N.] es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia (...) Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías" ("Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro (...)", ya citado).

4. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones anteriores no se puede soslayar que la pretensión de la actora requirió la protección de la zona en cuestión a la luz de los arts. 27 y 29 de la CCBA. Hasta ahora, los jueces de mérito, estimaron que la ley 2241 preservaba el patrimonio urbanístico en juego y que ello, entonces, brindaba completa satisfacción al objeto de autos. Esto implica sostener

que la mayor protección a la que aspiraba la demanda, a partir del texto constitucional que exige que "la normativa urbanística" se ajuste al diseño determinado en el PUA (art. 29), habría perdido actualidad y ya no hay motivos para expedirse a ese respecto. Esa postura, supone asumir que la mera invocación del art. 29 de la CCBA no habilita a los magistrados que ejercen su misión en el marco del art. 106 de la CCBA, a expedir sentencias que garanticen el cumplimiento de la norma, sin ligar esos pronunciamientos a situaciones fácticas concretas vinculadas con la preservación del patrimonio urbanístico objeto de tutela. En tal sentido, es cierto que un supuesto de tales características, aún en los procesos destinados a tutelar derechos colectivos, desbordaría la misión que el art. 106 de la CCBA encomienda a los jueces (art. 106, CCBA).

Sin embargo, en autos el interés del pleito subsiste dado que la CCBA garantiza que sólo una vez completado el ciclo previsto en el art. 29 para la emisión de la normativa en materia urbanística, podría afirmarse con verdadera certeza si el CPU, con sus modificaciones (vgr. ley 2241), se ajusta al PUA. Frente a ello, la mera vigencia de la ley 2241 no permite asumir de modo automático que, en la práctica, los permisos que pudiera otorgar la administración —por ejemplo el que se encuentra actualmente en trámite con los ajustes que pudiera merecer— no importen una variación que condicione el PUA en aspectos sensibles que el plan pudiere pretender resguardar. En otras palabras, es posible que al momento de expedir permisos de obra, la Administración recorte, en los hechos, el margen de disponibilidad que la CCBA acuerda de modo exclusivo al legislador para definir el diseño urbano al que debe ajustarse toda la normativa en la materia. En este punto, resulta ilustrativo señalar que la ley mantuvo la zonificación U20 que contenía el CPU en la sección cuestionada por los accionantes y, si bien modificó la zona, transformándola de 5 a 2b, ello implica admitir proyectos residenciales de baja densidad "con equipamiento comercial" frente, por ejemplo, a la zona 2a "Residencial de baja densidad" o incluso la Zona 1 "Residencial Exclusivo". Ello así, el margen de disponibilidad que la CCBA garantiza a favor del PUA, requiere preservar la exclusividad que a ese Plan corresponde al momento de elegir el diseño urbano y, por tanto, impone sostener que la ley 2241 no agotó el objeto de autos. En este punto, claro está, la cuestión no resulta disponible para las actores (v. fs. 92, expte. nº 5868 y 100, expte. nº 5864, y *Fallos,* 329:2316, cons. 6º).

5. En tales condiciones, ante las particularidades fácticas que presenta el supuesto de autos, la tutela reclamada por la pretensión articulada en la demanda, no sería suficiente si ella no asegurara que los permisos de obra, para la zona que suscitó la controversia, deben preservar el contenido que sólo puede ser abordado por el PUA. En este punto, la definición puntual que en cada caso corresponda, excede las potestades asignadas a los jueces quienes no pueden suplir con criterios propios las omisiones en el ejercicio de funciones privativas del legislador. Sin embargo, en tanto corresponde al Poder Judicial asegurar la vigencia de los derechos controvertidos por parte legitimidad en causas justiciables, la sentencia que dirima el pelito no puede dejar de dictarse. En todo caso ella, al disponer la condena,

deberá dotarla de precisión suficiente en relación con la obligación que se imponga al demandado, por respeto a su derecho de defensa. La pauta objetiva que, como regla, esta sentencia impone observar a la Administración, supone evitar que una zona sensible del patrimonio urbanístico como la que nos ocupa sea afectada con la concesión de permisos en desmedro de las facultades reservadas al PUA. Para evitarlo, el parámetro para la autoridad de aplicación, estaría dado por las máximas restricciones constructivas que admiten actualmente las normas en la materia. La insuficiencia de ellas, en su caso, podría suscitar los controles administrativos y judiciales previstos en nuestro ordenamiento.

La solución a la que se arriba no supone más que brindar el margen de protección que al derecho controvertido en autos acuerda la CCBA (arts. 27 y 29), para evitar que la respuesta disponible se reduzca, exclusivamente, a una posterior reparación pecuniaria que, en todo caso, buscaría resarcir los daños individuales que pudieran ser reclamados y acreditados pero, sin capacidad alguna para dar efectiva vigencia a la garantía constitucional que se acuerda al patrimonio urbanístico. A su vez, como se trata de una protección otorgada a un bien que, en palabras de la CSJN para un supuesto análogo, "pertenece a la esfera social y transindividual", de allí deriva "la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales" (*Fallos,* 329:2316, cons. 18).

Para una materia como la que nos ocupa en este pleito, cobra especial sentido el principio precautorio y preventivo propio del derecho ambiental. En ese terreno, es postulado básico otorgar "prioridad absoluta a la prevención" (*Fallos,* 329:2316) pues las previsiones constitucionales que lo protegen no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para asegurar un desarrollo sustentable que respete el ambiente a favor de las generaciones del porvenir, supeditada exclusivamente en su eficacia a las potestades discrecionales de los poderes públicos, sino que traducen la precisa y positiva decisión del constituyente de jerarquizar con rango supremo un derecho (*Fallos,* 329:2316, en especial cons. 7º). Por su parte, el principio precautorio supone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente (art. 4º, ley 25.675). Se trata de un principio emergente del derecho internacional, que desde su aparición en las leyes alemanas de protección del medio ambiente de inicios de la década de los años setenta del siglo pasado fue extendiéndose a distintas legislaciones hasta consolidarse. La doctrina especializada se encarga de destacar que "el mayor mérito del principio de precaución consiste en haber logrado expresar la preocupación, muy difundida en los últimos años, de dar una mayor prioridad a la protección del medio ambiente y de la salud pública por encima de los intereses comerciales, a la hora de optar entre diversas alternativas" así como que para su aplicación deben concurrir una serie de condiciones, entre las que se encuentran una situación de incertidumbre acerca del riesgo; la perspectiva de un daño grave o irreversible; la proporcionalidad de las medidas propuestas como preventivas y la inversión de la carga de la prueba

(ver en extenso dictamen de la Procuradora ante la CSJN *in re* "Werneke, Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/amparo", 17/12/2007, y sus citas).

6. A esta altura de la exposición, conviene detenerse en el examen de la relación que el art. 29 de la CCBA prevé entre el PUA y el CPU. Dicha cláusula establece que el PUA constituirá "(…) la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas". La idea de "marco" y el deber de "ajustarse" implican pautas para el legislador y para los jueces. En el caso de los primeros, supone la necesidad de concebir primeramente el PUA, tarea a cuyo fin deben nutrirse de las opiniones y conocimientos de expertos de las múltiples disciplinas que pueden aportar al diseño de un plan urbano, contenido ineludible puesto que la jurisdicción de nuestros legisladores tiene por objeto, no sólo, una gran urbe, sino que también involucra el aspecto ambiental, término que no debe ser leído como simplemente referido al ambiente, escenario por hipótesis ineludible tan pronto sea urbano, sino a la perspectiva holística desde la cual debe ser abordado. Volviendo de los atributos al objeto al que el constituyente los asigna, la noción de "plan" supone una sistematización de cursos de acción en pos de objetivos prefijados. Ello supone, en primer lugar, explicitar esos objetivos y luego reunirlos sistemáticamente, esto es, de manera que no se neutralicen o menoscaben los unos a los otros. Una vez hecho esto, fijar cursos de acción que lleven a su consecución para, nuevamente, sistematizar estos cursos de acción. Así visto, el PUA debe constituir la enunciación legislativa de un modelo ambiental. Este análisis encuentra respaldo absoluto en los debates que precedieron la sanción de la CCBA, su detallada transcripción fue hecha en ocasión de expedirme en los recursos suscitados por la medida cautelar oportunamente requerida y a ella me remito por razones de brevedad (fs. 87/102, expte. nº 4343/05).

Ello sentado, el deber de hacer que el CPU se "ajuste" al PUA pesa sobre todos los órganos a los que caben responsabilidades a su respecto. Al poder legislativo, hacer que el articulado del CPU esté dirigido a consagrar el modelo adoptado como PUA, a la Administración y a los jueces interpretar el CPU de modo de ponerlo en armonía con el PUA, y a los jueces evitar la aplicación del CPU en cuanto sus contenidos se opongan a los del PUA. Esto último supone no aplicar la regla *lex posterior* para disolver las inconsistencias entre una norma posterior del CPU y otra del PUA sino una similar a la *lex superior* que empleamos para lograr este propósito cuando la discordancia corresponde a normas legislativas frente a otras constitucionales y, en general, entre normas que emanan de órganos distintos cuyos mandatos podemos ordenar jerárquicamente.

Cierto es que aquí nos encontramos con normas sancionadas por un mismo órgano, pero, no lo es menos, que el constituyente indicó contenidos y procedimientos distintos a unas y otras. Así, el art. 29 de la CCBA mandó que la formulación del PUA comience por recoger opiniones calificadas mediante la "participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias" que, pueden ser útiles, pero no obligatorias, en el caso del CPU. A ello se agrega la

circunstancia misma de haber ordenado elaborar un plan de estas características, a las que me he referido más arriba; y, más aún, hacerlo separadamente de otras leyes de contenidos relacionados, hace posible ordenar, como lo hace inmediatamente el artículo comentado, que ese plan "constituy[a] la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas". Con esta elaborada normativa, el constituyente vino a establecer que el legislador debe sancionar la normativa urbanística teniendo presente, y haciendo conocer al pueblo, un modelo urbano ambiental y cursos de acción para alcanzarlo, en cuya elaboración ha debido dar ocasión de participar a entidades académicas, profesionales y comunitarias capaces de aportar los avances de sus diversas disciplinas. Finalmente, ese modelo debe estar presente en el ejercicio tanto de la función administrativa como de la judicial, esto es, que la aplicación que cada uno de sus responsables haga de esas competencias debe aproximar al máximo las normas del CPU a los contenidos del PUA, reforzando así la consecución del propósito del constituyente.

Por las razones dadas, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por la parte actora, revocar las sentencias de fs. 56/57 (expte. nº 5868/08) y 63/64 (expte. nº 5864/08) y ordenar a la demandada que se abstenga de autorizar cualquier construcción que varíe las características urbano ambientales de la zona definida en la ley 2241 hasta tanto sea aprobado el PUA. Costas por su orden en atención a la complejidad y a las aristas novedosas que presenta el tema debatido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto los fundamentos expuestos por el juez Lozano, como también la solución que propone.

En consecuencia voto en el mismo sentido y con iguales alcances que mi colega.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El art. 14, II, de la CCBA instaura una suerte de *actio civis et populo,* al menos para la defensa de ciertos derechos o intereses colectivos, específicamente para "…los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente…". De tal manera, mientras subsista un interés semejante —legitimación sustancialmente ampliada y aminorada de exigencias: "cualquier habitante"—, ese interés contribuye a fundar el agravio pertinente de los recursos que, eventualmente, pueden ser intentados contra las decisiones judiciales adversas a la demanda, en este caso contra la sentencia de mérito. Éste es el caso de autos para los recursos de inconstitucionalidad contra la sentencia que han interpuesto dos de los actores de un procedimiento judicial único, por acumulación en primera instancia.

Como lo afirma el voto del señor juez Lozano, al cual me adhiero, es correcto afirmar la variación de la "zonificación" originaria —al momento de la demanda—, que permitía autorizar ciertos edificios, por otra "zonificación" que hoy limita la

capacidad de construcción en los terrenos aquí cuestionados, en virtud de la ley local 2241, pero resulta incorrecto estimar que la demanda se agota con la consecución de ese límite. Es por ello que los recursos interpuestos, dada la característica de la sentencia de Cámara —archivo del amparo sin condena por haberse agotado su objetivo con los hechos posteriores a la demanda— no carecen tampoco de agravio suficiente.

De tal manera, sin cuestionamiento alguno para la oportunidad y la forma de interposición de los recursos, tampoco la legitimación y el agravio de los actores para interponerlos, resta observar si ellos son idóneos para abrir la competencia por apelación del TSJBA, porque plantean un verdadero "caso constitucional". Entiendo que, como lo explica el señor juez Lozano, se debe responder afirmativamente a esta pregunta, cuestión que examinaré sintéticamente bajo el número siguiente, con adhesión al voto del colega nombrado.

Por de pronto, formalmente, la sentencia criticada, con su solución, omite responder íntegramente a la demanda, con lo que lesiona el tan mentado *derecho de acceso a la justicia*, parte del antiguo *derecho de defensa de un interés legítimo* —según se ha visto—, amparado en la C.N., art. 18, y, por reflejo, en la nuestra (CCBA, 13).

2. Una norma constitucional vigente en la Ciudad obliga a definir por una ley el Plan Urbano Ambiental (CCBA, 29). Esa ley, por lo demás, requiere la participación de ciertas entidades en su confección y el Parlamento debe sancionarla conforme a la mayoría dispuesta por el art. 81 (ver, inc. 3º, art. 81, de la CCBA). El *ambiente* recibe, en varios sentidos, el carácter de bien jurídico en nuestra Constitución (CCBA, 27, inc. 2º) y él debe ser comprendido en la Ciudad, según esa fórmula, como la reunión de distintos aspectos o elementos de la definición: la preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora integra ese bien jurídico de todos los habitantes de la Ciudad y compromete, como deber, a los órganos del Estado, incluso a los judiciales, según la tarea propia de cada uno de ellos.

Pues bien, ese Plan Urbano Ambiental, que constituye la *ley marco* para apreciar las distintas disposiciones específicas referidas a él —entre ellas el Código de Planeamiento Urbano y la ley modificatoria 2241, aquí criticados por invalidez—, no ha sido aún dictado por la Legislatura de la Ciudad.

Obsérvese, entonces, que, sin él, que establece la política urbano-ambiental de la Ciudad y, por tanto, representa una ley de rango superior a las determinaciones zonales específicas, resulta imposible apreciar si "…el resto de la normativa urbanística…", "se ajusta" a aquello que constituye la ley marco (CCBA, art. 29).

Ello funda, suscintamente, la existencia de un caso constitucional —más aún, inicial—, desde el punto de vista jurídico, como lo requiere el mecanismo de queja hecho valer por el recurrente, y da base firme al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y al sentido del dispositivo de la sentencia con la decisión del caso (art. 31, ley local 402) que propone el señor juez Luis Lozano, voto a cuyos mayores fundamentos me adhiero, como así también a su proposición sobre las costas.

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 planteados por Paula Virginia Mazzucco, Juan Carlos Storani y Josefa Elisa Beatriz Tudanca, *revocar* las sentencias de fs. 56/57 (expte. nº 5868/08) y 63/64 (expte. nº 5864/08) y *ordena*r al GCBA que se abstenga de autorizar cualquier construcción que varíe las características urbano ambientales de la zona definida en la ley 2241 hasta tanto sea aprobado el Plan Urbano Ambiental.

2º. *Imponer* las costas por su orden.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue copia certificada de este pronunciamiento a la queja acumulada (expte. nº 5868/08); y, oportunamente, se agreguen las quejas a sus respectivos expedientes principales 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.*

CCLXX

"SPINETTO, ANA MARÍA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SPINETTO, ANA MARÍA C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no alcanza a exponer una cuestión constitucional, si sólo evidencia su discrepancia con la sentencia de la Cámara, en cuanto a la valoración que hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar su decisión. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, 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. Cabe rechazar el recurso de queja si el agravio relativo a la imposibilidad de alegar en el expediente administrativo remite al análisis de normas infraconstitucionales sin que la recurrente muestre que la solución a la que arribó el *a quo*, más allá de su acierto o error, resulte arbitraria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. El análisis de la cuestión que remite, nuevamente, a consideraciones de hecho y prueba son extraños —como principio— a la instancia extraordinaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, 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).*

4. La sentencia impugnada, más allá de su acierto o error, no resulta arbitraria porque no se demostró que carezca de fundamento o que incurra en defectos de razonamiento graves que permitan descalificarla como decisión jurisdiccional válida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5926/08 - 1º/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ana María Spinetto interpuso recurso de queja (fs. 23/25) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 20/21) dirigido, por su parte, a cuestionar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT (fs. 14/16) que revocó la de primera instancia (fs. 6/12) que, a su turno, había hecho lugar a la demanda incoada por la actora y, en consecuencia, declarado la nulidad de la resol. 1298-SED/01 y condenado al GCBA a pagar la indemnización que surgiera de la liquidación a practicarse en la causa.

2. El acto administrativo cuestionado en autos aplicó a la actora una sanción de veinticinco días de suspensión por haber permitido matricular, en la institución en la que se desempeña como vicedirectora, a un alumno que adeudaba tres materias, así como haber permitido la remisión de constancias enmendadas a la escuela técnica 24 en ocasión del pase del referido alumno a esa última dependencia. Para hacer lugar a la demanda el juez de primera instancia sostuvo que: a) al no habérsele permitido a la actora "alegar sobre todo lo actuado" se había "...violado el procedimiento en el dictado del acto sancionatorio contrariando lo reglado por los arts. 7º, 22, 79 de la LPACBA violando el derecho de defensa de la sumariada consagrado en el Constitución Nacional (art. 18) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 13)..."; y b) la resol. nº 1298/SED-01 que dispuso la sanción de suspensión "...es nula de nulidad absoluta e insanable por haber sido emitida mediando falta de causa (conforme art. 14 de la LPACABA) ya que dio por cierto hechos que no fueron comprobados...".

3. Por su parte, la Sala II CAyT al revocar esa sentencia sostuvo que "...una vez finalizada la actividad probatoria desarrollada por la instrucción, la demandante obtuvo vista de las actuaciones, presentó su descargo, analizó las probanzas recabadas por la Administración y, a su turno, adjuntó la documental...". El punto,

sostuvo, no era "...determinar si la actora tenía derecho a alegar 'acerca de todo lo actuado' (...); ello no se discute…", sino que la cuestión radicaba "...en establecer si el otorgamiento de la vista, la presentación del descargo y la agregación de documental luego de producida la totalidad de la prueba ordenada por la instrucción importa violar aquel derecho. Y, bajo las circunstancias apuntadas, no puede sino concluirse que ello no afecta el derecho de defensa del encartado; más aún considerando que, como ya se dijo, en el descargo apuntado Spinetto evaluó e hizo mérito de las probanzas recabadas a lo largo del procedimiento./ En suma, siendo ello así, mal puede pretenderse incumplimiento alguno de lo normado por el art. 60, párr. 1º, de la LPACABA y, con ello, postularse afectación de la debida defensa...".

En relación al vicio en la causa que postulara la actora respecto a la resol. nº 1298-SED/01, puntualizó que no podía válidamente admitirse que dicho acto administrativo "...hubiese desconocido las circunstancias acreditadas en el expediente —antes bien, se ha fundado en ellas— ni que hubiere encontrado sustento en hechos o pruebas inexistentes. Máxime teniendo en cuenta que, de acuerdo a la imputación formulada a la docente, la conducta reprochada (permitir la matriculación del alumno y la entrega de la copia del libro matriz), no importaba, como es evidente, atribuir directamente a Spinetto el cumplimiento material de tales actividades, sino sólo su autorización. Y ello sí encuentra sustento en el marco del E.A. Nº 49.781/99/ Siguiendo esa línea de razonamiento, entonces, toda vez que las probanzas adjuntadas generan convicción suficiente, en forma alguna pueden importar un vicio en la causa del acto...".

4. Frente a lo resuelto por la Alzada, la actora articuló el correspondiente recurso de inconstitucionalidad (fs. 18/19 vta.). Adujo que la sentencia recurrida interpretó erróneamente los actos procesales desplegados en el expediente administrativo nº 49.781/99, desde que fueron detectadas las irregularidades por la inspección hasta la finalización del sumario en el que se dictó la resolución impugnada, confundiendo "...el acto de presentación de la defensa o descargo y de ofrecimiento de prueba con el acto de presentar un escrito acerca de lo actuado o alegar sobre la prueba que se hubiera producido...". En este sentido, sostuvo que, al no habérsele permitido alegar sobre todo lo actuado en el procedimiento administrativo sumarial, se violó claramente el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la C.N. y en el art. 13 de la CCBA. A esto agregó, que se la sancionó por haber ordenado realizar una prueba evaluativa fuera del período de exámenes, cuando éste no fue el cargo que se le había formulado a fs. 146 del sumario; por lo que, "...de haber conocido acabadamente el cargo por el cual se la iba a sancionar, hubiera podido ampliar su descargo y arrimar otras pruebas...", circunstancia que —a su criterio— permitiría tener por acreditada la conculcación de su derecho de defensa y por no respetado el principio de congruencia.

5. La Cámara de Apelaciones, previo traslado al GCBA del recurso de inconstitucionalidad interpuesto (el que fue contestado a fs. 317/319 vta. de los autos principales), lo declaró inadmisible (fs. 20/21). Sostuvo que "...la actora no logró

exponer fundadamente un caso conforme lo establece el art. 27 de la ley 402...", pues "...si bien proclama en forma genérica la afectación de una garantía de raigambre constitucional (derecho de defensa en juicio —art. 18, C.N., art. 13, de la CCBA—) no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida...".

6. Ante el rechazo, la actora interpuso la queja correspondiente (fs. 23/25). Reiteró los argumentos que expuso en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad que acreditan —según afirma— la violación a su derecho de defensa; esto es, el hecho de no habérsele permitido alegar acerca de todo lo actuado en el expte. adm. nº 49.781/99 y que se la hubiera sancionado por un cargo que no se le había formulado.

7. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 34/36), en tanto la recurrente no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. Agregó que las consideraciones formuladas por la Cámara de Apelaciones para fundar el rechazo de la demanda trasuntan cuestiones de hecho y de prueba, materia no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia de este Tribunal, puesto que su valoración resulta propia de los jueces de la causa.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja interpuesta no puede prosperar por cuanto en ella se sostiene de modo genérico la violación de un derecho de raigambre constitucional —derecho de defensa—, pero sin establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que se invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Ello equivale a decir que aquélla no alcanza a exponer una cuestión constitucional, sino tan sólo su discrepancia con la sentencia de la Cámara, en cuanto a la valoración que dicho Tribunal hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar su decisión.

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

2. En efecto, el agravio relativo a la imposibilidad de alegar en el expediente administrativo remite al análisis de normas infraconstitucionales sin que la recurrente haya mostrado que la solución a la que, en este punto, arribó el *a quo*, más allá de su acierto o error, resulte arbitraria.

Por una parte, la actora no explica por qué en las condiciones en las que le fue otorgada la vista en sede administrativa —tal como afirmó la Sala II, una vez producida toda la prueba obrante en la actuación sumarial— el descargo que formuló no le habría permitido ejercer plenamente su defensa. En ninguna de sus presentaciones la recurrente individualizó las pruebas o los argumentos de los que resultó privada a raíz del modo en que fue tramitado el procedimiento administrativo que culminó con la sanción impugnada.

Tampoco logra demostrar que resulte insostenible afirmar, como lo hizo el *a quo* que, en las circunstancias de autos, "no existe incumplimiento alguno de lo normado por (...) la LPACABA" (fs. 15 vta.). A este respecto, la accionante no prueba que la vista estipulada por la normativa que rigió la sustanciación del sumario que nos ocupa (art. 21 del dec. 3360/68) difiera, en cuanto a oportunidad y alcance, de la también llamada vista, que acuerda el art. 79 de la LPACABA bajo el título "alegatos". A ello se suma que en el descargo presentado en sede administrativa (fs. 160/172 del expte. administrativo 49.781/99), la sumariada, expuso su postura en relación con la prueba colectada en las actuaciones y aportó la que estimó conducente para rebatir los cargos formulados en su contra, sin que luego se agregaran otros elementos de prueba al expediente administrativo. Además, de todos modos, de haber existido alguna diferencia entre las normativas citadas, el desplazamiento de la regulación específica que regía la sustanciación del sumario hubiera exigido un planteo de inconstitucionalidad que la accionante no formuló.

En resumidas cuentas, la parte actora no rebate el argumento de la Alzada que, expresamente, puntualizó que no se encontraba en discusión el derecho de alegar de la actora "acerca de todo lo actuado", sino si tal derecho debía tenerse por satisfecho de cara al descargo que formuló en el sumario administrativo. Ante la ausencia de argumentos que permitan descalificar la interpretación de los aspectos de derecho infraconstitucional, hecho y prueba en que el *a quo* fundó su sentencia, la garantía constitucional invocada (art. 18, C.N.) carece de relación directa con el pronunciamiento impugnado.

3. En cuanto a la imposición de una sanción por un cargo que no se le había formulado, tampoco la actora logra plantear un caso constitucional.

El análisis de la cuestión que la actora pretende introducir por esta vía excepcional remite, nuevamente, a consideraciones de hecho y prueba extraños —como principio— a esta instancia extraordinaria.

En este sentido, las objeciones que la actora introdujo a este respecto sólo traslucen su discrepancia con la ponderación que de ellas hizo la Alzada. En efecto, no se hizo cargo de los distintos argumentos dados por el *a quo* para concluir que la resol. 1298-SED/01 sí contaba con sustento fáctico y jurídico suficientes y que "...la conducta reprochada (permitir la matriculación del alumno y la entrega de la copia del libro matriz) no importaba, como es evidente, atribuir directamente a Spinetto el cumplimiento material de tales actividades, sino sólo su autorización..." (conf. anteúltimo párrafo del consid. 8 del pronunciamiento de fs. 14/16 vta.). Tal disconformidad no constituye una cuestión propia del objeto del recurso interpuesto

(art. 27, ley 402) y no habilita la competencia del Tribunal, más allá del acierto o desacierto de tal interpretación.

En el sumario administrativo se le imputó a la actora "Permitir en su carácter de Vicedirectora de la Escuela Nº 16, del D.E. Nº 17 que el alumno J. K. fuera matriculado en 2º año en la Escuela de la cual es vicedirectora procedente del EMEM Nº 2 del D.E. 17, adeudando 3 (tres asignaturas) hecho detectado en la Escuela Técnica Nº 24 del mismo Distrito, así como la remisión a la última de las mencionadas de copia del Libro Matriz donde sobre borrado aparece 6 en inglés y al pie sobre borrado solo Matemáticas y Educación Cívica" (fs. 146 y fs. 159 y vta. del expediente administrativo). Tales cargos le fueron notificados (ver constancias de fs. 146 y fs. 159 vta.) y la resol. 1298-SED/01 por la que se la encontró autora materialmente responsable de *los cargos imputados en el Sumario nº 391/99* (los anteriormente reseñados), sostiene que la conducta reprochada es contraria a los deberes impuestos por el art. 6º, inc. ch) de la Ordenanza nº 40.593, "Desempeñar digna, eficaz y legalmente las funciones inherentes a su cargo" (ver fs. 190/191 y vta.).

En este contexto, la recurrente sostiene que como no se comprobó que ella hubiera ordenado la evaluación del alumno para otorgarle la matriculación, ni tampoco que fuera ella quien modificó los datos del libro matriz, entonces, en realidad, fue sancionada por haber requerido que se tomara una prueba de nivelación. Esto es, un cargo que no le fue formulado y respecto del cual no se defendió. Sin embargo, la actora soslaya que a criterio de la Cámara la Administración consideró, según la prueba reunida en el sumario, que al requerir la evaluación de J. K. en las condiciones analizadas en autos, la vicedirectora Spinetto 'permitió' tanto la matriculación irregular como la alteración de los datos consignados en el libro matriz de la escuela. El recurso no muestra por qué el accionar atribuido a la actora no podría ser considerado, como estimaron en sede administrativa y judicial, un antecedente apto para 'permitir', evidentemente con otros, las irregularidades detectadas en el pase del alumno mencionado y que, a su vez, la gravedad del hecho reprochado no guardara adecuada relación con la sanción que se impuso en los términos de los arts. 6º, inc. ch, y 36 de la Ordenanza 40.593. Así las cosas, la sentencia impugnada, más allá de su acierto o error, no resulta arbitraria porque no se demostró que carezca de fundamento o que incurra en defectos de razonamiento graves que permitan descalificarla como decisión jurisdiccional válida.

De modo tal que, tampoco en este caso, se advierte violación alguna al derecho de defensa de la actora y al principio de congruencia como afirma la recurrente.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por desestimar la queja interpuesta a fs. 23/25.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Que adhiere al voto del señor juez del trámite. Respecto del principio de defensa, que se considera lesionado por falta de oportunidad para probar e informar

finalmente sobre la solución del sumario administrativo, para quien vota resulta argumento principal el expuesto por el señor juez del trámite: "En ninguna de sus presentaciones la recurrente individualizó las pruebas o los argumentos de los que resulta privada a raíz del modo en que fue tramitado el procedimiento administrativo que culminó con la sanción impugnada". Nadie puede saber, así, si esas pruebas y esos argumentos, de los que la hoy actora dice que se vio privada, en verdad existen y son pertinentes al caso.

En cuanto a la diferencia entre los cargos que se le imputa a la actora en el sumario administrativo, con aquellos verificados en la sentencia, se trata, con evidencia, de una discrepancia valorativa con la sentencia impugnada, discrepancia que abarca tanto valoraciones probatorias, como inteligencia de la ley común aplicable, que no ha sido nunca tachada por inconstitucional, razón por la cual el argumento no puede integrar el recurso interpuesto y el TSJBA carece de competencia para enervar sobre esa base la sentencia de Cámara. A su vez, como lo expresa el señor juez del trámite, la sentencia de Cámara impugnada contiene los fundamentos de la decisión. El TSJBA ha repetido hasta el cansancio que su competencia, abierta por la vía del recurso interpuesto, no admite ser concebida como una tercera instancia de mérito sobre el fondo del litigio.

Entonces, hago mía la solución del señor juez del trámite.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 23/25 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. En primer término, cabe tener presente que tal como sostuve en numerosas oportunidades, "es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad" (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En el recurso en análisis, la quejosa transcribe partes de la resolución que no admitió el recurso de inconstitucionalidad, y sostiene que "la sentencia de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 7/8/2007, al convalidar la resol. 1298-SED/01 refrenda el procedimiento llevado a cabo para su dictado y, en consecuencia, la violación de mi derecho de defensa en cuanto no se me permitió alegar acerca de todo lo actuado y se me terminó sancionando por un cargo que no me había formulado". Asimismo, considera que "[e]n el presente caso he acreditado precisa y fundadamente el cercenamiento de mi derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la C.N. y por el art. 13 de la CCBA", y que "es absolutamente falso que no haya logrado establecer la adecuada correspondencia entre el derecho de defensa afectado y el contenido de la sentencia recurrida" (fs. 24 vta.).

Ahora bien, la argumentación de la recurrente no va más allá de las menciones precedentes, y en consecuencia no resulta suficiente para rebatir los fundamentos dados por la Cámara a fs. 20/21.

En síntesis, la presentación directa no satisface la condición de criticar de modo adecuado la decisión de la Sala II de la que se queja, por lo que debe ser rechazada.

3. Por lo expuesto, coincido con la solución propuesta en el punto I del voto del señor juez de trámite en cuanto no hace lugar a la queja interpuesta por la señora Ana María Spinetto.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo sostiene el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, el recurso de queja interpuesto por la señora Ana María Spinetto no puede prosperar, dado que no se ha logrado configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA que habilite la competencia de este Estrado.

En lo que respecta al primer agravio que esta queja sostiene, basta señalar que en el recurso no se han formulado argumentos suficientes para poner en crisis la razonada fundamentación expresada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT por la que se concluyó que, en el caso, el derecho de defensa de la actora no se había encontrado comprometido durante el transcurso del sumario administrativo instruido, a partir de la valoración del alcance de la vista conferida a la actora a fs. 159 del expte. adm. nº 49.781/99, luego de producida la totalidad de la prueba de cargo.

Finalmente, en punto al segundo planteo de la accionante —vinculado a la alegada inexactitud de los cargos que se le formularon para dar sustento a la sanción resistida—, comparto los fundados desarrollos contenidos en el voto del señor juez de trámite, a los que me remito en homenaje a la brevedad.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* la queja interpuesta por Ana María Spinetto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el principal con esta queja a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio.

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

CCLXXI

"CACACE, NELVI BILMA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6025/08 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CACACE, NELVI BILMA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Caso constitucional. AMPARO: Naturaleza. Caracteres.
Requisitos. Idoneidad de la vía elegida. Arbitrariedad o ilegalidad manifiestas.

SUMARIOS:

1. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad si la parte demandada ha logrado demostrar que la acción de amparo intentada no resulta ser la vía idónea para tramitar una pretensión orientada a cuestionar el carácter no remunerativo de cierto suplemento abonado a la amparista en su calidad de Subdirectora Administrativa Contable de un Hospital de esta jurisdicción, a partir de la intimación que recibiera para dar inicio a sus trámites jubilatorios. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. No se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de constatar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del accionar del GCBA, en tanto la actora no ha controvertido los antecedentes fácticos o jurídicos en virtud de los cuales la demandada la instó a gestionar su jubilación. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. Si la actora afirma que la percepción de un haber jubilatorio que no compute como remunerativo un suplemento percibido durante un extenso período de tiempo vulnerara su derecho de propiedad, debe demostrar que tal circunstancia, por sí sola, repercute en forma actual o inminente en un grado tal que permita aseverar que no existe otro medio judicial más idóneo que el amparo para canalizar su reclamo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. Existe cuestión constitucional suficiente si la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella, y la sentencia le fue adversa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. El art. 8º de la ley de amparo sólo regula un informe objetivo de la autoridad que no representa un traslado de la demanda de la actora, ni la iniciación de un procedimiento probatorio característico del juicio de conocimiento (ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La impugnación de la Procuración respecto de la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, es razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual

la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El amparo es una herramienta idónea para solicitar tutela jurídica efectiva y no para que el Estado pretenda discutir, de manera elusiva, acerca de sus obligaciones. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El dec. ley 16.986 es una norma carente de legitimidad democrática, que quedó interdicta a partir de la reforma constitucional de 1994, por lo ordenado en el art. 43 de la C.N., y muy especialmente en el art. 25 de la CADH, regla que también exhibe jerarquía constitucional y que prevé un recurso sencillo y efectivo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado, pues como en todo proceso jurisdiccional, satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material; y la sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. En materia de derechos fundamentales la supuesta falta de resistencia de la víctima no borra la ilegitimidad del acto o de la omisión antijurídica, y menos aun cuando se trata de la lesión continuada a un derecho constitucional frente a la cual el afectado siempre goza de la garantía de ocurrir ante la justicia para que su derecho sea protegido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6036/08 - 1º/12/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Nelvi Bilma Cacace promovió una demanda de amparo contra el GCBA (en adelante, GCBA) dirigida a se declare la inconstitucionalidad del dec. 861/93 en tanto establece el carácter "no remunerativo" del suplemento por Función Jerarquizada, reconocido para todos los agentes del GCBA que ejercen cargos de conducción. Expuso que se desempeña como Subdirectora Administrativa Contable del Hospital Municipal de Odontología Infantil y que, mediante el memorándum 2979-SS-2004, fue intimada a iniciar los trámites jubilatorios correspondientes ante la ANSeS, de acuerdo con los arts. 59, inc. c, y 61 de la ley 471. Sostuvo que el suplemento en cuestión tiene carácter continuo, mensual, regular e ininterrumpido, por lo que corresponde que sea considerado como parte integrante de su salario

para el cálculo de su haber jubilatorio. Con la demanda solicitó una medida cautelar tendiente a que se suspendan los efectos de la intimación hasta tanto se resuelva el fondo (fs. 1/10 vta.).

2. La jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada (fs. 230/231); decisión que fue revocada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario al resolver el recurso de apelación planteado por el GCBA (fs. 329 y vta.).

3. El GCBA produjo el informe establecido en el art. 8º de la denominada ley 16.986 (fs. 280/285). En lo que interesa a los fines de la sentencia que el Tribunal debe dictar, el GCBA planteó la caducidad del plazo previsto en el art. 2º, inc. e, de la ley 16.986, en atención a que la actora percibió durante numerosos años el suplemento en cuestión sin impugnar el carácter no remunerativo asignado desde ese entonces. Además, en cuanto al fondo de la cuestión, sostuvo que no existe arbitrariedad o ilegalidad en el accionar de la Administración, quien ha adecuado su actuación a la normativa vigente.

4. La sentencia de primera instancia hizo lugar al amparo de la señora Cacace y dispuso, en lo que aquí interesa, "que sus haberes jubilatorios sean liquidados considerando remunerativas y bonificables las sumas correspondientes al suplemento establecido por el dec. 861/93" (fs. 554/557).

5. El GCBA apeló la sentencia y expresó agravios relativos a la admisión de la pretensión por la vía del amparo y a la decisión de la alzada de considerar que el suplemento de marras posee carácter remunerativo (fs. 560/565). La actora contestó el traslado, y se opuso a la procedencia del recurso (fs. 572/575 vta.).

6. La Sala I, por mayoría, rechazó el recurso de apelación intentado, con costas (fs. 584/588 vta.). La mayoría del tribunal (conformada por los jueces Carlos F. Balbín y Horacio G. A. Corti) consideró que la procedencia del amparo debía ser considerada con un criterio razonablemente amplio; que las liquidaciones salariales pusieron en práctica mensualmente con carácter continuo y sin solución de continuidad el acto ilegal, razón por la cual la demanda fue tempestiva; y que no se aplicaba al caso la doctrina de los propios actos en atención a la naturaleza indisponible de los derechos involucrados. En cuanto al fondo, tras examinar las normas involucradas, el *a quo* consideró que el suplemento cuestionado establece adicionales generales y habituales, que deben considerarse remunerativos a los fines previsionales y salariales.

El voto disidente del juez Esteban Centanaro consideró que había transcurrido con holgura el plazo para interponer la acción de amparo, puesto que los suplementos impugnados fueron liquidados a favor de la actora desde el año 1995 y la demanda fue interpuesta recién en el año 2004.

7. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la interpretación errónea del art. 14, CCBA, efectuada por la Sala I, en la afectación del derecho de defensa de su parte al haber dado trámite a la demanda por la vía

del amparo (art. 13, CCBA), en la arbitrariedad de la sentencia por la valoración efectuada de los hechos y las normas involucradas y en la violación al principio de separación de poderes (fs. 592/604). La parte actora no contestó el traslado.

La Sala I concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad por entender que el caso presenta similitudes con lo decidido por el Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso inconstitucional denegado en Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos", expte. nº 3879/05, sent. del 14/9/2005, oportunidad en la cual se consideró configurado un caso constitucional y se examinó el fondo de la cuestión entonces debatida. Por lo contrario, denegó la concesión del recurso por la causal de arbitrariedad (fs. 609/610).

8. Contra la inadmisibilidad parcial del recurso, el GCBA presentó la queja que fue agregada a fs. 665/679 vta.

9. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició que se rechace el recurso de hecho y se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada (fs. 683/685 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Consideraré en primer término el recurso de inconstitucionalidad del GCBA en cuanto fue concedido por el tribunal de alzada, ya que, de acuerdo a lo que resuelva a su respecto, será o no necesario que me expida sobre el recurso de hecho interpuesto para mantener su agravio relativo a la arbitrariedad de la sentencia impugnada.

2. La cuestión planteada en autos resulta similar a la decidida por el Tribunal en los autos "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; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sarquis, Edgardo Walter c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5193/07, sent. del 18/9/2007; y, más recientemente, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Marone, Héctor Rodolfo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5190/07, sent. del 14/10/2008. En tales pronunciamientos, por adhesión a los votos coincidentes de mis colegas doctores Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier, sostuve que el GCBA había expuesto acabadamente un agravio constitucional relativo a la interpretación del art. 14 del CCBA que debía ser atendido.

Al igual que en los aludidos precedentes, en mi concepto, la parte demandada ha logrado demostrar que la acción de amparo intentada no resulta ser la vía idónea para tramitar una pretensión como la de autos, orientada a cuestionar el carácter no remunerativo de cierto suplemento abonado a la amparista en su calidad de Subdirectora Administrativa Contable de un Hospital de esta jurisdicción, a partir de la intimación que recibiera para dar inicio a sus trámites jubilatorios —requerimiento que, cabe aclarar, no ha sido reputado antijurídico.

3. En efecto, en el *sub examine* no se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de constatar la existencia de *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* del accionar del GCBA, en tanto la actora no ha controvertido los antecedentes fácticos o jurídicos en virtud de los cuales la demandada la instó a gestionar su jubilación.

Además, si bien la actora afirma que la percepción de un haber jubilatorio que no compute como remunerativo un suplemento percibido durante un extenso período de tiempo vulneraría su derecho de propiedad, no ha demostrado que tal circunstancia, por sí sola, repercuta en forma *actual* o *inminente* en un grado tal que permita aseverar que no existe otro medio judicial más idóneo para canalizar su reclamo. En mi concepto, resulta imprescindible recordar que en los procesos judiciales de conocimiento también se debate acerca de derechos y garantías constitucionales (conf. voto conjunto de la doctora Conde y el suscripto en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo'", expte. nº 4782, sent. del 29/11/2006).

Por otra parte, el GCBA no sólo ha logrado exponer la complejidad que presenta la cuestión de fondo sino que, en este contexto, también ha explicado que la exigüidad de los plazos del cauce procesal elegido para tratarla —y sus consiguientes limitaciones— han redundado en un perjuicio concreto para su representada, al restringir significativamente su posibilidad de defensa y al no permitir un debate pleno. En este punto, resulta trascendente lo señalado por el recurrente en cuanto a que su derecho de defensa se vio coartado puesto que debió producir su informe en el término de 5 días, plazo en el cual también debería haber producido prueba, y debió apelar en 48 horas, lo que le impidió allegar jurisprudencia de otros fueros y la opinión de la Administración Nacional de la Seguridad Social y de Secretaría de Seguridad Social y de la AFIP, donde se admitió la calificación de "no remunerativos" asignada a suplementos creados por la ex Municipalidad de Buenos Aires con anterioridad a la transferencia de las cajas al sistema nacional (fs. 597 vta./598 y 601/ vta.). También se señala que el trámite impuesto a la demanda impidió plantear excepciones previas, referidas a la falta de legitimación de la actora para efectuar peticiones que corresponden al ANSES y a la AFIP (fs. 598), independientemente de la valoración que hubiera correspondido efectuar respecto de estas cuestiones.

En particular, debe destacarse que la afirmación de la Cámara en punto a la supuesta *generalidad* y *habitualidad* en la percepción del adicional por conducción previsto por el dec. 861/93 sólo se apoya en la interpretación de la norma que el tribunal efectúa (fs. 586 y vta.), sin que se haya constatado de manera fehaciente cuál es la situación de otros agentes. En este punto cabe destacar que la sola circunstancia que la actora haya desempeñado tareas de dirección durante los últimos 13 o 14 años y que, por este motivo, se le haya abonado el suplemento en cuestión, no autoriza a colegir, al menos de manera automática, una naturaleza del adicional distinta de aquella consignada en la norma, pues no se ha demostrado que la apuntada extensión temporal no se encuentre ligada, pura y exclusivamente, a aquella circunstancia fáctica específica —ejercicio efectivo de una función de

conducción—, ni que el apuntado rol de conducción se encuentre tutelado por la garantía de la estabilidad.

4. De acuerdo con lo expresado en el punto anterior, estimo que debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA y revocar la sentencia apelada. Tal solución me exime de dar tratamiento a los demás agravios planteados en el recurso y en la queja obrante a fs. 665/679.

5. Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; *b)* revocar la sentencia obrante a fs. 584/588 vta.; *c)* rechazar la acción de amparo iniciada por la señora Nelvi Bilma Cacace, y *d)* imponer las costas de todo el proceso por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión de autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta en los autos "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. Al igual que ocurre en autos, en "Parcansky" el accionante solicitó que se reconozca el carácter "remunerativo" de ciertos suplementos salariales que eran liquidados en sus haberes con carácter "no remunerativo", y este Tribunal consideró, por mayoría, que era inviable debatir y resolver dicha pretensión por medio de un juicio de amparo, ya que no se encontraban reunidos los recaudos constitucionalmente exigidos para la procedencia del mismo.

Por los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido, a los que remito y que serán agregados en copia para formar parte de este pronunciamiento, voto por *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA; *b)* revocar la sentencia recurrida; *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por la actora (art. 31, ley 402); e *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la solución propiciada por el juez de trámite, doctor José O. Casás.

2. Como ya han señalado mis colegas preopinantes, la situación de autos es sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *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, sentencia de 5/6/2007, entre otros. Si bien existen diferencias menores entre lo resuelto en aquel precedente y la situación de autos —en donde la actora cuestiona la forma en que ha sido liquidado el "suplemento por Función Jerarquizada" (establecido por el dec. 861/1993) y no incluyó entre sus pretensiones la de que se ordene se le abonen las diferencias en concepto de sueldo anual complementario—, no son relevantes a la hora de aplicar la doctrina recordada. Así las cosas, en honor a la brevedad, corresponde remitir a los argumentos allí expuestos.

3. Por lo dicho, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y rechazar la acción de amparo intentada. Las costas deben ser impuestas por su orden (art. 14, CCBA).

4. La suerte que ha seguido el recurso de inconstitucionalidad torna innecesario pronunciarse con relación a la queja interpuesta por el GCBA ante la denegación parcial de aquél por la causal de arbitrariedad.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Como lo sostuve al resolver un caso sustancialmente análogo al que examinamos (ver "Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007), sobre el que volveré, el recurso de inconstitucionalidad se apoya en tres motivos que sustentan el agravio contra la solución de la sentencia de Cámara que, objetivamente, resulta perjudicial para el GCBA. Quien demanda amparo no ha recurrido, razón por la cual todo se reduce a la sentencia de la Cámara y al recurso citado, en principio concedido por ella.

a) El primer motivo es claro: con una tesis denominada "amplia", la instancia de mérito aceptó el trámite excepcional del amparo como idóneo para responder a la demanda (fs. 627 vta./628 vta.), a pesar de reconocer que existen procedimientos contencioso-administrativos específicos reglados para el caso. La tesis "amplia" es producto de la voluntad de quien decide y suple en la decisión, prácticamente, al procedimiento ordinario, de aplicación al caso. El demandado, desde su informe-contestación en primera instancia, impugna el procedimiento escogido, que califica como vía inidónea para resolver el diferendo, y requiere la aplicación del procedimiento ordinario, todo a la luz del art. 14 de la CCBA con sus requisitos de "ilegitimidad manifiesta" y de "daño inminente" para la procedencia de ese carril procesal.

b) El segundo motivo es más complejo y confuso. Bajo el rubro "arbitrariedad" son esbozados dos tipos de impugnaciones difícilmente discernibles. Uno de ellos, referido básicamente a *la calificación judicial* de "remunerativo" para el suplemento por función ejecutiva o "conducción" (jefatura de una unidad funcional), establecido por el dec. 861/93, que *la norma* titula como "no remunerativo", razón por la cual debió ser fundada su estimación de inconstitucional por la sentencia de mérito, para desechar su aplicación. Tal solución, a juicio del recurrente, no está fundada ni de hecho ni de derecho por parte de la sentencia atacada, que sólo recurre a argumentos dogmáticos sin prueba y sin interpretación suficiente.
El otro resulta ser la protesta porque toda la argumentación de la demandada al respecto fue despachada de manera por demás expeditiva, sin refutación alguna.

c) El último de los motivos se vincula con la teoría republicana de los tres poderes estatales independientes uno de otro, en tanto —se argumenta— la

sentencia se entromete en facultades propias del Ejecutivo al regular su conducta y la relación con sus agentes.

2. Resulta claro que existe cuestión constitucional suficiente en relación con el primer motivo (*a*, *supra*), pues la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella. La sentencia le fue adversa, clara razón por la cual se trata de un caso constitucional, tal como lo enuncia el recurrente.

Exactamente lo mismo debo expresar en relación con la aseveración de inconstitucionalidad de normas locales que califican como "no remunerativos" ciertos rubros del salario percibido por la actora, en razón de que la sentencia impugnada no las aplicó por estimarlas, precisamente, contrarias a la Constitución nacional y local. El recurrente, por lo contrario, requería la aplicación lisa y llana de esas reglas —que ya había aplicado durante el extenso período por el que se prolonga la relación de empleo público de la actora— y sostiene que la calificación de inconstitucionales, sobre todo de aquella que crea un suplemento por "conducción", es producto de una interpretación errónea. Según se observa, aquí también reside un caso constitucional que funda el recurso, más allá del término utilizado para designar el motivo.

Por lo contrario, no debe ser materia del recurso de inconstitucionalidad la pretensión del recurrente referida a la división republicana de los poderes del Estado local. El Tribunal ya ha expresado, en otros casos (ver "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 4304/05, resolución del 31/5/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4925/06, sent. del 11/4/2007; y "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, resolución del 9/8/2006, entre múltiples otros casos), que éste es un motivo ficticio o aparente y, por ello, inadmisible. Tanto la Constitución como las leyes de la Ciudad, al receptar la independencia de los poderes del Estado, no sólo los divide sino que, además, crea modos de *control* entre ellos. Particularmente, tanto la Constitución local como las leyes emanadas de aquella imponen el control judicial de los actos desarrollados por la Administración, imposición propia de un Estado de derecho.

Empero, si alguno de los motivos por los cuales viene concedido el recurso —y aparecen como aceptables según este voto— triunfan, no resulta necesario pronunciarse sobre la queja, tal como lo advierte el señor juez del trámite.

3. En primer término, observo que aplicar las reglas del amparo significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, en este caso, el GCBA, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.). Al respecto, no es menester abundar en ejemplos pues, con sólo advertir que la demanda debería haberse trasladado efectivamente al demandado, en un plazo que, por tratarse del Estado, resulta significativamente mayor al ordinario; que también debería haber

existido un procedimiento probatorio y que la sentencia debería estar regida por el principio de la carga probatoria, disponemos de elementos suficientes para identificar las diferencias entre este contradictorio y aquel aplicado en el caso.

La Procuración planteó el argumento de la ineptitud del amparo en su primera oportunidad procesal e insistió luego en todas las instancias posibles. Su argumentación, con la que concuerdo como principio, resulta por demás satisfactoria, pues es persuasiva al punto de demostrar que el procedimiento aplicado (reglado tan sólo de manera sumamente abierta y discrecional para quienes lo dirigen), colabora en propiciar falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes. Me refiero al hecho de que el art. 8º de la ley de amparo, aplicada al caso, sólo regula un informe objetivo de la autoridad que, supuestamente, infringe la norma y no representa un traslado de la demanda de la actora, ni la iniciación de un procedimiento probatorio característico del juicio de conocimiento (ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba). Por lo tanto, el hecho de que la Procuración haya impugnado la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe de fs. 626/631 (legajo de la queja) y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, me parece razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual "la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio" (fs. 644 vta.). El amparo es, más allá de la interpretación laxa de la Cámara, un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales.

4. Una vez emitido el juicio acerca de la inidoneidad de la vía elegida, sólo cabe agregar que el caso feneció aquí con una decisión meramente formal —sin perjuicio de acciones posteriores— y sin necesidad de tratar todos los motivos expuestos y por los cuales yo estimo que debe abrirse el recurso.

Estas explicaciones resultan suficientes para revocar la sentencia. En efecto —explicado más sencillamente—, ni la ilegalidad es manifiesta, ni la lesión que sería su consecuencia aparece como inminente. Le asiste razón al recurrente al explicar que, por un largo período, la actora aceptó, en el trato laboral con aquel, que las relaciones se rigieran por las normas hoy atacadas. A tal punto ello es así, que el verdadero motivo de preocupación para la actora reside en su haber jubilatorio y, en este sentido, en el hipotético caso de triunfar su opinión, tanto la Administración como ella misma resultarían eventualmente deudores del instituto que recauda los fondos previsionales, en lenguaje vulgar, tanto ella como el Estado local deberían "aportes" (correspondientes al mayor sueldo) a esa institución, para más, una institución nacional (no local), regida por leyes de jurisdicción federal, leyes determinantes para esclarecer el concepto debatido en autos en relación con el haber previsional. Por otra parte, la lesión tampoco es inminente, pues sólo derivaría, en el futuro, del haber jubilatorio —que la actora considera magro por no calcularse sobre la base del salario con esos rubros—, caso que no parece ser el planteado en la demanda de amparo, pues esta lesión derivaría, en su caso, de un

acto administrativo extraño a nuestra jurisdicción (local, no federal) que debería ser atacado ante los tribunales competentes. La sentencia aquí obtenida sólo atañe al Estado local. Como se observa, *la sentencia local no tendrá influencia alguna sobre el haber jubilatorio*. A mi juicio, la demanda ha confundido los términos de su pretensión, pues, si claramente hubiera reclamado mayores haberes, provenientes de reputar "remunerativos" rubros que, según la norma de creación, no lo eran, sin confundir todo ello con el haber jubilatorio, habría advertido también que la cuestión, en principio, es "de hecho y prueba", antes que puramente jurídica y, como tal, atacado a la Administración por otra vía y por períodos todavía vigentes.

5. Para concluir, las circunstancias apuntadas restan *perjuicio*, al menos inminente, a los derechos que la actora reputa lesionados o amenazados. Los problemas que ha tratado este amparo no son susceptibles de solución evidente y mucho menos posible resulta decidirlos sin mediar un estudio y debate profundos acerca de los hechos y la normativa que conforman la materia sobre la que versa el litigio, esto es, sin una exhaustiva deliberación previa.

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*. Este litigio ha tomado ya más de cuatro años, circunstancia que, cuando menos, sugiere que al 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 del actor (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; 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).

Lo expuesto hasta aquí basta para advertir que el principal agravio de la Administración, la impropiedad de la vía elegida, resulta correcto y, por tanto, la sentencia debe ser revocada. La solución que adopto sobre este primer agravio me exime de mayor referencia a los demás. Su examen, por otra parte, me obligaría a abordar cuestiones que son ajenas a la competencia del Tribunal.

6. Por las consideraciones que anteceden, adhiero en sustancia al dispositivo propuesto por el señor juez del trámite.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja no logra efectuar una crítica concreta y puntual de la resolución que denegó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta al agravio por arbitrariedad de la sentencia definitiva.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, el agravio que fuera declarado admisible y que refiere a la idoneidad de la vía, plantea una cuestión de interpretación constitucional que debe ser respondida.

3. La impugnación del Gobierno no es novedosa para el Tribunal. En síntesis, el demandado entiende que el amparo es una vía excepcional, casi un recurso extremo, inusual, extraordinario. Esta caracterización no es compatible ni con los preceptos de, CCBA ni con el indudable marco tuitivo de los derechos fundamentales que define el derecho convencional internacional.

El amparo es una herramienta idónea para solicitar tutela jurídica efectiva y no para que el Estado pretenda discutir, de manera elusiva, acerca de sus obligaciones.

En este proceso y más allá del carácter protectorio del amparo, la postura que sustento asume, por una parte que la legislación local no dispone de un plenario abreviado apto para dar respuesta a reclamos de índole alimentaria y laboral. Por la otra, las circunstancias relevantes propias del caso —y de las que daré cuenta seguidamente— confirman la corrección de la sentencia de Cámara.

En numerosos precedentes —con voto en minoría, salvo en la causa Spinelli— me he pronunciado sistemáticamente en defensa de la utilidad del amparo. Al mismo tiempo no dejé de señalar que la casi totalidad de los expedientes que llegan a este estrado como amparos concedidos y recurridos por el Gobierno, son, en estricto sentido, procesos ordinarizados. En los casos aludidos he cuestionado una y otra vez, los argumentos que el GCBA aduce en cuanto a su imposibilidad de defenderse, o aquellos que caracterizan el tema objeto de debate como de "una gran complejidad". Sucede que en todas esas situaciones que fueron decididas por el Tribunal, es posible constatar que la demandada tuvo oportunidad adecuada de defenderse, de alegar y de intervenir sin restricciones, a lo que se agrega que en la mayoría de los casos las cuestiones a resolver eran de puro derecho o se podían dirimir con las constancias que obraban en los expedientes respectivos. No hay, pues, afectación al derecho de defensa porque el contradictorio quedó garantizado: el demandado pudo introducir una postura contraria a la que fundara la pretensión en forma oportuna, esto es antes de que ésta fuera probada y decidida, y también pudo producir y controlar la prueba. Aquí los agravios del Gobierno son meramente rituales y debe darse primacía al proceso desarrollado y al resultado obtenido (Conf. CSJN, consid. nº 5, *Fallos,* 330:4647).

Asimismo, siempre enfaticé la inaplicabilidad del dec. ley 16.986 por razones constitucionales locales y federales. Y reivindiqué la actuación jurisdiccional en función inhibitoria o preventiva para conjurar actos en ciernes o amenazas a derechos y/o garantías constitucionales, en la línea hoy consagrada por la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación, que atribuye a la jurisdicción no sólo una función reparadora sino también preventiva. El Gobierno pretende la aplicación de las disposiciones del dec. ley 16.986. Esa norma carente de legitimidad democrática quedó interdicta a partir de la reforma constitucional de 1994, por lo ordenado en el art. 43 de la C.N., y muy especialmente en el art. 25 de la CADH, regla que

también exhibe jerarquía constitucional y que prevé un recurso sencillo y efectivo. Así pues, no hay razones jurídicas atendibles que prioricen una norma de facto y obliguen a los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a acatarla. Estas últimas observaciones son conjeturales dado que, en el caso y como ya lo expusiera, el proceso iniciado como amparo tramitó como un proceso ordinario.

4. Ya dije que el recurso del Gobierno, más allá de algunas diferencias menores, persiste en reiterar la línea argumentativa desarrollada en las causas "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 "Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5442/07, resolución del 20/2/2008.

Recordaré simplemente ciertos fundamentos de mi voto en el precedente Parcansky. Allí afirmé que "[e]l amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado.

Como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material. La sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material.

Si luego de transcurridas las instancias ordinarias y en la etapa recursiva ante el Tribunal, se concluyera en que no se encuentran satisfechos los requisitos que habilitan la vía del amparo (a partir de establecer que los derechos del actor estaban afectados por un acto de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta) y que, por ende, el amparista deberá intentar ahora el reconocimiento de aquellos derechos por otra vía procesal, se produciría a mi entender en estas actuaciones un evidente dispendio de jurisdicción y se afectaría gravemente el acceso a la justicia tutelado por normas de jerarquía constitucional (conf. art. 8º, CADH). El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Zaffaroni ha expresado con claridad en su disidencia *in re* 'Granillo Fernández, Héctor Manuel c/Universidad de La Plata s/amparo', fallado por el Alto Tribunal el 10/4/2007 —caso que guarda analogía con el aquí planteado—, que desde tales circunstancias, la cuestión presenta dos aspectos fundamentales para su examen: en primer término establecer si en el sub judice aún subsisten los requisitos jurisdiccionales exigidos por este Tribunal para pronunciarse, para luego determinar, conforme la extensa tramitación que lleva la presente acción de amparo, si en las presentes actuaciones, continuar demorando la decisión no genera una lesión en el derecho del amparista a obtener una decisión judicial eficaz y en un plazo razonable conforme lo requiere el perfil constitucional del instrumento procesal escogido. Que si bien en forma aislada, podría asistirle razón a la Universidad en cuanto la designación del actor en el cargo disputado no constituye un acatamiento voluntario

y total a la resolución judicial impugnada toda vez que carece de la ratificación final, no puede soslayarse que en el caso adquiere una particular significación el tiempo transcurrido desde la promoción de la acción y los dos años que el amparista lleva en ejercicio del cargo en disputa. Que así planteada, la cuestión reenvía a la especial consideración de la tutela efectiva del justiciable, de modo que es menester introducirnos en autos ponderando el extenso tiempo transcurrido desde la promoción de la acción de amparo el 8/11/2001 a esta parte, y tal como surge de la lectura de la causa, la abundante prueba producida y el amplio ejercicio del derecho de defensa que por igual han ejercido ambas partes, todo lo cual condujo al dictado de dos sentencias judiciales concordantes respecto de la admisibilidad de la pretensión amparada en las cuales no se advierte arbitrariedad alguna que las descalifique. Tal circunstancia debidamente integrada con la consolidada jurisprudencia según la cual las sentencias de esta Corte han de ceñirse a las condiciones existentes al momento de ser dictadas, aún en aquellos casos en que aquéllas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, llevan a decidir la confirmación de la sentencia puesta en crisis."

5. El recurrente aduce, por otro lado, que la solicitud de tutela jurídica a través del amparo es extemporánea, y tampoco aquí acierta en la interpretación de cuales son las condiciones exigibles para habilitar su tramitación.

En materia de derechos fundamentales la supuesta falta de resistencia de la víctima no borra la ilegitimidad del acto o de la omisión antijurídica. Menos aun cuando se trata, como en el caso, de la lesión continuada a un derecho constitucional frente a la cual —debo insistir— el afectado siempre goza de la garantía de ocurrir ante la justicia para que su derecho sea protegido.

6. El Gobierno pretende que la vía es improcedente porque insiste en la ausencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Ahora bien, es casi obvio que demostrada la ilegalidad, el cuestionamiento es insostenible.

La condición relativa a la "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" está prevista en el amparo tanto en la Constitución Nacional cuanto en la local. Sin embargo, para definir su alcance es necesario recurrir al estándar que fija el art. 25 de la CADH: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

La norma transcripta no limita la clase de actos u omisiones (la posibilidad de tutela contra omisiones surge por interpretación del art. 29 de la CADH) contra el cual pueda interponerse un amparo. Los recaudos previstos por el art. 14 de la CCBA y/o del art. 43 de la C.N., no pueden interpretarse como restrictivos del art. 25 de la CADH, porque ello no sólo importa su violación sino también la de los arts. 1º y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 27

de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Dicho de otra manera, el derecho interno no puede recortar —y tampoco la interpretación que realizan los tribunales— las posibilidades del recurso judicial previsto en el art. 25 de la CADH que debe ser sencillo, rápido y efectivo e, incluso, adaptable (de allí que la norma convencional se refiera a "cualquier otro recurso efectivo"). Como se ve la hermenéutica que propone el Gobierno contraría lo señalado y es, por ende, inconstitucional (conf. *Fallos,* 315:1492; entre otros).

Por lo expuesto, voto por desestimar la queja y el recurso parcialmente concedido por improcedentes. Costas al vencido.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 584/588 vta. y *rechazar* la acción de amparo iniciada por la señora Nelvi Bilma Cacace.

3º. *Imponer* las costas de todo el proceso por su orden (art. 14, CCBA).

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.*

CCLXXII

"GUZMAN, MARTÍN Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Amparo.

SUMARIO:

1. Las decisiones en materia de amparo deben atender a la situación fáctica existente al momento de resolver, teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resulten de las actuaciones producidas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

Expte. nº 5555/07 - 1º/12/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Martín Guzman, Lidia Pereyra y Salvador Lindor Acuña, por derecho propio y en representación de su grupo conviviente, interpusieron acción de amparo contra el GCBA solicitando el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas de emergencia habitacional en los que ingresaron originalmente (fs. 1/14). Como medida cautelar, solicitaron que se ordene al GCBA que continúe manteniéndolos como beneficiarios de los programas para personas sin techo ejecutados por la Secretaría de Promoción Social.

El juez de primera instancia dispuso dar por concluido el proceso por haberse tornado abstracto el objeto litigioso con el dictado del dec. 895/02 y normativa complementaria, sin costas (fs. 422/426).

2. El asesor tutelar (fs. 427/432) y los actores (fs. 434/445) apelaron la sentencia. La Sala I de la Cámara CAyT rechazó los recursos de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 461/462).

3. Contra dicha sentencia, la señora Lidia Pereyra y el señor Salvador Lindor Acuña interpusieron recurso de inconstitucionalidad (fs. 468/507). La Cámara declaró admisible el recurso y elevó las actuaciones al Tribunal (fs. 523).

4. A fs. 529 se dispusieron diversas diligencias tendientes a lograr que Aníbal Ignacio Mateo y Horacio Mateo, hijos de la coactora Lidia Pereyra, comparecieran a tomar intervención por sí mismos en el juicio, dado que adquirieron la mayoría de edad en el transcurso del proceso, habiendo fracasado la notificación (fs. 532 vta.). Así, fueron remitidas las actuaciones a la Defensoría General para que tome la intervención que le corresponda de conformidad con el art. 36, inc. 1º de la ley 1903 (fs. 534).

A fs. 564 se corrió vista a la Defensoría General respecto del egreso del programa de apoyo habitacional por parte de la coactora Lidia Pereyra y su grupo familiar (fs. 561/563).

A fs. 566, el señor Salvador Lindor Acuña manifiesta que desiste del recurso de inconstitucionalidad por él interpuesto.

5. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 572/585 propiciando declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Los coactores Lidia Pereyra y Salvador Lindor Acuña interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad que dispuso confirmar la sentencia de primera instancia que había declarado abstracta la cuestión objeto de la pretensión.

De las constancias del expediente surge que *a)* con posterioridad a la interposición del presente recurso, la amparista Lidia Pereyra junto con su grupo familiar, egresó del programa de apoyo habitacional mediante la percepción de un subsidio de $ 15.000 otorgado por resol. 1506-MDHYSGC-2006 (informe de fs. 553/554) y *b)* que la Sra. Pereyra ya no reside en el domicilio real denunciado en el proceso (fs. 468, 540, 553 vta) y que no ha podido ser citada en esta instancia. Corrida la vista correspondiente al señor Defensor Oficial, éste manifiesta que ha perdido todo contacto con la recurrente (fs. 565).

Por su parte, el coactor Salvador Lindor Acuña, se presentó personalmente —asistido por el Defensor Oficial—, desistiendo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 566). De este desistimiento se ha notificado a la Sra Asesora General Tutelar, quien nada ha observado (fs. 568) y al Gobierno de la Ciudad (fs. 569).

2. En atención al desistimiento del recurso de inconstitucionalidad formulado por el señor Salvador Lindor Acuña y habiendo vencido el plazo para que se expidiera la contraparte (conf. art. 133, CCAyT), sin que exista manifestación alguna del GCBA, sólo corresponde declarar desistido el recurso concedido por la Cámara (fs. 523 y vta.).

3. Con respecto a la situación de la recurrente Lidia Pereyra, conforme surge de las constancias reseñadas ha satisfecho extraprocesalmente el objeto de su pretensión en este juicio con la percepción del subsidio previsto por el Programa de Apoyo Habitacional del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales del GCBA (informe fs. 561/563). Esta circunstancia, sumada al manifiesto desinterés que evidencia el abandono de sus pretensiones en esta última instancia del proceso, permite inferir que se ha agotado el objeto procesal de esta causa.

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 recurso de inconstitucionalidad articulado a fs. 468/507 vta.

Las costas del proceso se imponen en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite y aclaro que, debido a las peripecias sucedidas durante el proceso, la solución del caso particular no significa dejar de lado mi opinión, expuesta en casos anteriores (*inter alia*, "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad

concedido", expte. nº 4568, resolución del 9/8/2006) para problemas similares, persistentes al final del litigio.

Por lo tanto, corresponde decidir como sigue: *a)* dar por desistido el recurso interpuesto por el señor Acuña; *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora Pereyra y; *c)* imponer las costas por el orden causado.

El juez JOSÉ O. CASAS dijo:

Adhiero a los fundamentos desarrollados en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y a la solución allí propiciada. En consecuencia, corresponde *a)* declarar desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Salvador Lindor Acuña; *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora Lidia Pereyra a fs. 468/507 vta. y *c)* imponer las costas en el orden causado.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los aparts. 1º y 2º del voto de la señora jueza de trámite y a la solución que allí se propicia respecto del desistimiento del señor Salvador Lindor Acuña.

En cuanto a la situación de la coactora Lidia Pereyra y su grupo familiar, las constancias arrimadas al expediente a fs. 553/556 exhiben que por vía administrativa el Estado asumió la obligación de atender las necesidades que motivaron esta acción de amparo.

En efecto, la señora Lidia Pereyra ha obtenido su inclusión y la de su grupo familiar en el Programa de Apoyo Habitacional creado por el dec. 1234-GCBA-2004 (según constancia de fs. 553 vta.). Esto implica que han quedado satisfechas las necesidades que motivaran el reclamo de la actora.

Esta circunstancia de hecho hace que se torne innecesario que el Tribunal se expida sobre los argumentos articulados por la parte en el recurso de inconstitucionalidad, lo que en modo alguno implica un juicio sobre la validez o justificación de los agravios interpuestos.

Por lo expuesto, voto por *a)* tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad respecto del actor Salvador Lindor Acuña, *b)* declarar improcedente por abstracto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora Lidia Pereyra, *c)* imponer las costas al GCBA, en atención a que los actores se vieron obligados a accionar judicialmente para exigir su derecho, y la situación devino abstracta por haberse satisfecho su pretensión.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 y 2 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

2. En relación al recurso de inconstitucionalidad deducido por la señora Lidia Pereyra, las constancias acompañadas al expediente por el GCBA (fs. 553/555) dan

cuenta que, luego de deducido el recurso bajo análisis, la recurrente percibió en concepto de subsidio excepcional para sí y para su grupo familiar, en el marco del Programa de Apoyo Habitacional creado por el dec. 1234-GCBA-2004, la suma de $ 15.000, lo que determina un cambio sobreviniente en las circunstancias que sirvieron de base fáctica para sustentar los agravios postulados por la señora Lidia Pereyra en su recurso.

En efecto, la recurrente cuestiona la resolución del *a quo* que, en lo que ahora importa, confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado abstracta la cuestión como consecuencia del dictado del dec. 895/02. Sostiene que "[a]unque el objeto del amparo sea primariamente el restablecimiento de los derechos afectados, se requirió expresamente la continuidad de las prestaciones hasta el cumplimiento de los objetivos de los programas tendientes a superar las circunstancias de crisis habitacional que determinaron la inclusión en los programas sociales..." (fs. 501).

En tales condiciones, dado que las necesidades deben ser medidas en cada oportunidad o, para decirlo de otro modo, cuando existan, pesaba sobre la recurrente la carga de mostrar que la percepción de la suma mencionada aún resulta insuficiente para la satisfacción de los objetivos establecidos en los programas de asistencia habitacional del Gobierno de la Ciudad, o bien que no constituyó un mecanismo idóneo para paliar la situación que la determinó a promover el presente amparo. En cambio, la recurrente no muestra tales extremos, ni evidencia, a través de su actitud procesal, que persista su interés en continuar con la prosecución del proceso en esta instancia (V. lo informado por el señor Defensor General a fs. 540 y 565). Por lo que corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora Lidia Pereyra.

Por ello, voto por: *a)* tener por desistidos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el señor Salvador Lindor Acuña y la señora Lidia Pereyra; *b)* imponer las costas por su orden (art. 14, CCBA).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar desistido* el recurso de inconstitucionalidad planteado por Salvador Lindor Acuña.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Lidia Pereyra.

3º. *Imponer* las costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

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.*

CCLXXIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Principio de preclusión.

SUMARIOS:

1. El principio de preclusión tiende a garantizar no sólo el orden del proceso, sino la igualdad de las partes y la seguridad jurídica, al fijar reglas claras a las que ambas deben sujetar su actuación; y es expresamente recogido por el art. 137, CCAyT, cuando consagra la regla de la perentoriedad de los plazos legales o judiciales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La fundamentación de un recurso de queja debe ser autosuficiente, debe contener un relato claro y ordenado de los hechos y piezas procesales relevantes de la causa, de los pronunciamientos judiciales dictados, y una crítica pormenorizada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La competencia del Tribunal Superior de Justicia por vía del recurso de queja no constituye una nueva (tercera) instancia de mérito, ni ella lo erige en un tribunal de casación sobre la interpretación de la ley común. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. A los jueces corresponde interpretar los alcances de sus sentencias, por lo que cualquier duda acerca del alcance que el *a quo* le quiso dar a su sentencia debe despejarse a través del recurso de aclaratoria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El agravio referido a la vulneración del derecho de defensa para dar sustento al recurso de queja no guarda relación directa con lo efectivamente resuelto e impide tener por configurado un caso constitucional, si la condena impuesta por el tribunal *a quo* al Gobierno de la Ciudad en modo alguno le exige la producción o confección de la información requerida por la asociación actora, sino tan sólo la exhibición de los datos que pudieran resultar relevantes para dar respuesta a la solicitud relativa a las listas de espera en establecimientos educativos para niños en edad escolar primaria. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5961/08 - 1º/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia promovió acción de amparo a fin que se condene al GCBA (Ministerio de Educación – Dirección Área de

Educación Primaria) a brindar en forma completa, veraz y adecuada la información oportunamente solicitada relativa a las listas de espera en establecimientos educativos para niños en edad escolar primaria (fs. 1/8).

El señor juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo, y condenó al GCBA a brindarle a la actora, en el plazo de diez días, la siguiente información (fs. 11/12):

a) la cantidad de niños y niñas en edad escolar primaria inscriptos, discriminada por Distrito Escolar, por grado y para el período 2001-2006;

b) la cantidad de niños y niñas en edad escolar primaria en lista de espera, discriminada por Distrito Escolar, por grado y para el período 2001-2006;

c) si se registran niños y niñas en lista de espera que concurran a establecimientos en Distritos Escolares linderos;

d) cuáles son las medidas que se están tomando para resolver la falta de vacantes en Distritos de la Ciudad y, de suceder, qué obras están planeadas y cuáles son los plazos de inicio y finalización de las mismas.

2. Ante la apelación deducida por la parte demandada, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió revocar la sentencia recurrida en lo relativo a la obligación de brindar información detallada sobre cuáles son las medidas que se están tomando para resolver la falta de vacantes en Distritos de la Ciudad y, de suceder, qué obras están planeadas y cuáles son los plazos de inicio y finalización de las mismas; y confirmar la sentencia apelada en todos los demás aspectos (fs. 13/15).

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha decisión (fs. 16/19), que fue declarado inadmisible por la Cámara (fs. 21).

En consecuencia, el GCBA interpuso recurso de queja contra la resolución denegatoria del citado recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/28).

4. En el auto de fs. 30, rectificado a fs. 31, la señora jueza de trámite intimó al recurrente a que acompañe, en el plazo de cinco días, copia del escrito por el cual el GCBA apela la sentencia de primera instancia, y copia de los escritos por los cuales la actora contesta la apelación y responde el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada.

Dicho auto fue notificado al recurrente el 5/6/2008, según constancia de fs. 32 vta.

5. Atento haber vencido el plazo previsto para acompañar las copias, a fs. 33 se ordenó correr vista a la Fiscalía General para que se expida sobre la queja, dictamen que fue presentado y suscripto por el Fiscal General Adjunto a fs. 35/36, quien propició rechazar el recurso de queja por carecer de autosuficiencia.

6. A fs. 37 la Jueza de trámite ordenó agregar las copias presentadas por el GCBA con fecha 25/6/2008 (ver cargo de fs. 66), lo cual se cumplió a fs. 38/66, y remitir las actuaciones nuevamente a la Fiscalía General.

El Fiscal General Adjunto consideró que la presentación del GCBA acompañando las copias solicitadas fue claramente extemporánea, y solicitó su desglose (fs. 70).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Sin perjuicio de haber sido interpuesta en tiempo oportuno, la queja no satisface las exigencias formales básicas que caracterizan al presente recurso (conf. art. 33 de la ley 402).

2. Previo a todo, corresponde analizar la pertinencia o no de la agregación de las copias solicitadas oportunamente a la recurrente.

Ante la omisión de acompañar determinadas copias con la queja, la suscripta, en calidad de jueza de trámite y haciendo uso de la facultad prevista en el art. 33, tercer párrafo de la ley 402, intimó al GCBA a que acompañe en el plazo perentorio de cinco días las copias de los escritos en los cuales el GCBA apela la sentencia de primera instancia, la actora contesta la apelación y responde el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada (fs. 30/31).

Teniendo en cuenta que la notificación del mencionado requerimiento se produjo el 5/6/2008 (ver fs. 32 vta.), y que el plazo previsto venció en las dos primeras horas del 13/6/2008, la presentación deducida por el GCBA con fecha 25/6/2008 (fs. 38/66), acompañando las copias solicitadas, resultó claramente extemporánea.

Uno de los principios que gobiernan nuestro ordenamiento jurídico procesal, es el de preclusión, según el cual el proceso se divide en períodos o etapas dentro de las cuales deben cumplirse determinados actos, de manera tal que carecen de eficacia aquellos que se producen fuera del tiempo asignado. Este principio tiende a garantizar no sólo el orden del proceso, sino la igualdad de las partes y la seguridad jurídica, al fijar reglas claras a las que ambas deben sujetar su actuación; y es expresamente recogido por el art. 137, CCAyT, que consagra la regla de la perentoriedad de los plazos legales o judiciales.

Por lo tanto, por aplicación de este principio procesal, y de conformidad con el citado art. 137, CCAyT, corresponde ordenar el desglose del escrito y copias obrantes a fs. 38/66, para su devolución al presentante.

3. Sentado lo expuesto, cabe analizar el cumplimiento de los requisitos formales de la presente queja, sin considerar las copias presentadas extemporáneamente.

La fundamentación de una queja debe ser autosuficiente. Ello significa que debe contener un relato claro y ordenado de los hechos y piezas procesales relevantes de la causa, de los pronunciamientos judiciales dictados, y una crítica pormenorizada de la resolución que denegara el recurso de inconstitucionalidad, así como también, si fuera exigido por el Tribunal, acompañar las copias de las principales actuaciones del proceso con el objeto de proporcionar todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la admisibilidad y procedencia de la queja interpuesta.

En este supuesto, al no haber acompañado oportunamente el GCBA las copias requeridas, este Tribunal carece de elementos esenciales para analizar qué cuestiones fueron propuestas por la demandada, y de qué manera fue ejercida la defensa por la actora, en el marco del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y del recurso de inconstitucionalidad. Ello impide apreciar si el caso constitucional fue planteado y mantenido oportunamente por el recurrente, así como también la postura esgrimida al respecto por la parte actora, cuestiones de indudable trascendencia para delimitar y analizar el presente recurso de queja.

En suma, el escrito presentado no satisface el requisito de autosuficiencia que todo recurso debe cumplir para bastarse a sí mismo y ser procedente formalmente (conf. este Tribunal *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, pp. 570 y ss.).

4. Por ello, y de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, estimo que corresponde desglosar el escrito y copias obrantes a fs. 38/66 para su devolución al presentante, y desestimar la queja interpuesta ante estos estrados.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En principio, el hecho de que el recurso no es autosuficiente emerge, para mí, de la imposibilidad de decidir fehacientemente acerca de su interposición dentro del plazo de actividad previsto por la ley, por cuanto no cuento —o no cuento con la seguridad necesaria— con la notificación de la resolución de rechazo del recurso, expuesta a fs. 21. Al parecer, la cédula de notificación de fs. 20 se refiere a la decisión mencionada (este expte., fs. 21), ya que en el ángulo superior derecho esa decisión contiene el número 280, consignado en la cédula de fs. 20. Si ello fuera así, el recurso de queja estaría interpuesto dentro del plazo. Sin embargo, tal afirmación carece de certeza pues ni siquiera la parte, al interponer la queja, ha descripto el procedimiento empleado —no notifica la decisión de rechazo el tribunal *a quo*, que rechazó la queja, sino, eventualmente, un tribunal de primera instancia—. Tampoco existe demostración alguna del recurrente de haber interpuesto el recurso de inconstitucionalidad dentro del plazo habilitado por la ley para ello, pues aquí carecemos de toda demostración documental y de toda explicación sobre la diferencia temporal de los actos que el mismo recurrente indica bajo las letras *a)* y *b)* de su punto número II. Es cierto que el rechazo de la Cámara no designa al recurso como intempestivo, ni tampoco la contraparte ha requerido su improcedencia por esa razón, pero lo cierto es que ese plazo es perentorio e indisponible, con lo cual aquí también sospechamos conservación del plazo, pero sin verificación fehaciente alguna.

En principio, entonces, debo rechazar el recurso de queja por la misma razón que expresa la señora jueza del trámite, aunque por hechos procesales diferentes.

Agrego que, la señora jueza del trámite, frente a la insuficiencia del acto de interposición del recurso, le concedió al recurrente una segunda oportunidad para

completar debidamente el acto —esto es, le prestó auxilio al recurso para tornarlo procedente— y, aun así, el recurrente no consiguió corregir su recurso.

2. Empero, aun dejando de lado esta determinación formal, que implica falta de seriedad en la actuación ante el TSJBA, resulta evidente que el recurso pretende una tercera instancia, sobre todo acerca de la inteligencia aplicable a la regla jurídica que rige el caso —instancia inexistente en la ley—, norma de derecho común (*infraconstitucional*) —según lo consiente el propio recurrente—. El Tribunal ha dicho hasta el cansancio que su competencia, por vía del recurso interpuesto, no constituye una nueva (tercera) instancia de mérito, ni ella lo erige en un tribunal de casación sobre la interpretación de la ley común (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte nº 1898/02, "'Droguería Americana c/GCBA [DGR – resolución 7346-1991] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR' s/recurso de apelación ordinario", sent. del 17/11/2003), razones por las cuales el recurrente ha seguido un camino equivocado.

Por esta razón, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto (carencia de caso constitucional).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujera el GCBA a fs. 23/28 vta.

2. La Sala I de la Cámara CAyT resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad señalando que el GCBA se limitó a manifestar su desacuerdo con la decisión en crisis sin formular de manera concreta ningún agravio constitucional y que los presuntos agravios vinculados con la valoración de circunstancias de la tramitación de la causa y con la hermenéutica de las reglas aplicables al caso "...tienden a controvertir el fundamento jurídico de derecho infraconstitucional contenido en la sentencia recurrida, sin incluir razones de índole constitucional". La Cámara, a mayor abundamiento, expresó: "...de la lectura del escrito se desprenden sólo dos objeciones en cuanto a la interpretación efectuada por el Tribunal respecto del art. 2º de la ley 104 y una discrepancia con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos ajenos al ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad".

3. La presentación directa no cumplió el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebatió las razones por las cuales la Sala I no concedió el recurso de inconstitucionalidad.

Es relevante tener en cuenta que el eje de la impugnación al auto denegatorio giró en torno a la interpretación de la normativa infraconstitucional aplicable al caso (la ley 104, en especial de su art. 2º) y que, en este punto, no hay cuestión constitucional alguna. El GCBA sostuvo "...no se trata en el presente supuesto de cuestiones de hecho y prueba como entiende el Tribunal apelado. Por el contrario

se encuentra en juego los alcances e interpretación de la ley 104 y puntualmente de su art. 2º (...) existiendo discrepancia con relación a los alcances de la citada normativa...” (fs. 24).

La lectura de las manifestaciones que el GCBA expone a fs. 26 vta. deja en claro que en el trámite del proceso sólo agregó información parcial y posteriormente debió admitir que disponía de otros elementos que no había presentado. Esta conducta restó todo sustento a la violación al derecho constitucional que invoca. En efecto, la quejosa se limitó a enunciar la afectación de su derecho de defensa en un contexto en el cual esa referencia aparece como tangencial e infundada.

4. Voto, pues, por rechazar la queja interpuesta por el GCBA a fs. 23/28 vta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la doctora Ruiz en que la queja debe ser rechazada porque el recurrente no ha logrado rebatir los argumentos dados por la Cámara en la denegatoria de fs. 21/21 vta., es decir, no ha logrado acreditar la existencia de un caso constitucional en el *sub lite*.

2. El GCBA sostiene que la sentencia del *a quo* resulta violatoria de su derecho de defensa porque lo obliga a: *i)* entregar información que no posee; *ii)* a tener que entregarla en forma “discriminada”, cosa que iría, a su juicio, en contraposición con lo dispuesto en el art. 2º de la ley 104; y, por último, *iii)* que la información sea brindada por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a la de Director General, obligación que, también afirma, excede lo que la mencionada ley establece.

2.1. El recurrente manifiesta que toda la información que poseía fue presentada, ya sea por él o por la parte actora, en el expediente, consecuentemente, a su juicio, debería declararse que la pretensión de la accionante devino abstracta. En este orden de ideas, sostiene que al contestar, en los términos de la ley 104, el informe que le fuese solicitado acompañó “...toda la información [con] que contaba...” y “[p]osteriormente la actora [acreditó] en autos, la existencia de otra información parcial (la correspondiente a los distritos escolares nos. 21, 19, 10 y 5) que no se encontraba sistematizada ni era de conocimiento de esta representación en oportunidad de contestar la acción” (fs. 26/26 vta.).

Ese planteo no se hace cargo de los argumentos que dieron los jueces de la causa al contestarlo. La Cámara sostuvo que, de las constancias agregadas al expediente, surge que el GCBA cuenta con más información que la agregada al *sub lite*. En particular, señaló, al remitirse a lo dictaminado por la Fiscal ante esa instancia, que “...cabe advertir que la documentación arrimada en autos por la propia actora (ver fs. 80/121) —cuya autenticidad no fue desconocida por la demandada, sino que, por el contrario, fue expresamente reconocida— da cuenta de la existencia parcial de dicha información, siendo que —aun cuando no puede procesarse ‘informáticamente’—, nada impide que se ponga a disposición de la actora la información en el estado en que se encuentre...” (fs. 14 vta.). Así las cosas,

si el recurrente pretendía tachar de arbitraria la sentencia en este punto debió, a fin de demostrar lo cual, hacerse cargo de los argumentos reseñados, cosa que, como ya señalé, no ocurrió.

2.2. Se agravia, también, de que se lo haya obligado, en contraposición a lo que manda el art. 2º de la ley 104, a tener que dar la información en forma "discriminada". Sostiene "...que la obligación que impone la ley 104 de proveer información consiste en poner a disposición de la requirente la información con que cuenta la administración y en el lugar en que [...] se encuentra, es decir los escritos, documentación, expedientes administrativos, fotografías, grabaciones y antecedentes a los efectos que el peticionante pueda extraer la información que haya requerido". Pero no, la de brindarla en forma "discriminada".

Tal como quedó expuesto en el segundo párrafo del punto 2.1. de este voto, el *a quo* expresó que el GCBA debía poner a disposición de la actora "...la información en el estado en que se encuentre...". Ese texto no permite descartar que se haya condenado al GCBA a entregar la información en la forma que él entiende resultaría alineada con lo que establece el art. 2 de la ley 104, por lo que el planteo, tal como fue formulado, tampoco puede prosperar. No obstante lo cual, cabe recordar que es a los jueces a quienes les corresponde interpretar los alcances de sus sentencias, por lo que si el recurrente tenía alguna duda acerca del alcance que el *a quo* le quiso dar a su sentencia debió haber interpuesto un recurso de aclaratoria a fin de despejar dicha incertidumbre.

2.3. Finalmente, igual suerte deberá correr el agravio que el GCBA formuló con el objeto de controvertir la obligación que le impusieron los jueces de mérito, con sustento en lo dispuesto en el art. 9º de la ley 104, de tener que brindar la información requerida por intermedio de un funcionario que revista una categoría equivalente o superior a la de Director General. Ese último planteo, como bien reconoce el propio recurrente, versa acerca de la interpretación que corresponde asignarle a una norma infraconstitucional (la ley 104), cuestión esta última que resulta, por regla, privativa de los jueces de la causa, sin que el GCBA haya logrado demostrar que en el *sub lite* corresponda hacer excepción a ese principio porque la interpretación que le asignaron los jueces sea insostenible. Máxime, cuando el recurrente no ha identificado qué perjuicios le acarrea esa solución.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 23/28 vta.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que propicia la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 23/28 vta.

2. En mi concepto, la recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional que habilite la competencia de este Estrado en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA; circunstancia que sella su suerte adversa.

Si bien la demandada afirma que la decisión del *a quo* vulnera su derecho de defensa al establecer una condena de cumplimiento imposible —en tanto su representada no cuenta con más información que aquella arrimada a estas actuaciones y puesto que sólo podría dar cabal cumplimiento a lo ordenado únicamente designando personal y "afectando recursos y medios para ello" (fs. 27)—, tales afirmaciones carecen de sustento de cara a lo efectivamente decidido en el *sub examine*.

En efecto, en la decisión impugnada —por remisión al dictamen de la señora Fiscal ante la Cámara— se sostuvo que, si bien es cierto que en virtud de la ley 104 el GCBA no está obligado a crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido, el art. 2º de la norma aludida garantiza el derecho de toda persona a recibir información consistente, incluso, en "cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales" (conf. fs. 14 vta.).

En este sentido, y luego de evaluar las distintas constancias arrimadas al expediente y las contestaciones esgrimidas al pedido de la actora —referidas a la falta de datos procesados informáticamente sobre la materia interrogada—, se concluyó que el GCBA no había brindado adecuada respuesta al requerimiento efectuado en los términos de la ley 104, por lo que la condena de primera instancia debía ser parcialmente confirmada. Ello así, en tanto se afirmó que diversas constancias obrantes en el expediente permitían dar cuenta de la existencia parcial de la información requerida, siendo que "aun cuando no pueda procesarse 'informáticamente', nada impide que se ponga a disposición de la actora la información en el estado en que se encuentre. A tales efectos, no es suficiente que la demandada afirme que 'ha procedido correctamente al no proporcionar información parcial...' (...) por cuanto su obligación consiste en brindar la información de la que disponga..." (conf. fs. 14 vta.).

Así las cosas, atento que la condena impuesta por el tribunal *a quo* en modo alguno exige a la demandada la producción o confección de la información requerida por la asociación actora —como fuera alegado por la quejosa— sino tan sólo la exhibición de todos aquellos datos que pudieran resultar relevantes para dar respuesta a la solicitud efectuada, la garantía constitucional invocada para dar sustento al recurso que esta queja sostiene no guarda relación directa con lo efectivamente resuelto en estos autos y, en consecuencia, impide tener por configurado un caso constitucional.

3. Por lo demás, la solución que se propicia se ve abonada en tanto los planteos de la recurrente remiten exclusivamente a cuestiones propias de los jueces de mérito, como el análisis de informes y constancias presentados en la causa y la interpretación de una norma infraconstitucional (ley 104).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

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 planteado por el GCBA.

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.*

CCLXXIV

"GARCÍA, GABRIELA ALEJANDRA C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS EXPTE. Nº 5870/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GARCÍA, GABRIELA ALEJANDRA C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA', EXPTE. Nº 5910/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GARCÍA, GABRIELA ALEJANDRA C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'" Y EXPTE. Nº 5973/08 "GARCÍA, GABRIELA ALEJANDRA C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Asesor tutelar. Incidente de nulidad. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. Principio de congruencia. MINISTERIO PÚBLICO: Autonomía. Designación de sus miembros. Concursos. Debido proceso.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la providencia dictada por el juez de grado que ordenó el traslado al Consejo de la Magistratura para que se expidiera acerca de la legitimidad de la resolución de designación del asesor tutelar y prescindir, por tanto, de la exigencia propia del re-

curso consistente en tener como objeto de agravio una sentencia definitiva dada la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. 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).*

3. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto 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).*

4. El Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial con competencias exclusivas, 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), de modo que no resulta posible que jueces o fiscales cuestionen 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).*

5. 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).*

6. El recurso de inconstitucionalidad, y la queja a éste acumulada, deben rechazarse pues se dirigen a cuestionar la decisión del juez de primera instancia de correr traslado a fin de que el Asesor Tutelar y el Consejo de la Magistratura se expidan respecto de la legitimidad de la resolución de designación del asesor, decisión que no puede ser equiparada a sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de "irreparables" que permitan autorizar esa equiparación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Corresponde rechazar el recurso de queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad respecto de la decisión de la formación del incidente y la concesión del traslado al Asesor Tutelar y al Consejo de la Magistratura, con el objeto de que se expidan sobre la legitimidad de la resolución de designación del asesor, pues se trata de resoluciones de mero trámite que, más allá de la molestia

meramente física que puedan ocasionar, no implican decisión material alguna sobre el objeto del llamado "incidente", por tanto, tampoco agravio alguno, ni representan a la exigencia de sentencia definitiva impuesta por el art. 27 de la ley 402. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5915/08 - 1º/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Por razones de orden es imprescindible formular una aclaración preliminar. Las actuaciones tramitadas ante la Cámara de Apelaciones corresponden a dos expedientes —queja por apelación denegada en relación a la formación de incidente dispuesta en primera instancia, y queja por apelación denegada por el traslado de la pretensión incidental—. Sin embargo, en algunos casos las presentaciones que correspondían a uno de ellos fueron incorporadas en el otro. Las referencias en esta sentencia asumen la nueva foliatura ordenada por el Tribunal con motivo de la acumulación de ambos expedientes en esta instancia.

2. El Consejo de la Magistratura (en adelante, CM) interpuso recurso de apelación contra la providencia dictada por el juez de primera instancia el 31/5/2007, que ordenó –a los efectos de no entorpecer el proceso principal- la formación de un incidente a fin de resolver lo atinente a la legitimidad de la resol. CM-963/05 (fs. 70). También apeló el traslado dispuesto —con fecha 8/6/2007— a dicho organismo con el objeto que se expidiese a ese respecto; es decir, sobre la legitimidad de la resol. CM-963/05 (fs. 2).

El juez de primera instancia declaró inadmisibles ambos recursos, pues ellos se dirigían contra providencias simples que no causaban gravamen irreparable (fs. 74 y fs. 5).

3. El CM dedujo dos recursos de queja contra dichas desestimaciones (fs. 75/77 y fs. 6/8), que fueron rechazados por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 81 y fs. 12). Como consecuencia de los errores indicados en el apart. 1º, la resolución de fs. 81, dictada para decidir la queja en la formación del incidente, se expidió, en verdad, sobre el traslado; situación que no impidió que, como se verá en el punto siguiente, al resolver el recurso de inconstitucionalidad del CM se hiciera mención a la formación del incidente (fs. 97/98).

4. Contra dichos rechazos el CM articuló los recursos de inconstitucionalidad (fs. 18/22 y fs. 89/93), que fueron declarados parcialmente admisibles por la Cámara, ya que los planteos de arbitrariedad fueron desestimados (fs. 97/98 y fs. 26/27 y vta.).

El CM interpuso recurso de queja contra las denegatorias parciales de los recursos de inconstitucionalidad oportunamente deducidos fundados en la arbitrariedad de sentencia (fs. 53/59 y fs. 129/136).

5. El Fiscal General Adjunto, remitiéndose a los conceptos vertidos en su dictamen del 11/9/2007 en la causa "Skiba", propició admitir las quejas, hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad, revocar las sentencias apeladas y dejar sin efecto todo lo actuado en estos obrados (fs. 64/66, 146/147 y vta. y 149/166).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y de queja han sido interpuestos en tiempo y forma. En los recursos directos, el Consejo de la Magistratura formula una crítica adecuada y suficiente de los respectivos autos denegatorios que rechazan parcialmente sus presentaciones. Anticipo que aun cuando el Tribunal está habilitado para ejercer su competencia, ninguno de los agravios introducidos por el recurrente pueden prosperar.

2. Los fundamentos y la solución que propicio en estas actuaciones son análogos a los que expresara al votar en los precedentes "Pagliarulo, Angela c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5879/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pagliarulo, Ángela c/GCBA y otros s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5887/08, sent. del 17/9/2008, y "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'" expte. nº 5840/08, sent. del 17/9/2008.

En las causas indicadas sostuve que "[l]a relación de antecedentes efectuada en las 'resultas' y la resolución de la Cámara de Apelaciones que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (...) ponen de manifiesto que más allá de la similitud —que señala Fiscal General Adjunto en su dictamen— que la cuestión ventilada en las instancia anteriores pudiera presentar con la decidida por el Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008, existe una diferencia sustancial que no puede ser obviada: en "Skiba" el incidente referido a la personería del señor Asesor Tutelar Nº 2 llegó a conocimiento del Tribunal luego de haber sido fallado en las dos instancias de mérito. // Por el contrario, el recurso que el CM trae ahora a consideración del Tribunal se dirige a cuestionar, finalmente, la decisión del

juez de primera instancia de disponer, de oficio, la formación de un incidente para dilucidar 'el planteo efectuado por la señora Fiscal (...) respecto de la intervención del doctor Alejandro Petrucci, en su calidad de Asesor Tutelar' (...) // Los agravios que el CM plantea atacan la disposición que da inicio a un incidente y ordena que en él se expresen quienes, a criterio del magistrado, deberían hacerlo: el doctor Petrucci, y el Consejo de la Magistratura (...). Por su naturaleza, la decisión no es una sentencia definitiva, y los agravios que se invocan no presentan la característica de 'irreparables' que permitan autorizar su equiparación con ese tipo de sentencias. // Como ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal en relación al recurso de inconstitucionalidad local —en consonancia con el criterio sentado por la CSJN para el recurso extraordinario federal— la ausencia del sentencia definitiva no puede ser suplida mediante la invocación de arbitrariedad o de la violación de garantías constitucionales (*Fallos,* 308:62; entre otros). // Cabe concluir, entonces, que la sentencia que desestimó la queja interpuesta por el CM (...) y las providencias de primera instancia que dispusieron la vista al Fiscal, y formar el incidente y dar traslado no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402".

3. Lo expresado para considerar que los recursos de inconstitucionalidad fueron erróneamente concedidos por la Cámara, resulta igualmente aplicable para rechazar las quejas acumuladas.

4. Por último, considero oportuno destacar que la inadmisibilidad de los recursos en análisis no sólo es consecuencia, como ya dije, de la ausencia de sentencia definitiva. Sucede que en atención a las circunstancias del caso, si esos recursos fueran admitidos el Tribunal interferiría de modo indebido en una actividad ordenatoria que integra las facultades que por ley son propias de los jueces de las instancias ordinarias.

En consecuencia, voto por declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad y por rechazar las quejas planteadas por el CM.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Tal como lo supone mi voto *in re* "Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5840/08, sent. del 24/9/2008, la resolución impugnada no aparece procesalmente como una *sentencia definitiva* sino, antes bien, como una resolución de mero trámite, insusceptible de fundar un agravio real, cualquiera que sea la contrariedad que ella provoque. La circunstancia apuntada inhibe la competencia del TSJBA, que no puede anticiparse a la intervención recursiva que eventualmente le corresponde en términos de esa misma competencia.

Por las razones expuestas, me inclino por rechazar las quejas interpuestas y por declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad en sus partes pertinentes.

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

1. La relación de antecedentes efectuada en las "resultas" de esta sentencia pone de manifiesto que la cuestión ventilada en las instancias anteriores y en el re-

curso traído a decisión del Tribunal es sustancialmente similar a la que se resolviera en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008; que es mencionada por el señor Fiscal General Adjunto en sus dictámenes (conf. fs. 65 y 147 vta.).

En aquella oportunidad el Tribunal, a partir de los argumentos coincidentes de cuatro de sus integrantes, constató la existencia de un caso constitucional susceptible de habilitar la vía recursiva prevista en el art. 113, inc. 3º, CCBA y dejó sin efecto el procedimiento incidental iniciado de manera oficiosa por el juez de la causa para evaluar la validez del acto de designación del Asesor Tutelar que se había presentado en el expediente.

2. En consecuencia, por los fundamentos coincidentes que fueran expresados en el precedente citado —a los que cabe remitirse en homenaje a la brevedad—, entendemos que corresponde hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura local, revocar la sentencia recurrida, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo sin más trámite.

3. Por último, una aclaración adicional. A diferencia de lo ocurrido en *"Skiba"*, donde se objetaba la decisión judicial que había declarado la nulidad del acto de designación del señor Asesor Tutelar que se había presentado en el expediente, en esta causa el Consejo de la Magistratura de la Ciudad ha dirigido sus cuestionamientos contra la decisión del señor juez de grado de fecha 31/5/2007 que dispuso la formación de un incidente con el propósito resolver acerca de la legitimidad de la resolución CM 963/2005 y contra aquella otra de fecha 8/6/ese mismo año que ordenó correr traslado al Consejo de la Magistratura y al Asesor Tutelar presentado en el expediente a fin que se expidieran al respecto.

A pesar de lo señalado, consideramos que en esta ocasión la decisión a dictarse no debe variar respecto de la adoptada en el precedente antes referido, pues cabe prescindir en el caso de la exigencia propia del recurso de inconstitucionalidad consistente en tener como objeto de agravio una *sentencia definitiva* (conf. nuestro voto conjunto en autos "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5840/08, resolución de fecha 17/9/2008). Ello se explica por la trascendencia institucional involucrada a partir del exceso jurisdiccional palmario que ya se desprende de las decisiones adoptadas en el expediente, por sí solas susceptibles de afectar en forma inmediata e irremediable el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad, asunto que, naturalmente, excede el interés individual de las partes —aunque hablar de *partes* en este peculiar proceso incidental, en rigor, resulte un contrasen-

tido, como se explicó *in extenso* al decidir "Skiba"—. Además, al resolver de este modo también se conjura el evidente dispendio jurisdiccional que conllevaría para todos los sujetos involucrados tener que tramitar y verse sometidos a un proceso que, en circunstancias análogas, el Tribunal ya ha descalificado por tratarse de una actuación viciada de ilegitimidad desde su génesis.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La cuestión de autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta *in re* "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Candia Figueredo, Aurelio y otros c/GCBA s/queja por apelación denegada'", expte. nº 5840/08, sent. del 17/9/2008.

Tal como sostuve en el precedente aludido, las decisiones que viene recurriendo el CM (esto es, la formación del incidente y el correspondiente traslado a su parte) si bien no constituyen la definitiva a que se refiere el art. 27 de ley 402, resultan equiparables a tal porque le irrogan un perjuicio de imposible reparación ulterior. Al ordenar la formación de un incidente con el objeto de tratar los planteos de la señora Fiscal dirigidos a controvertir la legalidad de la resol. 963/2005 del CM y el traslado de esa pretensión incidental, el juez actuó *ultra vires*. Ello así, en tanto puso en vilo, sin que existiese una pretensión de parte legitimada, la validez de un acto emitido por la recurrente, esto es, un órgano del estado. 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 —conf. mi voto *in re* "Skiba, Juán Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5381/07, sent. del 12/3/2008—. A su vez, el Ministerio Público Fiscal tampoco cuenta con la competencia para controlar por sí al Asesor Tutelar, ni para requerir tal control del juez (conf. los fundamentos dados en el punto 6 de mi voto *in re* "Skiba", ya citado).

En consecuencia, corresponde concluir, tal como lo adelanté al comienzo del párrafo que antecede, que las decisiones recurridas configuran un palmario menoscabo a las facultades del CM, no susceptible de ser reparado ulteriormente.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, *ii)* revocar las decisiones impugnadas, *iii)* dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión, y *iv)* ordenar su archivo.

Por ello, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a las quejas y a los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocar las sentencias recurridas, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo.

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.*

CCLXXV

"TEJERINA, VÍCTOR ÁNGEL S/INF. ART. 81, CC OFERTA Y DEMANDA DE SEXO EN ESPACIOS PÚBLICOS RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. SISTEMA ACUSATORIO. DERECHO CONTRAVENCIONAL: Suspensión del juicio a prueba. REGLAS DE CONDUCTA: Negociación del acuerdo. Homologación. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Atribuciones.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa fue mal concedido por la Cámara porque la decisión que confirmó la revocación de la suspensión del juicio a prueba no constituye la sentencia definitiva de este proceso, y no puede ser cuestionada ante el Tribunal porque ordena su continuación hacia la decisión sobre la condena o la absolución del acusado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Ha sido mal concedido el recurso de inconstitucionalidad frente a la resolución que confirmó la revocación de la suspensión del juicio a prueba, pues ella no pone fin al pleito ni impide su prosecución y lo que se pretende es evitar la continuación del proceso, sin que se acredite la existencia en el caso de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocados por el recurrente vinculados con la suspensión del juicio a prueba en materia penal (art. 76 bis, C.P.) y con el tipo de resoluciones que pueden recurrirse mediante el recurso de casación (arts. 456 y 457, CPPN), suspensión y recurso —respectiva-

mente— guardan serias diferencias con la regulación de este beneficio legal en materia contravencional (art. 45, CC) y con el carácter extraordinario del recurso de inconstitucionalidad (arts. 27, ley 402) de competencia de este Tribunal Superior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La negociación de las reglas de conducta entre las dos partes —adversarias— que someten su acuerdo a la aprobación de un tercero —imparcial— ajeno al conflicto y a dicha negociación, está prevista expresamente por la legislación local; acuerdo que importa un acto voluntario al que se somete libremente el imputado, y el magistrado sólo puede ocuparse en ese momento de asegurar que la voluntad de las partes no haya estado viciada, y de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes (imputado o Fiscalía) no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que actuó bajo coacción o amenaza (art. 45, CC). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Una vez que el acuerdo respecto de las reglas de conducta es aprobado por el magistrado se genera un compromiso exigible judicialmente y su incumplimiento genera consecuencias jurídicas, y el juez puede revocar la suspensión acordada, pues en este momento sus facultades son más amplias que aquellas que poseía para resolver sobre el acuerdo, amplitud de facultades que de ninguna manera se relaciona con un impulso de la acción por parte de la jurisdicción. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Corresponde hacer excepción a la regla según la cual el recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa (art. 27, ley 402), si la aplicación literal de la norma frustra el ejercicio útil de la competencia que a este Tribunal le viene encomendada por el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, situación de excepción que se verifica cuando se invoca la inobservancia de principio acusatorio, que sólo es susceptible de tutela inmediata. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad si la defensa ha invocado que la decisión que revocó la suspensión del juicio a prueba resulta violatoria de la garantía constitucional que consagra el sistema acusatorio, y que resguarda a las personas de sufrir un proceso que sólo fuera posible sorteando el límite que dicho principio erige. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El art. 13, inc. 3º, de la CCBA consagra a favor de los habitantes de la Ciudad el sistema acusatorio, que constituye una forma de ordenamiento de los procesos y de concebir el rol de los jueces. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El sistema acusatorio implica que quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro, de modo que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

10. En el marco de un proceso regido por el sistema acusatorio, la razón por la que la suspensión del juicio a prueba está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de instar o no la acción, cosa que le incumbe

privativamente al Ministerio Público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de instar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Cuando el párrafo segundo del art. 45 del CC refiere a que el juez resuelve sobre el acuerdo no supone en él expedirse acerca de la conveniencia, mérito u oportunidad, ni tampoco la facultad de no aprobarlo supone la de expedirse discrecionalmente a favor o en contra del acuerdo, porque las partes en el acuerdo son el fiscal y el imputado, no el juez, y ellas deben apreciar la conveniencia de los límites y cargas que respectivamente asumen. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La decisión de no impulsar la acción pública es una cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del sistema acusatorio y la intervención del juez apunta a anticipar un pronunciamiento acerca de la validez de los compromisos que pactan recíprocamente fiscal e imputado, a saber, no instar la acción el primero, y cumplir ciertas cargas, el otro*. (Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La decisión de los jueces que dispusieron la continuidad del proceso, aun cuando no medió un pedido con tal alcance por parte de la fiscal actuante, entra en pugna con el art. 13, inc. 3º, de la CCBA en cuanto adopta el sistema acusatorio. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

14. La limitación de la facultad de las partes de celebrar un segundo convenio de suspensión del proceso a prueba, no surge del código contravencional ni, tampoco del art. 311 del CPPCABA, pues la única limitación que establece el código a la celebración de la suspensión de juicio a prueba está dada cuando el/la imputado/a de una contravención registra una condena contravencional en los dos años anteriores al hecho imputado. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

15. La facultad del Ministerio Público Fiscal, tanto para acordar la suspensión del juicio como para oponerse a ella, es de naturaleza no jurisdiccional, por lo que no corresponde al juez controlar esa voluntad. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

16. Aun cuando se afirmara que el incumplimiento del compromiso asumido habilita —antes o después de agotado el plazo de suspensión del juicio a prueba— a continuar con el proceso, debe constatarse además, la comisión de una nueva contravención. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6033/08 - 3/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 16/8/2007, la jueza de primera instancia resolvió aprobar el acuerdo celebrado entre la defensa oficial y el Ministerio Público Fiscal suspendiendo el

juicio a prueba por el término de ocho meses, plazo durante el que Tejerina debía cumplir con varias reglas de conducta. Una de ellas consistía en "abstenerse de concurrir a las zonas pertenecientes a la jurisdicción de las comisarías 18º y 28º de la Policía Federal" (fs. 48 vta.).

2. El representante del Ministerio Público Fiscal, ante el traslado que se le corriese informándole que a Tejerina se le había confeccionado un acta contravencional en jurisdicción de la comisaría 18º, solicitó a dicha magistrada que cite a la audiencia prevista en el art. 311 del CPPCABA (conf. fs. 89/89 vta.).

En el marco de esa audiencia, la defensa sostuvo que el acta por sí sola no permitía tener por probado el hecho imputado, situación que sólo podría tener lugar una vez realizado el debate o si fuese reconocido el hecho por Tejerina. No obstante lo cual, propuso que la nueva imputación fuera incluida en la suspensión de juicio aprobada el 16/8/2007, extendiéndose su plazo de duración en un mes más. La señora Fiscal que intervino en la audiencia "consintió" la ampliación solicitada, por lo que propuso un nuevo plazo de nueve meses de duración para el beneficio que le fuese otorgado a Tejerina (fs. 92). La jueza de primera instancia difirió la resolución de lo solicitado hasta tanto se agregasen fotocopias certificadas de la nueva causa. El 28 noviembre de 2007, resolvió revocar la suspensión de juicio a prueba y mandó a llevar adelante el proceso. Para así decidir, sostuvo, en primer lugar, que la nueva propuesta de acuerdo formulada por la defensa y la representante del Ministerio Público Fiscal no resultaba procedente, principalmente, porque el art. 45 del CC establece como única consecuencia ante el incumplimiento del compromiso asumido la continuación del proceso. En segundo lugar, que se hallaba suficientemente acreditado que Tejerina había incumplido la regla de conducta de abstenerse de concurrir a las zonas pertenecientes a la jurisdicción de las comisarías nros. 18º y 28º de la Policía Federal.

3. La defensa apeló esa decisión. Dos fueron los agravios que formuló contra ella. Por un lado, sostuvo que no se había acreditado que Tejerina hubiera violado regla de conducta alguna. Por el otro, que esa decisión resultaba violatoria del "sistema acusatorio" porque había sido adoptada sin que existiera un requerimiento en tal sentido por parte del Ministerio Público Fiscal. La Sala III de la Cámara CyF, en lo que ahora importa, confirmó la mencionada resolución. Los jueces que formaron la mayoría, principalmente, sostuvieron que se encontraba acreditado que Tejerina había incumplido con su deber de no concurrir a la zonas acordadas, situación que, a juicio de los magistrados, daba sustento suficiente a lo decidido por la jueza de mérito. Por su parte, la doctora Manes, en disidencia, votó por anular la decisión apelada porque resultaba violatoria del "sistema acusatorio", receptado en el art. 13, inc. 3º, de la CCBA y de la garantía de imparcialidad. En este orden de ideas, sostuvo que la "...resolución criticada sustituyó a una de las partes, a la sazón, la representante de la vindicta pública, al subrogarse facultades que le están vedadas, y ello ha implicado la ruptura del equilibrio entre partes, por resignarse la garantía de imparcialidad, en directa afectación de principios expresamente previstos por

la Carta Magna local como asimismo por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22 de ésta (art. 13, inc. 3º, CCABA y 18 C.N., 8º CADH y 14 PIDCyP)" (fs. 120 vta.).

4. La defensora oficial subrogante interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 128/134), en el que postuló que se encontraban cumplidos todos los requisitos de forma para su procedencia. En particular, sostuvo que si bien la sentencia impugnada no es la definitiva, resulta equiparable a tal porque el gravamen que le produce a Tejerina no resulta susceptible de reparación en una ulterior oportunidad procesal. Principalmente, porque lo que sus planteos persiguen es que el proceso no continúe en las condiciones denunciadas; a fin de sustentar lo cual, cita numerosos precedentes de la CSJN y de la CNCP en los que se equiparó a definitiva decisiones que revocaban la suspensión de juicio a prueba otorgada, según la defensa, de contenido similar a la que acá se recurre.

Con relación al fondo de la cuestión, sostuvo que la sentencia del *a quo* resulta violatoria del "sistema acusatorio" (conf. arts. 13, inc. 3º, de la CCBA y 4º del CPPCABA) y de las garantías de "igualdad de armas" e imparcialidad (este último, conf. lo dispuesto en los arts. 26.II de la DADyDH, 10 de la DUDH, 14.1 del PIDCyP y 8.1 de la CADH). En este orden de ideas, adujo que "...la decisión de revocar la suspensión del proceso a prueba fue adoptada sin que existie[se] un requerimiento expreso por parte de la representante del Ministerio Público Fiscal puesto que al momento de celebrarse la audiencia prevista en el art. 311, CPPCABA, la señora Fiscal, no sólo no requirió que se revoca[se] la suspensión del proceso a prueba acordada, sino que además, prestó conformidad a que se prorrog[ase], por el término de un mes, el plazo de ocho meses por el que se otorgó a Tejerina la suspensión del proceso a prueba" (fs. 132). Manifestó, con el objeto de abonar su postura, que "... el sistema acusatorio supone un modelo de litigio contradictorio (entre el acusador y la defensa) en el cual el Juez permanece como un tercero dispuesto a resolver el conflicto suscitado entre las partes e impulsado por el Ministerio Público Fiscal. Asimismo este modelo de enjuiciamiento también contiene el principio—garantía de la '*igualdad de armas*' entre dichas partes, manteniéndose en todo momento la '*imparcialidad*' del juzgador, por lo que se trata de un sistema en el cual se encuentran separadas las funciones de juzgar y de requerir, correspondiendo el ejercicio de esta última al representante del Ministerio Público Fiscal, encontrándose vedado de este modo la actuación de oficio del juzgador; con lo cual se advierte que la decisión impugnada únicamente pudo haber sido posible a requerimiento de la parte acusadora" (la cursiva corresponde al original) (fs. 132).

El *a quo* corrió traslado al representante del ministerio público fiscal y, una vez contestado éste, concedió el recurso de inconstitucionalidad en atención a que: *i)* a la luz de lo resuelto por la CSJN en *Fallos,* 320:1919; 320:2451 y en la causa "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 —causa 28/05— (expte. nº A. 2186. XLI.)", la decisión impugnada resulta equiparable a definitiva; y *ii)* en el caso se ha planteado un caso constitucional, como lo es la interpretación y alcance que corresponde asignarle al "sistema acusatorio".

5. El Fiscal General Adjunto dictaminó a favor de que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. En apoyo a su posición señaló, en primer lugar, que dicho remedio procesal no está dirigido contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal y, en segundo, que no acreditó la presencia de un caso constitucional en el *sub examine*. En particular, sostuvo que, a diferencia de lo que entiende la defensa, no se encuentra conculcado el principio acusatorio. Ello así, "...porque en el caso la fiscalía provocó la decisión judicial al solicitar la audiencia pertinente a la revocación de la suspensión del proceso a prueba; y no empece lo expuesto el hecho de haberse variado el criterio en tal audiencia por parte de la Fiscal que concurrió al acto, porque su petición de prolongación del plazo no podía ser receptada ante el hecho objetivo de la violación de una regla de conducta específica" (152 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Si bien la sentencia recurrida no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, ello no obsta, en el caso, a la procedencia del recurso deducido a fs. 128/134.

Conforme lo he señalado en varias oportunidades, corresponde hacer excepción a la regla prevista en el mencionado art. 27, esto es, que el recurso de inconstitucionalidad "...se interpone contra *las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa..." (sin resaltar en el original), 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, entre muchos otros). Esa situación de excepción es la que se encuentra presente en el *sub lite*, en que el derecho invocado —no verse sometido a un proceso que no observe el principio acusatorio— sólo es susceptible de tutela inmediata. En efecto, si no se atendiera el planteo de la defensa en esta oportunidad el fenómeno que la garantía invocada tiene por fin evitar, esto es, que se sustancie —y no solamente que se condene sin acusación— un proceso que no fue instado por parte del Ministerio Público Fiscal, habría ocurrido, situación que tornaría abstracto el tratamiento del planteo en una ulterior oportunidad.

En otros términos, a diferencia de lo ocurrido en otras causas en las que se controvertían resoluciones de similar contenido, es decir, otras que, al igual que la presente, revocaron la suspensión a prueba del juicio posibilitando la continuación del proceso, en esta ocasión, la defensa ha invocado que esa decisión resulta violatoria de una garantía constitucional, el "sistema acusatorio", que resguarda a las personas de sufrir un proceso que sólo fuera posible sorteando el límite que dicho principio erige.

En este aspecto, la situación presente difiere de la analizada en las causas "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Herrera, Juan s/art. 189 bis C.P. —apelación—'", expte. nº (4750), sentencia de este Tribunal del 24/10/2006 y "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), sentencia de este Tribunal del 23/5/2007. En ellas, la defensa no mostraba que estuviesen en juego garantías que impidiesen continuar el proceso. Concretamente, no lo estaba el *non bis in idem* que invocaban sin mostrar su relación directa con lo resuelto.

2. Ello sentado, adelanto que asiste razón a la defensa en cuanto sostiene que, a la luz del "sistema acusatorio", los jueces de la causa no podían asignarles a las normas del código contravencional una interpretación según la cual ellos contaban con la facultad de 'no aprobar' —sobre la base de que Tejerina habría incumplido alguna de las reglas de conducta que se había obligado a cumplir en un convenio anterior— el nuevo acuerdo celebrado con la representante del Ministerio Público Fiscal y, menos aún, con una que les permitiera ordenar la continuidad del proceso.

3. El art. 13, inc. 3º, de la CCBA consagra a favor de los habitantes de la Ciudad el "sistema acusatorio". Ese sistema constituye una forma de ordenamiento de los procesos y, en verdad, de concebir el rol de los jueces. A su vez, como toda previsión constitucional, tiene que ser observada por todos los órganos de la Ciudad, a saber: por el legislador cuando dicta las leyes, por el Poder Ejecutivo cuando las aplica y, por último, por los jueces, los que deben adaptar sus interpretaciones de las leyes de modo de ponerlas en armonía con las normas a las que el art. 31 de la C.N. y la CCBA ponen en la cima del orden jurídico.

El "sistema acusatorio", en lo que ahora importa, implica que quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro. Esto significa que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. Es decir, los jueces no pueden obrar a su propia instancia. Una parte legitimada a ese fin debe estimularlos.

3.1. En ese marco, el de un proceso regido por el "sistema acusatorio", la razón por la que la suspensión está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de instar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al Ministerio Público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de instar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. Pero el acuerdo es entre las partes, y el juez no puede sustituirlas ni sujetar su decisión de pactar a un control más extenso que el que marca la ley y permite la CCBA.

El texto del párrafo segundo del art. 45 del código contravencional reza así: "[e]l juez resuelve sobre el acuerdo, teniendo la facultad de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo

en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza".

El uso de las expresiones "resuelve sobre el acuerdo" y "facultad de no aprobar" deben ser leídas en el contexto en el que han sido puestas. "Resolver sobre el acuerdo" no supone en él expedirse acerca de la conveniencia, mérito u oportunidad. Tampoco la "facultad de no aprobarlo" supone la de expedirse discrecionalmente a favor o en contra del acuerdo. Las partes en el acuerdo son el fiscal y el imputado, no el juez. Son dichas partes las que han de apreciar la conveniencia de los límites y cargas que respectivamente asumen. El examen que toca al juez se circunscribe a los puntos que contemplan el resto del párrafo segundo —"…fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza..."— y los párrafos primero, tercero y cuarto del mencionado art. 45 del CC.

No constituye razón ni materia de ese examen la decisión de no impulsar la acción pública. Es esta cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del "sistema acusatorio". La intervención del juez apunta a anticipar un pronunciamiento acerca de la validez de los compromisos que pactan recíprocamente fiscal e imputado, a saber, no instar la acción el primero, y cumplir ciertas cargas, el otro. Sin el pronunciamiento del juez, cabría al fiscal no acusar, pero no constituiría un derecho del imputado repeler ese hipotético impulso mostrando una conducta adecuada al cumplimiento de sus compromisos, a la ley en general o el agotamiento de un plazo. La emisión de esa resolución —de naturaleza judicial, y cuyo contenido es, por lo dicho, el de una homologación— constituye el modo en que las cargas y los derechos que de ellas se proyectan (que son causa fin de la suspensión) tengan el alcance que la ley les otorga. La homologación convierte el compromiso asumido por el Ministerio Público Fiscal de no perseguir el proceso mientras éste se encuentre suspendido, en un derecho del sujeto imputado, que, como tal, podrá ser invocado por él en el supuesto que eso no ocurra. También hace nacer a favor del imputado el derecho a que se extinga la acción cuando se haya observado correctamente el cumplimiento de las "reglas de conducta" acordadas y no hubiera cometido una nueva contravención (conf. lo dispuesto en el cuarto párrafo del mencionado art. 45). A su vez, visto desde el ángulo del Ministerio Público Fiscal, dicho acto judicial le otorga el derecho a reclamar el correcto cumplimiento de las "reglas de conducta" por el tiempo que fuesen acordadas. Dichos derechos y obligaciones no podrían ser asumidos "contractualmente", se necesita un acto judicial para su consagración y esto es, justamente, lo que viene a hacer el acto de la homologación. Esa circunstancia explicita los motivos principales de por qué resulta necesaria la aprobación por parte del juez del acuerdo celebrado entre las partes, en un proceso que se encuentra regido por el "sistema acusatorio", como lo es el contravencional.

3.2. Ahora bien, la decisión del juez de "no aprobar" el acuerdo presentado, cuando concurre alguno de los supuestos previstos en la ley como obstáculos a su homologación, deberá quedar ceñida a ello. Es decir, no podrá disponer la conti-

nuación del proceso hasta tanto no exista un pedido del fiscal con tal alcance. Ello así, toda vez que, tal como quedó expuesto en los puntos 3 y, en especial, en el 3.1. de este voto, la promoción del juicio no es una consecuencia necesaria de la no aprobación del acuerdo. Aun cuando parezca extraño, lo cierto es que instar el proceso seguiría siendo, con arreglo a las leyes 12, 1472 y 2303 que reglamentan el "sistema acusatorio", una atribución privativa del Ministerio Público Fiscal. En otros términos, la resolución del juez que disponga la "no aprobación" del acuerdo implicará, en virtud de lo señalado en el punto 3.1. de este voto, que: *i)* no puede existir un compromiso por parte del Ministerio Público Fiscal de no perseguir el proceso de la acción; *ii)* el imputado no tiene un derecho a que se extinga la acción una vez cumplidas las cargas acordadas en el convenio; y, por último, *iii)* ni queda sujeto al correcto cumplimiento de las cargas acordadas. Pero, ello no implica que el proceso deberá continuar. Ambas partes podrán explorar otros contenidos para un eventual nuevo acuerdo o el fiscal puede entender que no hay interés público en promover la acción.

4. En el caso, los jueces de mérito tomaron dos decisiones ("no aprobar" el acuerdo de suspensión y continuar el proceso) que, como adelanté en el punto 2 de este voto, corresponde que sean revocadas.

4.1. La representante del Ministerio Público Fiscal, en el marco de la audiencia prevista en el art. 311 del CPPCABA, no sólo no solicitó que se levantase la suspensión otorgada a Tejerina (aun cuando esa pareció ser su intención al solicitar la realización de esa audiencia), sino que, por el contrario, *acordó con la defensa* que la suspensión vigente debía *(i)* continuar, *(ii)* extenderla al nuevo hecho imputado, y *(iii)* prorrogar su duración por un mes, llevándola a nueve meses computados desde la fecha en que se había acordado la anterior suspensión. Sin perjuicio de ello, la jueza de primera instancia, buscando apoyo en lo dispuesto en el actual quinto párrafo del art. 45 del CC, resolvió revocar la suspensión aprobada; resolución que luego fue confirmada por el *a quo*. Sostuvo en su pronunciamiento que la propuesta de acuerdo realizada por la fiscal y la defensa no podía tener acogida favorable porque el mencionado párrafo del art. 45 establece como única solución ante la constatación del incumplimiento de alguna de las reglas de conductas convenidas la "continuación del proceso". Asimismo, señaló que no podía extenderse el plazo acordado, sobre la base de un nuevo acuerdo, porque ello implicaría desvirtuar el beneficio que regula el art. 45 del CC. En tales condiciones, en tanto tuvo por acreditada la conducta que se le imputaba a Tejerina (haber concurrido a la zona perteneciente a la jurisdicción de la Comisaría Nº 18 de la Policía Federal, lugar donde se había acordado no concurrir durante el lapso de ocho meses) llegó a la solución que se menciona más arriba. La Cámara, a su turno, confirmó esa interpretación. Para así decidir, el doctor Franza sostuvo "…que la sola presencia de [Tejerina] en [la zona que debía abstenerse de concurrir] configura el incumplimiento de lo pactado en el punto I del acuerdo de suspensión del proceso a prueba de fecha 16/8/2007, lo que justifica la decisión de la *a quo* de revocar la suspensión otorgada, conforme

lo previsto en el último párrafo [hoy quinto] del art. 45 CC" (fs. 118). Por su parte, la doctora Paz señaló que "…ante la constatación de la presencia del [sujeto] imputado en un lugar determinado, habiéndose el mismo sujetado en las condiciones fijadas en la suspensión del proceso a prueba a lo contrario, esto es, su no concurrencia y desde que la identidad del sujeto no se ha cuestionado ni su identificación resulta insuficiente o dudosa […] no puede considerarse arbitraria la resolución que tiene por revocado el beneficio…" (fs. 121/121 vta.). Asimismo, el doctor Franza, agregó a sus argumentos que "…la realización de la audiencia del art. 311 del CPP CABA no faculta a las partes a realizar nuevos acuerdos" (fs. 118 vta.).

De lo expuesto, surge, en primer lugar, que los jueces dispusieron la continuidad del proceso, aun cuando no medió un pedido con tal alcance por parte de la fiscal actuante. Este aspecto de la decisión apelada, por lo expuesto en los puntos 3, 3.1. y, en especial, 3.2. de este voto, entra en pugna con el art. 13, inc. 3º, de la CCBA en cuanto adopta el "sistema acusatorio", y debe, en consecuencia, ser revocado.

4.2. Resta analizar ahora, si en base a esos fundamentos, los jueces podían "no aprobar" el nuevo acuerdo celebrado.

4.2.1. De los resultas y del relato efectuado en el punto 4.1., surge que en el caso los jueces no aprobaron el contrato de suspensión celebrado entre las partes. Pero, para ello ejercieron un control de oficio que excede el que les asigna el art. 45 del CC. En efecto, buscaron apoyo en una previsión legal, el hoy quinto párrafo del art. 45 del CC, que no tiene por fin reglar un supuesto como el ocurrido en el *sub examine,* sino que apunta establecer las consecuencias del cumplimiento de un acuerdo homologado, pero no una condición para su homologación.

4.2.2. El actual párrafo quinto del art. 45 (texto en el que buscaron apoyo los jueces de mérito para decidir en el sentido señalado en el punto 4.1. de este voto) reglamenta, por un lado, los supuestos en que nace a favor del imputado el derecho a que la acción se extinga y, por el otro, aquéllos en que no, y la acción puede proseguir. En este orden de ideas, esa norma establece que "[c]umplido el compromiso sin que el imputado/a cometa alguna contravención, se extinguirá la acción. En caso contrario, se continuará con el proceso". Es decir, dicho párrafo no vino ampliar los supuestos de control previstos en los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto del art. 45, esto es, tanto aquellos en que los jueces están expresamente facultados a no aprobar el acuerdo celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y la defensa, como aquellos otros que constituyen los límites impuestos por el legislador para la celebración del acuerdo de suspensión de juicio a prueba. En este orden de ideas, los párrafos primero, tercero y cuarto del art. 45 del CC prevén que la suspensión no pueda ser acordada por la partes: cuando el imputado/a "registre condena Contravencional en los dos (2) años anteriores al hecho" (conf. primer párrafo del mencionado artículo). Como así también, que el acuerdo debe acomodarse a los siguientes límites: *i)* "[e]l imputado/a debe abandonar a favor del Estado los bienes que necesariamente resultarían decomisados en caso que recayere condena" (conf. tercer párrafo del dicho artículo); *ii)* la duración del contrato no

puede ser mayor a un año; y, por último, *iii)* el imputado tiene que haberse comprometido a cumplir una o más reglas de conducta que se encuentran enunciadas en el cuarto párrafo del art. 45 (estos dos últimos supuestos, conf. párrafo cuarto del tantas veces mencionado art. 45).

El quinto párrafo del art. 45 del CC tiene por fin reglar una situación diversa a la que se presenta en el *sub lite*. Se ocupa de establecer bajo qué circunstancias el imputado ha obtenido un derecho a que se extinga la acción o, en caso contrario, bajo cuáles deberá continuar sometido al proceso. Es decir, se ocupa del supuesto de cumplimiento. No se ocupa, en cambio, de las consecuencias del incumplimiento, las cuales no pueden ser válidamente inferidas del supuesto de cumplimiento efectivamente contemplado. Ninguna de ellas contempla la existencia de un nuevo acuerdo producto del incumplimiento de una regla de conducta acordada en un acuerdo anterior como ocurrió en el *sub lite*, sino el control que corresponde efectuar al acuerdo homologado que se encuentra cumplido o en cumplimiento. En el *sub lite*, la representante del ministerio público no puso a consideración de la jueza la forma en que fue cumplido el acuerdo y, menos aún, solicitó que éste fuese dejado sin efecto. Sometió a su aprobación uno nuevo.

4.2.3. Por lo expuesto, la decisión de los jueces, al apoyarse en esa norma, carece de sustento adecuado y debe ser revocada.

4.2.4. Por último, con relación al argumento según el cual las partes carecerían de la facultad de celebrar un segundo convenio de suspensión del proceso a prueba, corresponde señalar que esa limitación no surge del código contravencional ni, tampoco, del art. 311 del CPPCABA. La única limitación que establece ese código a la celebración de la suspensión de juicio a prueba es, tal como quedó expuesto, cuando el/la imputado/a de una contravención registra una condena contravencional en los dos años anteriores al hecho imputado, situación que dista de ser la acontecida en el *sub lite*.

Por lo demás, corresponde señalar que la facultad del Ministerio Público Fiscal, tanto para acordar la suspensión del juicio como para oponerse a ella, resulta una de naturaleza no jurisdiccional, por lo que no corresponde al juez controlar esa voluntad. En ese orden de ideas, cabe agregar que la CCBA organiza al Ministerio Público como un órgano dotado de "autonomía funcional y autarquía" aunque "dentro del Poder Judicial" (art. 124), y a los procesos de la especie que nos ocupa bajo el "sistema acusatorio" (art. 13, inc. 3º). Todo ello impide que el juez revise el criterio del fiscal de acordar la suspensión, revisión para la que no cabe buscar apoyo en las previsiones del CC o del CPPCABA que regulan el instituto que aquí nos ocupa, porque ni brinda base a ese parecer, ni resultaría natural interpretarlo así a la luz de los principios constitucionales mencionados más arriba (autonomía funcional del Ministerio Público y "sistema acusatorio") —conf. punto 2 de mi voto *in re* "Benítez", ya citada—. En tales condiciones, tal como señale a lo largo de este voto, cuando el juez dispone "no aprobar" el convenio celebrado (vrg. ya sea porque alguna de las partes no expresó libremente su voluntad, conf. lo dispuesto en

el segundo párrafo del art. 45, o porque el acuerdo fue celebrado en contraposición a lo previsto por el legislador en los párrafos primero, tercero y cuarto del art. 45 del CC) no viene a impulsar la acción, lo cual le está vedado, sino simplemente a pronunciarse en contra de la validez de una renuncia a impulsar la acción sujeta a condición.

En virtud de ello, corresponde revocar la resolución impugnada en cuanto "no aprobó" el acuerdo celebrado y ordenar la remisión de la causa a la Cámara Contravencional y de Faltas para que por otros jueces, con arreglo a lo aquí expuesto, se expidan nuevamente acerca de la procedencia de la homologación o no del acuerdo celebrado por las partes a fs. 92.

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto voto por: *i)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 128/134 vta.; *ii)* revocar la sentencia recurrida; y *iii)* devolver las actuaciones a la Cámara Contravencional y de Faltas a fin de que se dicte, por otros jueces, nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí expuesto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa fue correctamente concedido por la Sala III de la Cámara.

Si bien las decisiones que no ponen fin al pleito u ordenan su continuación no son en principio equiparables a definitiva, el caso en análisis escapa a la regla general y justifica su equiparación.

En autos se denuncia la violación del principio acusatorio —es decir del límite a la voluntad persecutoria estatal— argumento que de triunfar otorga el derecho inmediato a no ser sometido a proceso.

2. Con relación al fondo del asunto, la defensa en su recurso de inconstitucionalidad se agravia por entender que la Cámara al convalidar la actuación de la jueza, avaló una resolución "contraria al principio acusatorio de juzgamiento y [que] atenta contra la garantía del juez imparcial" (fs. 129 vta.).

Señala que "no se trata de analizar internamente al tribunal sino si la estructura procesal ofrece al justiciable, desde una óptica razonable, un sistema que no compromete la imparcialidad. Por ello, las sospechas de parcialidad derivan principalmente de la actuación de los jueces en etapas anteriores al juicio que los llevó a formarse opiniones sobre *indicios vehementes de culpabilidad*… Bajo esas condiciones debemos concluir en la imposibilidad de convalidar el supuesto traído a decisión del máximo Tribunal, puesto que el sistema acusatorio tiene como rasgo distintivo la separación entre el órgano que posee los poderes realizatorios de la acción y el que posee la jurisdicción" (fs. 133 vta.).

3. Tal como surge de la causa, la señora Fiscal que pidiera la audiencia del art. 311 CPPCBA por un supuesto incumplimiento de Tejerina, accedió durante su desarrollo (copia del acta obrante a fs. 92) a la solicitud de la Defensa de prorrogar por un mes más el plazo de la suspensión del juicio.

Así las cosas, la señora jueza revoca la suspensión con el siguiente fundamento: "el art. 45 del Código Contravencional es sumamente preciso y dispone que *en caso de incumplimiento del compromiso asumido* 'se continuará con el proceso'…. Cabe aclarar que, a diferencia de lo sostenido por la defensa, en autos no se le está reprochando a su pupilo la comisión de una nueva contravención, pues, en la práctica, el fiscal archivó la causa" (fs. 97 vta., el destacado me pertenece).

Es oportuno tener presente que la cuestión constitucional planteada es la afectación del principio acusatorio y de la garantía de imparcialidad, a partir del supuesto de que la opinión de la fiscalía es vinculante para el juez en la materia que fuera objeto de la decisión.

4. La suspensión del proceso a prueba en materia contravencional está regulada en el art. 45, CC, norma que no establece los pasos a seguir en caso de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del imputado como tampoco lo hace la LPC, que remite supletoriamente al Código Procesal Penal que rige en la Ciudad de Buenos Aires en todo cuanto no se oponga a su propio texto (art. 6º, LPC).

5. La propuesta de la defensa en la audiencia y la coincidencia de la señora Fiscal recrean la situación del art. 45 del CC, tal como parece haberlo entendido incluso la señora jueza (conf. fs. 97 reproducida en el apart. 4º precedente).

Por otro lado, en esos términos, la intervención fiscal privó de eficacia a su anterior denuncia de incumplimiento y de motivación a la revocatoria dictada por la magistrada interviniente.

La forma particular que asumió este proceso define el alcance de la facultad jurisdiccional en la audiencia del art. 311 del CPPCABA desde lo prescripto por el art. 45 del CC.

El art. 311 del CPPCABA ordena: "el control del cumplimiento de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba corresponderá a la oficina del Ministerio Público Fiscal que se establezca al efecto, conforme la reglamentación. / En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, se comunicará al Tribunal que otorgó la suspensión del proceso a prueba, que previa audiencia con el/la imputado/a, resolverá acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio".

La resolución recurrida excede las disposiciones del art. 45 leído en su totalidad. Aún si se afirmara, como parece hacerlo la jueza a partir de una cita trunca de la regla mencionada, que "el incumplimiento del compromiso asumido" habilita —antes o después de agotado el plazo de suspensión— a continuar con el proceso, debe constatarse además, la comisión de una nueva contravención. En estos autos no consta que Tejerina haya cometido una nueva contravención. Sólo surge del expediente que se le labró un acta que no firmó y que fue archivada por la Fiscalía. Corresponde señalar que la aplicación parcial del art. 45 CC, como ocurriera en este expediente importa también la afectación de los principios *pro homine* y de interpretación más favorable al justiciable.

El conjunto de circunstancias enunciadas no habilitaba a la jueza a revocar la suspensión, cuando la Fiscalía no mantuvo su petición en tal sentido, y la decisión judicial recurrida afecta, cuanto menos, el principio acusatorio como lo denuncia la defensa.

6. Voto en consecuencia por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Cámara Contravencional y de Faltas a fin de que otros jueces dicten nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí decidido.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa fue mal concedido por la Cámara porque la decisión que ataca no constituye la sentencia definitiva de este proceso.

2. La 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 condena o la absolución 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 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. Precisamente, el hecho subrayado por el señor juez de trámite —de que esa decisión no causa estado y la suspensión puede ser solicitada nuevamente, en realidad, el hecho de que no existan preclusiones para ciertas cuestiones durante el procedimiento penal—, avala la determinación de que lo decidido no es definitivo. Y aun de sostenerse lo contrario, lo cierto es que la ley coloca la competencia para decidir la suspensión en cabeza del tribunal de mérito, competencia de la que carece el TSJBA.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo afirma en su voto el doctor Julio B. J. Maier, el recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa fue mal concedido por la Cámara porque no fue interpuesto contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402).

En efecto, la decisión impugnada se limitó a confirmar otra, adoptada por la jueza de primera instancia, que —luego de celebrada una audiencia, requerida por el Ministerio Público Fiscal, en los términos del art. 311, CPPCABA— revocó la suspensión del proceso a prueba en razón de considerarse acreditado el incum-

plimiento de una de las reglas de conducta oportunamente impuestas (fs. 95/96). Resulta aplicable, entonces, la constante jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que, por regla, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. este Tribunal *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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 1201 y ss., entre muchos otros).

2. Por otra parte, la defensa no ha dado argumentos suficientes que autoricen a considerar que la decisión recurrida pueda ser equiparada a una sentencia definitiva ni se ha encaminado a demostrar que, a partir del alcance del pronunciamiento objetado, se vea impedida de plantear un nuevo acuerdo de suspensión del proceso a prueba.

En suma, la resolución impugnada no pone fin al pleito ni impide su prosecución y lo que se pretende es evitar la continuación del proceso, sin que se acredite la existencia en el caso de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior. En ese sentido, es de aplicación al caso lo resuelto por este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4994/06, resolución del 23/5/2007.

3. El agravio de la recurrente se centra en que, en el caso, la jueza de primera instancia decidió revocar la suspensión del proceso a prueba otorgada a Tejerina sin que el representante del Ministerio Público Fiscal lo hubiera requerido en forma expresa (ver fs. 100 vta./101, 114 y 132). Afirma así que "se advierte una clara vulneración al sistema acusatorio [...], toda vez que la medida en análisis se dispuso cuando el Fiscal de primera instancia había accedido a prorrogar el término de suspensión del proceso a prueba y el Juez, excediendo tal premisa, [decretó] la revocatoria del acuerdo" (fs. 132).

Sin embargo, entiendo que el recurso tampoco ha logrado demostrar que el invocado principio acusatorio se encuentre involucrado de manera directa a partir de lo resuelto por los jueces de mérito, en tanto los argumentos desarrollados por la defensa, en realidad, no permiten entender que la jueza de grado haya excedido la competencia que le asigna la norma adjetiva aplicada (art. 311, CPPCABA), que, "[e]n caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones" pone en cabeza del tribunal que otorgó la suspensión del proceso a prueba la decisión "acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio" —normativa que, cabe aclarar, no ha sido cuestionada por las partes.

4. Por las razones expuestas, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de fs. 128/134.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Comparto la solución propuesta por los doctores José O. Casás y Julio B. J. Maier, pues el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por los colegas de la Sala III de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

En efecto, el defensor confesadamente impugnó una decisión que no era definitiva, en los términos del art. 27 de la ley 402, lo cual demandaba un esfuerzo argumental tendiente a demostrar que esta resolución —por sus efectos— *excepcionalmente* podría ser equiparada a un pronunciamiento de esa naturaleza. El recurrente echó mano a distintos precedentes de la CSJN que, en su opinión, le otorgarían este carácter a una resolución como la que viene impugnada. Sin embargo, aun cuando se compartiera la "doctrina" que se desprende de esos precedentes, considero que éstos no son trasladables al presente caso —al menos— por dos motivos.

En primer lugar, porque éstos se vinculan con la suspensión del juicio a prueba en materia penal (art. 76 bis, C.P.) y con el tipo de resoluciones que pueden recurrirse mediante el denominado recurso de casación (arts. 456 y 457, CPPN), suspensión y recurso —respectivamente— que, en cuanto aquí interesa, guardan serias diferencias con la regulación de este beneficio legal en materia contravencional (art. 45, CC) y con el carácter extraordinario del recurso de inconstitucionalidad (arts. 27, ley 402) de competencia de este Tribunal Superior —que interviene como tercera instancia y, exclusivamente, en resguardo del respeto de la CCBA—, diferencias ambas que el defensor mínimamente debió considerar para sustentar correctamente su pretensión. En otros términos, el recurrente funda su presentación sobre la base de una caprichosa equiparación entre la —usualmente conocida como— "*probation*" contravencional y penal, entre las decisiones que eventualmente ponen fin al proceso o provocan un gravamen de difícil reparación ulterior y las que no, y entre las distintas competencias que la ley o la Constitución local le asigna a los diferentes tribunales que existen en esta jurisdicción, lo cual evidencia la ausencia del esfuerzo al que se hiciera referencia en el párrafo anterior.

En segundo lugar, porque tales precedentes de la CSJN se refieren a situaciones sustancialmente distintas a las que se dan en este caso, pues no se trata aquí de una suspensión del proceso a prueba que fue solicitada por el contraventor y negada por el Tribunal o por la Fiscalía (*Fallos,* 320:2451) ni de una suspensión que fue concedida en contra de la voluntad de la Fiscalía (*Fallos,* 320:1919), sino contrariamente de una suspensión que fue acordada, incumplida y revocada por el Tribunal. Dicho en otras palabras, mientras que en los precedentes citados se discutía sobre la expectativa a suspender o no un proceso y de esta manera extinguir la acción penal, en autos, suspendido que fue el proceso, no se observaron debidamente las condiciones o pautas de conducta que permitían tal declaración de extinción de la acción —aquí— contravencional. Si bien tal situación podría exhibir algunas notas afines con lo resuelto por la CSJN *in re* "Herrera" *(*H.14. LXLIII del 5/2/2008), lo cierto es que en esta causa no se fundamenta una afectación concreta a una garantía o derecho constitucional que sólo sea susceptible de una

"tutela inmediata", de manera tal que pueda equipararse dicho pronunciamiento a uno definitivo (vgr. *ne bis in idem*).

Por lo demás, *obiter dictum*, en materia contravencional la suspensión del proceso a prueba constituye una vía alternativa para resolver un conflicto y, a diferencia de lo que puede ocurrir con su par nacional, el legislador local ha previsto expresamente la negociación de las reglas de conducta entre las dos partes —adversarias— que someten su "acuerdo" a la aprobación de un tercero —imparcial— ajeno al conflicto y ajeno también a dicha negociación. En efecto, por tratarse este "acuerdo" de un acto voluntario al que se somete libremente el imputado, el magistrado sólo puede ocuparse en ese momento de asegurar que la voluntad de las partes no haya estado viciada, "teniendo *la facultad de no aprobarlo* cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes [esto es, el imputado o la Fiscalía] no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza" (art. 45, CC; no resaltado en su texto). En este contexto las partes actúan con plena libertad y mientras se mantengan en el marco de las reglas legales específicas ese acuerdo no es revisable, sustituible o modificable por la voluntad del órgano jurisdiccional, puesto que, por un lado, la forma como debe impulsarse la acción o dejar de hacerlo es una facultad exclusiva de la Fiscalía y, por el otro, la elección voluntaria del interesado de someterse a la vía alternativa de solución del conflicto —sin que dicho sometimiento importe reconocer su responsabilidad contravencional— debe ser respetada.

No obstante, una vez que tal "acuerdo" es aprobado por el magistrado se genera un compromiso exigible judicialmente y su incumplimiento genera, como normalmente ocurre, consecuencias jurídicas. De allí que el recurrente no tiene razón en cuanto sostiene que la jueza de primera instancia no tenía competencia para revocar la suspensión acordada. Ello es así, pues en este (otro) momento las facultades del órgano jurisdiccional son más amplias que aquellas que poseía para resolver "sobre el acuerdo", pero esta amplitud de facultades de ninguna manera se relaciona con un "impulso" de la acción por parte de la jurisdicción. El citado art. 45 prevé que "[c]umplido el compromiso sin que el imputado/a cometa alguna contravención, se extinguirá la acción. *En caso contrario, se continuará el proceso*" (no resaltado en su texto), lo cual significa que el magistrado debe reconocer dos condiciones, a saber: *1)* que el imputado haya cumplido el compromiso; y *2)* que el imputado no haya cometido una nueva contravención durante el plazo de suspensión. Frente a la inobservancia de cualquiera de estas dos condiciones la solución es clara: "se continuará el proceso", lo que resta toda posibilidad de continuar con esa suspensión y con el acuerdo que la permitió. La determinación jurisdiccional de revocar la suspensión que viene impuesta por la propia norma, que no ha sido tachada de inconstitucional en esta causa, no equivale a consagrar que el juez dispone de poder autónomo de impulsión de la acción. En todo caso, esta determinación culmina con el acto revocatorio y será la Fiscalía, que no puede

desconocer el texto imperativo e impersonal de la obligación indicada, la que deberá establecer el modo como debe continuar el proceso o si aquél debe fenecer —mediante el requerimiento de juicio o su archivo— con cierta discrecionalidad (arts. 44 y 39, LPC, respectivamente).

En autos —por lo demás— se ha resuelto aplicar supletoriamente una norma adjetiva (el art. 311, CPP local) que facultaba ampliamente a la jueza de mérito para decidir "acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio" y, aun cuando las partes pretendieron prorrogar el término de la suspensión, no se brindaron razones que justificaran el incumplimiento confirmado y que, excepcionalmente, hubieran aconsejado prorrogar el tiempo del compromiso libremente asumido e inobservado. Es que, en mi opinión, sostener que este beneficio podía ser renovado por la sola voluntad de las partes, mediante un nuevo acuerdo o mediante la injustificada prórroga del anterior, atenta contra la finalidad perseguida por el legislador al incorporar dicho instituto al Código Contravencional, pues tan confusa o liberal forma de proceder convertiría en letra muerta a la norma que reguló la "probation" en esta materia y, en rigor, llevaría a la inconsecuencia de tenerla por no escrita si tal fuere el deseo de las partes.

La extensión y aplicación del principio acusatorio, como ya lo he dicho en muchas oportunidades, debe ser valorada con apego a las circunstancias presentadas en cada caso. En autos, a consecuencia de lo acordado por las partes se ha logrado el pronunciamiento judicial que ha ordenado suspender el proceso a prueba, imponiendo determinadas pautas de conducta, en cuyo cumplimiento está interesado el orden público, tanto desde el punto de vista de la preservación de la convivencia social como desde el relacionado con la observancia de las resoluciones judiciales. A este interés público le interesa, evidentemente, que el juez pueda adoptar medidas concretas —como la que aquí cuestiona la defensa— frente a un incumplimiento injustificado (mi voto, *mutatis mutandi*, "Melillo, Carmen y Viera, Adrián s/art. 72 —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1526/02, resolución del 11/11/2002). El Ministerio Público Fiscal no tiene un poder de tal magnitud que le autorice a prescindir del contenido de la norma que regula este beneficio o que le permita desconocer las consecuencias jurídicas que se derivan de su incumplimiento. Precisamente por ello, el legislador ha puesto en cabeza del Tribunal la necesidad de una "aprobación" del "acuerdo" y de una evaluación del "compromiso". Dicho de otro modo, si el legislador hubiera querido que la Fiscalía negociara, decretara, revisara y cambiara a su criterio el alcance del acuerdo o de la suspensión, por aplicación del principio acusatorio, le habría bastado con asignarle todas estas funciones a su Ministerio y, naturalmente, no hubiera previsto la intervención del órgano jurisdiccional.

Por los motivos expuestos, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 128/134.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 128/134.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las presentes actuaciones a la Sala III de la Cámara CyF.

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

CCLXXVI

"MINISTERIO PÚBLICO - ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Programa de "Atención para Familias en Situación de Calle". ASESORÍA GENERAL TUTELAR: Legitimación. Interés superior del niño.

SUMARIOS:

1. La legitimación de la Asesoría General Tutelar para interponer acción declarativa de inconstitucionalidad respecto de diversas normas del dec. 960/08 que modificaron el programa de "Atención para Familias en Situación de Calle" se encuentra respaldada de modo suficiente por el interés superior del niño involucrado de manera directa e inmediata cuando de lo que se trata es de escrutar la validez constitucional de normas reglamentarias vinculadas al acceso a un programa de asistencia habitacional para familias en situación de vulnerabilidad generada por la escasez de recursos (conf. arts. 3º, 4º, 6.2 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño —plexo que goza de jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, de la C.N.— y art. 39, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. Se ajustan a las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402, los cuestionamientos planteados en la acción declarativa de inconstitucionalidad que se fundan en la violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad —en los términos de los arts. 28, 31, 75, inc. 22 y 23, C.N.; 10 y 31, CCBA; 26 de la CADH; y 2 y 4 del PIDESC—, en materia de protección del derecho a la vivienda adecuada contemplado por los arts. 14 bis, C.N.; 17 y 20, CCBA; 25, inc. 1º, DUDH; y 11 del PIDESC. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. Los cuestionamientos referidos a la normativa que estipula que la autoridad de aplicación podrá asignar prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente (art. 3º, dec. 960/08), se sustentan, pura y exclusivamente, en una hipotética aplicación ilegítima de la norma por parte del GCBA, cuestión que remite claramente al ámbito del control difuso de constitucionalidad que posibilita verificar, caso por caso, la existencia de aquellos eventuales vicios descalificantes referidos por la accionante. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. El art. 29, inc. 2º. de la ley 1903 constitutiva del Ministerio Público atribuye con claridad la facultad de interponer la acción directa de inconstitucionalidad al Fiscal General, y ninguna norma de la esa ley declara, con igual especificidad, que los otros dos titulares del citado Ministerio detenten la aludida prerrogativa, por lo que no cabe sino concluir que la regla general en la materia pone en cabeza del titular de la Fiscalía General el control de la legalidad constitucional por medio de la acción directa de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El art. 17, inc. 9º de la ley 1903 no atribuye legitimación a la señora Asesora Tutelar para interponer acción declarativa de inconstitucionalidad, sino que su simple lectura indica que se refiere al ámbito de control judicial difuso, ya que dispone la actuación tutelar en determinados casos que cita con precisión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La aptitud procesal que reconoce la ley 402 a cada uno de los titulares del Ministerio Público, ha quedado limitada por disposición expresa de la ley 1903 —como regla— a la legitimación del señor Fiscal, circunstancia que no obsta a la posibilidad de admitir legitimación para accionar en abstracto al señor Defensor General y a la señora Asesora Tutelar General cuando se trate de un planteo vinculado a la defensa de los intereses que la ley le impone, o cuando se refiera a la validez constitucional de una disposición cuya aplicación sea de su competencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. No se advierte que el dec. 960/08 se vincule en forma directa con las funciones que la señora Asesora Tutelar desempeña, ni que se refiera en forma concreta a los intereses que la ley le impone tutelar, de modo que no existe aptitud procesal suficiente para la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad respecto de una normativa que ni siquiera tiene al menor de edad o incapaz como destinatario de la ella, por lo que la mera posibilidad de incidencia sobre ellos no resulta suficiente para apartarse de la regla general que otorga competencia para promover acciones de esta naturaleza al señor Fiscal General. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. El inc. 2º del art. 29 de la ley local 1903 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 Tribunal Superior de Justicia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6153/08 - 3/12/2008

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/19 la señora Asesora General Tutelar de la Ciudad, doctora Laura C. Musa, interpuso la acción prevista en el art. 113, inc. 2 de la CCBA para que se declare la invalidez constitucional y pérdida de vigencia de diversas normas del dec. 960/08 que modificó el programa de "Atención para Familias en Situación de Calle" aprobado por el dec. 690/06.

Las normas específicas cuestionadas son "el art. 1º del dec. 960/08, en tanto modifica el art. 3º del dec. 690/06; el art. 2º del dec. 960/08 que modifica el art. 4º del dec. 690/06; el art. 3º del dec. 960/08, sólo respecto del último párrafo que incorpora al art. 5º; el art. 4º del dec. 960/08, en tanto modifica el art. 10 del dec. 690/06; el art. 5º del dec. 960/08, en tanto modifica el inc. b) del art. 11 del dec. 690/06; el art. 7º del dec. 960/08, en tanto incorpora el inc. c) al art. 14 del dec. 690/06" (fs. 19 vta.).

La accionante sostiene que las disposiciones reglamentarias mencionadas "implican retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada" y, por ello, vulneran los arts. 14 *bis*, 16, 28, 31, 75, incs. 22 y 23, y 99, inc. 2º, de la C.N.; el art. 25, inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 2º, 4º y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 5º, inc. e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el art. 14, inc. 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres; los arts. 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la CCBA; la Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y la ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 1 vta. y 2 vta.).

2. Al evacuar la vista conferida a fs. 22 el señor Fiscal General propició declarar formalmente admisible la demanda, aunque discrepó con la fundamentación desarrollada por la actora en el sentido que "se debe presumir que el dec. 960-GCBA/08 es inconstitucional" y que por ese motivo le incumbe "al Estado demostrar lo contrario" (fs. 23/26).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La señora Asesora General Tutelar se encuentra legitimada para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 4º, de la ley 402, toda vez que los preceptos normativos que objeta guardan relación con el ámbito competencial específico 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) —conf. mi voto en "Ministerio Público— Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires / GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5541/07, resolución del 19/3/2008. Es de destacar también 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. 23/26).

No me pasa desapercibido que, en rigor, a partir del principio consagrado en la Revolución francesa de 1789 —hoy propio de todo Estado de derecho— que reconoce la igualdad de las personas, la generalidad de la ley y la expresa abolición de los fueros personales, los menores de edad resultan ser potenciales destinatarios de un sinnúmero de leyes y reglamentos en la Ciudad pues, en definitiva, son parte integrante de la comunidad como cualquier sujeto. Desde esta perspectiva, la actuación de la señora Asesora General Tutelar se vería privada de todo límite si, a la hora de comprobar su legitimación para accionar por la vía del art. 113, inc. 2º, CCBA, el Tribunal simplemente se limitara a constatar que los menores de edad pueden llegar encontrarse entre los potenciales destinatarios de aquellas normas de carácter general que se deseen someter al test de constitucionalidad "en abstracto" que regula el precepto constitucional citado. Sin embargo, estimo que la legitimación de la Asesoría General Tutelar, en esta oportunidad, se encuentra respaldada de modo suficiente por el *interés superior del niño* involucrado de manera directa e inmediata cuando de lo que se trata es de escrutar la validez constitucional de normas reglamentarias vinculadas al *acceso a un programa de asistencia habitacional para familias en situación de vulnerabilidad* generada por la escasez de recursos (conf. arts. 3, 4, 6.2 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño —plexo que goza de jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, de la C.N.— y art. 39, CCBA). Es ostensible, por lo demás, la estrecha vinculación existente entre el derecho a acceder a una *vivienda digna* —cualquiera sea el camino legal que se adopte para lograr concretarlo— y el derecho a la *salud integral*, tal como se lo concibe en el art. 20 de la CCBA —debiendo recordarse que los niños, como se dijo, deben ser destinatarios de una tutela prioritaria por parte de las autoridades públicas.

Todo lo expresado lo es, claro está, sin perjuicio de lo que pudiera corresponder desde las perspectiva del control político a cargo de la Legislatura, al que se ven sujetos los titulares de las distintas cabezas del Ministerio Público como integrantes del Poder Judicial de la Ciudad, a efectos de que no se desnaturalice el diseño constitucional de las funciones específicas reconocidas a cada una de sus ramas (conf. mi voto en la causa "Ministerio Público – Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5726, resolución del 16/7/2008 y sus acumulados).

2. Las normas impugnadas fueron dictadas por autoridad local —el señor Jefe de Gobierno de la Ciudad— y son de carácter general, por lo que se encuentran cumplidos los requisitos pertinentes establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. La actora cuestiona el art. 1º del dec. 960/08 —que sustituyó al art. 3º del dec. 690/06— en tanto, a su entender, excluye "como objetivo de la política pública (...) la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional" e incorpora "la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la problemática habitacional" (fs. 13 vta.).

Objeta el art. 2º del citado dec. 960/08 —que sustituyó el art. 4º del dec. 690/06— en cuanto "reduce la población destinataria a las personas o familia en situación de calle" y excluye "como beneficiarios del programa a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle" (fs. 14).

Impugna el 4º del dec. 960/08 —que sustituyó al art. 10 del dec. 690/06— en tanto establece que "la asignación monetaria 'tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento" y sólo de manera excepcional podrá ser destinado "a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia", lo que considera una restricción al destino del subsidio que otorgaba la redacción anterior, en orden a su utilización tanto para cubrir gastos de alojamiento o enderezada a la obtención de una solución habitacional definitiva (fs. 17).

Controvierte el art. 5º del dec. 960/08 —que sustituyó el art. 11 del dec. 690/06—, en la medida que ahora requiere como requisito de admisibilidad ser residente de la Ciudad con una antigüedad mínima de dos (2) años, cuando la anterior exigencia en este punto era sólo de un (1) año.

En sustancia, los cuestionamientos reseñados se fundan en la violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad —en los términos de los arts. 28, 31, 75, inc. 22 y 23, C.N.; 10 y 31, CCBA; 26 de la CADH; y 2 y 4 del PIDESC—, en materia de protección del derecho a la vivienda adecuada contemplado por los arts. 14 *bis*, C.N.; 17 y 20, CCBA; 25, inc. 1º, DUDH; y 11 del PIDESC.

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. Distinto es lo que acontece, en mi concepto, con el cuestionamiento respecto del art. 3º del dec. 960/2008 —que sustituye al art. 5 del dec. 690/06—, en tanto incorpora como último párrafo de la referida reglamentación un segmento que reza: "La autoridad de aplicación podrá asignar asimismo prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente".

La argumentación de la accionante se orienta en este punto a poner de resalto que, en la nueva reglamentación, se ha consagrado una "discrecionalidad absoluta de la administración" que generaría, por sí sola, una situación regresiva vinculada al acceso al subsidio que contempla el decreto (fs. 15 vta). En este sentido, se afirma que "la nueva norma no especifica cuáles serán los criterios para la asignación de prioridades ni los motivos para la extensión de los plazos, sobre todo teniendo

en cuenta que los requerimientos para el ingreso y permanencia en el Programa están formulados en la norma" (fs. 15 vta.). Según la señora Asesora, la situación descripta —posibilidad de asignar prioridades y eventualidad en la extensión de los plazos previstos para el subsidio—, "teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente, son pautas claramente regresivas que el Estado tiene vedado tomar" (fs. 16).

Pues bien, más allá de destacar que, en mi concepto, el ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho no reconoce "discrecionalidad absoluta" para actuar a ninguna autoridad pública y que, además, la experiencia indica que no existen actos administrativos puramente reglados, ni tampoco enteramente discrecionales, entiendo que las afirmaciones volcadas por la interesada no resultan suficientes para precisar de qué manera se produciría, por la sola vigencia del segmento objeto de tacha, la alegada violación a la prohibición de regresividad que da sustento a los planteos antes detallados. En rigor, la fundamentación intentada en este punto para discutir la validez del precepto se sustenta, pura y exclusivamente, en una hipotética aplicación ilegítima de la norma por parte del GCBA, cuestión que remite claramente al ámbito del control difuso de constitucionalidad que posibilita verificar, caso por caso, la existencia de aquellos eventuales vicios descalificantes referidos por la accionante. Por lo demás, en lo que hace a la posibilidad de extensión de los plazos para otorgar el subsidio en los términos establecidos por el dec. 960/08, debe destacarse que la interesada no se ha ocupado de confrontar —para demostrar que se encuentre involucrado el principio de prohibición de regresividad— la apuntada modalidad contenida en el nuevo decreto con aquella implementada anteriormente por el dec. 690/06.

Vale recordar que el Tribunal, en su constante jurisprudencia, ha sostenido que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse con claridad cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re:* "Roitman, Mauricio José c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 453/00, sent. del 25/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 283 y ss., y "De Cristóbal de Sieber, Graciela Esther c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1300/01, sent. del 13/2/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 6 y ss., entre otros).

5. Por los mismos motivos expresados en el punto precedente, entiendo que tampoco puede prosperar el planteo dirigido a cuestionar el art. 7º del dec. 960/08, en tanto establece un nuevo presupuesto para que se pueda resolver la caducidad del beneficio allí regulado —"*c)* por otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico que así lo aconseje, de acuerdo se determine en la reglamentación. En todos los supuestos deberá mediar el dictado de un acto administrativo por parte de la Autoridad de Aplicación, el cual podrá ser recurrido por quienes acrediten la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo, en los términos de la Ley

de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires"— (conf. 16 vta./17).

6. La demanda, con el alcance indicado en el punto 3 y las excepciones detalladas en los puntos 4 y 5 de este voto, entonces, da cumplimiento a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la reiterada jurisprudencia de este estrado (conf. este 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, t. I, pp. 56 y ss., entre otros).

Además en el "Objeto" —punto I— y en el "Petitorio" —punto VIII.5— del escrito inicial (fs. 1 y 19 vta., respectivamente), se requiere el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de las normas cuestionadas.

7. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar parcialmente admisible la presente acción de inconstitucionalidad, en relación a las normas indicadas en el punto 3 de este voto. Corresponde, por lo tanto, ordenar su traslado en la forma y por el plazo establecido por el art. 21 de la LPT.

Así lo voto.

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 4º, de la ley 402.

2. La demanda individualiza con precisión las normas cuestionadas (art. 19, inc. 2º de la ley 402), las cuales pueden ser objeto de impugnación declarativa de inconstitucionalidad pues poseen carácter general y emanan de autoridades de la Ciudad (arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la ley 402).

3. La Asesora General Tutelar expuso argumentos constitucionales suficientes que vinculó con las normas que cuestiona. 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 los arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del dec. 960/08 son normas inconstitucionales por resultar violatorias de los arts. 14 bis, 16, 28, 31, 75, incs. 22 y 23, y 99, inc. 2º de la C.N.; art. 25, inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 2º, 4º y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 5º, inc. e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; art. 14, inc. 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres; y arts. 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la CCBA (fs. 1 vta.).

4. La demanda también da cumplimiento a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la ley 402 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 las normas que impugna "implican un retroceso en el alcance y nivel de protección del acceso a la vivienda de los sectores más vulnerables y por lo tanto resultan inconstitucionales en razón de vulnerar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos, garantizado en la Constitución de la Nación, los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución de la Ciudad" (fs. 2 vta.).

Además, en el petitorio se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y perdida de vigencia de las normas (fs. 19 vta.).

6. Por los fundamentos expuestos, el Tribunal es competente para intervenir en el proceso y la demanda resulta formalmente admisible (art. 21, ley 402).

En consecuencia, corresponde ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21 de la ley 402. Así voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La señora Asesora General Tutelar interpone demanda de inconstitucionalidad con el objeto de impugnar —en diversa medida— la validez de los arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del dec. 960/08 que modificó el programa de "Atención para Familias en Situación de Calle" establecido mediante dec. 690/06.

Señala que las normas cuestionadas se contraponen con principios y garantías de corte constitucional y supraconstitucional, destinadas a la protección de los derechos sociales en general y a garantizar la vivienda adecuada en particular.

2. En forma previa a efectuar el análisis de los requisitos propios de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, es preciso determinar la legitimación de la funcionaria accionante para promover la demanda que se intenta y, en su caso, establecer el alcance de tal prerrogativa en orden a las funciones que la ley le impone desempeñar.

Tal como se invoca en el escrito de inicio, el art. 18, inc. 4º de la ley 402 confiere a cada uno de los titulares del Ministerio Público local aptitud procesal para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad. Sin embargo, en contraposición, la ley 1903 —orgánica del Ministerio Público— concede tal prerrogativa expresamente sólo al Fiscal General (art. 29, inc. 2º, ley 1903).

Frente a esta aparente contradicción, considero necesario compatibilizar ambas normas, efectuando un análisis sistémico de la cuestión a la luz de las disposiciones y principios de orden constitucional y legal, procurando entenderlas en un sentido que evite establecer un predominio de unas sobre otras y que, en lugar de poner en pugna sus disposiciones, se encamine a conciliarlas, dejando a todas con valor. (conf. doctrina CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo Nacional y otro", resolución del 24/5/2005, voto de los doctores Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti; *LL,* 2005-F, 349).

3. Establecida la cuestión que ha de despejarse en primer término —esto es la legitimación de la Sra Asesora para intervenir en las acciones abstractas de inconstitucionalidad— cabe remitirse a las propias normas que abordan la materia que, como fue dicho, no parecen coincidir en este punto.

En primer lugar, resulta relevante señalar la distinta naturaleza de las normas en juego, ya que, mientras la ley 402 de actuación ante este Tribunal es una disposición genérica de orden procesal, la ley orgánica del Ministerio Público, ley 1903, es la norma fundamental del órgano colegiado que, por lo demás es —respecto de la primera— posterior en el tiempo y específica en la materia.

En efecto, la ley 1903 establece la estructura y caracterización del Ministerio Público conforme un modelo superador de la anterior ley orgánica (ley 31). Concretamente, en relación con el punto que nos ocupa, contiene ciertas precisiones que es necesario tener en cuenta a fin de no desvirtuar el esquema de actuación diseñado por la misma ley orgánica, que configura al Ministerio Público como un órgano judicial integrado por tres ramas independientes pero relacionadas entre sí: Fiscalía General, Defensoría General y Asesoría General Tutelar.

Pero además, la propia funcionaria accionante fundamenta su legitimación en normas generales de actuación establecidos en la ley 1903 (art. 17, incs. 1º, 2º, 5º y 9º, y 46, inc. 1º). Sin embargo, estas normas generales centradas en la "defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad" deben correlacionarse con las funciones específicas que se prevén para cada uno de los organismos integrantes del Ministerio Público a efectos de no superponer competencias y de no dispersar esfuerzos y recursos de la sociedad en la consecución de tal fin. En este aspecto, no es posible dejar de advertir que el art. 29, inc. 2º de la mencionada norma constitutiva del Ministerio Público atribuye con claridad la facultad de interponer la acción directa de inconstitucionalidad al Fiscal General, quien tiene la atribución de "...*2)* promover la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia prevista en el art. 113, inc. 2º). Ninguna norma de la mencionada ley declara, con igual especificidad, que los otros dos titulares del citado Ministerio detenten la aludida prerrogativa, por lo que no cabe sino concluir que la regla general en la materia pone en cabeza del titular de la Fiscalía General el control de la legalidad constitucional por medio de la acción directa de inconstitucionalidad.

Por último, debo señalar que en mi criterio, no es acertada la interpretación del señor Fiscal General, que atribuye al ya citado art. 17, inc. 9º el origen de la legitimación que pretende la Sra. Asesora Tutelar. Su simple lectura indica que se refiere al ámbito de control judicial difuso, ya que dispone la actuación tutelar en determinados casos que cita con precisión detrás de la palabra *"cuando…"*, a saber:

1) cuando (personas menores de edad, incapaces o inhabilitados) carecieren de asistencia o representación legal,

2) fuera necesario suplir la inacción de sus asistentes y representaciones legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo, o

3) cuando hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

La enumeración precedente se refiere a la actuación en caso concreto, única manera posible de constatar la existencia de uno de los presupuestos que legitiman la actuación de la funcionaria demandante.

4. No obstante lo hasta aquí expuesto, la cuestión en análisis reviste cierta complejidad en tanto no puede perderse de vista que la Constitución local en su art. 113, inc. 2º ha consagrado la posibilidad, inexistente en el orden nacional, de accionar judicialmente en abstracto, con la única finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general. Se trata, como ya fue dicho en numerosísimos precedentes, de una acción novedosa, que se asienta en la compulsa entre la norma impugnada y la Constitución y que transcurre por un carril de debate distinto al del resto de las acciones judiciales, ya que solo tramita por ante este Tribunal Superior.

Un estudio cuidadoso de la cuestión impone, a su vez, ponderar, que tanto los arts. 124 y 125 CABA como diversas disposiciones de la ya mencionada ley 1903, en forma genérica pero con claridad, le imponen a los titulares del Ministerio Público funciones ligadas a la defensa y protección "de los intereses generales de la sociedad" y las de "procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social".

Por ello, en la necesidad de conciliar principios rectores de índole constitucional con el desempeño efectivo de competencias propias de los funcionarios que componen la más alta jerarquía del Ministerio Público, abocados por la naturaleza judicial de sus tareas a otro tipo de actividad funcional, corresponde establecer que la aptitud procesal que reconoce la ley 402 a cada uno de sus titulares, ha quedado limitada por disposición expresa de la ley 1903 —como regla— a la legitimación del señor Fiscal.

Ello no obsta, sin embargo, a la posibilidad de admitir legitimación para accionar en abstracto al señor Defensor General y a la señora Asesora Tutelar General cuando se trate de un planteo vinculado a la defensa de los intereses que la ley le impone, o cuando se refiera a la validez constitucional de una disposición cuya aplicación sea de su competencia. En suma, la legitimación reconocida en la ley 402 no ha sido otorgada para la defensa de todo el derecho, sino como medio de proteger concretamente los intereses de quienes se encuentran en condiciones de ser representados por los mencionados funcionarios judiciales.

La interpretación que propicio no afecta en modo alguno el derecho de acceso a la justicia, en tanto, razonablemente, la ley 1903 atribuye la facultad de promover la acción directa de inconstitucionalidad ante este Tribunal, al Fiscal General, funcionario a quien toca representar los intereses de la sociedad en su conjunto, y no a los restantes titulares de los organismos que conforman el Ministerio Público, quienes tienen por misión velar por intereses determinados que constituyen una parcialidad dentro del conjunto social. Por otra parte, la variedad de institutos de participación ciudadana que alberga nuestra Constitución, así como la cantidad de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a las cuales es posible recurrir para obtener una actuación judicial como la que se pretende, e incluso

la aptitud reconocida a "toda persona" para promover la acción, aseguran a todo ciudadano la posibilidad concreta de acceso judicial.

En consecuencia, la legitimación que admite la ya aludida norma de actuación ante el Tribunal no implica –con relación al Defensor General y a la Asesora Tutelar General— una automática aptitud para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad, sino que remite a un análisis previo que determine la existencia de una cuestión susceptible de involucrar el ejercicio de una competencia o función propia del ámbito de actuación del funcionario demandante (conf. criterio expuesto en mis votos en las causas 5541/07 y 5726; "Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 19/3/2008 y "Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y sus acumulados, resolución de fecha 16/7/2008).

5. De acuerdo con lo expuesto precedentemente, corresponde analizar si, en el caso, el planteo propuesto por la Asesora General Tutelar justifica la aptitud excepcional que las normas aplicables informan.

En tanto no advierto que el dec. 960/08, que por esta vía se cuestiona, se vincule en forma *directa* con las funciones que la Sra Asesora desempeña, ni que se refiera *en forma concreta* a los intereses que la ley le impone tutelar, considero que, en este caso, no existe aptitud procesal suficiente para la promoción de la acción directa de inconstitucionalidad que se intenta. En efecto, la normativa impugnada ni siquiera tiene al menor de edad o incapaz como destinatario de la misma, por lo que la mera posibilidad de incidencia sobre ellos no resulta suficiente para apartarse de la regla general que otorga competencia para promover acciones de esta naturaleza al señor Fiscal General.

Admitir la legitimación que se pretende implica suscribir que la Sra Asesora General se encuentra habilitada para cuestionar e impugnar judicialmente prácticamente cualquier política pública —es alta la probabilidad de que, en casi todas ellas, se afecte un derecho o interés que alcance de alguna manera a un menor de edad o incapaz—, por fuera del rol específico para el cual fuera designado y en desmedro del equilibrio de poderes que establece la Carta Magna local.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho con claridad que: "la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que corresponden a otros poderes o jurisdicciones…" (*Fallos,* 155:248, entre otros). Ello ocurriría, precisamente, si se permitiera avanzar en el trámite de una acción de esta naturaleza ante la sola eventualidad de menoscabo de un interés de un menor de edad o incapaz, para tornarla inaplicable "erga omnes".

6. Lo dicho en los considerandos precedentes no obsta en modo alguno a la intervención judicial de la Sra. Asesora General Tutelar por la vía del control difuso, en cualquier caso u ocasión en que se acredite concretamente una situación de vulnerabilidad de algún sujeto al que tenga el deber legal de representar y proteger.

7. No obstante que la Sra. Asesora General Tutelar no posee, en el supuesto que nos ocupa, legitimación para la promoción de la acción directa, por haber quedado en minoría al definir esta cuestión, y toda vez que la disposición impugnada constituye una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA), por considerar apropiadas las consideraciones efectuadas en los puntos 3 a 6 del voto del señor juez de trámite doctor José O. Casás, adhiero a la solución que allí se propicia.

En consecuencia, voto por declarar parcialmente admisible la acción de inconstitucionalidad respecto de las normas y con el alcance indicado en el punto 3 del voto del juez de trámite.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

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.

En efecto, entiendo que 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 (nº 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.

2. Las normas impugnadas fueron dictadas por las autoridades locales y revisten carácter general, por lo que la presentación satisface los requisitos establecidos en el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. Asimismo, la presentación contiene la mención precisa de las normas que la actora estima contrarias a la Constitución Nacional, a tratados internacionales y a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, los fundamentos que motivan la pretensión e indica los principios, derechos o garantías constitucionales pre-

suntamente afectados. La demanda satisface, pues, la exigencia establecida por el art. 19, inc. 2º, de la ley 402.

4. En relación con la exclusión de alguna de las normas del control de constitucionalidad, debo decir, sintéticamente, lo siguiente:

a) Existe una parte del texto del art. 3º del dec. 960/08 cuya impugnación carece de sentido porque su triunfo colocaría al eventual beneficiario en peores condiciones que aquellas que provienen de la afirmación de su validez. En efecto, la norma autoriza a prorrogar el beneficio y la sentencia del Tribunal sólo está prevista para confirmar su validez o para determinar la pérdida de su vigencia. La demanda pretende, precisamente, esto último y ese resultado favorable liquidaría la facultad de extender el beneficio más allá del plazo por el cual fue otorgado, con lo cual no existe la menor duda de que la situación sería regresiva. Por lo tanto, aquí propongo excluir esa parte del texto del art. 3º, v. gr. la facultad de prolongar el beneficio una vez vencido el plazo, del control de constitucionalidad propuesto.

b) La otra parte del texto del art. 3º que impugna la actora no provoca el mismo problema, más allá del acierto o desacierto de la impugnación, razón por la cual estimo que debe incluirse en el control de constitucionalidad admitido.

c) Se debe incluir también en ese control el agregado de una nueva causal de caducidad del beneficio (art. 7º, dec. 960/08), por una razón que me parece obvia: más allá del acierto o desacierto de la impugnación, no cabe duda de que una nueva causal de caducidad importa, al menos formalmente, un regreso respecto de la garantía reglamentada en la norma anterior, que no la contenía.

5. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la acción debe ser admitida con el alcance establecido en el punto anterior (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 de la LPTSJ.

Por ello, por mayoría, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General.

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* parcialmente admisible la presente acción de inconstitucionalidad, en relación a las normas indicadas en el punto 3 del voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás.

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 preten-

sión 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.*

CCLXXVII

"GCBA C/PROPIETARIO INMUEBLE COCHABAMBA 1631 S/OTROS PROCESOS ESPECIALES S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Allanamiento. Carteles publicitarios. Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

SUMARIOS:

1. Cuando se trata de un caso dudoso y ante la inexistencia de un texto legal expreso respecto de una situación donde se libró orden de allanamiento para un inmueble a efectos de que se retiren carteles publicitarios que carecían de permiso, resulta preferible conceder la competencia al juez que previno —en el caso, Contencioso Administrativo y Tributario—, en atención a la celeridad del procedimiento y a la necesidad invocada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Los allanamientos según las finalidades y competencias que aparezcan involucradas en cada pedido, pueden ser dispuestos por dos vías distintas que corresponderán respectivamente al fuero Contravencional y de Faltas o al Contencioso Administrativo y Tributario, a cuyo efecto se debe determinar si el allanamiento tiene por objeto que una autoridad judicial reúna prueba a fin de constatar una posible infracción al régimen de faltas o, en cambio, intenta ejecutar un acto que exige intervención judicial, distinto de la constatación de una falta, aun cuando de él pueda surgir la prueba de su comisión. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Haber requerido la orden de allanamiento para ejecutar un acto administrativo, justifica dar intervención al fuero CAyT, solución que no se ve modificada por el hecho de que exista un acta por obstrucción de inspección, porque la orden de allanamiento no fue requerida por el GCBA a fin de investigar esa falta sino para cumplir un acto que requiere autorización judicial en los términos del art. 12 de la LPACABA *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La forma en que la Administración desplegó sus competencias habiendo vinculado la orden de allanamiento con la ejecución de un acto administrativo que se limitó a disponer el retiro de determinados carteles publicitarios, pero al margen de la falta que frustró su cumplimiento y, con independencia del proceso iniciado ante la existencia de dispositivos publicitarios sin permiso, determina la competencia del

fuero CAyT. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Dado que la actividad de la administración se desarrolló en el ejercicio de sus funciones de verificación y de control de faltas, dirigidas a lograr que se retiren los carteles publicitarios instalados en la azotea de un edificio "presumiblemente" en infracción al Código de Planeamiento Urbano, al Código de Habilitaciones y Permisos y Edificación de la Ciudad de Buenos Aires y a la Ley Nacional de Tránsito por carecer de permisos y seguros, corresponde atribuir la competencia al fuero Contravencional y de Faltas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Si la autoridad administrativa que solicita el allanamiento lo hace en ejercicio de facultades de verificación y control de faltas, la competencia es del fuero Contravencional y de Faltas (conf. art. 1º y 6º, ley 1217), y la justicia Contravencional y de Faltas deberá analizar las atribuciones de la autoridad administrativa que formula la solicitud antes de dictar la orden de allanamiento. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Si la autoridad administrativa solicita el allanamiento para cumplir con una actividad o finalidad administrativa diferente al control de faltas, la competencia es contencioso-administrativa. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6193/08 - 3/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 14/11/2006 la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires solicitó a la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad, "se libre Orden de allanamiento para el inmueble ubicado en la calle Cochabamba nº 1631(...), a efectos de proceder a retirar los carteles publicitarios por carecer de permiso, ubicados en la zona RUA, contravenir la Ley Nacional de Tránsito 24.449, y la Sección 8 arts. 8.2.1 (Zonas de Recuperación Urbana), 8.2.1.1, 8.2.1.2 (planos 1596ª, 1599A, 1-75.013B/025B, Y 1-75.041A/49A) 8.2.1.7 (azoteas), y en especial el 8.2.1.8, inc. a) (Publicidad) del Código de Planeamiento Urbano, los arts. 13.1.4 III, incs. c) y d) del Código de Habilitaciones y Permisos" (fs. 4/10).

Adujo la peticionaria que la orden de allanamiento requerida se fundamentaba en las resols. 20-SSCC/05 y 46-SSCC/05 de la Subsecretaría de Control Comunal que acompañó a fs. 3 y 2, respectivamente (fs. 4 vta.) y que el fuero Contencioso Administrativo y Tributario es el competente sobre la base de la doctrina arribada por este Tribunal Superior de Justicia en los autos "GCBA c/Propietario del Inmueble Concepción Arenal 4613 UF 1 y 3 s/otras causas donde la Autoridad Administrativa es actora s/conflicto de competencia" (fs. 8 vta., punto III).

Asimismo acompañó como constancia del procedimiento hasta ahora realizado, el expte. nº 75.574/2006 tramitado por la Dirección General de Fiscalización y Control que se encuentra agregado por cuerda a estas actuaciones.

2. El 29/6/2007 compareció el administrador del edificio demandado de acuerdo a lo ordenado a fs. 13 y planteó, en lo que aquí interesa, la incompetencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario porque "todo lo que se encuentra en cuestionamiento resulta ser materia de análisis de la Unidad Administrativa de Control de Faltas" (fs. 34/37).

3. A fs. 38 el juez ordenó dar traslado a la parte actora por el plazo de cinco días y suspender los plazos procesales de las actuaciones hasta tanto se resolviera la excepción de incompetencia planteada.

4. A fs. 39/40 la actora mantuvo su postura en cuanto a la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario en los términos aludidos en su escrito inicial (fs. 8 vta.).

5. El 4/9/2007 el fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario propició la incompetencia del fuero a partir de lo resuelto por este Tribunal en la causa "GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1º, 2º, 3º y 4º s/conflicto de competencia", expte. nº 4514/06, resolución del 15/3/2006; al concluir que "resulta competente la justicia Contravencional y de Faltas para entender en aquellas solicitudes de allanamiento que tengan como propósito vencer la obstrucción al desarrollo de la actividad de la voluntad administrativa, en tanto tal impedimento implicaría una infracción al régimen de faltas" (fs. 42/43).

6. El 10/9/2007, el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 compartió la solución propiciada por el Ministerio Publico, se declaró incompetente y ordenó remitir la actuaciones al fuero Contravencional y de Faltas (fs. 44/vta.). La resolución fue apelada por la parte actora (fs. 51), y el recurso —concedido en relación por el magistrado interviniente a fs. 52, fundamentado por el agraviado a fs. 53, contestado por la contraria a fs. 55/7, y elevado a la Cámara a fs. 58— fue declarado desierto por falta de fundamentación suficiente (fs. 64/65).

7. A fs. 74, el juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 25 requirió —previo a todo trámite— a la Unidad Administrativa de Control de Faltas Nº 40 copia certificada de la totalidad del Legajo 819722-00-06. A fs. 75/85 se agregó el legajo de mención, y a fs. 86 se incorporó una certificación informativa relativa a la Dirección General Administrativa de Infracciones del Gobierno de la Ciudad.

8. El 21/7/2008 el juez PCyF Nº 25 también se declaró incompetente (fs. 87/89). Consideró aplicable la doctrina de este Tribunal en la causa "GCBA c/Propietario u ocupante Inmueble C. Arenal 4613 UF. 1 y 3 s/otras causas donde la Autoridad Administrativa es actora s/conflicto de competencia", expte. nº 3416/04, resolución del 17/11/2004.

Explicó que, a su modo de ver, tanto en el precedente citado, como en autos, el "gobierno no reclamaba la aplicación de una sanción, sino que se había limitado a requerir una orden de allanamiento, para hacer cumplir un acto administrativo específico, dictado en el marco de las facultades propias del poder de policía. De modo que la intervención judicial solamente tendía al pertinente control, para legitimar la afectación de una garantía constitucional —la inviolabilidad del domicilio– conforme lo previsto en el art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la ciudad".

9. Devuelto el expediente al Juzgado CAyT Nº 1 su titular lo elevó a este Tribunal "atento el conflicto negativo de competencia planteado" (fs. 93).

10. A fs. 96/100 dictaminó el Fiscal General y propició la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 25.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Nuevamente se presenta al Tribunal la necesidad de dirimir una contienda negativa de competencia entre un juzgado Penal, Contravencional y de Faltas y uno Contencioso Administrativo y Tributario, en orden a la solicitud de allanamiento de morada requerido por una autoridad administrativa, solicitud que tiene justificación constitucional y legal (art. 18, C.N.; art. 13.8, CCBA; art. 12 LPA y otros).

2. Como ha quedado de manifiesto en los "resulta" y en el expte. nº 75574/2006 de la DGFYC que corre por cuerda, resulta elocuente que en el *subexamine* la actividad de la administración se ha desarrollado en el ejercicio de sus funciones de verificación y de control de faltas, primero con las instrucciones formuladas por el Subsecretario de Control Comunal en la Providencia Nº 8 –SSCC-2006 (agregada a fs. 3 del expte. 75.574/2006) y luego con la actividad desarrollada por la Dirección de Fiscalización y Control y su intento —varias veces fracasado por obstrucción de los propietarios— de retirar los carteles publicitarios instalados en la azotea del edificio de la calle Cochabamba Nº 1631 "presumiblemente" en infracción al Código de Planeamiento Urbano, al Código de Habilitaciones y Permisos y Edificación de la Ciudad de Buenos Aires y a la Ley Nacional de Tránsito por carecer de permisos y seguros.

Tales características definen, a mi juicio, la atribución de competencia en el caso.

3. Por razones prácticas y jurídicas, como lo he señalado en diversas oportunidades —v. gr. en los autos "Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317 CABA por presunta infracción art. 54 CC s/conflicto de competencia", expte. nº 4498/05, resolución del 13/3/2006—, en la solución de problemas de competencia como el analizado han de tenerse en cuenta diversas disposiciones legales: el

art. 12 de la LPA y los arts. 1º y 6º de la ley 1217 que regula el procedimiento de faltas de la Ciudad Autónoma.

El art. 12, LPA, que se refiere a la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto administrativo establece: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial. Sólo podrá la administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la población o intervenir en la higienización de inmuebles. Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta".

A su vez, el art. 1º de la ley 1217 expresa: "Competencia. Lo dispuesto en el presente título se aplica a todo procedimiento por el cual los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía verifiquen la comisión de una infracción contemplada en el Régimen de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Por su parte, el párrafo primero del art. 6º de la ley 1217 señala: "Requerimiento de auxilio de la fuerza pública. Los organismos administrativos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía pueden requerir el auxilio de la fuerza pública y al solo efecto de asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta".

A partir del plexo precedentemente transcripto, es posible delinear un criterio de distribución de competencias relativamente objetivo, que proporciona un apreciable grado de certeza para resolver este caso y asuntos futuros similares, y que puede sintetizarse del siguiente modo:

Si la autoridad administrativa que solicita el allanamiento lo hace en ejercicio de facultades de verificación y control de faltas, la competencia es del fuero Contravencional y de Faltas (conf. art. 1º y 6º, ley 1217). La justicia Contravencional y de Faltas deberá analizar las atribuciones de la autoridad administrativa que formula la solicitud antes de dictar la orden de allanamiento.

Si la autoridad administrativa solicita el allanamiento para cumplir con una actividad o finalidad administrativa diferente al control de faltas, la competencia es Contencioso Administrativa (p. ej., realizar una mensura; asegurar una estructura; realizar tareas de mantenimiento de la iluminación pública para lo cual haya que

ingresar a una propiedad privada; retirar cables o elementos que pasan por una propiedad privada o su espacio aéreo; analizar cimientos; establecer las condiciones históricas de un sitio o lugar a fin de preservarlo; realizar un estudio de impacto ambiental; etc.).

4. En atención a los argumentos que expuestos en los apartados precedentes, voto por atribuir la competencia al Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 25.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Conforme a lo que he decidido en otros casos ("Alberti, Solange Herminia c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/conflicto de competencia", expte. nº 2128/03, resolución del 3/3/2003; "Baigorria, Beatriz Mercedes y otros c/GCBA s/amparo sobre electoral y otros", expte. nº 4547/06, sent. de marzo de 2006; "UACF nº 24 s/solicitud de allanamiento en la calle Velazco 996 [hotel] [incidente de competencia] s/conflicto de competencia", expte. nº 4644/06, resolución del 3/5/2006; "Solicitud de allanamiento de inmueble Hernandarias 1317 CABA por presunta infracción art. 54 CC s/conflicto de competencia", expte. nº 4498/05, resolución del 13/3/2006; "Luna, María Beatriz c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/conflicto de competencia", expte. nº 5670/07, sent. del 13/2/2008; "Baigorria, Beatriz Mercedes y otros c/GCBA s/amparo sobre electoral y otros", expte. nº 4547/06, sent. del 15/3/2006): *a)* la decisión de un conflicto de competencia no es una competencia constitucional de este Tribunal, competencia que yo acepto provisionalmente, sin embargo, no tanto porque lo exprese la ley —en tanto el mismo TSJBA ha dicho que no es lícito ampliar por ley la competencia del Tribunal fijada en la Constitución expresamente—, sino, antes bien, por la necesidad de subsanar rápidamente el conflicto para responder a la demanda judicial, y *b)* cuando se trata de casos dudosos —y éste lo es, en tanto no existe un texto legal expreso sobre la situación descripta en autos— resulta preferible conceder la competencia al juez que previno, en atención a la celeridad del procedimiento y a la necesidad invocada. En ese mismo sentido voto aquí.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En oportunidad de emitir mi voto en el expte. nº 4514/06 "GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1º, 2º, 3º y 4º s/conflicto de competencia", resolución del 15/3/2006, me referí en profundidad acerca de los criterios que deben tenerse en cuenta para resolver conflictos negativos de competencia trabados entre los juzgados en lo Contravencional y de Faltas y los del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, en orden a los pedidos de allanamiento instados por la administración.

Allí sostuve, en lo que ahora importa, que los allanamientos según las finalidades y competencias que aparezcan involucradas en cada pedido, pueden ser dispuestos por dos vías distintas que corresponderán respectivamente al fuero

Contravencional y de Faltas o al Contencioso Administrativo y Tributario. Para distinguirlas se debe determinar si el allanamiento tiene por objeto que una autoridad judicial reúna prueba a fin de constatar una posible infracción al régimen de faltas o, en cambio, intenta ejecutar un acto que exige intervención judicial, distinto de la constatación de una falta, aun cuando de él pueda surgir la prueba de su comisión.

2. En el *sub examine* la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires solicitó al fuero CAyT el libramiento de una orden de allanamiento del inmueble ubicado en la calle Cochabamba 1631 a fin de proceder a retirar carteles publicitarios allí ubicados sin permiso. Fundó el pedido en las resols. 20-SSCC/05, 46-SSCC/05 y en la providencia nº 8 de la Subsecretaría de Control Comunal, esta última obrante en el expte. adm. nº 75.565/06 (fs. 4 y vta., 7 vta. y 8 vta.).

Las resoluciones mencionadas establecían criterios generales de actuación, ante supuestos de retiro de anuncios o dispositivos publicitarios que no respetaran el ordenamiento aplicable en la materia y de obstrucción de inspecciones, respectivamente (fs. 2/3). Por su parte, mediante la providencia nº 8 SSCC-2006 el Subsecretario de Control Comunal instruyó a las direcciones administrativas pertinentes para que actuaran en relación con el retiro de diversos "Dispositivos publicitarios en infracción en la autopista 25 de Mayo de la Ciudad" que individualizó (fs. 3, expte. nº 75574/06). En ese marco, a fs. 20 del expediente administrativo antes citado, y frente al fracaso de la diligencia destinada a remover el cartel vinculado a esta contienda, el Subdirector de Control Comunal requirió al señor Procurador que tramitara "la pertinente orden de allanamiento a fin de resguardar el correcto ejercicio del poder de policía". Este pedido, a su vez reflejaba la solicitud del Director General de Fiscalización y Control en la que expresamente se señala que el objeto del allanamiento requerido era concretar el retiro del cartel publicitario emplazado en Cochabamba 1631, frente a la negativa de permitir voluntariamente el acceso a la propiedad (fs. 19).

3. En tal contexto, haber requerido la orden de allanamiento para ejecutar un acto administrativo, justifica dar intervención al fuero CAyT. En nada modifica esta solución el hecho de que a fs. 15 del expte. administrativo 75.574/06 obre agregada un acta por obstrucción de inspección (nro. 1.026.500). Ello así porque la orden de allanamiento no fue requerida por el GCBA a fin de investigar esa falta sino, según quedó dicho, para cumplir un acto que requiere autorización judicial en los términos del art. 12 de la LPACABA (conf. mi voto *in re* "GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889..." ya citado). Lo dicho, obviamente, no implica expedirse en relación con la legalidad del acto invocado por el GCBA ni con su aptitud para fundar el pedido de allanamiento pues a este Tribunal, en la vía intentada, sólo corresponde asignar el fuero de radicación para la causa principal y no ejercer por sí el control mencionado.

Todo ello, además, armoniza plenamente con el hecho de que a fs. 77/85 obra el legajo que tramitó ante la UACF nº 40, en relación con la antes mencionada acta nº 1.026.500, que concluyó con la declaración de prescripción de la acción para perseguir la falta imputada, y a cuyo respecto nunca fue solicitado un pedido de allanamiento. Tal pedido tampoco fue formulado en la actuación originada en el acta 20.985.520 labrada a raíz de la falta de permiso y seguro del cartel sito en Cochabamba 1631 (fs. 86 y 88). En otras palabras, no hay motivos que permitan vincular los legajos orientados a investigar las faltas mencionadas, con la orden de allanamiento requerida por la PGCABA.

En síntesis, la forma en que la Administración desplegó sus competencias habiendo vinculado la orden de allanamiento con la ejecución de un acto administrativo que se limitó a disponer el retiro de determinados carteles publicitarios, pero al margen de la falta que frustró su cumplimiento (v. gr. obstrucción de inspección, acta 1.026.500) y, también, con independencia del proceso iniciado ante la existencia de dispositivos publicitarios sin permiso, determina la competencia del fuero CAyT. Ello así porque, retomando el marco conceptual expuesto en el primer punto de este voto, el GCBA "intenta ejecutar un acto que exige intervención judicial, distinto de la constatación de una falta, aun cuando de él pueda surgir la prueba de su comisión". Así las cosas, fue correcto el análisis del juez contravencional, en tanto advirtió los diferentes cursos de acción generados luego de constatar la existencia de dispositivos publicitarios sin permiso. Por un lado, se dio intervención al organismo encargado de juzgar las faltas y, por otro, la Administración tomó la iniciativa de preservar la seguridad en ejercicio del poder de policía que le corresponde (fs. 88).

Por las razones dadas, oído el señor Fiscal General, voto por atribuir la competencia para intervenir en autos al fuero CAyT y remitir las actuaciones al Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 a sus efectos.

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

Por los fundamentos expresados por el doctor Lozano en los puntos 2 y 3 de su voto consideramos que corresponde atribuir la competencia al fuero CAyT.

Por ello, por mayoría y oído el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 para conocer en este expediente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 25 y se remita el proceso al juzgado declarado competente.

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

CCLXXVIII

"MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS; MASERO, NÉSTOR LUCIO Y OTRO S/LEY 255 (JUNÍN 1787)'" Y SUS ACUMULADOS: EXPTE. Nº 5818/08 "MARTÍNEZ, ALFREDO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"; EXPTE. Nº 5819/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"; Y EXPTE. Nº 5816/08 "VILDOZA, JORGE ERNESTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN EN AUTOS 'MARTÍNEZ, ALFREDO LUIS Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 255'"

RECURSO DE QUEJA: Exención del depósito.

SUMARIOS:

1. Aunque los recurrentes no dieron inicio a los trámites que los hubieran, eventualmente, habilitado para quedar exentos del pago del depósito, el Tribunal resolvió su queja y se expidió respecto a la admisibilidad del recurso extraordinario federal, de modo que han podido acceder a todas las vías recursivas previstas en la normativa aplicable, por lo que corresponde intimarlos al pago del depósito. (*Voto de la señora jueza Alicia E. V. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. Toda vez que los recurrentes no demuestran que se encuentren frente al riesgo de ser sometidos a una pena que afecte un derecho no patrimonial, no concurren razones para considerar inconstitucional la exigencia del depósito, por lo que el art. 34 de la ley 402 es operativo y corresponde exigir la integración del depósito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5127/07 - 3/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de los señores Alfredo Luis Martínez y Néstor Lucio Masero planteó, en sus recursos de queja, la inconstitucionalidad del depósito previsto por

el art. 34 de la ley local 402 (fs. 37 vta./39 y 181 vta./183) y, además, informó al Tribunal que los recurrentes habían iniciado un beneficio de litigar sin gastos ante el juzgado que intervino en este proceso (fs. 183/183 vta.).

2. El Tribunal, en la decisión emitida el 3/9/2008 (fs. 367/381), resolvió al respecto, por mayoría, intimar a los señores Alfredo Luis Martínez y Néstor Lucio Masero a que, dentro del quinto día de notificados, acreditaran la existencia de los beneficios de litigar sin gastos denunciados a fs. 183 vta. y, en su caso, informaran la decisión recaída en ellos.

3. Vencido el plazo estipulado sin que los recurrentes cumplieran con la intimación cursada por el Tribunal —y luego de sustanciados los recursos extraordinarios federales interpuestos oportunamente— la señora jueza de trámite requirió al juzgado que intervino en la causa que informara si los recurrentes habían tramitado el beneficio de litigar sin gastos y, en su caso, en qué sentido se había expedido (fs. 436).

4. En respuesta a dicha solicitud, la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 4 informó que ni el señor Martínez ni el señor Masero habían tramitado el beneficio de litigar sin gastos (fs. 447).

5. Con fecha 7/11/2008 los autos pasaron al Acuerdo (fs. 448).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El planteo de inconstitucionalidad de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, efectuado por la defensa de los señores Alfredo Luis Martínez y Néstor Lucio Masero, en el estado actual de estas actuaciones, aparece como una cuestión agotada.

El eje central de la argumentación de los quejosos consistió en que la exigencia en cuanto al depósito les impedía recurrir una resolución contraria a sus intereses, lo cual importaba un claro menoscabo al derecho de defensa en juicio y al principio de igualdad ante la ley.

Ahora bien, es evidente que aunque los recurrentes no dieron inicio a los trámites que los hubieran, eventualmente, habilitado para quedar exentos del pago del depósito (conf. fs. 447), el Tribunal resolvió su queja y se expidió respecto a la admisibilidad del recurso extraordinario federal.

Las circunstancias indicadas demuestran que han podido acceder a todas las vías recursivas previstas en la normativa aplicable.

Por estos motivos, corresponde rechazar las quejas en lo que ha sido materia de agravio e intimar al pago del depósito a los señores Martínez y Masero. *Así voto.*

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

2. Sobre el cobro actual, agrego —como lo expresa la señora jueza de trámite, a cuyo voto me remito— que el ingreso anticipado del depósito no funcionó nunca en este caso (pese a la picardía del letrado defensor de los imputados) como condición de admisibilidad de los recursos interpuestos, esto es, del acceso a la justicia sin limitación alguna; pero no se entiende cuál es la razón por la que, una vez vencido en los recursos interpuestos, debe dejar de abonar esa suma como si fuera un renglón de las costas del procedimiento por él iniciado. Ello es aún más cierto frente a la conducta procesal observada por el recurrente que, para evitar el pago inicial, admitió haber iniciado el mecanismo del beneficio de litigar sin gastos, en verdad inexistente.

3. Sin embargo, no corresponde rechazar recurso alguno, en primer lugar, porque la vía recursiva se ha agotado antes de ahora y, en segundo lugar, porque, como dije en el punto 2, el efecto querido por el entonces recurrente, al tachar de inconstitucional la tasa del recurso, ya se cumplió —con acierto o error— (el recurso se juzgó pese a la omisión del depósito) e, incluso, su argumentación quedó agotada.

4. Por lo tanto, sólo corresponde intimar al recurrente para que deposite la suma omitida y, en su caso, librar el certificado de deuda pertinente para que la Procuración General de la Ciudad se encargue de su ejecución.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo propone la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, corresponde intimar a los señores Martínez y Masero para que integren el depósito del art. 34 de la ley 402.

En efecto, en la sentencia dictada por este Tribunal el día 3/9/2008 se decidió el rechazo de las quejas oportunamente interpuestas y, por mayoría, se difirió el tratamiento de la cuestión de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 disponiéndose intimar a los señores Martínez y Masero a que, dentro del quinto día de notificados, acreditaran la existencia de los beneficios de litigar sin gastos cuyo inicio habían denunciado y, en su caso, informaran al Tribunal la decisión recaída en ellos.

Ahora bien, según surge del informe del juez de la causa (fs. 446/447) y —tal como lo señala en su voto el doctor Julio B. J. Maier— contrariamente a lo manifestado en su momento por la defensa de los nombrados, no se solicitó el beneficio de litigar sin gastos para los señores Martínez y Masero. Así las cosas, sólo resta a este Tribunal resolver la cuestión cuyo tratamiento se había diferido.

Al respecto, en homenaje a la brevedad, me remito a los desarrollos que efectuara al votar en las causas "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de

inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss., y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005). Así, considero que al haberse declarado la improcedencia de las quejas, y 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, corresponde intimarlos para que, en el plazo de cinco (5) días, integren el mentado depósito.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Comparto la solución que propician mis colegas preopinantes. Como sostuve en la resolución del 3/9/2008 en este mismo expediente (fs. 367/381), toda vez que los recurrentes no demuestran que se encuentren frente al riesgo de ser sometidos a una pena que afecte un derecho no patrimonial, no concurren las razones que me llevaron *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, a considerar inconstitucional la exigencia del depósito, por lo que el art. 34 de la ley 402 es operativo y corresponde exigir la integración de la suma de $ 1.000 por cada uno de los recurrentes.

La jueza Ana María Conde dijo:

El silencio guardado por el letrado defensor de los señores Martínez y Masero, frente a la intimación efectuada por el Tribunal para que acreditase la existencia y los resultados obtenidos en los beneficios de litigar sin gastos cuyo aparente inicio denunciara (fs. 183 vta.), determina, tal como lo expone el doctor Julio B. J. Maier, que los nombrados, ahora, deban abonar la suma adeudada, en concepto de depósito (art. 34, ley 402), bajo apercibimiento de ejecución. Respecto a la genérica tacha de inconstitucionalidad articulada con el propósito de eludir esta obligación legal, cuyo tratamiento fue diferido en la decisión del Tribunal (fs. 367/381) a las resultas de los trámites que no fueron iniciados (conf. certificación de fs. 446/447), me remito a lo expuesto en mi voto en "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, principalmente, al punto b) de mi voto en "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, resolución del 30/8/2007.

Por lo expuesto voto por exigir la integración del depósito, en un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Intimar* a los señores Alfredo Luis Martínez y Néstor Lucio Masero a que en el término de cinco días integren el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 381, punto 4.

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

CCLXXIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VILLAR, VALERIA Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFR. ARTS. 116, 117 Y 118 ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Interpretación de normas procesales.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja si, respecto a la valoración de la prueba efectuada en las instancias anteriores, el defensor reproduce párrafos de la sentencia de condena y formula algunas referencias a su confirmación, en lugar de centrar su argumentación en el auto denegatorio que debe atacar. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren Los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. El recurso de queja debe rechazarse si los agravios sólo exponen la disconformidad del recurrente con la interpretación de las normas procesales que regulan prohibiciones probatorias y sus consecuencias. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. El recurso de queja no logra demostrar que exista una relación directa entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en el caso por los jueces de mérito, ni tampoco la vinculación de los fallos de la CSJN que menciona con los sucesos de este proceso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. nº 5905/08 - 10/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 63/77) contra la decisión de la Sala III de la Cámara CyF (fs. 60/61) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa de Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 49/57). Éste, a su vez, había sido articulado contra la resolución de la misma Sala (fs. 40/46) que confirmó la condena del señor Oniszczuk a la pena de veinte días de arresto, cinco años de inhabilitación para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar sorteos, apuestas o juegos y decomiso de los efectos secuestrados.

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa expresó, resumidamente, los siguientes motivos de agravio: *a)* violación al principio de legalidad y a las garantías del debido proceso y defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13, inc. 3º, CCBA); *b)* insuficiencia probatoria, *in dubio pro reo* (art. 10, ley 1472); *c)* errónea calificación legal, y *d)* violación al principio de lesividad (fs. 49/57).

3. La Sala III entendió que la defensa, en su recurso de inconstitucionalidad, no había logrado plantear cuestión constitucional alguna, sino que se había limitado a reiterar las manifestaciones efectuadas en el recurso de apelación y a expresar su simple desacuerdo con la interpretación realizada por la Sala en la decisión recurrida (fs. 60/61).

4. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, considera que la queja debe ser rechazada pues no ha planteado un caso constitucional que habilite la instancia de excepción. Por lo demás, señala que la defensa hace una mínima referencia en la queja a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la pena aplicada pero que este agravio no fue introducido ni mantenido en los momentos procesales oportunos, por lo que es fruto de una reflexión tardía (fs. 82/84).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja presentado por la defensa del señor Carlos Alberto Oniszczuk fue interpuesto por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, debe ser rechazado pues la defensa no ha logrado conmover los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar su recurso de inconstitucionalidad. Si bien la defensa expresa su disconformidad con los criterios de la Sala III, no da fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones.

2. En la queja la defensa alega que el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad resulta arbitrario, según la doctrina elaborada por la Corte Suprema de

Justicia de la Nación (conf. fs. 76). A su vez, califica de igual manera a la sentencia condenatoria y a su confirmación.

Sin embargo, debe señalarse que la Cámara abordó el examen relativo a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad dando tratamiento a todos los argumentos planteados por la defensa, para concluir que no se había logrado articular cuestión constitucional alguna que habilitara la intervención de este Tribunal (conf. fs. 60/61). La queja presentada, en cambio, no ha logrado desvirtuar el auto denegatorio.

El Tribunal ha expresado reiteradamente 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).

3. Con respecto a la valoración de la prueba efectuada en las instancias anteriores, el defensor reproduce párrafos de la condena (dictada por el juez de primera instancia) y formula algunas referencias a su confirmación (decidida por la Sala III), en lugar de centrar su argumentación en el auto denegatorio que debe atacar. En particular, respecto de ese auto denegatorio sólo menciona que "[l]a Sala (...) no advierte que lejos de tratarse de un planteo sobre la cuestión de hecho y prueba, ya que no se discute acerca de su verdad o falsedad, se trata de una cuestión en orden a la invalidez del pronunciamiento por su manifiesta irracionalidad, que alcanza a vulnerar el principio de legalidad y la presunción de inocencia (*Fallos,* 321:3630)" (fs. 70). Esta referencia es insuficiente para demostrar que la Cámara se equivocó cuando dijo que el agravio planteado —que, por regla, no es de competencia del Tribunal— resulta de carácter infraconstitucional.

4. Respecto al agravio referido a la supuesta incorporación y valoración de prueba ilegítima, la defensa tampoco demostró que el recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado. En definitiva, y más allá de la incorporación tardía de argumentos vinculados a la medida de la pena que no pueden ser valorados por el Tribunal, el agravio sólo expone la disconformidad del recurrente con la interpretación de las normas procesales que regulan prohibiciones probatorias y sus consecuencias. Otro tanto sucede con el agravio relativo a la afectación del principio de lesividad.

5. En consecuencia, voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

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

1. Adherimos a los puntos 1 a 4 del voto de la señora juez de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, con las siguientes especificaciones:

En cuanto al planteo de la defensa relativo a la alegada "afectación del debido proceso penal en función de la incorporación y valoración de prueba ilegítima"

(punto III.3 de la queja) cabe remarcar que el recurrente, en rigor, no discute la validez constitucional del secuestro realizado el día 20/3/2007. Con relación a este punto, los jueces de mérito consideraron que ese acto procesal —aunque registrado en un acta declarada nula— resultó válido (conf. fs. 10 vta. y 42). La defensa se agravia porque los magistrados no derivaron de la declaración de nulidad del *acta de secuestro* (considerado legalmente practicado durante la investigación preliminar) la nulidad del allanamiento que se realizó algunos días después, pero no ha logrado esbozar las razones que a su criterio imponían dicha decisión. Así las cosas, el recurso no logra demostrar que exista una relación directa entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en el caso por los jueces de mérito, ni tampoco la vinculación de los fallos de la CSJN que menciona con los sucesos de este proceso.

Por último, el agravio relativo a la afectación del principio de lesividad aparece, por un lado, como la mera reiteración de su discrepancia sobre la valoración de la prueba realizada en el caso —que, según entiende, no permite acreditar la lesividad de la conducta— y, por otra parte, representa su simple descontento con la interpretación de la ley común. El carácter infraconstitucional del planteo efectuado impide la intervención de este Tribunal. Por lo demás, según lo ha expresado este Tribunal en múltiples oportunidades, la existencia de una contravención de juego lesiona el patrimonio de la Administración y los intereses comunitarios, en tanto compite de manera directa con el Estado en la organización de juegos que han sido regulados en monopolio por aquél en resguardo de un interés público (ver, entre otros, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Villar, Valeria – Oniszczuk, Carlos Alberto y Tapia, Luisa s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'", expte. nº 5858/08, resolución del 28/8/2008 y "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, sent. del 28/2/2005, y sus citas).

2. En consecuencia, votamos por rechazar la queja interpuesta a fs. 63/77.

Así lo votamos.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 63/77.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala III de la Cámara CyF.

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

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

CCLXXX

"ORRICO S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ORRICO S.R.L. C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUT. ADMINISTRATIVA'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Requisitos. Acordada 4/07. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Pese a los intentos de la recurrente para justificar la existencia de un caso federal mediante la invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (derecho de igualdad, propiedad, defensa en juicio y debido proceso), lo cierto es que los agravios de tienden a que se revise la validez del vínculo contractual; sin que la decisión de esa cuestión involucre en forma directa una cuestión constitucional local ni una cuestión federal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si la recurrente no logra conectar los planteos que formula con una cuestión federal concreta; y menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso extraordinario federal es inadmisible cuando se sostiene en la discrepancia con la interpretación efectuada por los jueces de la causa respecto de los hechos, la prueba y las reglas locales aplicadas para fundar su decisión. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurso extraordinario federal es inadmisible si no cumple con los recaudos señalados en el art. 3º, incs. b), d) y e) de la Acordada (CSJN) 4/07, relativos a la cuestión federal, y el escrito no efectúa la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

5. La invocación de la doctrina de la CSJN sobre gravedad institucional no puede prosperar si no se demuestra de qué manera la decisión recaída en el caso incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5760/08 - 10/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La empresa Orrico S.R.L interpuso recurso extraordinario federal (fs. 102/122 vta.) contra la resolución del 24/9/2008, por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja planteado por dicha empresa.

El recurso fue contestado por la parte demandada, quien solicitó su rechazo (fs. 125/136).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

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

2. En efecto, el escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente en su totalidad la fundamentación del recurso de queja de fs. 57/70, y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 1071/1087, autos principales. La decisión del Tribunal que ahora se cuestiona consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque no criticaba la decisión de la Cámara que rechazó el recurso de inconstitucionalidad, y porque no lograba plantear un caso constitucional —como se puso de manifiesto en el pronunciamiento de fs. 89/98.

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.

Pese a los intentos que realiza Orrico S.R.L. para justificar la existencia de un caso federal mediante la invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (derecho de igualdad, propiedad, defensa en juicio y debido proceso), lo cierto es que los agravios de Orrico S.R.L. tienden a que se revise la validez del vínculo contractual; sin que la decisión de esa cuestión involucre en forma directa una cuestión constitucional local ni una cuestión federal.

En este orden de ideas, el criterio sustentado —en casos análogos— por la Corte Suprema señala que 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).

Además, la recurrente no logra conectar los planteos que formula con una cuestión federal concreta; es decir, menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base. La cuestión consistente en que "el magistrado debió hacer primar la supremacía del art. 17 de la C.N. y no

aplicar la ordenanza municipal 31.655 el dec. ley 23.354/93 y su dec. regl. 5720/72 modificado por el dec. 383/73, que por tratarse de una ley subordinada a la Constitución Nacional debió haber prescindido de su aplicación" (fs. 105), no basta para abrir la vía extraordinaria ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 310:2306).

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

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisible en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia de Orrico S.R.L. con la interpretación efectuada por los jueces de la causa respecto de los hechos, la prueba y las reglas locales aplicadas para fundar su decisión (conf. doctrina de *Fallos,* 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 1757, entre muchos otros). En efecto, Orrico S.R.L. alude en el escrito recursivo a "...la arbitrariedad de la sentencia dictada por la Sala II del fuero CAyT y que fuera confirmada por el TSJBA, dado su incongruencia..." (fs. 119 vta.), y que "...la resolución en crisis no es una derivación razonada del derecho vigente mediante la aplicación de los decretos reglamentarios… sino una interpretación forzada de la Sala para justificar la actitud del GCBA al no pagar las sumas realmente debidas a mi mandante." (fs. 121 vta.), pero, ciertamente, ello no resulta suficiente para fundar el recurso que interpone.

5. Por lo demás, la empresa Orrico S.R.L. no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en el art. 3º, incs. b), d) y e) del reglamento citado, pues —como se vio— en los párrafos precedentes, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, la recurrente no cumplió con las exigencias del art. 3º, relativas a la cuestión federal (incs. b], d] y e]). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d).

6. Finalmente, la invocación de la doctrina de la CSJN sobre "gravedad institucional" (fs. 108), consolidada a partir de la causa "Jorge Antonio" (*Fallos,* 248:189), sent. del 28/10/1960, tampoco puede prosperar, toda vez que no se ha demostrado de qué manera la decisión recaída en el caso incidiría sobre los intereses

de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Orrico S.R.L., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 98, punto 2.

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

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

En similar sentido se resolvió en la causa 5772/08 "Orrico S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Orrico S.R.L. c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'" también del 10/12/2008.

CCLXXXI

"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, EXPTE. 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 EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal si la defensa no ha logrado exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad

que alega. Desde que la decisión de este Tribunal se encuentra razonada y fundada, más allá de que el recurrente discrepe con su contenido. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla, y debe ser mantenida adecuadamente en todas las intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella y, de esta manera, quede habilitada su impugnación ante la CSJN. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5871/08 - 10/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Defensor General interpuso recurso extraordinario federal, a favor de María Elena Palumbo y Omar Claudio de la Fuente, contra la decisión de fs. 291/302, emitida el 14/10/2008, mediante la cual el Tribunal rechazó la queja agregada a fs. 107/124.

2. El recurrente sostiene que la decisión que impugna afecta las garantías de debido proceso legal y defensa en juicio, el principio de lesividad, la prohibición de *reformatio in peius* y, asimismo, la vigencia del derecho penal de acto, esto último por la aplicación del instituto de la reincidencia. A su vez, agregó que el Tribunal había dictado una sentencia arbitraria que, además, confirmó pronunciamientos anteriores igualmente viciados, en especial porque —según considera— carecen de fundamentos adecuados y contienen defectos en la valoración de la prueba.

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 329/332), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque no presentaba un caso federal. Sostuvo, además, que "el conjunto de agravios expuestos (...) no fueron introducidos en el momento procesal oportuno, (...) importando ello el fruto de una reflexión tardía" (fs. 330) que impide el acceso a la CSJN. Asimismo, agregó que el recurrente no demostró cuál fue la afectación a la prohibición de la *reformatio in peius* en el caso, en tanto la Cámara, aunque cambió la apreciación jurídica del hecho, no modificó la sanción impuesta. Por último, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por

la Acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo dictamina el señor Fiscal General Adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal rechazó la queja en razón de que introducía tardíamente nuevos motivos de agravio, carecía de una presentación sólida de un caso constitucional y, además, no demostraba la arbitrariedad de la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de admisibilidad de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. La defensa no ha logrado exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad que alega. La decisión de este Tribunal de fs. 291/302 se encuentra razonada y fundada, más allá de que el recurrente discrepe con su contenido. Las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditar la arbitrariedad endilgada y sólo exponen su desacuerdo con la resolución que denegó el acceso a esta instancia.

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

5. Además, la defensa sostiene (fs. 313) que el Tribunal frustró injustificadamente la posibilidad de obtener la revisión del fallo porque incorporó requisitos formales (se refiere a la introducción oportuna de los motivos de agravio) que no están previstos en la ley, y que —siempre según el defensor— resultaban superfluos en función de la naturaleza del planteo constitucional efectuado.

Es común a toda vía recursiva extraordinaria establecer pautas estrictas para su procedencia. No se trata de cercenar el acceso al tribunal sobre la base de un mero rigorismo formal, sino de resguardar el propio sentido del recurso como herramienta del proceso. Para poder admitir una revisión es necesario que exista una previa ponderación, porque la propia idea de re-examen (base del recurso) impone necesariamente este requisito.

En consecuencia, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros). Del mismo modo, la pretendida cuestión federal debe ser mantenida adecuadamente en todas las intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella y, de esta manera, quede habilitada su impugnación ante la CSJN (*Fallos,* 316:724, entre muchos otros). Por lo demás, la defensa no ha intentado demostrar concretamente que nos encontremos, en este caso, frente a un supuesto de indefensión que permita realizar una excepción a esa regla (*Fallos,* 329:2569).

Por las razones expuestas, sólo queda denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 307/326

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. 307/326.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 301, punto 3.

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

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

CCLXXXII

"RODRÍGUEZ, MARCELO JOSÉ S/INF. ART. 189 BIS, C.P., PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6148/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'RODRÍGUEZ, MARCELO JOSÉ S/INFR. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. REINCIDENCIA: Principio de *ne bis in idem*. Principio de culpabilidad. Derecho penal de autor.

SUMARIOS:

1. No pueden prosperar los agravios que versan acerca de cuestiones cuya naturaleza de hecho y prueba e interpretación de normas infraconstitucionales im-

pide su revisión por este Tribunal, sin que el recurrente demuestre que corresponde hacer excepción a esa regla por haber mediado un supuesto de arbitrariedad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Los planteos relativos a la interpretación que corresponde asignarle a distintas normas de derecho común (como lo son los arts. 50 y 189 bis del C.P.), corresponden a la facultad, por regla, privativa de los jueces de la causa, y la defensa no logró demostrar que la que le asignó el *a quo* sea insostenible por ser fruto de su mero arbitrio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El planteo de inconstitucionalidad de la figura de la reincidencia prevista en el art. 50 del C.P., por resultar violatoria del principio de *non bis in idem* y de culpabilidad; al constituir, a juicio de la defensa, un claro ejercicio de derecho penal de autor y no de acto, lo que iría en contra de lo dispuesto en el art. 19 de la C.N., no puede prosperar, porque el recurrente no logra demostrar la existencia de un agravio actual para plantear esa tacha, pues no viene ante este Tribunal apelando una resolución contraria a una solicitud del beneficio de libertad condicional, sino la sentencia de condena. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El recurso de inconstitucionalidad no significa la apertura de una tercera instancia sobre cuestiones de mérito, para cuya solución son competentes únicamente los tribunales de mérito, sino que el Tribunal tan sólo interviene en forma excepcional cuando se ha planteado, con alguna seriedad, un verdadero caso constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

5. El texto de la agravante establecida en el art. 189 bis [2], último párrafo del C.P. es inaceptable, puesto que cualquiera puede registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, categoría que no implica ni haber sido condenado, ni haber cumplido alguna clase de pena. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La Cámara ha presentado una interpretación sumamente restrictiva de la agravante establecida en el art. 189 bis [2], último párrafo del C.P. que se compadece con el derecho penal posible según reglas constitucionales, pues el imputado no registra sólo antecedentes penales sino que ha sido condenado por un delito con el uso de armas a una pena privativa de la libertad, pena que ha cumplido en toda su extensión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Es imposible un derecho penal que, al menos en alguna medida, no se ocupe del autor, sobre todo para medir la pena, pero también es intolerable para un derecho penal orientado hacia el principio de culpabilidad el hecho de que algunas figuras agraven la pena por una actitud interna del autor, reflejada en su historia de vida, y menos aun cuando ella se ve definida seriamente y por hechos externos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. No parece intolerable para el principio de culpabilidad que, dentro de ciertos límites, se procure la agravación de la pena para aquellas personas que no han retrocedido ni siquiera ante el cumplimiento de una pena previa, privativa de la libertad, aspecto que, en términos de prevención especial (C.N., art. 75, inc. 22; CADH, art. 5º, apart. 6; C.P., arts. 40, 41 y 26, entre otros; ley nacional 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, art. 1º), significa el intento de evitar

nuevos delitos y de manejar la medida de la pena según estos parámetros, para que ella sea efectiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico, pues en realidad, aquello que se toma en cuenta para que aquella agravante genérica incida sobre esta agravante penal no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho de la condena o de la pena sufrida, ya que el hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar ni se pena nuevamente. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. No corresponde intimar al pago del depósito cuando el recurso de queja ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del Ministerio Público según la propia, CCBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La agravante contenida en el art. 189 bis [2], último párrafo, del C.P. es inconstitucional, pues al aumentar de manera automática y muy significativa el rango de la pena aplicable en razón de la situación penal previa del procesado, instaura un *status* diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva violatoria del la garantía de trato igualitario, fundamento último del derecho penal moderno. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6146/08 - 17/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Marcelo José Rodríguez interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 310/321) contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF de fecha 4/7/2008 (fs. 293/306) en cuanto resolvió: "I. *No hacer lugar* al planteo de nulidad del punto IV de la sentencia que rechaza la solicitud de la aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba; II. *No hacer lugar* al planteo de inconstitucionalidad del art. 205, CPPCABA; III. *Confirmar* el punto IV de la sentencia recurrida en cuanto *no hace lugar* al pedido de suspensión de juicio solicitado por la defensa; IV. *Revocar* el punto II de la sentencia recurrida, en cuanto declara la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo del C.P. (según ley 25.886); V. *Confirmar* el punto I y VI de la sentencia apelada, en cuanto condena a Marcelo José Rodríguez [...], *modificándose* en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes penales dolosos contra las personas o con el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta, que se *eleva* a *cuatro años* de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, incs. 3º, 45, 189, inc. 2º, último párrarfo del C.P.); VI. *Confirmar* el punto V

en cuanto no hace lugar a la solicitud de la defensa en relación a la reducción de la escala punitiva por aplicación de la atenuante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, sexto párrafo; VII. *No hacer lugar* al pedido de la defensa de declarar la inconstitucionalidad de la reincidencia; VIII. *Revocar* el punto III de la sentencia y en consecuencia *mantener* la declaración de reincidencia de Marcelo José Rodríguez (art. 50, C.P.) [...]" (fs. 305 vta./306).

2. Los motivos de agravio planteados por la defensa en el recurso de inconstitucionalidad son, resumidamente, los siguientes: *a)* afectación de la defensa en juicio, del principio de igualdad de armas y del derecho de control útil y efectivo de la actividad probatoria, porque el juez de primera instancia, en el debate, impidió a la defensa continuar con el interrogatorio al cabo González sobre el inicio del procedimiento. A ello agrega que dado que la Cámara no hizo lugar a su planteo, y no permitió escuchar al testigo en segunda instancia, se ha lesionado, además, el derecho a la doble instancia y a la revisión amplia de la condena; *b)* rechazo arbitrario de la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, ya que la Cámara entendió que era improcedente en el caso por los antecedentes condenatorios del imputado según una lectura arbitraria del art. 76 *bis*, C.P.; *c)* rechazo arbitrario de la figura atenuada de la portación de arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización y falta de acreditación por parte del acusador público de los fines ilícitos; *d)* aplicación de la agravante dispuesta por el art. 189 bis, inc. 2º, últ. párr., C.P., pues a juicio de la defensa no se debió considerar que Rodríguez registraba antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, toda vez que registraba una condena dictada el 17/7/1998, que venció el 16/7/2002 y ha transcurrido el monto mínimo de 5 años previsto por el art. 50, C.P.; *e)* inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, últ. párr., del C.P., porque lesionaría el principio *ne bis in idem* y sería una manifestación de derecho penal de autor, prohibida por el art. 18, C.N. y por el art. 13, inc. 9º, CCBA; *f)* inconstitucionalidad del régimen de reincidencia (art. 50, C.P.), por lesionar el principio de culpabilidad (art. 19, C.N.).

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en lo atinente al agravio vinculado con la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas (arts. 27 y 28, ley 402) (fs. 331 vta.).

4. Contra la decisión que declaró parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad, la defensa interpuso recurso de queja (fs. 413/431).

5. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 435/441), concluyó que el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido debía ser declarado admisible por existir cuestión constitucional suficiente, pero que se debía rechazar el agravio invocado por la defensa y confirmar la sentencia de segunda instancia. En cuanto al recurso de queja, el Fiscal estimó que no podía ser

admitido, por no existir un caso constitucional real a pesar del esfuerzo puesto de manifiesto por la defensa oficial.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja no logra prosperar, pues no rebate la denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad. El esfuerzo argumentativo realizado por el recurrente en la queja no puede contribuir a fundar, en forma tardía, un recurso de inconstitucionalidad en sí insuficiente.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa se agravia del tratamiento, a su juicio arbitrario, que la Cámara le dio a los siguientes tópicos: *i)* la ausencia de elementos de hecho y prueba que permitan fundar que el señor Rodríguez cometió el hecho que le fuese endilgado; *ii)* el pedido de suspensión de juicio a prueba que se efectuó a favor del imputado; *iii)* la procedencia de la figura atenuada prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, párr. 6º del C.P.; y, por último *iv)* la interpretación según la cual el art. 50 del C.P. vendría a reglar el plazo durante el cual debieron haber ocurrido los hechos a los fines de ser computados como "antecedentes penales" a los que se refiere el art. 189, inc. 2º, párr. 6º, del C.P.

Finalmente, tacha de inconstitucionales la agravante previsto en el último párrafo del inc. 2º del art. 189 bis del C.P. y la figura de la reincidencia reglada en el art. 50 del C.P. Funda ambas tachas en el principio de *non bis in idem* y en el de culpabilidad, este último porque, a su juicio, esos institutos constituyen una manifestación de derecho penal de autor.

3. Ni los agravios mencionados en el primer párrafo del punto que antecede ni la tacha de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia pueden prosperar. Los descriptos bajo los puntos i) a iv), porque, tal como surge de su enunciación, versan acerca de cuestiones cuya naturaleza de hecho y prueba e interpretación de normas infraconstitucionales impide su revisión por este Tribunal, sin que el recurrente haya logrado demostrar que corresponda hacer en el *sub lite* excepción a esa regla por haber mediado un supuesto de arbitrariedad. Ello así, toda vez que, como se verá en lo que sigue, el recurrente no se ha hecho cargo, tal como adelanté, de los argumentos que le dio el *a quo* para resolver en el sentido que lo hizo. Por último, la defensa tampoco ha logrado demostrar, con el planteo de inconstitucionalidad mencionado al comienzo de este párrafo, la existencia de agravio susceptible de ser revisado en esta instancia, puesto que, como quedará expuesto en el punto 4 y 4.1 de este voto, dicho agravio, tal como fue formulado, es meramente conjetural o, en otros términos, no se ha logrado acreditar la existencia de un perjuicio actual en cabeza del señor Rodríguez.

3.1. Arbitrariedad en la valoración de los hechos y la prueba en que se fundó la condena.

3.1.1. La defensa sostiene que la Cámara actuó arbitrariamente al inferir que carecía de importancia, a los fines de la dilucidación del pleito, la realización de la pregunta al testigo González que le fuese denegada a su parte por el juez de primera instancia. Manifiesta que "…la Cámara hizo un juicio de valor prematuro, sin poder saber a ciencia cierta en qué podía llegar a desencadenar la respuesta del testigo, y ante el agravio planteado por esta defensa oficial —en relación al principio de la doble instancia y el derecho de defensa en juicio— debería haber permitido escuchar al testigo en segunda instancia" (fs. 314/314 vta.). Tacha, también, de arbitraria, la sentencia porque se apoyó, principalmente, en la declaración de los dos agentes "preventores". Por último, manifiesta que ni el juez de primera instancia ni la Cámara dieron motivos a fin de explicitar por qué el personal policial se apartó del procedimiento que establece la "Guía para la preservación de las pruebas en el lugar del crimen", documento que, afirma el recurrente, exigiría, entre otros, tener que efectuar un peritaje papiloscópico.

3.1.2. El *a quo* expresó, con relación al testigo González, que "…del audio del debate se desprende que no se le hizo lugar a una pregunta que formulara [la defensa], pero en forma alguna que no hubiera podido preguntar nuevamente e incluso, reformulara la pregunta". A lo que agregó, que "[p]or otra parte, no se advierte que el interrogante que le fue denegado revista una importancia tal que pudiera incidir de algún modo preponderante en la solución del caso, es decir que aquella negativa hubiera influido en el dictado de la sentencia desfavorable o que su procedencia hubiera podido modificar tal decisorio" (fs. 297). De las respuestas transcriptas se desprende que la Cámara rechazó el agravio, principalmente, porque si bien del audio del debate surgía que a la defensa se le denegó la realización de una pregunta en la forma en que había sido formulado, en ningún momento el juez de primera instancia le impidió reformular la pregunta y lograr la respuesta buscada; argumento del que el recurrente no se hace cargo con su planteo.

3.1.3. Además, si la defensa pretendía que se le tomara una nueva declaración al testigo González en segunda instancia, debió haber propuesto la realización de esa prueba al *a quo*, petición que ni de los agravios del recurrente ni de la sentencia de Cámara surge que haya ocurrido en el *sub lite*.

3.1.4. A su vez, la Cámara sostuvo —al tratar el agravio de la defensa según el cual se tuvo por acreditado el hecho imputado al señor Rodríguez, únicamente, en base a las declaraciones de los dos oficiales que intervinieron en el hecho ocurrido el 15/2/2008— que el juez de primera instancia no sólo se apoyó en las testimoniales de los mencionados agentes para resolver, sino que también lo hizo en: *i)* el acta de detención y secuestro; *ii)* las fotografías de fs. 2, 3 y 4; *iii)* el croquis del lugar donde aconteció el hecho sancionado; *iv)* el informe técnico acerca de la aptitud del arma para el disparo; *v)* que uno de los cartuchos tomados al azar era apto para el disparo; y, por último; *vi)* el informe del RENAR que da cuenta de que el arma secuestrada no estaba registrada y que tampoco lo estaba el señor Rodríguez como legítimo usuario (fs. 297). Así las cosas, si la defensa pretendía tachar de arbitrario

el razonamiento de la Cámara en este punto debió hacerse cargo de esos argumentos, sin que bastase a tales fines la mera reiteración del planteo que fuese formulado ante esa instancia. Por lo demás, la defensa tampoco dio más motivos para dudar de los dichos de los dos "preventores" que su mera condición de policías.

3.1.5. Finalmente, tampoco resulta procedente el planteo consistente en que los jueces de la causa omitieron dar razones para justificar los motivos por los cuales los agentes policiales que intervinieron en el hecho imputado al señor Rodríguez se apartaron de lo que mandaría la "Guía para la prevención de las pruebas en el lugar del crimen". Ello así, toda vez que la defensa no muestra que haya puesto a los jueces en la obligación de tratar esa cuestión.

3.2. Rechazo arbitrario de la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba.

3.2.1. La defensa sostiene que la Cámara no hizo lugar arbitrariamente a sus planteos dirigidos a que se declarase la nulidad de la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó su solicitud de que se dispusiese a favor del imputado la suspensión del juicio a prueba. Afirma que el *a quo* apoyó su decisión en un requisito que no está previsto en el primer párrafo del art. 76 *bis* del C.P. En este orden de ideas, expresa que "[e]sta defensa entiende que esa lectura resulta arbitraria, ya que el art. 76 *bis* del CPPN [*sic, rectus*: Código Penal de la Nación] que fuera citado en la resolución del superior nada dice acerca de que el instituto no pueda aplicarse a personas que registren antecedentes penales./ El primer párrafo de la norma citada es taxativo al sostener que 'el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba'./ En el caso que nos ocupa, Marcelo José Rodríguez jamás ha gozado del beneficio de la suspensión de juicio a prueba, por lo que no existiría óbice a nuestro criterio para su aplicación" (la cursiva corresponde al original, fs. 315 vta.).

3.2.2. Sin perjuicio de que difícilmente pueda entenderse que ese planteo está dirigido contra la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, situación que bastaría, por sí sola, para rechazarlo, corresponde señalar que la defensa vuelve, con dicho planteo, a no hacerse cargo de los argumentos que le dio la Cámara al tratar esa cuestión.

La Cámara, tras afirmar que el juez de primera instancia denegó la petición de suspensión de juicio en dos oportunidades invocando que la calificación legal impedía su procedencia, en la primera, y que había sido tardíamente articulada en la segunda, rechazó la procedencia del agravio en base a otros motivos. En efecto, sostuvo:

> "La Defensa solicitó la concesión del beneficio en virtud del primer párrafo del art. 76 bis del C.P. y refirió que en ese caso no se necesita consentimiento del acusador público y que se debe adoptar la tesis amplia. La norma de mención dispone que el imputado de un

delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba./ Al respecto cabe expresar que la calificación legal del delito de portación que establece el art. 189, inc. 2º) tercer párrafo, prevé un marco sancionatorio de uno a cuatro años de prisión. Siendo así, el máximo de la escala penal prevista para el delito que se le imputa es superior al máximo legal de tres años establecido por el primer párrafo del art. 76 bis [del] C.P. para que proceda la concesión del instituto. (fs. 294 vta.)".

Sin perjuicio de ello, agregó:

"Aún siguiendo con la hipótesis de la aplicación de la figura simple por la que finalmente condenara el Juez, y tomando en consideración el criterio amplio de procedencia del instituto —que esta Sala comparte y ha aplicado en numerosos casos— la suspensión de juicio a prueba no resultaría procedente, porque el nombrado registra dos condenas anteriores que le impiden que, en el hipotético caso de recaer condena en la presente causa, sea de ejecución condicional. La primera de ellas, impuesta por el TOC 25 el 17/7/98, en la causa 375, en la que fue condenado por el delito de robo agravado por su comisión con armas en grado de tentativa y en concurso real con tenencia ilegítima de arma de guerra a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas (art. 166, inc. 2º y 189 bis del C.P.), declarándolo reincidente por primera vez (art. 50 del C.P.), pena que venció el 16/7/2002, estableciendo que el registro caducará el 16/7/2012 (fs. 93/94). La segunda de ellas impuesta por el TOC 26 el 3/5/2004 en la causa 1659, en la que fue condenado por el delito de encubrimiento agravado a la pena de un año de prisión, y costas, manteniendo la declaración [de] reincidencia. Dicha pena venció el 14/12/2004, fijándose que el registro caducará el 14/12/2014 (fs. 95). Así las cosas, y toda vez que el encausado ha cumplido dos penas que han sido impuestas de modo efectivo, la que eventualmente se impondría en esta causa no sería pasible de ejecución condicional, pues el primer párrafo del art. 26 [del] C.P. se refiere al caso de 'primer condena' y el art. 27, segundo párrafo del [C.P.] alude al supuesto de segunda condicionalidad al expresar que 'la suspensión podrá ser otorgada por segunda vez…'. Ambos supuestos son ajenos al de autos, el primero por obvias razones y el segundo porque el encartado nunca gozó de una primer condicionalidad. A mayor abundamiento y aún sorteando este último escollo, tampoco han transcurrido los diez años desde la condena firme, previstos por la segunda norma mencionada, para la procedencia del beneficio en una segunda ocasión. De modo que con tales antecedentes, el único caso en que se admitiría la ejecución condicional sería con la caducidad registral./ En base a lo

> expuesto, resulta innecesario expedirse acerca del carácter vinculante o no de la oposición fiscal, toda vez que conforme los antecedentes condenatorios que registra no procede el instituto de la suspensión del juicio [a] prueba, ni siquiera a la luz de la figura simple por la que fue condenado por el magistrado sentenciante (fs. 295)".

Así las cosas, el recurrente con los planteos reseñados en el punto 3.2.1. de este voto vuelve a no hacerse cargo de los argumentos que le dio la Cámara al tratar la presente cuestión.

3.3. Rechazo arbitrario de la figura atenuada de la portación de arma de fuego de uso civil (conf. art. 189 bis, inc. 2º, párr. 6º del C.P.).

3.3.1. Con este planteo la defensa de nuevo busca apoyo, al igual que lo hizo en su recurso de apelación, para la procedencia de la atenuante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, párr. 6º del C.P., en las condiciones de hecho en que se encontraba el señor Rodríguez al tiempo que se le iniciase la presente causa.[43] En lo que hace a ese agravio, la Cámara afirmó que para la procedencia del mencionado atenuante la defensa debió acreditar "…que el imputado portaba un arma sin la correspondiente autorización y que a pesar de ello y tal como sostiene la Fiscal de Cámara, 'resulta evidente' que no la llevaba consigo para algún fin ilícito. Al respecto, cabe mencionar que las circunstancias que ameritan la aplicación de la atenuante no se dan en autos. En efecto, es dable tener en cuenta que el imputado al advertir la presencia policial intentó darse a la fuga y tuvo que ser obligado por el cabo González a detener la marcha del vehículo en el que circulaba. Dicha actitud asumida por Rodríguez en el momento del hecho, sumado a la ausencia de cualquier otro dato que permita ser valorado en el sentido exigido por la norma, impide tener por configura[da] la evidencia requerida" (fs. 297 vta.). Así las cosas, aun cuando los argumentos dados por la defensa, con el objeto de que se imponga a su asistido la figura atenuada prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, pudieron ser tenidos en cuenta por los jueces de la causa para cuantificar la pena, no se hace cargo de los motivos que le dieron para denegarle la petición que fundó en ellos. Máxime, cuando de ninguno de ellos se desprende sin más que Rodríguez no pretendía perpetrar ningún hecho ilícito con el arma de fuego con que fue hallado.

3.4. Interpretación arbitraria del art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo.

3.4.1. El recurrente sostiene que la agravante prevista en la norma señalada *supra* debe ser leída en armonía con el art. 50 del C.P. Ello así, porque en la exégesis de la defensa este último artículo vendría a reglar el plazo durante el cual debieron haber ocurrido los hechos a los fines de ser computados como "antecedentes

[43] *i)* trabajaba en forma habitual en una actividad lícita, chofer de un "remís"; *ii)* con la ayuda de su hermano había comprado un auto para trabajar en esa actividad; *iii)* es padre de familia, y *iv)* negó la portación del arma de fuego.

penales" a los que se refiere el art. 189, inc. 2º, último párrafo, del C.P. Concluye su tesis afirmando que "…habida cuenta que el hecho que nos ocupa ocurrió el día 15 de febrero del corriente año [2008]; la condena recaída en la causa 375 del TOC 25 no debe tenerse en cuenta a los fines de la eventual aplicación [de la] agravante, toda vez que se agotó con fecha 16/7/2002 y han transcurrido los cinco años —monto mínimo previsto por el art. 50 del C.P.— que vencieron en fecha 16/7/2007" (fs. 317 vta.).

3.4.2. Ese planteo versa acerca de la interpretación que corresponde asignarle a distintas normas de derecho común (como lo son los arts. 50 y 189 bis del Código Penal), facultad que resulta, por regla, privativa de los jueces de la causa, sin que la defensa haya logrado demostrar que la que le asignó el *a quo* sea insostenible por ser fruto de su mero arbitrio. En efecto, la Cámara sostuvo que el art. 189, inc. 2º, último párrafo, no hace distinción alguna con relación al tiempo que deben guardar los "antecedentes penales" para ser tenidos en cuenta a los fines de la agravante. Así las cosas, concluyó que cualquier antecedente de "delito doloso contra las personas o con el uso de armas" es idóneo para constituir la mencionada agravante, salvo que hubiese operado la caducidad registral que prevé el art. 51 del C.P. En tales condiciones, más allá del acierto o error de ese razonamiento, lo cierto es que la defensa con sus agravios no muestra que resulte insostenible por ser fruto del mero arbitrio de los jueces.

4. Inconstitucionalidad de la figura de la reincidencia prevista en el art. 50 del C.P.

4.1. La defensa tacha de inconstitucional la figura mencionada *supra* porque resultaría violatoria del principio de *non bis in idem* y de culpabilidad; este último porque dicho instituto constituye, a juicio de la defensa, un claro ejercicio de derecho penal de autor y no de acto, lo que iría en contra de lo dispuesto en el art. 19 de la C.N. Este planteo no puede prosperar, empero no por los motivos dados por la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad (esto es, por falta de 'fundamentación'), sino porque el recurrente no logra demostrar la existencia de un agravio actual para plantear esa tacha. En efecto, esa declaración podría impedirle al señor Rodríguez acceder al beneficio de la libertad condicional (conf. art. 14 del C.P.), pero no viene ante este Tribunal apelando una resolución contraria a una solicitud con ese contenido, sino la sentencia de condena. Así las cosas, la defensa se ha limitado a plantear un agravio potencial. Así lo explica el juez Maier en su voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 3562/04, sent. del 25/2/2005. El recurrente deberá plantear el agravio al juez al que corresponda, en el momento en que solicite (si es que lo hace) la libertad condicional. Ese magistrado será a quien corresponda decidir si deben ser aplicadas en autos las normas citadas por el recurrente, si se dan los supuestos de dicha aplicación y si alguno o algunos de ellos deben ser tomados de la sentencia actualmente recurrida. Esa eventual

sentencia podría habilitar la instancia recursiva ante este TSJBA, incluyendo la de aquellos aspectos que hubieran devenido así definitivos (conf. expte. nº 2591/03 "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 [Res. 1672-SHyF-2000] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.]'", sent. del 29/9/2004). Si el Tribunal se expidiese ahora, se antepondría a la decisión de los jueces de mérito, cosa que le está vedado (en igual sentido, ver punto 5 de mi voto *in re* "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4603/05 y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación—'", sentencia de este Tribunal del 19/7/2006).

5. Inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo del C.P.

5.1. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en cuanto a la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas. Básicamente la defensa alega que esta agravante "viola los preceptos constitucionales previstos por el art. 18 de la Carta Magna en cuanto no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho que habría cometido sino de los 'antecedentes condenatorios' que registrare" (fs. 318). Agrega que al agravar la portación por la circunstancia de que el autor registrase antecedentes penales "se estaría afectando también el principio [de] *ne bis in idem*, dado que la convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo hecho, ya que la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado" (fs. 319).

Al respecto cabe recordar que este Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de este tema en la causa "Lemes", ya citada, por lo que, a fin de contestar el planteo reseñado en el párrafo que antecede, corresponde remitirse a los argumentos que di en esa oportunidad para rechazar una tacha de inconstitucionalidad sustentada en los mismos agravios que en los que busca apoyo la defensa en esta oportunidad.

6. Finalmente, cabe señalar que el Defensor General en la queja formula además de las objeciones señaladas en los puntos que anteceden, los agravios que se enuncian a continuación: *i)* que el juez de primera instancia interpretó en forma arbitraria el art. 205 del CPP al señalar que resultaba tardío el pedido de suspensión al momento de alegar; *ii)* la Cámara conculcó el derecho de defensa de su asistido al rechazar el pedido de suspensión sobre la base de argumentos distintos de los que dio el magistrado de primera instancia para resolver esa cuestión; *iii)* la tacha de inconstitucionalidad se debió leer en armonía con lo previsto en el párrafo cuarto

del art. 76 *bis* y de esa manera hubiera resultado procedente, a juicio de la defensa, la suspensión solicitada; *iv)* la incorporación por lectura de las declaraciones de los testigos de actuación no fueron consentidas por la defensa del señor Rodríguez (fs. 421); y, por último, *v)* se afectó el principio de culpabilidad de su asistido porque los jueces no explicitaron los motivos por lo cuales determinaron el *quantum* de la pena impuesta (fs. 424/425 vta.).

Ahora bien, esos agravios no pueden ser tratados en esta instancia. Ello así, porque los enunciados en los puntos *i)* y *v)* habían sido introducidos en el recurso de apelación, pero no fueron mantenidos en el de inconstitucionalidad, razón por la cual no pueden ser reeditados en la queja, tal como pretende la defensa; y los enunciados en los restantes puntos —*ii), iii)* y *iv)*— fueron formulados por vez primera en la queja, situación que impide su tratamiento en esta instancia, porque de analizarlos el Tribunal vendría a hacerlo en instancia originaria.

7. 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.

Por lo expuesto, voto por: *i)* rechazar la queja; *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad en aquello que fue concedido; y *iii)* confirmar la sentencia de fs. 293/306 en cuanto resolvió revocar la de primera instancia, en lo que hace a la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, del C.P. (según ley 25.886).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Coincido con lo expuesto por el señor juez de trámite en el punto 6 de su voto y, por lo tanto, no voy a ocuparme de los agravios que por primera vez son formulados por la defensa en la queja, sin correlato en el recurso de inconstitucionalidad, ni sobre aquellos que fueron abandonados en ese recurso y el imputado vuelve a presentar ante el Tribunal.

Coincido también con aquello que sostiene el señor juez de trámite en el punto 4.1 del voto, en cuanto refiere que el motivo de agravio vinculado a la declaración de reincidencia es meramente conjetural.

Coincido, por último, con el resultado expuesto por el señor juez de trámite, que yo sintetizo como: *a)* rechazo de la queja, y *b)* rechazo del recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido. Esos son los únicos dos puntos que, a mi juicio, debe contener el dispositivo.

2. La queja está plagada de problemas referentes a la valoración de la prueba y a la interpretación de la ley común (infraconstitucional), en este último caso, tanto del Código Penal como del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires. No voy a ocuparme tampoco de los agravios fundados, básicamente, en la disidencia del defensor respecto de la valoración de la prueba y de la interpretación del derecho

común en la sentencia criticada. Al respecto, el Tribunal ha dicho múltiplemente (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, t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros), y no sólo en materia penal, que el recurso de inconstitucionalidad no significa la apertura de una tercera instancia sobre cuestiones de mérito, para cuya solución son competentes únicamente los tribunales de mérito, sino que tan sólo interviene en forma excepcional cuando se ha planteado, con alguna seriedad, un verdadero caso constitucional. La voz *arbitrariedad* se utiliza en el recurso en el sentido de *agravio*, presupuesto de todo recurso, precisamente para encubrir la ausencia de un caso constitucional que dependa realmente de la inteligencia de una cláusula de la ley fundamental nacional o local.

Particularmente, esta situación se presenta cuando el defensor recurrente critica: *a)* la falta de concesión —en dos oportunidades— de la suspensión del proceso a prueba sobre la base de una interpretación distinta a la sostenida por los tribunales de mérito —esta última bien plausible, por cierto— o de valorar la prueba en el sentido de la concesión de la suspensión; *b)* la calificación jurídica empleada para condenar, tanto por la Cámara —única sentencia objeto del recurso—, como por la sentencia de primera instancia, pues discrepa tanto del hecho verificado en el debate y sus circunstancias (valoración de la prueba), como de la interpretación dada a la agravante aplicada (art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P.) y también a la figura atenuada (art. 189 bis, inc. 2º, párr. 6º, C.P.). Pero la discrepancia no se vincula de ningún modo a una cuestión constitucional sino, básicamente, a una propia de la inteligencia de la ley penal. En este rubro ingresan tanto la discusión acerca de la reincidencia y sus condiciones temporales, como aquella referida a los diversos tipos delictivos contemplados en el art. 189 bis, C.P. Aquí también se puede expresar, *obiter dictum*, que la discrepancia pierde frente al fundamento de la sentencia; y, por último, *c)* la decisión de la Cámara de no producir prueba en la audiencia en la que debía resolver la apelación. La sentencia, como dije, viene también impugnada por haber omitido prueba ofrecida para su desarrollo ante el tribunal de alzada (conf. fs. 227/vta., 248 y 314/vta.). El argumento, en abstracto, sería plausible, pues el tribunal de segunda instancia comete un error al estimar que ante él no puede ser producida prueba alguna, concretamente la declaración de un testigo que ya compareció al debate en primera instancia y que el defensor juzga necesario que sea escuchado por el tribunal de apelación. Empero, en concreto, acierta el tribunal cuando afirma que el defensor no expresó el o los hechos alrededor de los cuales le interesaba interrogar al testigo. Todo tribunal es dueño de la decisión sobre la pertinencia de una declaración, esto es, sobre la relación directa entre el medio de prueba y el objeto de prueba —u objeto del conocimiento— para rechazar la comparecencia de testigos inútiles, por no referirse el objeto de su declaración al objeto del conocimiento del juicio, o por resultar inaceptables las preguntas que el oferente pretende formular. De nuevo *obiter dictum*, algo de eso sucede aquí si se repara en la misma exposición del defensor acerca de la pregunta que habría hecho en el debate en primera instancia y que el juez no admitiera. Todo

ello se vincula también a la legislación procesal común que no ha sido impugnada por inconstitucional.

3. Distinto color tiene la parte concedida del recurso de inconstitucionalidad, pues el defensor ha sostenido que la agravante aplicada (establecida en el art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P.), que prevé una pena superior para quienes registran "antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas" resulta contraria a la exigencia o garantía tanto del "derecho penal de acto", v. gr. al principio de culpabilidad, como a la que prohíbe el *bis in idem*.

Debo decir con claridad que el texto de la agravante me parece inaceptable, puesto que cualquiera de nosotros puede registrar "antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas", categoría que no implica ni haber sido condenado, ni haber cumplido alguna clase de pena. Pero, en el caso concreto, la Cámara ha presentado una interpretación sumamente restrictiva de ese texto que, a mi juicio, se compadece con el derecho penal posible según reglas constitucionales. El imputado no registra sólo antecedentes penales sino que, como la Cámara lo pone de manifiesto, ha sido condenado por un delito con el uso de armas a una pena privativa de la libertad, pena que ha cumplido en toda su extensión. De tal manera, la situación se reconduce a averiguar si la *reincidencia* mencionada por la Cámara, incluso para restringir aún más el sistema de reincidencia real previsto en el art. 50 del C.P., y un efecto agravante de aquella, es tolerable por un derecho penal básicamente, o todavía, *de acto*, según imposición de la C.N. (arts. 18 y 19) sostenida, además, por la CCBA (art. 13.9). A mí me parece que un derecho penal de acto puro, esto es, sin referencia alguna a los autores, resulta casi imposible de legislar. Por ejemplo: en el caso del derecho penal de acto puro sería inaceptable la agravación —y quizá también la atenuación— de ciertos delitos por el vínculo matrimonial, parental o por otro tipo de vínculo entre el autor y su víctima; los mismos delitos especiales deberían, en este caso, soportar la crítica y la impugnación. Entrarían quizá también en ellas aquellos delitos o agravantes que prevén ciertos estados personales, como nombra el señor juez de trámite en su voto en la causa "Lemes" (citada), que no representan hechos tangibles respecto de los cuales uno puede ser culpable sino, por lo contrario, se trata de vínculos emotivos, ideológicos o meramente subjetivos, o como quiera que ellos sean llamados, entre el autor y su víctima.

En sí, la figura penal aplicada cumple con el requisito de consistir básicamente en la descripción de una *conducta* del autor a la cual referir su culpabilidad. Debo recordar, también —aun sin demasiada convicción de mi parte— que es extendida la opinión según la cual los antecedentes penales o la reincidencia reflejan una mayor culpabilidad, como desprecio manifiesto del autor hacia la amenaza penal que, en el sistema de reincidencia real, él ya conoce por haberla sufrido. Incluso la CSJN ha fundado un mayor grado de culpabilidad del autor reincidente (*Fallos,* 311:1451, considerando 7º; y 308:1938, considerando 5º).

Pero cualquiera que sea la decisión que merezca el tema, lo cierto es que él resulta discutible en la práctica tan sólo ante reacciones extremas de la ley penal. Así como considero imposible un derecho penal que, al menos en alguna medida,

no se ocupe del autor, sobre todo para medir la pena, tampoco me parece intolerable para un derecho penal orientado hacia el principio de culpabilidad el hecho de que algunas figuras agraven la pena por una actitud interna del autor, reflejada en su historia de vida, y menos aun cuando ella se ve definida seriamente y por hechos externos, según sucede en el caso.

Por lo demás, tampoco parece intolerable para el principio de culpabilidad que, dentro de ciertos límites, se procure la agravación de la pena para aquellas personas que no han retrocedido ni siquiera ante el cumplimiento de una pena previa, privativa de la libertad, aspecto que, en términos de prevención especial (CN, art. 75, inc. 22; CADH, art. 5º, apart. 6; C.P., arts. 40, 41 y 26, entre otros; ley nacional 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, art. 1º, significa el intento de evitar nuevos delitos y de manejar la medida de la pena según estos parámetros, para que ella sea efectiva.

4. El recurrente ataca también la utilización de la *reincidencia* para agravar la calificación del hecho, pues —según sostiene— ella significa una lesión del principio *ne bis in idem*. Quizá valgan las palabras que ya sostuve académicamente y por escrito. La anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que aquella agravante genérica incida sobre esta agravante penal no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho de la condena o de la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar ni se pena nuevamente (conf. Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1957, p. 160).

De tal manera, la única tacha de inconstitucionalidad aceptable para discutir no triunfa en el caso y, por esa razón, el recurso respectivo debe ser rechazado.

5. Por los argumentos expuestos, voto por: *a)* rechazar la queja agregada a fs. 413/431, y *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido, agregado a fs. 310/321.

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. Adhiero a los argumentos expuestos en los puntos 1 y 2 del voto del doctor Julio B. J. Maier, en tanto ponen de manifiesto que la queja interpuesta por

la defensa del señor Rodríguez carece de la fundamentación necesaria para lograr demostrar la ilegalidad de la declaración de improcedencia parcial del recurso de inconstitucionalidad que pretende defender, declaración fundada, en definitiva, en la ausencia en el caso de alguno de los supuestos susceptibles de abrir la competencia revisora de este Tribunal (art. 27, ley 402).

2. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en cuanto a la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas. Básicamente la defensa alega que esta agravante "viola los preceptos constitucionales previstos por el art. 18 de la Carta Magna en cuanto no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho que habría cometido sino de los 'antecedentes condenatorios' que registrare" (fs. 318). En este sentido, se afirma que agravar la portación a raíz de los antecedentes penales del autor afectaría también el principio *ne bis in idem*, "dado que la convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona más de una vez y por el mismo hecho, ya que la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado" (fs. 319).

Al respecto cabe recordar que este Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema en el 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—'", sent. del 19/07/2006, donde rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la agravante por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, contenida en el art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, del C.P.

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

3. Propongo, entonces, rechazar la queja interpuesta a fs. 413/431 y el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida, corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado ante el juez de la causa (ver fs. 411/412) (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.

La jueza Ana María Conde dijo:

Comparto los fundamentos desarrollados en los puntos 1 y 2 del voto del doctor Julio B. J. Maier y, consecuentemente, también comparto aquellos argumen-

tos concordantes que expone el señor juez de trámite, Luis Lozano, para rechazar la queja interpuesta. Por otra parte, adhiero al voto del doctor José O. Casás para rechazar el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por la Cámara. En cuanto a la integración del depósito de ley que reclama la queja vencida, corresponde diferir su consideración a resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado (fs. 411/412).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que la queja presentada por la defensa del señor Marcelo J. Rodríguez (fs. 413/431), si bien fue interpuesta por escrito, ante este tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, debe ser rechazada.

La defensa no ha logrado una crítica suficiente para rebatir los motivos por los que la Sala I de la Cámara consideró parcialmente 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.).

2. Con relación al planteo vinculado con la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas, entiendo que el recurso fue correctamente concedido por la Cámara.

3. La norma impugnada prescribe que "el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con pena de cuatro (4) a diez (10) años" (conf. art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P., según modificación introducida por la ley 25.886).

4. La defensa en su recurso de inconstitucionalidad sostiene que la agravante cuestionada evidencia en el caso "que la intención del legislador fue sancionar en función de la persona y no del hecho" (fs. 318 vta.). Agrega que "nuestro sistema se rige por el derecho penal de acto y no de autor, por lo que cualquier intento de sancionar 'personalidades', 'formas de ser' o 'estados peligrosos' se encuentra prohibido… [y en consecuencia] el fundamento de la punición debe buscarse y hallarse en el hecho cometido por el agente y no en las manifestaciones de su personalidad".

Las normas constitucionales que entiende vulneradas son el art. 18, C.N. y el art. 13, inc. 9º, CCBA.

5. Entiendo que asiste razón a la defensa y que la agravante es inconstitucional.

La norma impugnada, al aumentar de manera automática y muy significativa el rango de la pena aplicable en razón de la situación penal previa del procesado, instaura un *status* diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva violatoria del la garantía de trato igualitario, fundamento último del derecho penal moderno.

Dicho en otros términos, la norma convierte en atributos de la personalidad y con ello da carácter ontológico a circunstancias que facultan (sino obligan) al juzgador a discriminar de manera objetiva entre clases de sujetos, e impone consecuencias más gravosas a quienes ya fueron sometidos a la acción punitiva estatal. La cuestión es harto significativa porque el reproche penal agravado sigue al fracaso evidente de aquella primera acción punitiva estatal, de acuerdo a los estándares que prescribe el art. 18 de la C.N. Ahora, en virtud del artículo cuestionado, aquel fracaso se traslada al ámbito de la responsabilidad individual del procesado al que se lo constituye como un sujeto "fallido", definido no por el acto que se juzga sino por su historia registrada. Bajo argumentos altruistas se omite toda evaluación del modo en que efectivamente funciona el sistema penal, y se acude a reproches de claro tono paternalista.

Cito como ejemplo el voto conjunto de los camaristas E. Marúm y M. Vázquez, cuando dicen: "lo que funda un mayor reproche es que en el momento de cometer un nuevo hecho el autor no se ha acordado, no ha tenido en cuenta, las graves consecuencias que una condena importa" (fs. 298 vta.).

6. Los presupuestos desde los cuales el legislador ha diseñado la norma, compartidos por el voto mayoritario de la sentencia recurrida, son definitivamente inadmisibles en el marco constitucional.

En primer lugar, la creencia según la cual registrar antecedentes penales refleja una mayor culpabilidad del individuo, es decir postular que la culpabilidad es acumulativa y al mismo tiempo desconocer que esa conceptualización alude a un rasgo de la persona. Nada más elocuente y contradictorio en este punto que utilizar expresiones como "insensibilidad demostrada" o "desprecio que manifiesta por la amenaza penal" (fs. 299) y pretender simultáneamente que "la punibilidad y que el incremento de pena no se apoya en el autor mismo —forma de ser, personalidad o estado peligroso—" (fs. 299).

En segundo lugar, la creencia según la cual el reproche penal previo es una suerte de lección magistral que colocaría al procesado en una situación de privilegio cognitivo del que no gozan quienes no lo sufrieron: "Tuvo ocasión de apreciar no sólo su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, en carne propia, y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción" (del voto mayoritario de la Cámara, fs. 298 vta.).

7. Por fin, quiero subrayar que los argumentos precedentes y mi convicción acerca de la invalidez constitucional de la figura agravada no se extienden, en principio, a las condiciones incorporadas a los arts. 40 y 41, C.P., porque ellas no presuponen, como en el supuesto bajo análisis, una razón objetiva y discriminatoria.

8. Voto en consecuencia por rechazar la queja, declarar bien concedido el recurso de inconstitucionalidad respecto de la inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas, y declarar la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P., (según modificación introducida por la ley 25.886).

9. 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. 189 bis, C.P.'".

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 413/431.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad, agregado a fs. 310/321, en cuanto fuera concedido.

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

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

CCLXXXIII

"JERVO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/JERVO S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. EJECUCIÓN FISCAL: Sentencia definitiva. Inhabilidad de título. Transacción. Interpretación de normas infraconstitucionales. BOLETA DE DEUDA: Requisitos.

SUMARIOS:

1. Si bien las decisiones recaídas en un juicio ejecutivo no constituyen, en principio, sentencias definitivas en los términos del art. 27 de la ley 402, se presenta un supuesto de excepción cuando la cuestión relativa a la presunta transacción invocada por la contribuyente que habría extinguido la deuda reclamada, ha sido

tratada por la Cámara de manera tal que impide su replanteo en un juicio ordinario posterior. *(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. Si bien la sentencia cuestionada, al desconocer la existencia de un acuerdo transaccional válido, y rechazar la defensa de inexistencia de deuda fundada en ese motivo, se transforma en equiparable a definitiva, el recurrente no logra rebatir el fundamento basado en la inexistencia del caso constitucional exigido por el art. 27 de la ley 402, en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La introducción de un caso constitucional debe realizarse, como regla, en los escritos de demanda, reconvención o contestación de ambas, ya que estos actos constituyen la primera oportunidad posible en el marco de los procedimientos y delimitan las cuestiones que deben ser materia de decisión en la sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla, situación que no se verifica cuando en el escrito mediante el cual la recurrente se presentó en el proceso y opuso excepciones, en ningún momento invocó la existencia de un acuerdo transaccional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

5. En el caso que una de las partes sea el Estado local, la aprobación del acuerdo transaccional debe realizarse mediante acto administrativo que cumpla los requisitos previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (dec. 1510/97 —LPACABA—), entre cuyos recaudos, debe celebrarse por escrito (art. 8º), ser suscripto por funcionario competente (art. 7º, inc. a) y observar los procedimientos exigidos por el ordenamiento jurídico (art. 7º, inc. d). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Al no existir acuerdo transaccional, toda la construcción del caso constitucional elaborada en torno a él se derrumba, y los principios y derechos constitucionales invocados por la demandada (principio de legalidad tributaria, derecho de propiedad, derecho de defensa en juicio) devienen en alegaciones teóricas sin relación con lo decidido en la causa, lo que impide tener configurado el caso constitucional requerido por el art. 27 de la ley 402. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Dadas las características y estructura legal que poseen las normas que rigen un acuerdo transaccional con el fisco local, y las propias normas que disponen y abarcan a los acuerdos de pago de impuestos locales en cuotas, la cuestión traída a debate se ubica en un ámbito eminentemente infraconstitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La constancia de deuda debe afirmar que han tenido lugar determinados hechos o actos que constituyen, con arreglo a la ley, los elementos suficientes para dar vida al crédito del Fisco; pero, no basta la opinión del órgano emisor de que estos elementos están reunidos, sino que debe dar cuenta de ellos de manera tal que quien lee finalmente la constancia, el juez, pueda establecer por sí que existe la

deuda, a condición de que la declaración sea veraz en cuanto a cada hecho o acto cuyo acontecimiento afirma. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La sentencia impugnada provoca una afectación de la propiedad de la recurrente que no proviene de la sentencia fundada en ley a que se refiere la C.N. y la CCBA, desde que no ha dado pleno efecto a la exigencia que impone que la boleta de deuda consigne ciertos datos, de un modo que tanto el contribuyente —para defenderse— como el juez —para dictar sentencia— puedan usar, en orden a corroborar que han tenido lugar los hechos o actos que, según la ley, constituyen los elementos suficientes para dar vida al crédito del Fisco. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5886/08 - 17/12/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad inició una ejecución fiscal contra Jervo S.A. para el cobro del impuesto sobre los ingresos brutos (en adelante ISIB) correspondiente a las cuotas 06 del año 1992 y 01 a 11 del año 1993 —con intereses calculados al 26/11/1998—, por la suma de $ 17.416,04, más intereses y costas (fs. 50/52).

La demandada opuso excepciones de inhabilidad de título, litispendencia y prescripción (fs. 53/62).

2. La jueza de primera instancia resolvió rechazar las excepciones planteadas y mandó llevar adelante la ejecución contra la demandada por el capital reclamado, con más intereses y costas de la ejecución (fs. 92/95).

3. Dicho pronunciamiento fue apelado por la demandada (fs. 103/110), por vía de un recurso que fue rechazado, por mayoría, por la Sala I de la Cámara, con costas a la vencida (fs. 3/11).

4. La demandada interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra dicha decisión (fs. 12/21).

La Cámara decidió no conceder el recurso interpuesto, por considerar que no se configuraba el caso constitucional requerido para este tipo de recursos, y que la decisión atacada no constituía sentencia definitiva ni equiparable, ya que la demandada no había acreditado que la decisión le causase un perjuicio irreparable (fs. 22).

5. La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad motivó la interposición de la presente queja ante el Tribunal (fs. 27/45).

6. El señor Fiscal General Adjunto propició rechazar el recurso de queja interpuesto por no dirigirse el recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia definitiva (127/129).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo oportuno (art. 33, L.P.T.), sin perjuicio de lo cual debe ser rechazada.

La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar: *i)* que la decisión atacada no constituía una sentencia definitiva ni tampoco se había acreditado el perjuicio irreparable que hubiera permitido equipararla a dicha condición, y *ii)* que no se ha había planteado con la claridad, fundamentación y precisión requeridas un caso constitucional.

Si bien las decisiones recaídas en un juicio ejecutivo no constituyen, en principio, sentencias definitivas en los términos del art. 27 de la ley 402, el presente resulta un supuesto de excepción. Y es que la cuestión relativa a la presunta transacción invocada por Jervo S.A., que —según la recurrente— habría extinguido la deuda reclamado en autos, ha sido tratada por la Cámara de manera tal que impide su replanteo en un juicio ordinario posterior.

En efecto, la Cámara, por mayoría, luego de citar y transcribir los arts. 80, inc. 2º apart. a), 81, inc. 9º y 51, CCBA, concluyó que "...en el derecho tributario, rige el principio de legalidad de la tributación conocido también como principio de reserva de ley (...) De acuerdo a lo señalado, el principio mencionado impide que sea el Poder Ejecutivo quien disponga de la renta pública y, por ende, no tiene facultades para llevar a cabo una transacción sobre materia tributaria. Ello así, por transgredir principios y normas constitucionales como las transcriptas (...) de acuerdo a las normas transcriptas —que no pueden ser desconocidas por las partes—, las pretensiones sostenidas por la demandada no resultan ajustadas a derecho..." (fs. 5). Ello implica desconocer la existencia de un acuerdo transaccional válido en el caso de autos, y rechazar la defensa de inexistencia de deuda fundada en tal motivo, lo que transforma a la sentencia cuestionada en equiparable a definitiva, al menos en este aspecto.

Sin embargo, el recurrente no logra rebatir el otro fundamento en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia del caso constitucional exigido por el art. 27 de la ley 402.

2. En los recursos de inconstitucionalidad y queja, la recurrente plantea un caso constitucional que se configuraría, a su entender, *i)* por la incorrecta interpretación y aplicación que realiza la Cámara del *principio de legalidad en materia tributaria* (arts. 51, 80 y 81, CCBA), fundado en el cual desconoce erróneamente la validez del acuerdo transaccional invocado por considerar que el Poder Ejecutivo carece de facultades para celebrarlo, y *ii)* por la afectación del *derecho de propiedad* de la recurrente (art. 17, C.N. y 12, inc. 5º, CCBA), que se produciría al condenarla a pagar una deuda inexistente.

Jervo S.A. manifiesta que en el expte. administrativo nº 26-079/99 se encuentra acreditada la celebración de un acuerdo transaccional en virtud del cual el

GCBA liberó a Jervo S.A. de reclamos por períodos anteriores al 6/8/1996 por el impuesto sobre los ingresos brutos. Sostiene que el principio de legalidad tributaria implica que la Legislatura es el órgano competente para sancionar leyes de carácter tributario, para la imposición y modificación de tributos, y para la determinación de los principios y garantías que rigen el sistema tributario de la Ciudad; pero que la celebración de un acuerdo transaccional como el de autos, entre la administración pública y un administrado, aun cuando se refiera a materia tributaria, no implica legislar en materia fiscal ni tributaria, ni significa imponer ni modificar tributos de ninguna índole, ni altera el principio de legalidad, ni ningún otro de los principios que rigen el sistema tributario de la Ciudad.

Asimismo, afirma que el acuerdo transaccional de autos solo tuvo alcance particular para las partes intervinientes, resolvió una cuestión hasta ese entonces litigiosa y controvertida, y fue celebrado por el Poder Ejecutivo local en el marco de las atribuciones constitucionalmente conferidas como representante legal y administrador de los bienes y recursos de la Ciudad, en los términos de los arts. 104, inc. 1º, 24 y 25, CCBA.

Planteado en dichos términos el caso constitucional de la recurrente, como veremos a continuación existen dos obstáculos que impiden su acogimiento en esta instancia: *i)* la inoportuna introducción del planteo, y *ii)* la inexistencia del invocado acuerdo transaccional.

3. La introducción de un caso constitucional debe realizarse, como regla, en los escritos de demanda, reconvención o contestación de ambas, ya que estos actos constituyen la primera oportunidad posible en el marco de los procedimientos y delimitan las cuestiones que deben ser materia de decisión en la sentencia definitiva. En otras palabras, la alegación debe formularse en oportunidad de trabarse la litis y sólo excepcionalmente en oportunidad posterior, pero siempre en la primera oportunidad que el procedimiento brinda al interesado (conf. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, p. 295, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; lo dicho en esta temática respecto del recurso extraordinario federal también es aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, ya que ambos recursos exigen que el tribunal superior de la causa esté en condiciones y emita un pronunciamiento sobre el caso constitucional o la cuestión federal).

En el mismo sentido, este Tribunal ha dicho que "la cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla. Debe haber ocurrido en el litigio una controversia de carácter constitucional y la decisión judicial debe haber recaído sobre ella. De lo contrario, se está en presencia de una reflexión tardía que (...) resulta extemporánea" (*in re* "Consorcio de propietarios edificio 86 —ex 78— nudo 2 barrio Soldati c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1286/01, sent. del 20/2/2002).

En este supuesto no se cumple tal exigencia, ya que en el escrito mediante el cual la recurrente se presentó en el proceso y opuso excepciones (fs. 53/62), *en ningún momento invocó la existencia de un acuerdo transaccional.*

Allí, Jervo S.A. opuso excepción de inhabilidad de título, fundada en la inexistencia de la deuda, y se refirió a las actuaciones del expte. adm. nº 26.079/99 (ver fs. 56 vta./57 vta., apart. III.b), que ofreció como prueba (ver fs, 61 apart. VI.b.1). La recurrente menciona que en ese expediente distintas empresas que realizaban actividades comerciales dentro del complejo Costa Salguero le propusieron al GCBA un arreglo, en el que reconocerían la potestad tributaria del Estado local a partir del mes/8/1996, y que el dictamen del por entonces Procurador General de la Ciudad doctor Marcer, así como la conformidad prestada por la Dirección General de Rentas, fueron favorables a esa propuesta.

Considera, entonces, que dichas actuaciones importan un "...contundente respaldo a la posición explicitada *supra* acerca de la carencia de jurisdicción tributaria por parte del GCBA sobre el complejo Costa Salguero, durante los períodos cuya ejecución se persigue en autos, y la consecuente improcedencia de la pretensión perseguida ..." (fs. 57), y que *...la promoción de la presente ejecución contraría la posición previa del GCBA puesta de manifiesto en las aludidas actuaciones...* (fs. 57 vta.). Y en el mismo sentido, la recurrente concluye que "...las actuaciones administrativas aludidas —que quedan ofrecidas como prueba—, configuran la situación que establece el art. 451, CCAyT al disponer como excepción admisible a los procesos de ejecución fiscal '...cualquier otro modo de extinción de las obligaciones... cuando se haya expedido, por autoridad competente, una certificación de inexistencia de deuda que comprenda el período reclamado...' La resolución aludida deberá indefectiblemente ser encuadrada en la hipótesis transcripta, y en mérito a ello corresponderá también el rechazo de la ejecución..." (fs. 57 vta.).

Como podemos apreciar, las actuaciones administrativas aludidas fueron invocadas por la recurrente como respaldo a su postura que le negaba al Estado porteño potestades de imposición en el Complejo Costa Salguero en la etapa previa a la sanción de la Constitución porteña, pero *en ningún momento fue mencionado que Jervo S.A. y el GCBA hayan suscripto finalmente un acuerdo transaccional que haya extinguido la deuda reclamada en autos.* Por el contrario, la recurrente menciona que distintas empresas "propusieron un arreglo", y no que hayan "celebrado" un acuerdo.

Ello privó a la jueza de primera instancia de pronunciarse sobre la existencia y validez de la presunta transacción, e impide su consideración en esta instancia, sin que dicha omisión pueda ser subsanada por el tardío esfuerzo realizado al expresar agravios en el marco del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (ver fs. 103/110).

4. Pero aun cuando consideráramos que este Tribunal se encuentra habilitado para expedirse sobre el caso constitucional planteado, lo cierto es que el razonamiento desplegado por la recurrente parte de un defecto insalvable: la *inexistencia de un acuerdo transaccional.*

El art. 832, Cód. Civil establece que la transacción es un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas y dudosas. Entre sus caracteres, además de ser un acto jurídico bilateral,

es de naturaleza indivisible, declarativo y de interpretación restrictiva (Zannoni, Eduardo A. en "Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado", Belluscio —dir.—, Zannoni —coord.—, t. 3, comentario a los arts. 834, 835 y 836, p. 710, Astrea, Buenos Aires, 1994).

En el caso que una de las partes sea el Estado local, la aprobación del acuerdo transaccional debe realizarse mediante acto administrativo que cumpla los requisitos previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (dec. 1510/97 —LPACABA—). Entre otros recaudos, debe celebrarse por escrito (art. 8º), ser suscripto por funcionario competente (art. 7º, inc.a) y observar los procedimientos exigidos por el ordenamiento jurídico (art. 7º, inc. d).

En los distintos recursos interpuestos por la demandada a lo largo del proceso, se menciona un presunto acuerdo transaccional, pero en ningún momento se lo identifica, ni se lo localiza en el expediente administrativo, no se dice en qué fecha fue celebrado, ni cuál fue el funcionario gubernamental que lo suscribió. Y nada de esto se explicitó por el simple hecho de que no existe el mentado acuerdo, lo que se desprende de la lectura de los expedientes administrativos que obran como prueba documental en la presente causa.

En el expte. adm. nº 26.079/1999 obran las siguientes actuaciones de relevancia para este caso:

a) A fs. 4, 9, 10, 20/21 y 46, las empresas Telemetrix S.A., DR S.A., Centro Costa Salguero S.A., Puerto Norte S.A. y Jervo S.A. (respectivamente) propusieron un acuerdo al GCBA, en el que consentirían la potestad impositiva del GCBA a partir de la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —6/8/1996—, a cambio de una nueva determinación del impuesto a los ingresos brutos a partir del 6/8/1996 y hasta la fecha de dicha presentación, eliminándose las multas y recargos y otorgándose facilidades de pago. Además, en el marco de dicha propuesta de acuerdo, las empresas Telemetrix S.A., DR S.A., Centro Costa Salguero S.A. y Puerto Norte S.A. desistirían de la acción y el derecho en los juicios en trámite en el fuero civil.

b) A fs. 52/54 el Interventor de la Dirección General de Rentas presentó un informe en el que analizó la propuesta y la consideró aceptable, salvo en lo referido a la solicitud de no aplicación de intereses resarcitorios por mora a partir del 6/8/1996.

c) A fs. 84/86, obran copias de los escritos mediante los cuales las empresas DR S.A., Telemetrix S.A. y Puerto Norte S.A. desistieron de las respectivas acciones judiciales interpuestas en el fuero civil.

d) A fs. 87 consta una copia certificada de la resol. 1088-PG-99, mediante la cual el Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires dispone la suspensión del trámite de las ejecuciones fiscales en las cuales se reclame el cobro del impuesto sobre los ingresos brutos a Telemetrix S.A., DR S.A., Centro Costa Salguero S.A., Puerto Norte S.A. y Jervo S.A.

e) A fs. 88/89 emitió dictamen el señor Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires, en el que consideró que corresponde aceptar las propuestas de acuerdo realizadas por los contribuyentes Telemetrix S.A., DR S.A., Centro Costa Salguero S.A., Puerto Norte S.A. y Jervo S.A.

f) A fs. 91/92 obra un proyecto de decreto para ser firmado por el señor Jefe de GCBA, en el que dispondría: *i)* la aceptación de las propuestas de acuerdo realizadas por los contribuyentes Telemetrix S.A., DR S.A., Centro Costa Salguero S.A., Puerto Norte S.A. y Jervo S.A., para la resolución del diferendo que mantienen con ese Gobierno en relación al impuesto sobre los ingresos brutos; y *ii)* la confirmación de la resol. 1088-PG/99, en cuanto dispone la suspensión de los procedimientos judiciales en los casos en que la Ciudad es actora.

Por su parte, a fs. 18/19 del expte. adm. nº 65.090/1999 obra un dictamen de la Procuradora General de la Ciudad que consideró que no resulta necesario el dictado de un decreto atento la existencia del desistimiento de acciones judiciales.

Por último, en la carpeta interna 99.737 obran las siguientes actuaciones:

a) A fs. 62/65 figura un dictamen de la Jefa de Departamento Control de Recaudación de Grandes Contribuyentes dependiente de la Dirección Grandes Contribuyentes de la Dirección General de Rentas, en el que indica que Jervo S.A. no registra en su base de datos acogimiento alguno a un plan de facilidades.

b) Asimismo, considera que el GCBA debería desistir de las acciones judiciales tendientes al cobro de la deuda por el impuesto a los ingresos brutos emergente con anterioridad al 6/8/1996 respecto a las empresas Telemetrix S.A., DR S.A., Centro Costa Salguero S.A. y Puerto Norte S.A., a excepción del contribuyente Jervo S.A. hasta tanto aclare su situación

c) A fs. 67 obra un informe del Subdirector General de Recaudación y Atención al Contribuyente de la Dirección General de Rentas, que indica que Jervo S.A. no tiene anticipos afectados a planes de facilidades y que las posiciones 04 a 12/1991, 01 a 12/1992 y 01 a 11/1993 figuran como deuda en firme Transferida a Mandatario.

d) A fs. 73/78 figura un informe de la Jefa de Departamento Control de Recaudación de Grandes Contribuyentes dependiente de la Dirección Grandes Contribuyentes de la Dirección General de Rentas, del que surge que Jervo S.A. tiene afectados a planes de facilidades distintos anticipos correspondientes a los períodos 1996 a 2004 inclusive.

A fs. 110 obra en copia simple un informe de la Jefa de Departamento de Gestión de Deuda de la Dirección Administ. y Control de la Recaudación de la Dirección General de Rentas, que indica que Jervo S.A. se acogió a la moratoria de la ley 671, y que los anticipos incluidos son los 07 a 12 de 1997, 02 a 12 de 1999, 03 a 12 de 2000 y 03 a 06 de 2001.

De esta breve síntesis se desprende que ciertas empresas propusieron un acuerdo al GCBA, que nunca fue formalmente aceptado. En otras palabras, si bien fueron emitidos dictámenes —por su naturaleza, sin carácter vinculante— de distintos órganos de la Administración Pública —la Dirección General de Rentas y la Procuración General de la Ciudad— aconsejando aceptar el acuerdo sugerido, y si bien fue elaborado incluso un proyecto de decreto de aprobación de las propuestas de arreglo, lo cierto es que no existió ningún acto administrativo suscripto por funcionario competente que haya aceptado la propuesta transaccional elevada por las empresas.

Al no existir el mentado acuerdo transaccional, toda la construcción del caso constitucional elaborada en torno a él se derrumba, y los principios y derechos constitucionales invocados por la demandada (principio de legalidad tributaria, derecho de propiedad, derecho de defensa en juicio) devienen en alegaciones teóricas sin relación con lo decidido en la causa, lo que impide tener configurado el caso constitucional requerido por el art. 27 de la ley 402.

5. Por los motivos expuestos, voto por rechazar la queja planteada por Jervo S.A.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Me adhiero al voto —salvo en lo referente al señalamiento del objeto recurrido como sentencia definitiva— y al resultado del voto dictado por la señora jueza del trámite. Sin perjuicio de ello, entiendo necesario formular algunas precisiones.

2. La demandada, Jervo S.A., insiste, a pesar de las evidencias adversas colectadas en sede administrativa, en sostener que se halla incluida en un régimen de pago en cuotas del impuesto a los ingresos brutos (ISIB) y, por ende, a su respecto, no es procedente el juicio de ejecución fiscal que le inició la Dirección General de Rentas (DGR), razón por la que también insiste en mantener su versión de que habría llegado a un acuerdo de pago (transacción) con la DGR. Todas estas circunstancias, con independencia de que en su mayoría son desmentidas por las constancias administrativas agregadas, imponen el deber de manifestar que la causa se "ancla" en un ámbito eminentemente infraconstitucional, habida cuenta de las características y estructura legal que poseen las normas que rigen un acuerdo transaccional con el Fisco local, y las propias normas que disponen y abarcan a los acuerdos de pago de impuestos locales en cuotas. Con ello bastaría para rechazar los recursos interpuestos y hasta se puede recordar el valor de las decisiones en el plano de la ejecución, que, por regla, no constituyen sentencia definitiva (conf. causa nº 1874/02, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Correa Luna S. A. c/GCBA [Secretaría de Educación] s/demanda c/aut. adm.-otros", sent. del 20/11/2003; mis votos en las causas 1888/02, "Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal'", sent. del 5/3/2003 [*Constitución y Justicia* [Fallos

del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 101 y ss.]; 1895/02 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/GCBA s/ejecución fiscal - otros'", sent. del 5/3/2003 [*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 110 y ss.]; 2133/03, "GCBA c/Club Mediteranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad requerido", sent. del 27/5/2003, [*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 311 y ss.]; y 3107/04 "Terminales Portuarias Argentinas S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Terminales Portuarias Argentinas S.A. s/ejecución fiscal - Plan de facilidades de pago'", sent. del 5/11/2004 [*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 1118 y ss.]). Empero, por lo demás, también se puede destacar de la solución de fondo que reclama la recurrente, los siguientes aspectos.

3. Al no contarse con el acuerdo transaccional que tan vehementemente se invoca, tampoco se pueden confirmar los conceptos y las magnitudes del o de los tributos abarcados. Este hecho, a estar a las inferencias que sugieren las constancias agregadas, tampoco es favorable para la pretensión esgrimida, ya que todo induce a creer que, si existió un intento de acuerdo, éste debía recaer, al menos, sobre el ISIB correspondiente a los períodos 6/92 y 1 a 11/93, por un total de $ 17.416,04 en concepto de impuesto (conceptos por los que se inicia la ejecución fiscal). Basta comparar esta situación con la muy diversa de todas las demás empresas en trance análogo de sufrir la necesidad de paliar una deuda fiscal, que —previo acuerdo con el Fisco local— inician simultáneamente el plan de facilidades por pago en cuotas por obligaciones fiscales contraídas desde el 6/8/1996 (conf. nota del 28/2/2002, constancias glosadas a fs. 62/65 de las actuaciones administrativas, carpeta interna nº 42.197/2000 agregada, y corroboración de las constancias del exp. nº 26.079/99, también agregado y ya citado en esta sentencia—).

4. Muy distinta es la situación fiscal de la aquí demandada en su cotejo con las demás empresas favorecidas por la moratoria, cuyas circunstancias sirven a modo de contraluz para demostrar la serie de incorrecciones fáctico-jurídicas que constituyen la situación de Jervo S.A. y corroboran la necesidad de rechazar el recurso de queja interpuesto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto rechaza recurso de queja, pues ésta, aunque interpuesta en tiempo y forma (conf. art. 33, ley 402), no puede tener acogida favorable.

2. Tanto en esta queja como en el recurso de inconstitucionalidad se cuestiona la decisión de la Cámara que, en el marco de una ejecución fiscal promovida por cobro de las cuotas 6/92 y 1 a 11 del año 93 por el impuesto sobre los ingresos brutos, confirmó la sentencia de primera instancia en la cual no se hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada.

Si bien la sentencia recaída en juicios ejecutivos, en principio, no reviste el carácter de definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, tengo para mi que en estos actuados la recurrente invoca y logra demostrar que procede equiparar el pronunciamiento aquí atacado a uno de tal carácter.

Ello así, en tanto, "Jervo S. A." al tratar esta cuestión en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad —fundamental para que se habilite la jurisdicción recursiva del Tribunal en el caso, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402— sostuvo que "la sentencia recurrida debe ser equiparada a una definitiva, puesto que el modo en que la Excma. Cámara resolvió la causa frustra toda posibilidad de replantear la cuestión en una instancia posterior" ya que entiende que las consideraciones efectuadas en el pronunciamiento, relativas al desconocimiento de todo valor a la supuesta transacción celebrada por el Poder Ejecutivo —que traería aparejada la extinción de la obligación tributaria por los períodos reclamados en este proceso— en supuesta contravención a las normas de los arts. 80, inc. 2º y 81, inc. 9º de la CCBA y al principio de legalidad consagrado en el art. 51 de dicho Estatuto Fundamental, implicó adentrarse en el tratamiento de la existencia y causa de la presunta deuda reclamada; lo que impide que dichos aspectos y las interpretaciones legales efectuadas sobre los mismos puedan ser nuevamente discutidos en un juicio ordinario posterior (conf. fs. 75/77).

Téngase en cuenta que el *a quo* en oportunidad de resolver la apelación interpuesta sostuvo que el principio de legalidad "impide que sea el Poder Ejecutivo quien disponga de la renta pública y, por ende, no tiene facultades para llevar a cabo una transacción sobre materia tributaria" por lo que "las pretensiones sostenidas por la demandada no resultan ajustadas a derecho. De allí que no puedan ser consideradas, al menos en este tipo de proceso a fin de admitir las excepciones de inhabilidad de título y de inexistencia de deuda incoadas por la recurrente" (conf. fs. 5 y 6).

3. También coincido con los fundamentos expresados en el voto de la señora jueza de trámite, a los que remito y que me llevan a considerar que no existe caso constitucional en los términos exigidos por el art. 27 de la ley 402.

Ello así, en tanto de las constancias de la causa no surge acto administrativo alguno que respalde la existencia del supuesto acuerdo transaccional, ni tampoco la individualización precisa por parte de "Jervo S.A." del mismo, sino tan sólo:

a) que existió una propuesta efectuada por determinadas empresas por la que consentirían la potestad tributaria de la Ciudad a partir del 6/8/1996 sobre la zona de terrenos ganados al Río de la Plata en la cual desarrollan su actividad, con el compromiso por parte de la jurisdicción local de efectuar una nueva determinación del impuesto sobre los ingresos brutos a partir de tal fecha eliminándose las multas y recargos y otorgándoles facilidades de pago, lo que llevaría a que las empresas involucradas procedieran a desistir de las acciones y derechos que habían iniciado e invocado hasta entonces cuestionando la potestad impositiva de la Ciudad.

b) la aceptación de lo propuesto podría resultar procedente según opinión preliminar de la Dirección General de Rentas (fs. 52/54) y de la Procura-

ción General de la Ciudad (conf. fs. y 88/89 del expte. adm. nº 26.079/99) así como se infiere del dictado por dicho organismo de la resolución nº 1088-PG-99, por la que se dispuso la suspensión del trámite de las ejecuciones fiscales iniciadas a las empresas proponentes por el cobro de períodos correspondientes al impuesto sobre los ingresos brutos (conf. fs. 87), y del proyecto de decreto elevado a consideración del señor Secretario de Gobierno para su refrendo (conf. fs. 91/92 del citado expediente administrativo).

c) la intervención del Señor Subsecretario de Gobierno por la cual solicita a la Procuración General de la Ciudad que atento el proyecto de decreto elevado, se aclarara, entre otras cuestiones, "si la aceptación, por parte del GCBA, de las propuestas formuladas por las contribuyentes en este expediente administrativo implica la transacción que contempla el art. 82, inc. 4º, de la CCBA y, en caso afirmativo, si debe consecuentemente someterse a la aprobación de la Legislatura" (*sic* - el destacado no obra en el texto original).

d) el dictamen de la señora Procuradora General a/cargo de la Procuración General de la Ciudad, señalando que "en atención a la opinión vertida en mi anterior intervención obrante a fs. 88/89 no resulta necesaria la emisión de un decreto.// En efecto, en el caso se extingue la controversia judicial mediante el desistimiento de los juicios efectuados por la reclamante y al aceptarse por ella la jurisdicción impositiva de la Ciudad, ello al presentar sus declaraciones juradas ante la Dirección General de Rentas" (conf. fs. 18 y 19 del expte. nº 65.090/99 de la Dirección General de Rentas", que corre por cuerda).

4. A esta altura creo oportuno señalar aquí que la discusión traída a esta instancia no puede desentenderse, más allá del camino seguido por la propuesta en la esfera de la Administración —plagado de errores jurídico conceptuales—, de que aun cuando el acuerdo transaccional invocado por "Jervo S.A." hubiera llegado a formalizarse, en la especie se habrían transgredido los límites constitucionales que se imponen al ejercicio de facultades del Ejecutivo en materia tributaria por la adopción del sistema de reserva de ley, consagrado desde antiguo por prácticamente todos los Estados —v. Victor Uckmar: *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, capítulo I: "Principio de legalidad", pp. 9 y ss., Temis, Bogotá, 2002— y consiguientemente receptado en la Constitución Nacional y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. arts. 4º, 17, 19, 76 y 99, inc. 3º, de la C.N. y art. 51, 80, inc. 2º, apart. a, 81 de la C.N.).

Obsérvese que el verbo *transar* —que se deriva de la voz *transigir* cuyo origen lo hallamos en el latín en la palabra *transigire* que significa "terminar" o "concluir"— adquiere en el lenguaje jurídico un contenido específico, recogido y desarrollado en nuestra legislación de fondo (v. art. 832 del Cód. Civil), que requiere como elementos constitutivos para su configuración que: *a)* haya acuerdo de voluntades; *b)* las partes se hagan concesiones recíprocas, es decir, que cedan

parte de sus pretensiones a cambio de que se les asegure el carácter definitivo de las restantes o su cumplimiento inmediato o a breve plazo, y *c)* por estas concesiones se extingan obligaciones litigiosas o dudosas.

Las opiniones doctrinales y la legislación latinoamericana en su conjunto se exhiben contrarias a admitir la transacción en materia tributaria. Es que la mayoría de los autores es coincidente al afirmar *el dogma de la indisponibilidad de las obligaciones tributarias* teniendo en cuenta que las prestaciones patrimoniales en este ámbito son consecuencia de un *mandato establecido por ley formal-material* —obligación *ex lege*—, esto es, de un vínculo jurídico fundado en la ley, a cuyo alumbramiento y conformación es totalmente extraña la voluntad de los sujetos aprehendidos en la esfera de sujeción pasiva y, además, como derivación necesaria, no sólo del principio de legalidad, sino también del de generalidad.

En igual sentido, el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Rafael Calvo Ortega, señala: "El poder tributario no puede conformarse con asegurar una determinada recaudación como financiación de los servicios públicos. La Constitución le exige a él —al Poder Legislativo—, y lo mismo a las Administraciones Públicas (con personalidad jurídica y como tales acreedores de la obligación), que los tributos sean satisfechos en los términos y por los sujetos establecidos en las leyes. La generalidad y la capacidad... así lo demandan e, igualmente, la justicia del sistema tributario que predica la Constitución. Admitir la disponibilidad... sería tanto como dejar el cumplimiento de los principios y del gran objetivo de justicia en manos de acreedores y deudores" (conf. *Curso de derecho financiero*, t. I: "Derecho tributario —Parte General—", título II: "Derecho tributario", capítulo II: "Principios", parágrafo 2: "Principios legales", subparágrafo C: "Indisponibilidad de las situaciones subjetivas", pp. 85 y ss., en particular pp. 85, 86 y 87, Civitas, Madrid, 1997).

Ya entre nosotros, el profesor Dino Jarach ha señalado el carácter *ex lege* de la obligación tributaria, por lo que las consecuencias que se derivan de la relación jurídico-tributaria no nacen de la voluntad de quienes realizan estas actividades, sino exclusivamente de la ley; y no solamente no pueden ellos crear o no el efecto tributario, sino que tampoco pueden influir sobre él, que es únicamente consecuencia de la voluntad de la ley, porque de otra manera escaparían al principio básico de que es la apreciación propia del legislador la que establece cuáles son las consecuencias tributarias de una determinada actividad. Todos los principios constitucionales ... limitan este arbitrio del legislador; pero mientras el legislador actúa dentro del marco constitucional, es la ley y sólo ella la que hace nacer las consecuencias tributarias, y lo hace de acuerdo con el principio y el poder fiscal inherentes a la propia esencia del Estado, como una de sus prerrogativas de soberanía" (v. *Curso superior de derecho tributario*, edición nueva actualizada, capítulo VI: "Naturaleza e interpretación de las normas tributarias sustantivas", punto 4: "Relaciones entre derecho tributario material y derecho privado", Cima, Buenos Aires, 1969, pp. 283 y ss., en particular p. 286).

En tal línea de razonamiento, se ha enrolado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, casi sin matices, para sostener, entre muchas causas, en "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, que: "los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos, pues su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública", doctrina que también se hizo presente, entre otros muchos pronunciamientos, *in re* "S.A. Ford Motor Argentina v. Dirección Nacional de Aduanas" (*Fallos,* 283:360), sent. del 15/9/1972), concluyéndose *in re*: "Rosa Campomar de Echavarría v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" *(Fallos,* 218:596), sent. del 30/11/1950, que en principio "no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones"; para resumir en "Lamport y Holt Ltd. v. Provincia de Santa Fe" (*Fallos,* 218:694), sent. del 7/12/1950 que: "las diversas formas o modos de imposición son, en verdad, una manifestación de voluntad exclusiva del Estado desde que el contribuyente sólo tiene deberes y obligaciones, pero aquél como órgano de derecho que es, tiene que respetar la supremacía de la Constitución".

5. Así, entonces, por los fundamentos expuestos precedentemente así como por los vertidos en el voto de la señora jueza de trámite, me pronuncio por el rechazo de la queja impetrada.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue presentado en tiempo y forma debida (art. 33 de la ley 402).

La crítica de la recurrente es suficiente para poner en crisis las afirmaciones de carácter muy general del auto denegatorio.

2. El recurso de inconstitucionalidad satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

Aún en el marco de una ejecución fiscal, el modo en que la Cámara consideró los agravios de Jervo permite equiparar el pronunciamiento atacado a definitivo y entrar en el análisis del recurso interpuesto.

3. En su recurso Jervo formula diversos planteos.

Por un lado, la empresa objeta la interpretación efectuada por los magistrados de los arts. 51, 80, inc. 2º y 81, inc. 9º de la CCBA. Expresa (fs. 17 vta.) que "(...) la celebración de un acuerdo transaccional por parte del ejecutivo local, mediante el cual se resuelve una situación controvertida y litigiosa que solo *(sic)* alcanza a las partes intervinientes en dicho acuerdo; de ningún modo puede ser considerada una transgresión a las normas de los arts. 80, inc. 2º y 81, inc. 9º de la Constitución local, cuando estas normas regulan situaciones muy distintas a las acaecidas en este caso, al imponer el marco aplicable a la sanción de leyes de carácter tributario, lo cual de ningún modo se configuró en el caso". Agrega (fs. 18) que "(...)

la interpretación dada en la sentencia recurrida no efectúa una correcta aplicación de la garantía de la reserva de ley; al invocar y utilizar el principio de legalidad en perjuicio del administrado, lo cual lleva a la mayoría de la Cámara a desconocer los efectos del acuerdo transaccional que ha sido celebrado por el Poder Ejecutivo conforme a derecho y en el marco de sus propias atribuciones".

Por otra parte, la impugnante afirma (fs. 20 y vta.) que "(...) admitir la procedencia de la ejecución significaría violentar derechos adquiridos de mi parte, consolidados al momento de celebrar la transacción; con directa afectación del derecho de propiedad de mi mandante amparado en los arts. 17 de la C.N. y 12, inc. 5º de la Constitución local".

Los agravios detallados más arriba sólo en apariencia presentan una cuestión constitucional. Una lectura cuidadosa del recurso en examen demuestra que ha sido la propia recurrente quien sellara la suerte adversa de su defensa. Ello, por dos razones que seguidamente explico.

a) Al oponer la excepción de inhabilidad de título, Jervo sostuvo (fs. 53 vta.) que "[l]a excepción (...) se encuentra fundamentada en la carencia de facultades del funcionario que suscribe las boletas de deuda con que se pretende sustentar la presente ejecución, atendiendo a la falta de jurisdicción tributaria del GCBA para pretender gravar las actividades comerciales desarrolladas por mi mandante, teniendo en consideración el lugar físico donde aquellas fueron llevadas a cabo, el que (...) resultaba ajeno al ámbito territorial de la Ciudad de Buenos [Aires] y con ello extraño a las facultades jurisdiccionales de la aquí actora, durante los períodos cuya ejecución se persigue en la presente". Luego de un extenso desarrollo vinculado con la supuesta falta de jurisdicción tributaria de la Ciudad, la empresa adujo que dicha situación no era nueva para el Gobierno dado que ella y otras sociedades que realizan actividades dentro del Complejo Costa Salguero, le propusieron a aquél un arreglo para resolver el diferendo sobre el tema, en el que reconocerían la potestad tributaria local a partir del 8/1996. *En tal contexto*, la ejecutada manifestó que las actuaciones administrativas en las que tramitara su propuesta de acuerdo respaldaban su posición dado que la actora había hecho lugar a lo peticionado en base a lo expuesto por el Procurador General y por la Dirección General de Rentas. Afirmó que lo actuado en el indicado expediente administrativo (nº 26.079/99) debía ser considerado como una certificación de inexistencia de deuda en los términos del art. 451, CCAyT.

La jueza de grado entendió (fs. 94 y vta.) que "(...) analizar la cuestión relativa a la competencia del GCBA para ejercer facultades jurisdiccionales respecto de la actividad desarrollada por la ejecutada, implicaría adentrarse en el examen de la causa de la obligación, lo cual excede claramente el limitado marco de conocimiento del proceso de ejecución fiscal. Máxime teniendo en cuenta que la pretendida incompetencia no surge en forma manifiesta del análisis de las constancias del expediente ni de la normativa aplicable al asunto".

Al apelar la sentencia de primera instancia, la ejecutada adujo (fs. 105 vta.) que "(...) mi parte no pretendió del Juzgador que se expidiera en el marco de este proceso acerca de las facultades jurisdiccionales del GCBA sobre las tierras donde

se asienta su local comercial; sino referir a los antecedentes de la cuestión de modo que el *a quo* contara con los elementos de análisis necesarios para la adecuada solución del caso, advirtiendo así la inexistencia de deuda exigible". Agregó (fs. 105 vta./106) que, sin perjuicio de ello "(...) en atención a las particularidades del caso hubiera resultado manifiestamente innecesario adentrarse a analizar la carencia o no de facultades jurisdiccionales del GCBA durante los períodos en discusión; puesto que lo concreto es que esa cuestión ha sido resuelta entre mi parte y el GCBA mediante lo actuado en el expte. C/P 26.079/99, en el que las partes acordaron el reconocimiento de jurisdicción pero sólo a partir del período 8/1996, lo que evidencia la inexistencia de deuda exigible por los períodos anteriores, tal como lo son los reclamados en autos". Asimismo, la accionada se agravió de que la decisión de grado no considerara las constancias del expte. C/P 26.079/99.

De la anterior reseña surge que al apelar la resolución dictada por la jueza Fabiana Schafrik, Jervo modificó el eje de su defensa. Como señala mi colega Ana María Conde en el punto 3 de su voto, el expte. C/P 26.079/99 fue invocado por la empresa al oponer excepciones para fortalecer el argumento de la falta de potestad tributaria del GCBA en el territorio donde desarrolla su actividad comercial, pero no se refirió allí en concreto a la celebración de un acuerdo transaccional.

Esta sola circunstancia justificaría el rechazo del recurso de fs. 12/21 (puesto que la inexistencia de la deuda fundada en el supuesto acuerdo, sería un argumento tardío). Podría agregar que, desde otra perspectiva, se arriba a la misma solución.

b) La Cámara sostuvo al rechazar la excepción de inhabilidad de título y la inexistencia de la deuda que la invocación de un presunto acuerdo no podía ser considerada en el juicio ejecutivo, y a todo evento advirtió acerca de la carencia de facultades del Poder Ejecutivo para llevar a cabo una transacción en materia tributaria, en los términos de los arts. 80, inc. 2º, apart. a), 81, inc. 9º) y 51 de la CCBA.

Con dicha argumentación la Sala I no admitió la existencia de un acuerdo transaccional como el que Jervo invoca. Y es que, en efecto, no consta en autos ningún acto administrativo mediante el cual se hubiera aceptado la propuesta elevada por la empresa al GCBA.

El cuestionamiento de la recurrente a la interpretación de la Cámara carece de sustento. Fue construido como si Jervo y el GCBA hubieran arribado a una transacción, y ésta hubiera sido reconocida judicialmente, lo que no es cierto.

Así las cosas, como lo destaca la señora jueza de Trámite en el punto 4 de su voto, el supuesto caso constitucional pierde toda entidad.

4. Por lo expuesto, voto por *i)* admitir la queja de fs. 27/45 vta.; y *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 12/21, con costas a la demandada vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Tal como señala mi colega, jueza Ana María Conde, la sentencia impugnada, pese a haber sido dictada en un proceso ejecutivo, "al desconocer la existencia

de un acuerdo transaccional válido en el caso de autos, y rechazar la defensa de inexistencia de deuda fundada en tal motivo", impide el replanteo del tema en un juicio ordinario posterior, y debe ser equiparada a un pronunciamiento definitivo.

Además, los recursos articulados por Jervo S.A., por un lado, se alzan contra la interpretación y aplicación de diversos artículos de la CCBA (v. gr. 51, 80, 81) en los que el *a quo* buscó apoyo para confirmar la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución fiscal. Por otro, postulan que el pronunciamiento impugnado no constituye una derivación razonada del derecho vigente, ni de las constancias de la causa, porque desconoce "la notoria inexistencia de la deuda" que surge del expediente administrativo agregado a estas actuaciones, en desmedro de lo previsto en los arts. 17 de la C.N. y 12, inc. 5º de la CCBA.

En tal contexto, corresponde admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad por cuanto, según se verá, la decisión cuestionada compromete de modo directo e inmediato derechos amparados por la Constitucional Nacional y la CCBA (art. 27 de la ley 402).

2. En primer término, a fin de facilitar y ordenar el análisis de los agravios traídos a conocimiento del Tribunal, conviene repasar brevemente los antecedentes del pleito.

2.1. A fs. 11 de los autos principales, obra la boleta de deuda mediante la cual el GCBA inició un juicio de apremio, contra Jervo S.A., por la suma de $17.416,04 en concepto de ISIB por los períodos 1992 (anticipo 6) y 1993 (anticipos 1/11). Por su parte, la demandada al comparecer al pleito, articuló excepción de inhabilidad de título (fs. 35, autos principales). Para fundar esa defensa señaló, en lo que ahora importa, que junto con otras empresas propusieron al GCBA "reconocer jurisdicción del gobierno local" para cobrar el impuesto reclamado a partir de 1996. La propuesta, según explica, contó con el dictamen favorable del entonces PGCABA mediante el cual, en definitiva, se propició tomar como fecha de inicio de las actividades gravadas el mes 8/1996 (carpeta 26.079/99). De todo ello, conforme sostuvo la recurrente, "resulta la falta de atribuciones del funcionario interviniente para la suscripción de la boleta con que se pretende sustentar la ejecución, y la consecuente inhabilidad del título aludido, por lo que corresponderá el rechazo de la presente ejecución, con costas. A todo evento y conforme lo dicho, mi parte niega la existencia de la deuda reclamada, por los fundamentos expuestos" (fs. 38/39, autos principales).

Asimismo, al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia que mandó llevar adelante la ejecución, Jervo S.A. remarcó que "rechazar la excepción por los fundamentos dados por el *a quo* referidos a la autorización conferida por el Código Fiscal a la DGR y al funcionario interviniente para suscribir boletas de deuda, y mencionar como único sustento de ello las normas de las que derivaría dicha genérica autorización, importa pasar por alto los fundamentos expuestos por mi parte y desconocer el propio núcleo de la defensa" pues por su intermedio se pretendía "demostrar lisa y llanamente la inexistencia de deuda exigible y la consecuente improcedencia de la ejecución" dado que "las partes acordaron el reconocimiento

de jurisdicción pero sólo a partir del período 8/1996" tal como surgiría del expte. adm. nº 26.079/99 (fs. 224/225, autos principales).

Finalmente, al interponer el recurso de inconstitucionalidad de fs. 263/272 (autos principales) la demandada insistió en postular que las propias constancias de la causa (en referencia al expte. administrativo agregado a estas actuaciones) acreditan la inexistencia de la deuda. En tal sentido refirió que existía acuerdo entre Jervo S.A. y el GCBA en cuanto a que para "las obligaciones fiscales vinculadas con el impuesto sobre los ingresos brutos" se tomaría "como fecha de inicio de (...) actividades gravadas el mes 8/1996" y, por ello, su mandante y el resto de los ocupantes del Complejo Costa Salguero, "desistieron de las acciones judiciales en curso contra el GCBA tendientes a la declaración de falta de jurisdicción y competencia, y se allanaron a regularizar la deuda por los períodos posteriores al mencionado mes/8/1996, lo cual puede observarse en las constancias del referido expediente" administrativo. En ese marco, el recurrente sostiene que "las normas de los arts. 80 y 81 de la constitución local, invocadas para dar sustento a la sentencia recurrida no han sido violentadas en el caso, por no haber invadido el Poder Ejecutivo local el ámbito de facultades y atribuciones de la Legislatura" (fs 268 vta. y 270 y vta.).

2.2. La compulsa de las constancias administrativas agregadas como prueba documental (expte. 26.079/99), cuya autenticidad no viene controvertida, acredita que: *i)* diversas empresas, entre ellas, Jervo S.A. propusieron un acuerdo al GCBA, a partir del cual esos contribuyentes consentirían la potestad impositiva del GCBA desde la sanción de la CCBA, regularizarían su situación frente al ISIB desde agosto de 1996 y desistirían de la acción y el derecho en juicios entablados contra el Estado local por ese tema (fs. 4,9,10,20/21 y 46); *ii)* el interventor de la DGR consideró que la propuesta, en lo reseñado, era aceptable (fs. 52/54); *iii)* mediante la resolución 1088-PG-99 el PGCABA dispuso la suspensión del trámite de las ejecuciones fiscales en las cuales se reclamaba el cobro del ISIB a varias empresas, entre ellas, Jervo S.A. por períodos posteriores a agosto de 1996 (fs. 87); *iv)* el PGCABA dictamino a favor de aceptar las propuestas de acuerdo, ya aludidas, realizadas entre otros por Jervo S.A. y "estimo procedente suspender las acciones judiciales en los casos en que la Ciudad sea actora" (fs. 88/89); *v)* se elaboró un proyecto de decreto destinado a aceptar las propuestas antes referidas y a confirmar la también mencionada resolución 1088-PG-99 (fs. 91/92); *vi)* la PGCABA dictaminó que en la situación analizada en el expediente administrativo bajo estudio, no resultaba necesaria la emisión de un decreto porque "en el caso se extingue la controversia judicial mediante el desistimiento de los juicios efectuados por la reclamante y al aceptarse por ella la jurisdicción impositiva de la Ciudad" (fs. 18/19, expte. nº 65.090/99); *vii)* la Jefe de Control de Recaudación de la DGR informó, conforme los antecedentes *supra* reseñados y en el marco de la carpeta interna 42.197, relativa en lo que aquí importa a "Desistimiento de juicios", que "interpreta de acuerdo a lo actuado, que debiera desistirse de las acciones judiciales tendientes al cobro de la deuda emergente con anterioridad a la fecha acordada: 6/8/1996, pudiendo encuadrarse incluso en los términos de la resol. 1307-PG/00". Temperamento que abarcó a Jervo S.A. una vez que se rectificó información a su respecto para confirmar que la empresa tiene

anticipos afectados en planes de facilidades para regularizar su situación frente al ISIB por el período 1996/2001 (fs. 62/65 y 78/110, carpeta interna 99.737); *viii)* en febrero de 2005, el Director Adjunto de la DGR, al resolver un recurso de reconsideración articulado por Jervo S.A. contra una determinación del ISIB que entre otros períodos alcanzaba el anticipo 12 del año 1995, relata que el GCBA "desiste de la tramitación de las acciones judiciales con anterioridad al mes 8/1996" y que entonces en relación con el anticipo correspondiente al año 1995 "no corresponde su reclamo" (fs. 102/104, carpeta interna 79.077 y acumulados).

3. Del relato que antecede se desprende que la contribuyente ha ligado su defensa de inhabilidad de título, entre otras cuestiones, a la invocada inexistencia de deuda que, a su vez, conectó con la ausencia de facultades para emitir la boleta de deuda cuestionada. En tal sentido, Jervo S.A se apoya en las constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas a la causa que, a su criterio, acreditarían la falta de antecedentes de hecho y derecho esenciales para la validez de la certificación de deuda que motiva el presente apremio. Así, los datos que emergen de la boleta obrante a fs. 11 (autos principales) correspondientes, conforme allí se indica, a la situación que el contribuyente registraba en el mes 11/1998, aparecen desafiados por la recurrente, a la luz de actuaciones de la Administración de las que, esa constancia, se desentiende. Dicho de otro modo, la recurrente postula que la boleta de deuda que soporta la ejecución intentada en su contra, habría sido emitida con prescindencia de actuaciones de la DGR, relativas a cuándo debía tenerse por iniciada la actividad de la actora a los efectos fiscales que nos ocupan y a la necesidad de la Administración de entablar o *proseguir* ejecuciones de impuestos anteriores a agosto de 1996.

4. A esta altura, resulta necesario analizar, entonces, si la boleta de deuda padece los vicios que le imputa la recurrente pues, si así fuera, el tratamiento del resto de los agravios postulados podría resultar innecesario.

4.1. En relación con los recaudos que deben observar las boletas de deuda, a las que el Código Fiscal les acuerda el carácter de título ejecutivo, he sostenido *in re* "Diversas Explotaciones Rurales S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Diversas Explotaciones Rurales S.A. s/ejecución fiscal'", (expte. nº 4635/06, sent. del 20/11/2006):

> "Una constancia supone, conforme la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, un 'Escrito en que se ha hecho constar algún acto o hecho, a veces de manera fehaciente'. Es decir, un hecho, no una opinión, constituye el objeto de la constancia o, dicho con categorías de Zanobini, debe ser una declaración de certeza y no una de juicio u opinión.[44] En armonía con ello, la certeza afirmada por el emisor

[44] Conf. ZANOBINI, Guido: *Curso de derecho administrativo. Parte General I*, Arayu, Buenos Aires, 1954, pp. 311-312, y 340-343.

debe ser susceptible de confrontación con una realidad cuyo examen permita corroborarla. Dicho sintéticamente, una constancia no es una nota mediante la cual el Fisco manifiesta, unilateralmente, que se estima acreedor de un administrado, ni aun cuando verdaderamente lo fuere, sino la declaración de certeza acerca de que han ocurrido ciertos hechos o actos que permiten al observador objetivo afirmar que, a condición de que sea verdad lo descripto, existe el derecho a percibir determinada suma.

En este orden de ideas, para ser tal, la constancia de deuda debe afirmar que han tenido lugar determinados hechos o actos que constituyen, con arreglo a la ley, los elementos suficientes para dar vida al crédito del Fisco; pero, no basta la opinión del órgano emisor de que estos elementos están reunidos, sino que debe dar cuenta de ellos de manera tal que quien lee finalmente la constancia, el juez, pueda establecer por sí que existe la deuda, a condición de que la declaración sea veraz en cuanto a cada hecho o acto cuyo acontecimiento afirma. La constancia puede ser apreciada como verdadera o falsa mediante una confrontación directa con registros, mientras que el examen de un juicio, al que es más natural calificar de correcto o incorrecto que de verdadero o falso, pasa tanto por compulsar registros como por interpretar la norma aplicada. Si no lo fuere o no lo estimaré así, asiste derecho al ejecutado de plantearlo por vía de excepción, omisión cuyas exactas consecuencias discute en el caso.

Ello no supone que se ha de profundizar en el debate exhaustivo acerca de la existencia de la obligación tributaria sino solamente en el repaso de que han quedado cumplidos ciertos recaudos que permiten al Fisco percibir. Estos recaudos pueden ser, por ejemplo, la existencia de una DD.JJ. cuyo saldo se encuentre impago, una determinación tributaria de las del art. 111 y cs. de la Ordenanza Fiscal, t.o. 1997, o una intimación incumplida a declarar bajo juramento del art. 120 de la Ordenanza Fiscal mencionada. En cada uno de estos supuestos se puede establecer cuáles actuaciones respaldarían la certeza del funcionario, en el supuesto de ser negada por quien sufre la ejecución".

4.2. La boleta de deuda que fundó la ejecución fiscal seguida contra Jervo S.A. (fs. 11, autos principales) consigna el nombre del contribuyente al que se refiere la constancia, su número de inscripción frente al ISIB, su domicilio, la cifra correspondiente al importe adeudado, el concepto (ISIB) y los períodos que componen la deuda.

Ello así, el certificado de deuda no contiene una declaración que brinde certeza acerca de que han ocurrido los hechos o actos que permitirían al juez afirmar que existe el derecho a percibir la suma indicada. En realidad, el demandado ha logrado, sobre la base de constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas a la causa, generar dudas en torno a cuáles fueron los antecedentes de hecho y derecho que originaron la deuda reclamada así como que a partir de 1999,

tanto la DGR como la PGCABA, ejercieron potestades relativas a la determinación y percepción del ISIB exigible a la ejecutada.

En efecto, según fue dicho en el punto 2.2, surge de las actuaciones administrativas que: mediante la resolución 1088-PG-99 el PGCABA dispuso la suspensión del trámite de las ejecuciones fiscales en las cuales se reclamaba el cobro del ISIB a varias empresas, entre ellas, Jervo S.A.; el PGCABA estimó "procedente suspender las acciones judiciales en los casos en que la Ciudad sea actora"; la Jefe de Control de Recaudación de la DGR informó, conforme los antecedentes *supra* reseñados y en el marco de la carpeta interna 42.197, relativa en lo que aquí importa a "Desistimiento de juicios", que "interpreta de acuerdo a lo actuado, que debiera desistirse de las acciones judiciales tendientes al cobro de la deuda emergente con anterioridad a la fecha acordada: 6/8/1996, pudiendo encuadrarse incluso en los términos de la resol. 1307-PG/00"; que Jervo S.A. tiene anticipos afectados en planes de facilidades para regularizar su situación frente al ISIB por el período 1996/2001; en febrero de 2005, el Director Adjunto de la DGR, al resolver un recurso de reconsideración articulado por Jervo S.A. contra una determinación del ISIB que entre otros períodos alcanzaba el anticipo 12 del año 1995, relata que el GCBA "desiste de la tramitación de las acciones judiciales con anterioridad al mes 8/1996" y que entonces en relación con el anticipo correspondiente al año 1995 "no corresponde su reclamo".

Frente a ello, resulta indisputable que los datos que figuran en la manifestación administrativa de fs. 11 de los autos principales, emitida en noviembre de 1998, presentada como constancia de deuda, no refieren a ninguno de los supuestos en que una obligación tributaria queda expedita para el cobro, en circunstancias en que los antecedentes que obran en el expte. administrativo y carpetas internas citados a lo largo de este voto, muestran que el Fisco recibió un planteo de la demandada acerca de cuya solución nada certifica el documento de fs. 11 referido. Los datos que consigna la boleta de deuda no muestran cómo se habrían compatibilizado las referidas constancias administrativas de modo que ellas brinden apoyo a lo consignado como deuda hasta agosto de 1996.

Aunque el contexto descripto no permite sostener, automáticamente, la inexistencia de la deuda reclamada, en cambio, resulta suficiente para, frente al cuestionamiento de la contribuyente, exigir que se analice la deuda a la luz de todas las constancias de la causa para determinar el verdadero alcance de las competencias ejercidas por la Administración. Sin embargo, las comprobaciones pendientes, relativas a aspectos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, competen a los jueces de mérito, quienes deberán dilucidar el punto que el *a quo* soslayó de un modo que impide su tratamiento en un futuro proceso ordinario.

5. En definitiva, no se trata de expandir el ámbito de la excepción de inhabilidad de título opuesta, haciéndola abarcar, como ya dije, un exhaustivo debate en torno a la existencia de la obligación tributaria, sino de dar pleno efecto a la exigencia que impone que la boleta de deuda consigne ciertos datos, de un modo que tanto el contribuyente —para defenderse— como el juez —para dictar sentencia— puedan

usar, en orden a corroborar que han tenido lugar los hechos o actos que, según la ley, constituyen los elementos suficientes para dar vida al crédito del Fisco.

La solución a la que se arriba, por las razones expuestas, demuestra tanto que la sentencia impugnada provoca una afectación de la propiedad de la recurrente que no proviene de la sentencia fundada en ley a que se refiere la C.N. y la CCBA, como que resulta innecesario expedirse en relación con el resto de los agravios articulados por Jervo S.A. en relación con los arts. 51, 80 y 81 de la CCBA.

Por las razones dadas, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y devolver las actuaciones para que, jueces distintos de los que intervinieron en autos, dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. Costas a la vencida.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Jervo S.A.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 26.

3º. *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.*

CCLXXXIV

"ASOCIACIÓN DE SUPERMERCADOS UNIDOS (ASU) S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ASOCIACIÓN DE SUPERMERCADOS UNIDOS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. AMPARO. DEFENSA DEL CONSUMIDOR: Sistema de Información sobre Precios del Consumidor. Deber de información. ASOCIACIÓN DE SUPERMERCADOS: Legitimación. Derechos de incidencia colectiva. Atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires. Facultades concurrentes.

SUMARIOS:

1. Las impugnaciones de la amparista al sistema de información de precios creado por la ley 1493 merecieron pormenorizada respuesta en la sentencia de primera instancia, que fue confirmada en todas sus partes por la Cámara con fundamentos suficientes, y la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su

lógica discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. El plexo normativo básico atacado importa normas de alcance general, emanadas de autoridades de la Ciudad, según lo expone el art, 113, inc. 2º, de la CCBA para fijar la competencia originaria y exclusiva del Tribunal y la ley local 402, art. 17 y cc., y la demanda requiere la pérdida de vigencia de ellas, si bien invoca un interés individualizado de una corporación —la de supermercados—, de modo que la sentencia afirmativa que eventualmente se pudiera dictar representaría la invalidez de la norma *erga omnes*, esto es, su derogación o pérdida de vigencia para todos los involucrados. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La acción debió haber sido desestimada directamente por no haberse precisado con seriedad cuál es el perjuicio o interés de la Asociación actora que sustenta la pretensión que funda el amparo, carga procesal que corresponde a quien acciona (art. 269, inc. 3º, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las autoridades de la Ciudad constituyen el plano de gobierno responsable en el marco de su jurisdicción —de modo concurrente con el Estado nacional— de tutelar el derecho de los consumidores a contar con información veraz y adecuada en la relación de consumo (conf. arts. 42, C.N.; 46 y 80.2, inc. g], CCBA, 41 y 42, LDC y 13 y 16, LLC). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Descartada la incompetencia de la Ciudad para imponer ciertas obligaciones de modo concurrente con la Nación para lograr mayor transparencia en el mercado y, al mismo tiempo, resguardar el derecho a la información adecuada y veraz de los consumidores tutelado a nivel constitucional, la interesada no logra poner en crisis los diversos fundamentos brindados por los jueces de la causa para sostener que tales obligaciones resulten irrazonables o incompatibles con los derechos y garantías de las empresas que deben cumplirlas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Para acreditar la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta denunciada, la interesada debió aportar argumentos concretos orientados a demostrar que, por el sólo hecho de estar alcanzados por la obligación de remitir información por vía informática a la Administración local, los supermercados descriptos en el art. 2º de la ley 1493 ven lesionados sus derechos constitucionales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Dentro del nuevo esquema constitucional, el carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (v. gr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto, lo cual provoca que la noción de caso difiera cuando se debate en torno a derechos, por ejemplo, de primera generación, y cuando se lo hace respecto de derechos de incidencia colectiva, donde la identificación del bien tutelado, conduce a poder tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La aptitud procesal reconocida a favor de los sujetos mencionados en el segundo párrafo del art. 14 de la CCBA, opera, exclusivamente, cuando alguno

de ellos promueve la acción de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva contemplados por el ordenamiento. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La compatibilidad de los procesos colectivos con el art. 106 de la CCBA depende de evitar admitir legitimaciones colectivas en representación de intereses que no lo son, como cuando los derechos cuya vulneración se invoca son individuales, pues de lo contrario, el pronunciamiento judicial emitido en el marco de un juicio tramitado como colectivo, produciría efectos expansivos sobre derechos exclusivos e individuales sin que se hubiera garantizado el derecho de defensa de sus titulares. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Cuando el proceso se refiere a derechos colectivos, la legitimación expandida no tiene efectos colaterales para el sistema, porque los intereses alcanzados por el fallo no admiten titularidad individual y ellos, por tanto, pueden ser objeto de decisiones judiciales sin necesidad de consultar u oír a cada uno de los individuos que goza del bien colectivo debatido en el pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. La pretendida incompetencia de la Ciudad para regular cuestiones relativas a la defensa del consumidor y de la competencia invocada por la recurrente, omite sopesar que dentro del esquema federal, la Constitución concibe espacios en los que concurren las potestades locales y las nacionales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6023/08 - 17/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de Supermercados Unidos (en adelante, "ASU" o la "Asociación") promovió acción de amparo contra el GCBA (en adelante, "GCBA") tendiente a obtener la inconstitucionalidad de la ley 1493, que crea el Sistema de Información sobre Precios del Consumidor (SIPCo), del dec. 1634/05 y de las disposiciones 1489/06 y 2747/06 dictadas por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad (fs. 1/16 vta.).

La Asociación afirmó que las normas cuestionadas lesionaban, restringían y amenazaban en forma inminente el derecho de sus socios a ejercer una actividad lícita, a la inviolabilidad de la propiedad, a que las normas que reglamentan sus derechos no los alteren, a la defensa de la competencia y a no ser obligado a hacer lo que manda una norma que a juicio de la amparista es irrazonable, violatoria de la libre competencia y dictada por una autoridad incompetente.

La actora fundó la procedencia de la acción intentada en tres ejes argumentales: *i)* la incompetencia de la Ciudad para regular aspectos de fondo en materia de defensa del consumidor; *ii)* la irrazonabilidad del régimen de información de precios establecido por la ley 1493, y *iii)* la ilegitimidad de la normativa impugnada

por avanzar sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia, lo que podría generar prácticas colusivas.

2. Al producir el informe establecido en el art. 8º del dec. ley 16.986 (fs.134/155 vta.), el GCBA solicitó el rechazo de la demanda y, consecuentemente, del pedido de inconstitucionalidad de la ley 1493, del dec. 1634/05 y de las disposiciones 1489/06 y 2747/06.

En primer lugar, la Ciudad impugnó la vía procesal elegida por la accionante, al no estar reunidos los requisitos del art. 14 de la CCBA. Agregó que para casos como el presente, debería recurrirse a la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA.

En cuanto a la cuestión de fondo, el Gobierno invocó: *i)* el art. 42, C.N. que establece que entre los derechos de los consumidores se encuentran los de protección de sus intereses económicos, información adecuada y veraz y libertad de elección, con la finalidad de que aquéllos puedan realizar en forma correcta la adquisición de productos y servicios; *ii)* el art. 41 de la ley 24.240 que prevé que la autoridad local de aplicación tiene, entre otras facultades y atribuciones, la de elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor y la de solicitar informes a entidades públicas y privadas relacionadas con la materia regulada en aquella norma; *iii)* el art. 129, C.N. que dispone que la Ciudad tenga un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción; *iv)* el art. 1º, CCBA que indica que la Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno federal; *v)* el art. 80, CCBA que incluye dentro de las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad, la de legislar en materia de comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y consumidor; *vi)* el art. 46, CCBA que señala que la Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten; *vii)* la ley local 757 y su dec. regl. 17/03, que en su art. 2º delega en la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor las facultades de vigilancia, contralor y aplicación de lo prescripto en las leyes 24.240 y 22.802.

Por fin, el demandado manifestó que la normativa impugnada no era irrazonable y que el caudal de información requerido por el sistema era mucho menor de lo que ASU alegara.

3. El juez de grado rechazó el amparo, con costas por su orden (fs. 168/171 vta.).

a) En primer término, el sentenciante desestimó el planteo del GCBA respecto de la improcedencia de la vía elegida. Por un lado, recordó el alcance restringido que el Tribunal da a la competencia originaria establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA (acción declarativa de inconstitucionalidad). Por otra parte, el magistrado resaltó la amplitud en cuanto a la legitimación y objeto que a su criterio tiene la acción de amparo.

b) En cuanto a la cuestión de fondo, en primer lugar la decisión de grado rechazó el argumento de la actora consistente en la incompetencia de la Ciudad para dictar las normas sobre las que se debate en autos.

El magistrado destacó que la ley 1493 se inscribe en el marco del art. 46 de la CCBA, que establece: *i)* que la Ciudad debe proteger el acceso por los consumidores a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y *ii)* que la Ciudad ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en su territorio. También subrayó que la ley 1493 fue sancionada según lo prescripto por el art. 80, inc. 2º g), CCBA, que faculta a la Legislatura a legislar en materia de comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y del consumidor.

Luego, el sentenciante aludió al art. 42, C.N., a los arts. 41 y 42 de la ley 24.240 y al art. 13 de la ley 22.802 en cuanto prevén facultades concurrentes entre la autoridad nacional de aplicación y las autoridades locales, y a la ley 757 (y su reglamentación) que regula el procedimiento administrativo para la implementación en el ámbito de la Ciudad de los derechos de los consumidores y usuarios.

El juez Cataldo concluyó (fs. 170 vta.) que "[d]e la lectura de las normas aplicables transcriptas, constitucionales y legales, tanto en lo nacional como en lo local, surge sin duda alguna que el Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto autoridad local de aplicación de la ley nacional 24.240, posee competencia directa para ejercer el control y vigilancia sobre el cumplimiento de esa ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción, y puede delegar esas funciones en sus organismos dependientes (art. 41, ley 24.240), al margen de la eventual actuación concurrente de la autoridad nacional (art. 42, ley 24.240)". Agregó (fs. 170 vta.) que "(...) no es obstáculo para ello el art. 43 de la ley 24.240, que sólo se refiere a las atribuciones de la autoridad nacional de aplicación, pero no limita ni contradice las disposiciones de los artículos que lo preceden: 'el inc. a) del art. 43 de la referida ley, no excluye la posibilidad de que, dentro de su respectivo ámbito, cada gobierno pueda elaborar políticas para la mejor defensa de los consumidores y dictar las disposiciones normativas que considere conveniente' (conf. Farina, Juan M.: *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240*, Astrea)".

Por otra parte, resaltó (fs. 171) que "[n]inguna de las prescripciones de la ley 1439 [*sic:* 1493] altera o sustituye las normas que, en el ámbito nacional, regulan derechos y obligaciones sustantivas de los comerciantes. Todas aquéllas hacen a cuestiones instrumentales, que procuran, en esencia, garantizar la publicidad de los precios y su conocimiento por los consumidores. Lo mismo cabe decir del decreto y disposiciones atacadas, que no son más que derivaciones lógicas de aquélla". Explicó (fs. 171) que "[e]sas obligaciones sustantivas están, por cierto, determinadas por la ley 24.240, cuyo art. 4º (Información) dispone que 'quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada,

eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos'. Parece difícil discutir que el precio de un producto es una de sus 'características esenciales'".

Añadió (fs. 171) que "[m]ás clara es aún la ley 22.802, que en su art. 12 faculta a la autoridad nacional de aplicación a obligar a exhibir o publicitar precios (inc. i). Esta facultad fue instrumentada por la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, a través de la resol. 7/02, cuyo art. 1º dispone que 'quienes ofrezcan directamente al público bienes muebles o servicios deberán exhibir precios con sujeción a lo establecido por la presente resolución'".

Insistió (fs. 171) en que "[d]e todo lo expuesto surge que las normas atacadas en nada han innovado respecto de las obligaciones sustantivas de los comerciantes. La ley 1439 [*sic:* 1493], y los actos que la complementan, sólo generan instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de las disposiciones nacionales, y poner en manos de la autoridad de aplicación las herramientas adecuadas para cumplir con las funciones de vigilancia y control que le asignan esas mismas normas de la Nación".

c) El magistrado también descartó la irrazonabilidad de las normas cuestionadas.

Explicó (fs. 171) que "(...) la obligación de exhibir precios está impuesta por las leyes de fondo. Y la puesta en marcha de un programa de publicación y exhibición de esos precios en un medio de acceso libre, como es la Internet, no se muestra en absoluto arbitrario. Por demás, obsérvese que, en puridad, la mayor carga de la instrumentación del SIPCo recae sobre los organismos públicos, y no sobre los comerciantes, que acatarán la ley con sólo enviar a la autoridad una información que están ya obligados a hacer pública".

d) Por fin, en cuanto a la supuesta afectación de la libre competencia que adujo la actora, el sentenciante expresó (fs. 171 y vta.) que "(...) la libre competencia presupone un mercado transparente y una efectiva posibilidad para los consumidores de conocer la variedad de ofertas y adoptar las decisiones que estimen más convenientes, a partir de la comparación de —entre otras cosas— los precios vigentes en los distintos comercios. La ocultación de precios no sólo se presenta ilegal, según las normas ya vistas, sino también opuesta al correcto concepto de competencia".

Por lo demás, subrayó (fs. 171 vta.) que "(...) aunque es cierto que asiste al comerciante el derecho constitucional de ejercer libremente su industria lícita, no lo es menos que todos los derechos se ejercen conforme a las leyes que los reglamentan (art. 14, C.N.; art. 10, CCBA), y que, además, ese ejercicio debe armonizarse con el de los derechos de otros, en este caso los consumidores (conf. art. 42, C.N., *supra* VI. 4; art. 46, CCBA, *supra* VI.2)".

4. El pronunciamiento de grado fue apelado por la amparista (fs. 181/193 vta.), y la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad lo confirmó en todas sus partes, con costas por su orden (fs. 211/213 vta.).

Luego de detallar el marco normativo aplicable (fs. 211 vta./212 vta.), los jueces se ocuparon del primer grupo de agravios de ASU que sostienen la incom-

petencia de la Ciudad para regular aspectos de fondo y para crear obligaciones no previstas en la ley 24.240 (en adelante, "LDC"). Señalaron:

i) que "(...) la ley 1493 ha sido dictada en ejercicio por parte de la Legislatura de sus innegables facultades en materia de policía de consumo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires —art. 46, CCBA" (fs. 212 vta.);

ii) que el art. 46, CCBA "(...) habilita a la Ciudad para legislar en protección de los consumidores en el ámbito de su jurisdicción" (fs. 212 vta.);

iii) que "[a] su vez, la atribución de la Nación de dictar los Códigos sustantivos no impide que las provincias —o, en su caso, la Ciudad— ejerzan sobre esta materia el poder de policía de seguridad, moralidad y salubridad, en especial, cuando se trata de cuestiones relativas al comercio dentro de sus respectivas jurisdicciones" (fs. 212 vta.);

iv) que "(....) por expresa previsión Constitucional, la Ciudad regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella" (art. 22, CCBA) y, asimismo, la Legislatura puede dictar leyes en materia de comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y consumidor y en toda otra materia de competencia de la Ciudad (art. 80, incs. g] y j], CCBA)" (fs. 213);

v) que la ley 1493 sólo impuso a los grandes supermercados la obligación de enviar vía correo electrónico los precios correspondientes a un listado de productos, por lo que no se había invadido la atribución exclusiva del Congreso para dictar normas de fondo; y

vi) que "(...) de conformidad con lo establecido en los arts. 41 y 42 de la ley 24.240 existe una aplicación concurrente de la ley por parte de la autoridad nacional y los gobiernos locales, conclusión que resulta concordante con el sistema federal de atribución de competencias públicas adoptado por la Constitución Nacional, según el cual todas aquellas facultades que no han sido expresamente delegadas a la Nación, resultan de competencia de las provincias o, en su caso, de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 129, C.N." (fs. 213).

Por otra parte, en cuanto a las objeciones de ASU respecto de la razonabilidad del sistema de información de precios creado por la ley 1493 y sus normas reglamentarias, los magistrados expresaron (fs. 213 vta.) que "(...) tales agravios sólo traducen su disconformidad y desagrado frente a las futuras molestias que el régimen instituido podría ocasionarle, una vez implementados *(sic)*"; y que "(...) de acuerdo con lo previsto en la ley 1493, los sujetos obligados (...) deberán enviar semanalmente —y no a diario, como sostiene la actora— el precio correspondiente a los artículos incluidos en el listado básico inicial que, de acuerdo con la planilla adjuntada por la accionante, cuenta con tan sólo 61 artículos (...), a la vez que la obligación de informar el precio no se extiende a todos ellos".

Por fin, los sentenciantes señalaron (fs. 213 vta.) que "(...) la afirmación del actor en cuanto a que el sistema impide variar los precios fijados —imposibilitando de este modo competir libremente a través de la creación de ofertas temporales— no se condice con las previsiones de la normativa aplicable. Ello así, en tanto de acuerdo con el Procedimiento del sistema SIPCo, es posible reportar novedades de manera diaria sobre variaciones en precios y productos..."

5. Contra la resolución de la Sala I, la amparista interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 239/253 vuelta). Sus agravios se orientan en tres direcciones: *i)* la alegada incompetencia de la Ciudad para dictar la normativa cuestionada, *ii)* la errónea apreciación por el *a quo* de los hechos relativos a la aplicación del sistema de información de precios (fundamentalmente, el planteo apunta a la supuesta irrazonabilidad del régimen), y *iii)* la arbitrariedad de la sentencia.

6. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido por la accionante (fs. 272/274), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 278/302).

7. El señor Fiscal General Adjunto emitió dictamen a fs. 306/310, propiciando el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 239/253 vta., los magistrados destacaron que ASU no había logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional. Explicaron (fs. 273) que "(...) el recurrente se limita a mencionar su desacuerdo con la sentencia, sin adecuar su presentación a un agravio constitucional de manera concreta". Destacaron que la actora no consiguió establecer una relación directa e inmediata entre el perjuicio que le ocasiona la sentencia y los derechos constitucionales que a criterio de aquélla fueron vulnerados. Indicaron que en el recurso no se había efectuado una crítica concreta y pormenorizada de los argumentos jurídicos de la sentencia sino que únicamente se observaba una mera discrepancia con la valoración efectuada por la Cámara para resolver el caso.

Por último, los jueces consideraron que la decisión atacada podía ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

3. Pese a sus esfuerzos, la quejosa no logra desvirtuar las razones por las cuales la Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la presentación en análisis no construye una crítica suficiente y fundada de la resolución denegatoria de fs. 272/274. Es más, en su argumentación ASU reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio y que fueron objeto de tratamiento y resultaron ampliamente rebatidas por los jueces de las instancias ordinarias.

La Asociación afirma que el auto denegatorio desconoció y omitió los claros agravios constitucionales que fueron desarrollados en el recurso de inconstitucionalidad. Subraya (fs. 284) que "(...) en el capítulo IV. (A) *i)* del recurso de inconstitucionalidad, ASU sostuvo que lo establecido en las normas cuya validez se cuestiona a través de la presente acción de amparo es contrario a la Constitución Nacional y el *a quo* efectuó una interpretación y aplicación erróneas de distintas disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y en sus leyes reglamentarias". Dice (fs. 285 vta.) que puso de manifiesto "la errónea interpretación efectuada por el *a quo* de las normas nacionales y locales relativas a la competencia de la Ciudad de Buenos Aires en materia de defensa del consumidor, así como la errónea apreciación de los hechos relativos a la aplicación del SIPCO por parte de aquél".

Una lectura cuidadosa de la presentación de fs. 278/302 demuestra que esas manifestaciones no se sostienen.

Cada una de las impugnaciones de la amparista al sistema de información de precios creado por la ley 1493 merecieron pormenorizada respuesta en la sentencia de primera instancia, que fue confirmada en todas sus partes por la Cámara con fundamentos suficientes. Y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su lógica discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad.

Por fin, lo mismo cabe decir respecto de la tacha de arbitrariedad ensayada.

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 278/302.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Comparto y hago propias las consideraciones expresadas por la jueza del trámite, mi colega Alicia E. C. Ruiz, en cuanto afirma que la queja fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley local 402) y de la manera prevista en la ley. El recurso de inconstitucionalidad, por lo demás, impugna la última sentencia de mérito, esto es, se dirige contra una sentencia definitiva (ley local 402, art. 27).

2. Tal como yo veo este proceso, tuvo razón el GCBA al producir el informe inicial y rechazar la acción de amparo porque se trataba de una *acción declarativa de inconstitucionalidad*, que en la ley local 402 prevé la realización de otro procedimiento específico, diferente del aquí tramitado, determina otra competencia distinta a la aquí puesta en marcha y, por fin, concede a la sentencia, en el caso de hacer lugar a la demanda, un efecto distinto al determinado para las demás acciones. De ello también es conciente el dictamen para este recurso del señor Fiscal General Adjunto (ver su punto III, fs. 308 vta.).

Con ello quiero explicar que no me parece que en el recurso hoy juzgado, ni en la acción deducida, carezcamos de un caso constitucional planteado, desde la demanda, dicho esto con total prescindencia de ingresar a la valoración de la enjundia o la seriedad con las cuales se abordó esa tarea, la de presentar ese problema constitucional al debate judicial. Todo lo contrario sucede en el caso: el actor estima en su demanda que la ley local 1493, el dec. regl. 1634/05 y las disposiciones

1489/06 y 2747/06 de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, estos últimos emitidos en su consecuencia, adolecen de vicios de validez al ser confrontados con normas constitucionales: sobrepasan la competencia de decisión constitucional del GCBA, lesionan, restringen y amenazan el derecho a ejercer una actividad lícita, el derecho a la propiedad privada y representan normas que, so pretexto de reglamentación, alteran esos derechos, reglamentación impugnada también por irrazonable. Sin embargo, cuando se observa el plexo normativo básico atacado (la ley y su reglamentación, pues las disposiciones sólo son su consecuencia y no mencionan al actor [que, dicho entre paréntesis, no estaría legitimado para demandar en un caso concreto], sino, al parecer, a sus asociados), una primera reflexión nos conduce a constatar que tales normas son reglas de alcance general, emanadas de autoridades de la Ciudad —o, cuando menos, así han sido tratadas por la demanda—, según lo expone el art, 113, inc. 2º, de la CCBA para fijar la competencia originaria y exclusiva del Tribunal y la ley local 402, art. 17 y cc., que reglamenta aquella disposición constitucional. En segundo lugar, uno advierte que la demanda no requiere otra cosa que la pérdida de vigencia de esas normas, y, si bien invoca un interés individualizado de una corporación —la de supermercados— en esa conclusión, la sentencia afirmativa que eventualmente se pudiera dictar representaría la invalidez de la norma *erga omnes*, esto es, su derogación o pérdida de vigencia para todos los involucrados, solución requerida en la demanda. En cambio, lo que se extraña en la demanda y en el caso, precisamente, es la determinación, al menos en el petitorio (ver XI, nº 9, fs. 16), de una pretensión concreta relativa al actor, esto es, la condena a la reposición o reparación real de un derecho que a él le fue conculcado, mediante la orden para el Gobierno de evitar en el futuro hacer algo o, en sentido contrario, mandar a hacer algo. Se trata de una acción a la que podemos calificar de "vacía", en el sentido de que lo único que queda en pie y que pretende el actor es la pérdida de vigencia general de las disposiciones normativas, de carácter también general, que él ataca por inconstitucionales.

Conforme a la importancia que tiene la demanda para el desarrollo ulterior de la acción judicial, a esta caracterización se arriba —como en la realidad sucedió conmigo y, antes aún, con el señor Fiscal General Adjunto (ver fs. 308 vta.)— por la lectura de cualquier acto principal del procedimiento desarrollado por la parte actora, por ejemplo, a través del recurso de inconstitucionalidad o de la queja referida a él. En los recursos resulta patente, a mi juicio, la falta de exposición del agravio particular, individual, que le provoca al actor la sentencia, por el rechazo de la acción de amparo: más allá de que las normas atacadas siguen vigentes porque los tribunales no consintieron en invalidarlas para todos, no existe en ese rechazo agravio alguno a una pretensión concreta del actor, precisamente porque carecemos de ella.

3. Si es correcta mi apreciación, también son correctas las sentencias de mérito en el sentido de rechazar el amparo. Su sola presentación con requerimiento del procedimiento respectivo para ser actuado por los jueces de mérito, lesiona una competencia originaria y exclusiva fijada constitucionalmente (CCBA art. 113,

inc. 2º), la del TSJBA, e implanta un procedimiento judicial distinto al correspondiente, al regulado por la ley reglamentaria (ley local 402, arts. 17 y ss.) para el caso genérico, todas disposiciones de orden público.

4. La queja, por lo tanto, debe ser rechazada porque, más allá de los defectos que apuntan el señor Fiscal General Adjunto y la señora jueza del trámite, significa en sí otro acto que elude la competencia originaria y exclusiva —del TSJBA— prevista constitucionalmente, que perfecciona la tergiversación del procedimiento aplicable al caso, tal como fue planteado, según la ley, procedimiento que, dicho sea también, no concede facultad recursiva alguna —al menos ante algún órgano del Poder Judicial local— al actor frente a una sentencia que no concluye como él lo pidió.

La jueza Ana María Conde dijo:

I. Adhiero al voto de la jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz. En efecto, tal como pone de manifiesto la jueza preopinante, el escrito que contiene la queja no logra poner en crisis el auto desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que no constituye una verdadera crítica concreta y razonada, ni rebate con fundamento suficiente los argumentos de la Cámara para rechazarlo.

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, entre otros).

II. Sin perjuicio de ello, resulta relevante poner de manifiesto que la presente acción debió haber sido desestimada directamente por no haberse precisado con seriedad cuál es el perjuicio o interés de la Asociación actora que sustenta la pretensión que funda el amparo, carga procesal que corresponde a quien acciona (art. 269, inc. 3º, CCAyT).

No comparto la posición que exhibe el juez doctor Julio B. J. Maier en su voto por cuanto estimo prematuro expedirme acerca de la posible admisibilidad de una eventual acción declarativa de inconstitucionalidad sobre la cuestión y, también, porque no descarto, pese a que no es posible identificarlo en esta oportunidad, la existencia de un interés particular del grupo actor. Sin embargo, lo cierto y relevante, en lo que a esta acción respecta, es que no se ha logrado exponer con claridad suficiente la índole del perjuicio que motivaría el amparo. En otras palabras, no se advierte cuál sería el interés tutelable por el derecho para fundar la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de la ley 1493 y la restante normativa complementaria.

En efecto, y ello ha sido puesto de manifiesto en varias oportunidades del proceso (el juez al denegar la cautelar [fs. 106 vta.]; la Procuración al emitir informe del art. 8º ley 16.986 [fs. 134 y ss.]; el juez en la sentencia de primera instancia [fs. 167 vta., punto VII *in fine*]; el Fiscal General Adjunto en su dictamen ante este Tribunal [fs. 308 vta., segundo párrafo]) el agravio o perjuicio aparece, desde el principio de la causa, desdibujado o soslayado bajo tópicos generales que resultan insuficientes para activar la acción de los tribunales destinada a restaurar o proteger un derecho concreto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, más allá de las precisiones que correspondería efectuar en punto a la legitimación procesal invocada por la actora para accionar en nombre de sus asociados en este caso concreto —consentida por el GCBA y admitida por los jueces de la causa.

2. La parte actora inició la presente acción para que se declare la inconstitucionalidad del Sistema de Información sobre Precios al Consumidor (SIPCo), instrumentado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir de la sanción de la ley 1493 y sus disposiciones reglamentarias.

El SIPCo, resumidamente, se conforma por una base de datos de libre acceso al público que es generada y publicada en Internet por la Administración (Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA), a partir de la remisión periódica por parte de los sujetos obligados de un listado de productos previamente definido que debe contener, además de la correcta individualización de cada uno ellos, sus precios actualizados y la identificación del local que los oferta. La obligaciones de información que impone dicho sistema legal, cabe aclararlo, alcanza a supermercados, hipermercados, autoservicios o similares cuya superficie supere los 1.000 m^2, o cuya facturación bruta mensual supere el millón de pesos ($ 1.000.000), o que conformen una cadena con al menos cinco (5) bocas de expendio (art. 2º, ley 1493).

3. En su recurso de inconstitucionalidad y en la queja que lo sostiene ante el Tribunal la Asociación de Supermercados Unidos (ASU) objeta la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que rechazó su pretensión. Para ello sostiene que: *a)* la Ciudad *no posee competencia* para dictar la normativa cuestionada; *b)* se efectuó una errónea apreciación de los hechos a la hora de tratar ciertos planteos vinculados con la alegada *irrazonabilidad* del régimen objetado, y *c)* se da un caso de *arbitrariedad de sentencia.*

Sin embargo, tal como lo destaca la señora jueza Alicia E. C. Ruiz en el voto al que adhiero, los agravios esgrimidos en la queja no logran conmover los desarrollos vertidos en la sentencia de la Cámara que resolvió denegar el recurso de inconstitucionalidad al expresar, entre otros argumentos, que no se había logrado demostrar la relación directa entre el perjuicio que le ocasionaría a la interesada la decisión que se objeta y los derechos constitucionales que se dicen vulnerados en el caso —arts. 14, 17, 19, 28, 31, 75, inc. 12 y 126, C.N.

La actora discrepa en este aspecto con la sentencia atacada, pero sólo mediante la reiteración de planteos que han sido tratados y contestados por los jueces de la causa, sin que se advierta, por lo demás, la arbitrariedad de sentencia denunciada.

4. En cuanto al planteo relativo a la supuesta incompetencia de la Ciudad para legislar del modo en que lo hizo, la recurrente no rebate eficazmente los diversos razonamientos contenidos en la sentencia cuestionada, adoptados con apoyo en normas y principios que, para abordar cuestiones vinculadas al *poder de policía* (materia eminentemente *local*) —tal como lo afirma el señor juez Luis F. Lozano en el punto 7 de su voto—, permitieron afirmar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el dictado de la ley 1493, no se ha excedido al ejercer su rol de *autoridad de aplicación* de las leyes de Defensa del Consumidor (24.240) y de Lealtad Comercial (22.802) —que le otorgan expresas facultades de *control, vigilancia y juzgamiento* para lograr su cumplimiento—. Ello así, toda vez que las autoridades de la Ciudad constituyen el plano de gobierno responsable en el marco de su jurisdicción —de modo concurrente con el Estado nacional— de tutelar el *derecho de los consumidores* a contar con *información veraz y adecuada en la relación de consumo* (conf. arts. 42, C.N.; 46 y 80.2, inc. g), CCBA, 41 y 42, LDC y 13 y 16, LLC).

En este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido invariablemente que los actos de las legislaturas provinciales —y los emitidos en consecuencia— no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución Nacional concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas (v. entre muchos otros, los precedentes registrados en *Fallos,* 3:131 y 302:1181).

5. Descartada la incompetencia de la Ciudad para imponer ciertas obligaciones de modo concurrente con la Nación para lograr mayor transparencia en el mercado y, al mismo tiempo, resguardar el derecho a la información adecuada y veraz de los consumidores tutelado a nivel constitucional, tampoco la interesada logra poner en crisis los diversos fundamentos brindados por los jueces de la causa para sostener —luego de un estudio pormenorizado del conjunto de normas aplicables al caso— que tales obligaciones resulten irrazonables o incompatibles con los derechos y garantías de las empresas que deben cumplirlas.

En este punto, cabe destacar que los preceptos locales objetados “en nada han innovado respecto de las obligaciones sustantivas de los comerciantes”, dado que las normas dictadas por las autoridades nacionales que se aplican a los supermercados desde hace tiempo les imponen la obligación de “exhibir o publicitar precios” (conf. punto VII.2 de la sentencia del señor juez de grado, copia obrante a fs. 168/171).

Así las cosas, para acreditar la *arbitrariedad e ilegalidad manifiesta* que se denuncia en el caso, la interesada debió aportar argumentos concretos orientados a demostrar que, por el sólo hecho de estar alcanzados por la obligación de remitir

esa información —que no se ha manifestado no poseer— *por vía informática a la Administración local*, los supermercados descriptos en el art. 2º de la ley 1493 —en teoría aquí representados por la ASU— ven lesionados sus derechos constitucionales. En lugar de ello, en este aspecto del litigio, la recurrente ha efectuado afirmaciones genéricas y dogmáticas que se sustentan, por un lado, en una interpretación libre de diversas disposiciones legales y reglamentarias (infraconstitucionales) —al debatir acerca de la incidencia que el régimen objetado tendría sobre la libre competencia entre supermercados, la frecuencia con que debe remitirse la información al GCBA y la cantidad de productos que comprendería— y, por otro, en la invocación de supuestos agravios que, a lo sumo, estarían en cabeza de terceros —al poner en tela de juicio los beneficios que el SIPCo podría generar para los consumidores en atención al volumen de información que se pretende publicar y destacar la dificultad que, a su criterio, tendría la mayoría de las personas para acceder a la base de datos por Internet "por carecer de herramientas adecuadas" (conf. recurso de queja, fs. 297/297 vta.).

En definitiva, más allá de las diversas las objeciones que se levantan contra el SIPCo, no se logra demostrar que de ellas se derive alguna *ilegalidad* o *arbitrariedad manifiesta* susceptible de violentar los derechos constitucionales de las empresas alcanzadas por sus obligaciones.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar el recurso de queja deducido a fs. 278/302.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con la solución que propicia el voto de la jueza de trámite, mi colega Alicia E. C. Ruiz. En tal sentido, son varios los motivos que justifican rechazar la queja.

2. La Asociación de Supermercados Unidos (ASU), inició acción de amparo contra el GCBA en la que impugnó la constitucionalidad de la ley 1493, que crea el Sistema de Información sobre Precios del Consumidor (SIPCo), del dec. 1634/05 y de las disposiciones 1489/06 y 2747/06 dictadas por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad. En su demanda sostuvo que la normativa cuestionada lesionaba el derecho de sus socios a ejercer una actividad lícita, a la inviolabilidad de la propiedad, a que las normas que reglamentan sus derechos no los alteren y a no ser obligado a hacer lo que manda un régimen irrazonable, dictado por una autoridad incompetente en la materia regulada. También señaló que el SIPCo atentaba contra la libre competencia (fs. 1).

Tal como señala el voto del juez José O. Casás, el SIPCo, "resumidamente, se conforma por una base de datos de libre acceso al público que es generada y publicada en Internet por la Administración (Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA), a partir de la remisión periódica por parte de los sujetos obligados de un listado de productos previamente definido que debe contener, además de la correcta individualización de cada uno ellos, sus

precios actualizados y la identificación del local que los oferta. La obligación de información que impone dicho sistema legal, cabe aclararlo, alcanza a supermercados, hipermercados, autoservicios o similares cuya superficie supere los 1.000 m^2, o cuya facturación bruta mensual supere el millón de pesos ($ 1.000.000), o que conformen una cadena con al menos cinco (5) bocas de expendio". El sistema de información de precios, según indicó el *a quo* a partir de la prueba obrante en la causa, alcanza a 61 productos, dato que no fue controvertido eficazmente por la recurrente, en tanto se limita a señalar que el listado de productos podría ser ampliado (fs. 211 vta. y fs. 297/298).

Frente al rechazo del amparo por las instancias de mérito, ASU requiere la intervención de este Tribunal pues, a su criterio, la Sala II CAyT "efectuó una interpretación y aplicación erróneas de distintas disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y en sus leyes reglamentarias" (fs. 284 y vta.). La recurrente postula que diversos derechos garantizados por la Constitución Nacional, al haber sido regulados por una ley dictada por una autoridad incompetente han sido ilegítimamente restringidos (arts. 14, 17, 19, 28, 42, 75, incs. 12, 126 y 129 de la C.N.). Además, denuncia que el régimen instaurado por las normas atacadas resulta irrazonable.

3. A lo largo de este proceso, sus protagonistas, se han comportado como si el pleito comprometiera derechos que el ordenamiento regula como de incidencia colectiva. En efecto, han aludido expresamente a la legitimación expandida que prevé el art. 14 de la CCBA, al universo de derechos de consumidores y usuarios, así como a la defensa de la competencia. Quizás por ello, la aptitud procesal de la actora para actuar en autos no ha suscitado ninguna consideración, ni el punto ha motivado objeciones que el Tribunal deba abordar. Todo parece indicar que la generosidad con la que se le habría reconocido legitimación, estaría ligada a su condición de Asociación y a la creencia de que el juicio involucra derechos cuya tutela la C.N. y la CCBA confía, no sólo a los portadores de un derecho subjetivo, sino también, a las "personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos" (art. 14, CCBA). Sin embargo, la amplitud con la que esa cláusula, en su segundo párrafo, define al universo de legitimados, expresamente indica que ellos podrán actuar "cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor". El modo en que el constituyente ha regulado el punto, bien leído, ensambla perfectamente con las previsiones del art. 106 de la CCBA que, a su vez, establece el marco de actuación de los jueces que integran el Poder Judicial de la CABA.

En tal sentido, aunque los cambios introducidos impactan sobre las características que adquiere el proceso y proyecta importantes consecuencias en relación con las categorías que tradicionalmente lo estructuran (v. gr. legitimación y caso) no han borrado la exigencia que, para respetar la división de poderes, impone a los jueces expedirse en el marco de causas o controversias, instadas por aquel a quien

el ordenamiento le confiere poder para accionar. Dentro del nuevo esquema constitucional, el carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (v. gr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto. Eso, a su vez, provoca que la noción de caso difiera cuando se debate en torno a derechos, por ejemplo, de primera generación, y cuando se lo hace respecto de derechos de incidencia colectiva. En este último supuesto, la identificación del bien tutelado, conduce a poder tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente. Todo ello, como dato característico, ocurre, además, al margen de la posición que el demandante ostenta en relación con el bien colectivo tutelado. Dicho de otro modo, sucede que nadie podría invocar una situación jurídica mejor para demandar porque, reitero, no existe titularidad individual del derecho; nadie puede disponer de él en forma privativa o excluyente (un desarrollo extenso del tema puede verse en la opinión de los jueces Lorenzetti y Argibay *in re* M. 970. XXXIX. "Mujeres por la Vida – Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/E.N. - P.E.N. - Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", sent. del 31/10/2006 y en mi voto en "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)'". expte. nº 5864/08, sent. del 1º/12/2008).

Ahora bien, en autos ASU desafía la constitucionalidad de un sistema de información de precios que, más allá de su idoneidad o mérito, viene a obrar a favor de consumidores y usuarios. Además, para sostener su postura, la recurrente invoca que el régimen cuestionado vulnera el derecho de los socios de la asociación a ejercer una actividad lícita y su derecho de propiedad que resultan, según expone, restringidos por un régimen irrazonable dictado, a su vez, por una autoridad que la actora estima incompetente para legislar en la materia (fs. 1). Los derechos enunciados son de carácter individual y divisible. Ese, por los motivos ya expuestos, es un dato imposible de soslayar.

A esta altura, cobra especial sentido la advertencia relativa a que "la determinación de si la parte actora se encuentra o no legitimada para actuar en el juicio por ella promovido no puede llevarse a cabo de manera aislada, separada del interés que en el caso concreto se pretende proteger con la interposición de la demanda. Ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según cuál sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección o remedio judicial" (v. disidencia de la juez Argibay en "Mujeres por la Vida" ya citado).

Los precedentes registrados en *Fallos,* 326:2998 y 326:3007, indican que, la legitimación que a las personas jurídicas confiere la C.N. no ha sido prevista para la defensa de cualquier derecho, sino de los mencionados por el propio constitu-

yente pues la tutela de los puramente individuales queda a cargo de sus titulares (en especial considerandos 9 y 10 de cada fallo).

En sentido análogo, para la CABA, reitero, la aptitud procesal reconocida a favor de los sujetos mencionados en el segundo párrafo del art. 14 de la CCBA, opera, exclusivamente, cuando alguno de ellos promueve la acción de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva contemplados por el ordenamiento.

Dentro del esquema constitucional, la compatibilidad de los procesos colectivos con el art. 106 de la CCBA depende de evitar admitir legitimaciones colectivas en representación de intereses que no lo son, como cuando los derechos cuya vulneración se invoca son individuales. De lo contrario, el pronunciamiento judicial emitido en el marco de un juicio tramitado como colectivo, produciría efectos expansivos sobre derechos exclusivos e individuales sin que se hubiera garantizado el derecho de defensa de sus titulares. En cambio, cuando el proceso se refiere a derechos que el ordenamiento organiza como colectivos, la legitimación expandida no tiene efectos colaterales para el sistema, porque los intereses alcanzados por el fallo no admiten titularidad individual y ellos, por tanto, pueden ser objeto de decisiones judiciales sin necesidad de consultar u oír a cada uno de los individuos que goza del bien colectivo debatido en el pleito. En ese escenario, nadie tendría una situación jurídica individualmente protegida, ni podría invocar menoscabo en su derecho de defensa (para un desarrollo en extenso del tema ver mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4889/06, sent. del 21/3/2007).

4. Para despejar que en este proceso no se han puesto en juego derechos de incidencia colectiva es relevante destacar, nuevamente, que la ASU expresamente dice que obra en defensa, básicamente, del derecho de propiedad de sus socios. Por su parte, la mención relativa a la defensa de la competencia también propende a la defensa de los derechos individuales invocados en la demanda. La protección de la competencia invocada, no aparece relacionada en los recursos con la contemplada por el art. 14, segundo párrafo, de la CCBA que posibilita a ciertas personas jurídicas accionar en su defensa.

En efecto, para lo que ahora importa, dentro del ámbito de la regulación de los mercados en defensa de la competencia, el esfuerzo está orientado a evitar el abuso de las posiciones dominantes y de las prácticas que impidan generar condiciones de transparencia en el intercambio de bienes y servicios. Así, el especial rigor que se impone en la normativa respecto de la ejecución de los contratos y relaciones alcanzados por la normativa mencionada, apunta a controlar a la parte que se estima más poderosa. El mayor control al que se propende, se estimula concediendo a determinadas personas jurídicas y al defensor del Pueblo la potestad, concurrente con la de consumidores y usuarios, de entablar acciones colectivas. Todo, claro, para fortalecer la defensa del eslabón más débil de la cadena de comercialización de productos y servicios (conf. mi voto *in re* "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.'", expte. nº 5527/07, sent. del 30/4/2008). Ninguna de estas cuestiones ha sido puesta en debate por la ASU.

De todos modos, las objeciones que en este punto despliega la recurrente, vinculadas con posibles prácticas que suponen colusión, por ahora, no pasan de ser una conjetura que carece de la madurez o estado de evolución necesarios para provocar la intervención jurisdiccional requerida.

5. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones precedentes, surge que la acciónate, por el sólo hecho de ser una asociación que nuclea supermercados, no está legitimada para representar los derechos individuales de sus socios. También resulta evidente que ella, por sí, no está alcanzada por el sistema impugnado.

Sin embargo, a fs. 50/53 obra un acta en la que la Comisión Directiva de la ASU, por unanimidad de los miembros presentes (que no están individualizados) dispuso promover acciones legales contra el régimen legal considerado en autos. Esa circunstancia que parece haber sido tomada en cuenta por los jueces de mérito, que dieron trámite a este pleito, impide que las razones desarrolladas en el punto 3 sellen la suerte adversa de este amparo. Más allá del acierto o error que supone inferir la existencia de un mandato en las condiciones antedichas, es potestad privativa de los magistrados de la causa resolver el tema sin que la cuestión venga objetada ante esta instancia. Para ese contexto, cualquiera fuera la opinión que el tema provoca, el hecho de que algunos socios de ASU estén alcanzados por el SIPCo y que a su respecto se hayan emitido actos, que adquieren para los destinatarios alcance individual, en tanto les imponen cursos de acción relativos a suministrar información de precios, conduce a tener por configurados los presupuestos de actuación previstos en el art. 106 de la CCBA (fs. 63/100).

6. Así entonces, en el terreno de los derechos individuales que se han puesto en juego en este pleito, coincido con mis colegas cuando afirman que el recurrente no ha logrado demostrar que el pronunciamiento impugnado le provoque agravio constitucional alguno. Ello así, conforme se verá, la invocación de las cláusulas constitucionales formulada por ASU (arts. 14, 17, 19, 28, 42, 75, inc. 12, 126 y 129 de la C.N.) carece de relación directa con la sentencia impugnada.

7. La decisión atacada, consideró que la ley 1493 y sus normas reglamentarias fueron dictadas en ejercicio del poder de policía que corresponde a la CABA. Por su parte, la recurrente no muestra que el SIPCo exceda el ámbito de las potestades locales al que el legislador sometió las relaciones de consumo que la CABA, a través de la autoridad de aplicación, debe instrumentar y hacer cumplir.

En este tema, tal como señala el juez José O. Casás en su voto, las objeciones del recurrente soslayan que la organización del sistema federal tampoco avala las conclusiones de la parte actora. Las previsiones de la Constitucional Nacional expresamente establecen 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,[45] 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).

Aunque la accionante postula la incompetencia de la Ciudad para regular la materia objeto de autos no explica por qué el sistema impugnado excede el ámbito de potestades definido por el *a quo*. Basta señalar, a este respecto, que ASU no desconoce la atribución de competencias que en la materia tienen atribuidas las jurisdicciones locales (fs. 289). Por tanto, la pretendida incompetencia que invoca la recurrente, cualquiera fuera el verdadero alcance del carácter de derecho común que a criterio de ASU alcanza a la materia en debate, omite sopesar que dentro del esquema federal, la constitución concibe espacios en los que concurren las potestades locales y las nacionales. Ninguno de los argumentos de ASU para demostrar el compromiso de las cláusulas constitucionales que estimó conculcadas (arts. 14, 17, 19, 28, 42, 75, inc. 12, 126 y 129 de la C.N.) se hace cargo de la cuestión apuntada. Su postura, por un lado, no acredita la inexistencia de atribuciones locales para fundar el sistema atacado. Por otro, ni siquiera intenta mostrar que su ejercicio produzca interferencia con el logro de objetivos encomendados a autoridades nacionales. Su planteo, entonces, desatiende un aspecto en el que el pronunciamiento impugnado encuentra adecuado apoyo. Para una situación análoga, tengo dicho que "la regla constitucional que impide interpretar extensivamente las potestades del gobierno central en los enclaves federales prohíbe ampliar las facultades de la autoridad reguladora sin demostrar que su ensanchamiento resulta imprescindible para el logro del fin que tiene a su cargo. También es ella la que obstaría admitir leyes nacionales que, al margen del interés federal involucrado, cercenaran sin motivo potestades locales" (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, sent. del 20/12/2006).

8. Frente a todo ello, la sentencia encuentra en normas de la CCBA local respaldo suficiente e independiente de las previsiones del art. 75, inc. 12 y de la cláusula de supremacía en que la recurrente busca apoyar los derechos que reclama. Ante ese cuadro de situación, la discrepancia de la recurrente con la interpretación

[45] *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".

asignada por el *a quo* a las normas de derecho común analizadas (v. gr. ley 24.240 y 22.802) no suscita la intervención del tribunal en la vía intentada.

9. En cuanto a la alegada irrazonabilidad del régimen instaurado por la ley 1493, comparto y doy aquí por reproducidas las consideraciones formuladas por el juez José O. Casás en su voto (punto 5).

A este respecto, el recurrente no explica por qué sería desproporcionado informar los precios de un listado que no supera los 61 artículos, sobre un universo de 44.000 productos comercializados por los sujetos alcanzados por el SIPCo, según declara la actora (fs. 297 vta./298).

Por las razones dadas, voto por rechazar el recurso de queja deducido a fs. 278/302.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por la Asociación de Supermercados Unidos.

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.*

CCLXXXV

"FIAT CRÉDITO COMPAÑÍA FINANCIERA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'FIAT CRÉDITO COMPAÑÍA FINANCIERA S.A. C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. CADUCIDAD DE INSTANCIA: Sentencia definitiva. Cuestión procesal. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. Interpretación de normas infraconstitucionales. TRASLADO DE LA DEMANDA: Notificación.

SUMARIOS:

1. La simple mención de derechos constitucionales sin vincularlos argumentalmente con el objeto de la decisión cuestionada, no constituye la fundamentación seria que exige un recurso de queja, más aun cuando los argumentos del recurrente expresan su mera discrepancia con la interpretación razonable efectuada por la Cá-

mara del instituto de la caducidad de instancia previsto en el CCAyT, y su aplicación al presente caso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. El instituto de la caducidad de instancia, de índole procesal, se vincula con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de la causa, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de queja, pues constituyen interpretación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

3. Todo litigante que deja un escrito en el expediente, asume la carga de concurrir al tribunal para enterarse del proveído que haya merecido, pues la parte que peticiona queda notificada de ella por ministerio de ley. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Ante un recurso judicial de apelación contra un acto administrativo que, más allá de su denominación, constituye una verdadera acción judicial contencioso-administrativa que da comienzo a un proceso con amplitud de debate y prueba, resulta aplicable la disposición contenida en el art. 119, inc. 1º, CCAyT, que ordena el traslado de la demanda mediante notificación personal o por cédula, que debe ser suscripta por el letrado patrocinante de la parte que tenga interés en la notificación (conf.art. 121, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La decisión que confirma la caducidad de la instancia judicial emprendida, 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; y porque a esa decisión se ha arriba 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6014/08 - 17/12/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. (en adelante, Fiat Crédito) interpuso recurso judicial de apelación contra la disposición 2440/2007, dictada por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, por la cual se declararon abusivas algunas cláusulas del contrato de prenda con registro que suscribe Fiat Crédito con los tomadores de los préstamos que esta empresa otorga (fs. 24/36).

2. Por auto de fecha 11/4/2007 se resolvió correr traslado a la contraria del recurso de apelación mediante cédula, "quedando su confección a cargo de la parte interesada" (fs. 39).

Con fecha 17/4/2008, la Sala II de la Cámara CAyT decretó la caducidad de instancia, por haber transcurrido más de seis meses desde la última resolución que tuvo por efecto impulsar el procedimiento (fs. 40).

3. La accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la resolución que decretó la caducidad de instancia (fs. 41/44), que fue declarado inadmisible por la Cámara por considerar que no se configuraba un genuino caso constitucional (fs. 45).

4. Contra dicha decisión, Fiat Crédito interpuso recurso de queja (fs. 48/52).

5. El Fiscal General de la Ciudad, a fs. 61/65, se pronunció por el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo oportuno (art. 33, L.P.T.), sin perjuicio de lo cual debe ser rechazada, ya que el recurrente no logra rebatir el fundamento en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia del caso constitucional exigido por el art. 27 de la ley 402.

2. El caso constitucional que pretende plantear la recurrente se fundamenta en la lesión a su garantía de defensa en juicio, que se habría producido al privarla del recurso judicial de apelación como consecuencia de la caducidad de instancia decretada por la Cámara, que decidió infundadamente no aplicar la norma procesal correspondiente creando en su lugar otra que impuso a la recurrente una carga procesal no prevista por la ley (ver fs. 44 vta.).

Fiat Crédito entiende que, de acuerdo con los arts. 117 y 236, CCAyT, el traslado del recurso de apelación se notifica por ministerio de ley y que, al ordenar el Tribunal correrlo por cédula, sin haberle hecho conocer a su parte tal decisión, no podía saber la carga que le imponía el Tribunal en contradicción con la norma aplicable. Considera que había completado la actuación que le correspondía en orden al recurso interpuesto, y que en el marco de las normas procesales no tenía actuación alguna que realizar de su parte, debiendo sólo esperar que se dictara sentencia.

Sin embargo, la simple mención de derechos constitucionales —en el caso, la garantía de defensa en juicio— sin vincularlos argumentalmente con el objeto de la decisión cuestionada, no constituye la fundamentación seria que un recurso de esta naturaleza exige. Los argumentos que expusiera el recurrente expresan su mera discrepancia con la interpretación razonable efectuada por la Cámara del instituto de la caducidad de instancia previsto en el CCAyT, y su aplicación al presente caso.

Por otra parte, la caducidad declarada, de índole procesal, se vincula con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de la causa, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso intentado, pues constituyen interpretación de normas infraconstitucionales.

En conclusión, la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita de modo preciso y fundado su cercenamiento, es insuficiente para sostener un recurso como el planteado pues, si bastara para ello la simple invocación de un derecho o garantía de tal jerarquía normativa, estos estrados se verían convertidos 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", sent. del 23/2/2000); lo que no corresponde al rol que, en el diseño del Poder Judicial de la Ciudad, le ha sido asignado a este Tribunal por la Constitución.

3. A mayor abundamiento, cabe señalar que la quejosa se agravia por la presunta omisión en que habría incurrido al Cámara al no informar a la recurrente que —apartándose del procedimiento— le había impuesto la carga de notificar por cédula el traslado de la fundamentación del recurso de apelación (fs. 44).

Sin embargo, dicho planteo incurre en dos errores. En primer lugar, el recurrente desconoce que *todo litigante que deja un escrito en el expediente, asume la carga de concurrir al tribunal para enterarse del proveído que haya merecido, pues la parte que peticiona queda notificada de ella por ministerio de ley.*

Y en segundo lugar, se equivoca el recurrente al sostener que el traslado del recurso judicial de apelación debió haberse notificado a la contraparte *ministerio legis* por aplicación de los arts. 117 y 236, CCAyT. El art. 236 se refiere al traslado del escrito de expresión de agravios en el marco del procedimiento ordinario de segunda instancia, iniciado a raíz de la apelación deducida por una de las partes contra una sentencia de primera instancia. Pero en este caso nos encontramos ante un recurso judicial de apelación contra un acto administrativo dictado por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor que, más allá de su denominación, constituye una verdadera acción judicial contencioso-administrativa que da comienzo a un proceso con amplitud de debate y prueba. En consecuencia, *resulta aplicable la disposición contenida en el art. 119, inc. 1º, CCAyT, que ordena el traslado de la demanda mediante notificación personal o por cédula, que debe ser suscripta por el letrado patrocinante de la parte que tenga interés en la notificación (conf. art. 121, CCAyT).*

Un actuar diligente le hubiera permitido, si no estaba de acuerdo con ese proveído, interponer oportunamente las vías procesales pertinentes a fin de manifestar su oposición a lo decidido, como bien lo señala el Fiscal General en su dictamen (fs. 64).

Además, el criterio restrictivo que debe seguirse en la aplicación del instituto de la caducidad de instancia, es útil y necesario cuando existen dudas sobre la inactividad que se aduce, pero no cuando aquélla resulta manifiesta (*Fallos,* 329:5184), como en el caso de autos, en el cual, como bien lo señalan el señor Fiscal y la Cámara, "luego de un (1) año de inactividad" (fs. 64), trascurrió "holgadamente el plazo establecido en el art. 260, inc. 1º del CCAyT" (fs. 45).

4. La insuficiencia señalada no puede ser sorteada por medio de la invocación de arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que sus afirmaciones sólo reflejan su

discrepancia con los fundamentos utilizados por el tribunal, sin aportar, como en el resto de su recurso, argumentaciones fundadas de índole constitucional.

La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

5. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Aunque la decisión que declaró la caducidad de instancia impedirá cualquier discusión ulterior, en torno a la legitimidad de la sanción dispuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la CABA, los agravios del recurrente remiten, de modo exclusivo, al análisis de la interpretación que el *a quo* otorgó a las normas procesales aplicadas, sin mostrar que esa decisión frustra el acceso al control encomendado a este Tribunal (*mutatis mutandi, Fallos,* 35:302 y 311:2478).

En tales condiciones, la queja debe ser rechazada pues el recurrente no acredita que, más allá del acierto o error del pronunciamiento impugnado, el pleito comprometa cuestiones propias del recurso de inconstitucionalidad denegado por la Sala II CAyT (fs. 45).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto de la señora jueza de trámite, Ana María Conde, por los fundamentos que a continuación expongo.

2. El quejoso no ofrece caso constitucional alguno, en los términos del art. 27 de la ley 402, que permita modificar el juicio emitido por la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto.

En su presentación, el recurrente se limita a discrepar con la Cámara sobre los criterios aplicados por ella para interpretar el código procesal local que rige el instituto de la caducidad. El recurso, entonces, no logra articular el modo en que la decisión de la Sala II, que decreta la caducidad del proceso respecto de la sanción impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la CABA, y por tanto refiere a una materia ajena por regla a la vía extraordinaria, afecta algún derecho o garantía de raíz constitucional. La invocación ritual que se formula de la garantía de defensa en juicio no subsana el defecto señalado, pues su mención no está acompañada de una explicación que indique cómo la caducidad decretada, aplicada al caso según la interpretación suficientemente fundada y razonada que formuló la Cámara, conculca aquella garantía.

En igual sentido me expresé al votar en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Primer Mundo S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 1567/02, resolución del 11/12/2002.

3. Por lo demás, como ya lo expresé en mi voto en "Jervo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Jervo S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 5886/08, resolución del 17/12/2008, "[l]a 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 caso actual es análogo. A pesar de que no existen dos instancias como en "Jervo", sino tan sólo un recurso directo ante la Cámara, de manera alguna decretar la caducidad de instancia implica, *jurídicamente*, el efecto de impedir una demanda posterior, más allá de la valoración propia del caso real en relación a la posibilidad de una nueva demanda judicial. Es claro, además, que se trata de la interpretación de leyes procesales locales que, de ordinario, no habilita el recurso interpuesto, según ya ha sido expuesto.

4. En cuanto a la pregonada arbitrariedad de la sentencia que se impugna (fs. 52 de la queja y 44/44 vta. del legajo principal), el Tribunal ha destacado que, más allá de su acierto o error, 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. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 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).

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 48/52 vta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja obrante a fs. 48/52 vta. satisface los requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. (en adelante, "FC") contra la sentencia de la Sala II que declaró la caducidad de la instancia.

Para así resolver, los magistrados destacaron: *i)* que la recurrente se había limitado a disentir con la declaración de caducidad de la instancia y a invocar genéricamente una supuesta arbitrariedad, *ii)* que la caducidad se había decretado

luego de haber transcurrido holgadamente el plazo establecido en el art. 260, inc. 1º del CCAyT; *iii)* que la discrepancia de la actora con la solución adoptada y con las normas procesales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional, no ponía de manifiesto la existencia de un caso constitucional, y *iv)* que la afirmación de que se habría lesionado el derecho de defensa de la accionante no era argumento suficiente si dicha manifestación no tenía una relación directa e inmediata con la materia decidida y debatida en la causa.

3. La presentación directa no cumplió con el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebatió las razones por las cuales la Cámara no concedió el recurso de inconstitucionalidad.

En la resolución denegatoria, los jueces volvieron sobre los argumentos en base a los cuales consideraron operada la caducidad de la instancia. La quejosa, por su parte, insistió con los agravios ensayados en su recurso de inconstitucionalidad, pero no formuló una crítica adecuada al auto denegatorio.

Los planteos de FC en cuanto a que el traslado del recurso judicial de apelación debió haberse notificado por ministerio de la ley y a que la Cámara debió informarle que le había impuesto la carga de notificar por cédula dicho traslado, no trascienden el marco normativo infraconstitucional y no sostienen su pretensión recursiva ante el Tribunal. En tal sentido, comparto los señalamientos efectuados por la señora jueza de Trámite en el punto 3 de su voto.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 48/52 vta.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a la solución que propician la señora jueza de trámite en su voto y el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 61/65 vta.), consistente en rechazar el presente recurso de queja.

En efecto, las argumentaciones vertidas en el recurso de hecho no logran plantear fundadamente un agravio constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Se advierte que la decisión de la Sala II de la Cámara en lo CAyT que declaró operada la caducidad de instancia del proceso iniciado por vía de recurso directo de apelación con fundamento en que había transcurrido en exceso el plazo previsto en el art. 260, inc. 1º, del CCAyT —más allá de su acierto o error— versó exclusivamente sobre aspectos propios de los jueces de la causa, relativos a cuestiones de hecho y de derecho procesal infraconstitucional.

Por otro lado, cabe resaltar que los cuestionamientos desarrollados por la recurrente, en rigor, no se dirigen a poner en crisis aquella decisión relativa a la caducidad de instancia, pues en definitiva reflejan la discrepancia respecto de las normas procesales aplicadas por el *a quo* al momento de *ordenar el traslado del recurso directo a la contraria*; planteos que, eventualmente, sólo hubiesen podido ser atendidos de ser esgrimidos en su oportunidad por las vías recursivas pertinentes —tal como lo destacan mi aludida colega y el señor Fiscal General Adjunto a fs. 64—. Así entonces, la alegada pérdida del derecho a obtener la revisión judicial

de la disposición 2440-DGDYPC-2006 (fs. 50) que destaca la recurrente no resulta ser sino consecuencia de su propia conducta procesal.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja incoado por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. y, en consecuencia, dar por perdido el depósito integrado a fs. 47.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. y dar por perdido el depósito efectuado a fs. 47.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el principal con esta queja a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio.

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

CCLXXXVI

"TELECENTRO S.A. S/INFR. ART. 5º LEY 268"

PARTIDOS POLÍTICOS: Veda electoral. Encuestas a boca de urna. Suspensión del proceso a prueba. Reglas de conducta.

Expte. nº 6250/08 - 17/12/2008

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 24/6/2007 (ver expte. de este Tribunal nº 5361/07 "Elecciones año 2007 – Denuncias", fs. 99/100, y expediente principal nº 5385/07 "Viña, Gonzalo E. D. s/infracción ley 268", fs. 1/2, reservado en la Secretaría de Asuntos Originarios del Tribunal, según constancia de fs. 20 del presente legajo).

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) hs. y, al menos, hasta las diecinueve y treinta (19.30) hs., 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, expte. nº 5385/07).

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. nº 5385/07 ya aludido), y citó al representante de la empresa Telecentro S.A. (Canal 26) a la audiencia prevista por el art. 41, CPC (fs. 153, expte. nº 5385/07). En el curso de dicho acto (fs. 227/228, expte. nº 5385/07) 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 difusión, comentarios y referencias de los 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 Horacio Aníbal Desimone, apoderado especial de Telecentro S.A. —calidad que acreditó con la documentación de fs. 222/226, expte. nº 5385/07— expresó, entre otras cosas, su intención de informar al Directorio de su representada y en su caso 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 del presente legajo y, finalmente, a través del acuerdo pertinente suscripto por el señor Horacio Aníbal Desimone —apoderado y defensor de Telecentro S.A. (fs. 227 vta., expte. nº 5385/07)—, con la asistencia letrada del codefensor Andrés Gitter, y el señor Fiscal General a fs. 14/15, en los términos del art. 45 del Código Contravencional. En dicho acuerdo la empresa Telecentro S.A. se comprometió a: *i)* Mantener el domicilio legal de la empresa que representa en el mencionado oportunamente y comunicar a la Fiscalía General y/o a la Oficina de Control de Suspensión del Proceso a Prueba cualquier cambio del mismo; *ii)* Cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General y/o la Oficina de Suspensión del Proceso a Prueba y/o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere a los fines de verificar el cumplimiento de la suspensión del proceso; *iii)* Establecer en el ámbito de la empresa medidas tendientes a capacitar a las autoridades responsables del contenido de información que se difunde a través de la emisora de televisión que posee a fin de evitar en el futuro posibles infracciones a la ley 268; *iv)* Ceder al Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sito en Leandro N. Alem 684 de esta ciudad, a partir de que se disponga la suspensión del proceso propuesta, la cantidad de cuatrocientos (400) segundos de publicidad para utilización de éste conforme lo disponga, durante los días lunes a viernes y en la franja horaria de 6 a 13.30 horas; *v)* Informar a la Oficina de Control de Suspensión del Proceso a Prueba, con una antelación no menor a 3 días, el día y horario aproximado en que

se difundirá la publicidad del Consejo de la Magistratura, a fin que dicha oficina efectúe su debido control, y *vi)* Colaborar con el Consejo de la Magistratura en los aspectos técnicos de la creación y difusión de la publicidad, si así lo requiere. El plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas se estipuló en un (1) año, con excepción de la prevista en el punto iii), que será cumplido inmediatamente después de la notificación de la homologación del acuerdo por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

4. El señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que disponga la suspensión del juicio a prueba e imponga las condiciones de conducta acordadas fs. 16/19.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs. 14/15 entre el Ministerio Público Fiscal y Telecentro S.A., representada por su apoderado especial, doctor Horacio Aníbal Desimone, se ajusta a derecho, pues se encuentran reunidos los extremos requeridos por el art. 45 del CC para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, el hecho imputado a la empresa encartada fue enmarcado por el Ministerio Público Fiscal como una posible 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.[46]

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. 7, recabadas en el Registro de Contraventores 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.

[46] *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.

6. Por todo ello, considero que el acuerdo de fs. 14/15 debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año; imponer a la empresa Telecentro S.A. las reglas de conducta concertadas; hacer saber a Telecentro S.A. 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*, CC; tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de fs. 14/15, a cuyo efecto se agregará copia certificada, y remitir las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Así lo voto.

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

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El acuerdo celebrado a fs. 14/15 entre el Ministerio Público Fiscal y Telecentro S.A. —representada por su apoderado especial, doctor Horacio Aníbal Desimone— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

Por ello, voto, simplemente, 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. 14/15 —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 la empresa Telecentro S.A., por el plazo de un (1) año.

2º. *Imponer* a Telecentro S.A. las reglas de conducta concertadas con el Ministerio Público Fiscal, detalladas en el acuerdo citado.

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

4º. *Mandar* que se registre, se notifique a Telecentro S.A., y se remita este expediente al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

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

CCLXXXVII

"PARTIDO MOVIMIENTO INDEPENDIENTE JUBILADOS Y DESOCUPADOS S/INFR. ART. (S) ART. 17, B, ART. 17, INC. B DE LA LEY 268"

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

Expte. nº 6276/08 - 19/12/2008

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 A Gastos de Campaña – Período Bajo Examen: Abril - Junio 2007" agregado a fs. 1/83, observó al Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados por no haber presentado el informe final de cuentas previsto por el art. 17 de la ley 268 (fs. 47 de este legajo).

2. Con motivo de la investigación preparatoria —ver fs. 119/126— ordenada por el Fiscal General en orden a la presunta infracción al art. 17, inc. b), de la ley 268, compareció en la causa la señora María Elena Leiva (ver acta de audiencia del art. 41, CPC de fs. 148/149), presidenta del partido político de mención según surge del informe producido por el Juzgado Federal Electoral del distrito, agregado a fs. 159.

La nombrada Leiva, conjuntamente con la señora Adriana Lenzi —apoderada partidaria según consta en la información del JFE consignada *supra*— y con el patrocinio letrado del doctor Daniel Omar Castiñeiras, concertó con el Fiscal General la suspensión del juicio a prueba mediante el acuerdo pertinente suscripto en los términos del art. 45 del CC (ver fs. 170 y vta), por el que el Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados se compromete a: *i*) mantener el domicilio legal del partido en el oportunamente denunciado y comunicar a la Fiscalía cualquier cambio de éste; *ii*) cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere, y *iii*) establecer en el ámbito del partido medidas tendientes a capacitar a sus autoridades a fin de evitar en el futuro posibles infracciones a la ley 268, invitando al señor Fiscal General a participar. El plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas se fijó en un año a partir de la notificación de la homologación del acuerdo por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

3. El señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que resuelva la suspensión del juicio a prueba e imponga las condiciones de conducta acordadas (fs. 177/180).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs. 170 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados —representado por la presidenta del partido, señora María Elena Leiva y la apoderada partidaria señora Adriana Lenzi— se ajusta a las pautas requeridas por el art. 45 del CC para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, el hecho imputado al partido político encartado fue enmarcado por el Ministerio Público Fiscal como una posible infracción a obligaciones establecidas en la ley 268 —de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales—, cuyo incumplimiento tiene previstas las sanciones contempladas en su capítulo VI (arts. 17, inc. b, y 20, ley 268).

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. 173, 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. 170 debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año; imponer al Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados las reglas de conducta convenidas; hacer saber al Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del CC; tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de fs. 170, a cuyo efecto se agregará copia certificada, y remitir las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El acuerdo celebrado a fs. 170 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados —representado por la presidenta del partido, señora María Elena Leiva, y la apoderada partidaria, señora Adriana Lenzi— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 170 —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 Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados, por el plazo de un (1) año.

2º. *Imponer* al Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados las reglas de conducta concertadas con el Ministerio Público Fiscal, detalladas en el acuerdo citado y transcriptas en el punto 2 del resulta.

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

4º. *Mandar* que se registre, se notifique al Partido Movimiento Independiente Jubilados y Desocupados y se remitan las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

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

CCLXXXVIII

"LÍNEA DE MICROÓMNIBUS 47, SATCFI S/INFR. ART. 6.1.63, VIOLACIÓN DE SEMÁFORO SIN PODER IDENTIFICAR AL CONDUCTOR —LEY 451— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. GUARDIA URBANA: Naturaleza. Caracteres. Funciones. TRÁNSITO: Poder de policía local. RÉGIMEN DE FALTAS: Infracciones de tránsito. Actas de comprobación. LEGISLATURA: Atribuciones. JEFE DE GOBIERNO.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto fue correctamente concedido porque la recurrente cuestiona la constitucionalidad de una norma de alcance general emanada del Poder Ejecutivo, pues, según lo entiende, aquél carecía de atribuciones para dotar al organismo denominado "Guardia Urbana" de facultades propias de la

"policía en materia de tránsito", concretamente, de la facultad para labrar actas de comprobación de infracciones al régimen de faltas previsto por la ley 451. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La cuestión relativa al tránsito de la Ciudad de Buenos Aires constituye una materia eminentemente local y, en razón de ello, la determinación acerca de a quién corresponde la verificación de las infracciones en esta materia debe recaer, naturalmente, en cabeza de los poderes públicos del Estado local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Constitución de la Ciudad es sumamente clara al reconocer que, en la órbita local, la "atribución" de legislar en materia de "seguridad pública, policía" y "tránsito" (art. 80, incs. e] y h], respectivamente) le corresponde al Poder Legislativo y que el Jefe de Gobierno tiene "facultades" para ejecutar las leyes, ejercer el poder de policía, establecer la política de seguridad (art. 104, incs. 2º, 11 y 14) y además "deberes" como disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas (art. 105, inc. 6º). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Atribuir a un cuerpo especial la facultad de labrar actas de infracción no implica que el Poder Ejecutivo local haya legislado mediante el dec. 2124/04 en materia de policía, sino que se ha puesto en ejecución un medio accesorio para promover la acción pública en materia de faltas de tránsito, concretamente, cumplir con lo dispuesto por el órgano constitucionalmente competente para legislar en esas cuestiones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. El cuerpo denominado "Guardia Urbana" no fue pensado como una "fuerza pública", encargada de garantizar el cumplimiento de las normas de tránsito incluso de manera coercitiva, sino, por lo contrario, como una repartición de la Administración local con la aptitud suficiente para, entre otras funciones, confeccionar actas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

6. El cuerpo policial importa desplegar el poder público o el "uso de la fuerza" para restringir temporaria o preventivamente derechos de los ciudadanos y para erigirlo se requiere de una ley, que no es necesaria para "labrar actas", actividad que no supone *per se* más que una constatación sin mayor injerencia en la vida o libre circulación de las personas, sendo suficiente para ello la creación de uno o varios organismos administrativos debidamente capacitados para practicar esa verificación "en ejercicio del poder de policía". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La "Guardia Urbana" ha sido concebida como un mero refuerzo en el control y comprobación de infracciones, atribuciones, ambas, que no hacen de manera directa a la "función policial" encomendada al organismo que se desempeña como "policía de seguridad" en la Ciudad de Buenos Aires (art. 7º, ley 24.588) y que tampoco importan una obstrucción ilegítima en la función complementaria o accesoria de "ordenar y dirigir" el tránsito que —al menos al momento de los hechos— detentaba de manera "exclusiva" (art. 1º, ley 16.979) aquella fuerza. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Las múltiples "funciones y facultades" que el legislador local le atribuyó a los integrantes del cuerpo uniformado, no armado, permite sostener que, sin dudas, se constituyó una verdadera policía de tránsito para la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, que comparte junto a la "policía de seguridad" —de quien sólo recibe "asistencia" en el caso de ser necesario— la autoridad reconocida legalmente en materia de "prevención" de faltas y contravenciones de tránsito (art. 23, ley 2652). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El Jefe de Gobierno no legisló en materia de policía ni excedió las "facultades" y "deberes" que le impone la Constitución local, puesto que la creación de la "Guardia Urbana" no resultó incompatible con las reglas legales en juego (ley 1217) y buscó propender al mejor cumplimiento de los fines buscados por aquéllas con medidas razonables destinadas a verificar infracciones a las leyes viales vigentes (ley 451). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

10. La debilidad de los fundamentos empleados por la accionante junto con la estrategia procesal elegida, que implica no insistir por la vía de la queja en traer ante el Tribunal cuestiones que eventualmente podrían constituir un caso constitucional, sellan la suerte del recurso de inconstitucionalidad, que ha sido mal concedido por la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Las infracciones previstas en el régimen de faltas —al igual que la mayor parte de los delitos y contravenciones— resultan de acción pública (art. 13, ley local 451 y art. 2º, ley local 1217), a semejanza de los delitos del mismo carácter en el C.P. (art. 71), motivo por el cual, cualquier persona está facultada para denunciarlas ante la autoridad competente para resolver el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. Sea cual fuera la potestad de los agentes de la "Guardia Urbana", las "actas" labradas deben considerarse, al menos, como una denuncia de ciertos hechos percibidos en un lugar y momento determinados, cuyo peso probatorio (art. 5º, ley 1217) resulta ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad porque remite a la valoración de la prueba y de los hechos discutidos en este procedimiento. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6128/08 - 17/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El presidente de la empresa de transporte "Línea de Microómnibus 47 S.A." interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 158/177) contra la resolución de la Sala I de la Cámara CyF del 30/6/2008 (fs. 128/135), por la cual se confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la empresa de transporte infractora, al pago de una multa de $ 500, por haber infringido la prohibición de paso de un semáforo, y —en lo que aquí respecta— confirmó el rechazo de su planteo de inconstitucionalidad del dec. local 2124/04 (*BOCABA* nº 2074), en virtud del cual se creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana".

2. La Cámara declaró parcialmente admisible tal recurso (fs. 181/183) en relación al agravio fundado en la posible inconstitucionalidad del dec. 2124/04 que, en lo que al planteo concierne, autorizó a los integrantes del cuerpo de "Guardia Urbana" para confeccionar actas de comprobación, ante la comisión de faltas de tránsito, pues, a criterio de la recurrente, con ello, el Poder Ejecutivo habría legislado en materia de "policía de seguridad pública y tránsito" arrogándose atribuciones propias del Poder Legislativo, en abierta oposición al principio de división de poderes (art. 1º, CCBA).

3. Al contestar la vista conferida, el Fiscal General Adjunto solicitó que se declare admisible el recurso de inconstitucionalidad incoado y se rechace el planteo por el cual fue concedido. En su opinión, la creación del cuerpo de la "Guardia Urbana" y la autorización para "labrar actas" sólo implica cumplir con las competencias conferidas en los arts. 104 y 105 de la CCBA (fs. 192/193).

FUNDAMENTOS:

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

La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* "Línea de Microómnibus SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5837/08, resolución del 28/8/2008.

En consecuencia, cada uno de los jueces remite a los argumentos y a la solución que propusiera en la resolución dictada en el precedente citado, resolución de la cual se agregará copia para que forme parte de este nuevo pronunciamiento.

El juez JULIO B. J. MAIER agregó:

El fundamento de la decisión en el caso mencionado reside en que las faltas, en la Ciudad de Buenos Aires, están pensadas como infracciones de acción pública, razón por la cual cualquier ciudadano —no solamente los agentes de la "Guardia Urbana"— puede denunciarlas ante la autoridad. El valor que se dé a los actos de un procedimiento corresponde a los jueces de mérito.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Las razones que expongo en los apartados que siguen son idénticas a las que sustentaron mi voto en las causas 5837/08 "Línea de Microómnibus 47 SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido", y 6009 "Línea de Microómnibus 47 SATCFI s/inf. art. 6.1.63 Violación de semáforos sin poder identificar al conductor s/recurso de inconstitucionalidad concedido".

2. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad de la parte actora sólo por el agravio sustentado en "la inconstitucionalidad del dec. 2124/04 en cuanto faculta a los integrantes de la Guardia Urbana a labrar actas de infracciones de tránsito por resultar contraria al principio de división de poderes" (fs. 183).

Expresamente lo rechazó en cuanto a "los agravios sustentados en la inconstitucionalidad de la norma por resultar contraria al principio de jerarquía normativa y en la arbitrariedad de la sentencia por condenar a la empresa en base a un acta no confeccionada por un funcionario público y que carece de los requisitos previstos en el art. 3º, inc. g) de la ley 1217" (fs. 183 y vta.).

La recurrente no interpuso queja por los agravios por los que el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado.

En su recurso, la actora sostiene que "el voto mayoritario, en forma contraria a derecho sostuvo que la norma cuestionada —dec. 2124/04—, (...) no implica una injerencia en las funciones atribuidas a la Legislatura (en los términos del art. 80, incs. 1º y 2º, CCBA) (...) // Esta aseveración es totalmente dogmática y carece de toda apoyatura constitucional. // Es claro que la facultad de legislar en materia de policía se acordó a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires e indudablemente se es competencia atribuida a la Legislatura, va de suyo que no es competencia atribuida al Poder Ejecutivo" (fs. 171 vta./172, en negritas en el original).

En lo que sigue, la parte no desarrolla argumentos que den sustento a esta afirmación y los que menciona, relacionados principalmente con el concepto de funcionario público, no pueden ser objeto de tratamiento en atención a la limitada concesión del recurso, condiciones en las cuales la Cámara no debió admitirlo.

En definitiva, la debilidad de los fundamentos empleados por la accionante junto con la estrategia procesal elegida, que implica no insistir por la vía de la queja en traer ante el Tribunal cuestiones que eventualmente podrían constituir un caso constitucional, sellan la suerte de su recurso.

Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Línea de Microómnibus 47 S.A.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad parcialmente admitido por la Cámara y, en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 28/8/2008 en los autos "Línea de Microómnibus SATCF s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5837/08.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones 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.*

CCLXXXIX

"CASSONE, LILIANA ALICIA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO Y SU ACUMULADO EXPTE Nº 6154/08 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CASSONE, LILIANA ALICIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. AMPARO: Naturaleza. Caracteres. Idoneidad. CONCURSOS: Designación de empleado público. 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 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

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 6170/08 - 17/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Liliana Alicia Cassone 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 Profesional Asistente Farmacéutica, con treinta horas semanales, en el Centro de Salud y Acción Comunitaria - CESAC nº 10 Area Programática del 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. La actora sostuvo que sobre la base del orden de mérito del concurso, en el mes 9/2005, la Subdirección del Hospital solicitó al Director General de la Dirección General de Atención Integral de Salud del GCBA, su designación en el cargo. 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 41.455/86, art. 10.6) para efectuar la designación correspondiente (fs. 1/8).

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, y que la admisión de la demanda vulneraría el principio republicano de división de poderes (art. 104, CCBA), pues conduciría a la creación judicial del cargo (fs. 44/48).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda imponiendo las costas en el orden causado. Para así decidir manifestó que no se advierte en el caso la aludida arbitrariedad o ilegalidad, ya que el dec. 736/04, que regula los requisitos que debe contener el trámite de designación en el ámbito de la salud, establece específicamente que los actos administrativos que disponen la designación de profesionales en el área de Salud deben contar con la previa intervención de las Direcciones Generales de Recursos Humanos y la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto (fs. 110/112).

2. La señora Cassone apeló la sentencia (fs. 115/121). El GCBA contestó los agravios y solicitó el rechazo de la apelación (fs. 124/126).

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, hizo lugar al recurso de apelación y revocó la sentencia de grado. En consecuencia, ordenó al GCBA que provea a la designación de la amparista en el cargo interino concursado, dentro del plazo de 10 días (fs. 134/137).

El tribunal sostuvo que "se observa un comportamiento arbitrario de la demandada al haber llevado adelante un proceso de selección que desde su convocatoria contaba con reflejo presupuestario suficiente, para luego paralizar toda designación por la posterior ausencia de las partidas de rigor" y que se "afecta el derecho 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" (fs. 135 vta.). Puntualizó que en similar sentido se había expedido el Tribunal, por mayoría, en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", sentencia de fecha 28/11/2007.

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 149/161), que fue concedido por la Sala II, excepto en lo que se refiere a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad (fs. 166/167), lo que motivó la interposición del recurso de queja que fue acumulado a este expediente (fs. 174/188)

4. Requerido el dictamen del Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General Adjunto propició que el Tribunal admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada, revoque la sentencia de Cámara y rechace el amparo. En los fundamentos de su dictamen sostuvo que "la interpretación efectuada en autos, por la Cámara, no se ajusta —en el criterio del suscripto— a la legalidad vigente (...) La conducta de la Administración, que se denuncia en la demanda, no aparece —tal como resulta de lo expuesto— manifiestamente ilegítima o arbitraria, requisito básico para la procedencia del amparo (arts.

43 de la C.N.; 14 de la Constitución local, y 1º 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 improponibilidad de su objeto y la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas de la conducta de la Administración. (...) / Por lo demás, tampoco advierto que la situación apremiante de 'daño actual o inminente' que exigen los arts. 43 de la C.N. y 14 de la Constitución local, se encuentre verficada 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. 239/244).

FUNDAMENTOS:

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

La cuestión planteada en estos autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 7/7/2008.

En consecuencia, por remisión a los fundamentos pertinentes expresados en aquella oportunidad, corresponde admitir el recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 134/137 y rechazar el amparo deducido por la señora Liliana Alicia Cassone, imponiendo las costas del proceso por su orden (art. 14, CCBA). Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del precedente citado en el párrafo anterior.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La cuestión de autos resulta análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 7/7/2008.

En consecuencia, por los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido, a los que remito y que serán agregados en copia para formar parte de este pronunciamiento, voto por, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar el amparo, sin que ello implique expedirse en relación con el derecho de fondo que podrá, cumplidos los recaudos pertinentes, reclamarse en la vía ordinaria.

Costas por su orden en todas las instancias (art. 14 de la CCBA). El modo en que se resuelve torna innecesario expedirse sobre la queja deducida a fs. 174/187.

El juez Juez B. J. Maier dijo:

1. Si dejamos de lado ciertos datos, que reflejan pormenores sin importancia para el caso, tiene razón la señora jueza del trámite, doctora Ana María Conde, al advertir que la cuestión debatida en autos resulta análoga a la resuelta por este Tribunal en "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 7/7/2008, caso en el cual fui yo el juez del trámite y, por lo tanto, el ponente.

2. Mi voto en esa causa finalizaba acogiendo el recurso por inconstitucionalidad de una manera particular. En primer lugar, señalaba (puntos 2 a 4) —con mis colegas—, que la vía del amparo, cuestionada desde un comienzo por el demandado —el GCBA—, había sido inidónea para verificar el derecho que la actora pretendía y decidían las sentencias de los tribunales de mérito —nombramiento del actor en el cargo concursado—, no sólo porque no había permitido la investigación y el análisis de todas las circunstancias que, eventualmente, fundan ese derecho, sino, además, porque, precisamente, la omisión del procedimiento dedicado al caso por la ley procesal contencioso-administrativa había limitado o constreñido el derecho del demandado a defenderse con amplitud, incluso probatoria.

3. Hasta allí la coincidencia con mis colegas. Quizás ella alcance a otro argumento: salvo casos especiales, ninguno de los cuales aparecía aquí fundado y menos aún con evidencia natural, los jueces no pueden reemplazar al Poder Ejecutivo en el nombramiento y organización de los agentes y funcionarios de la Administración (CCBA, art. 104, inc. 9º). Por ello, con un giro tomado del dictamen del Ministerio Público (Fiscal General Adjunto), se advertía que toda la cuestión planteada de esa manera en el litigio era —desde un comienzo— improponible.

4. Palabras más, palabras menos, mis colegas, por las razones dadas hasta aquí, rechazaban el amparo, solución de mayoría que conformó la sentencia del TSJBA en la ocasión mentada.

Yo preferí una solución distinta. Reputé que, aunque algo confusamente —mezclada con el derecho subjetivo a que la actora fuera nombrada en el cargo concursado—, la demanda había hecho hincapié en el vencimiento del plazo normativo reglamentario para decidir y cerrar el concurso de marras y, conforme a ello, también había instalado un *amparo por mora* de la Administración. Por esa razón, mi proposición también revocaba el fallo de la Cámara en cuanto, al confirmar la sentencia de primera instancia, condenaba al gobierno a realizar el acto de designación de la actora en el cargo y sólo hacía lugar a la demanda de amparo planteada en tanto ordenaba a la Administración dictar el acto que decidiera y cerrara el procedimiento de selección por ella llamado, conforme a la reglamentación

correspondiente, procedimiento que había quedado trunco, sin final, ello en virtud de la autorización brindada por el art. 31 de la ley local 402, que reglamenta el recurso intentado.

5. Supongo que en este caso, resuelto poco tiempo después del citado arriba, la mayoría repetirá su voto, como ya lo indica la decisión de la señora jueza del trámite. Ello me exime de mayores consideraciones. Por lo demás, el desarrollo extenso de los argumentos por los cuales me expido puede leerse en la sentencia que menciona y agrega el voto de la señora jueza del trámite. Allí también proponía que las costas sean distribuidas por el orden causado, conforme al art. 14 de la CCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad de fs. 149/161 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. 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.

El recurrente afirma que la sentencia impugnada desbordó los márgenes constitucionales del amparo, se apartó del régimen legal aplicable, y afectó las atribuciones propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad.

4. En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (5860/08) y su acumulado expte. nº 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 7/7/2008. Tal similitud me permite reiterar los fundamentos que expusiera al votar entonces:

> *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 4970, resolución del 5/6/2007 y "Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 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.

(...) 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 una 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 L.A.P. 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 cauce 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).

5. Por fin, como lo expresé en el quinto apartado de mi voto en el precedente citado, ordenar la conclusión del procedimiento de selección no implica lesión al principio de congruencia. Como expliqué entonces, "(...) 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 el punto 4 a la demanda de amparo planteada por la señora Liliana Alicia Cassone 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 profesional asistente farmacéutica de planta, para desempeñarse en el área programática CESAC Nº 10 del 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 Gobierno el responsable de la mora en el dictado del correspondiente acto administrativo.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja interpuesta, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 134/137 vta. y rechazar el amparo deducido por la señora Liliana Alicia Cassone.

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

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5860/08), de fecha 7/7/2008.

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

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

CCXC

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OCHARÁN MÁRQUEZ, OLIMPIA ZOILA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Caso constitucional. Deserción del recurso. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. La opinión de la CSJN en cuanto a que el hecho de no haberse sustanciado la segunda instancia, en virtud de haberse declarado la deserción del recurso de apelación, no priva a la respectiva Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48, si bien fue establecida para el recurso extraordinario federal, equivale en el caso al rechazo del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de primera instancia, final de mérito para el litigio, razón por la cual resulta igualmente aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, a

tenor de lo dispuesto por el art. 27 LPTSJ (ley local 402). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Para que el recurso de inconstitucionalidad resulte admisible es preciso que el recurrente impugne con acierto la decisión que declaró desierta su apelación, por razones de índole constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si la crítica del recurrente no se dirige, según correspondería, a vincular la declaración de deserción con alguna disposición constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurso de queja debe rechazarse pues reitera, sin mayor desarrollo, el planteo referido al excesivo rigor formal manifiesto, "lesivo y frustratorio" del derecho de defensa, y no se hace cargo, como no lo hizo en el recurso de inconstitucionalidad, de demostrar que la apelación que dedujo contra la sentencia de primera instancia fue incorrectamente declarada desierta por el *a quo*. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. Las resoluciones que declaran inadmisible un recurso de apelación ante la Cámara no son pasibles de ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad debido a que no constituyen una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Sentencia definitiva es aquella que dirime la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación (al igual que, *mutatis mutandi,* la del recurso extraordinario federal). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Más allá del acierto o error de la sentencia del señor juez de grado que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta, no resulta posible ingresar en su consideración debido a que la recurrente, por el desenfoque de la queja que agita, no ha logrado rebatir de manera idónea la decisión posterior dictada por la Cámara que sólo declaró desierta la apelación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6024/08 - 17/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Olimpia Zoila Ocharán Márquez promovió acción de amparo contra el GCBA (en adelante, GCBA) —en su carácter de administrador del fondo dispuesto por la ley 1923— con el objeto de que se ordenase el pago de los sueldos atrasados que le adeudaban por su labor de enfermera en el Hospital Francés (fs. 42/47, 49/50 y 55/61).

Afirmó que —pese a que el hospital reconoció adeudarle la suma de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800)— dicho importe no fue abonado al no poder acreditar su identidad mediante presentación del DNI, conforme lo exige la reglamentación en vigencia: ella requiere que, con anterioridad al pago de la deuda, se certifique la firma del acreedor ante escribano público, previa acreditación de identidad.

Dijo ser de nacionalidad peruana y que, oportunamente, debió presentarse en sede penal para desvirtuar una supuesta falsedad del DNI que tramitara en la Argentina. La investigación llevada a cabo determinó que su documento no sería falso, pero fue entregado al juez penal; ello tornó imposible su presentación para el cobro de la deuda salarial.

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó al GCBA, en su carácter de administrador del "Fondo Especial de Ayuda al Hospital Francés", que abonase las diferencias salariales reconocidas y certificadas por la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia —titular del Hospital Francés— a favor de la actora (fs. 1/12).

Sustentó su decisión en: *a)* "...en la medida en que se invocan derechos constitucionales de la actora, y toda vez que la arbitrariedad o ilegalidad alegada puede surgir con carácter manifiesto de los elementos de juicio incorporados a la causa, el cause procesal elegido resulta claramente idóneo. En este orden de ideas, cabe destacar que están en juego derechos de carácter laboral de la actora que además es extranjera"; *b)* si la demandada había reconocido la deuda pendiente de pago y el carácter de beneficiaria de la amparista del "Fondo Especial Ayuda al Hospital Francés", él debía implementar las medidas necesarias para realizar el pago de los salarios; *c)* el óbice formal que motivó la falta de pago contradecía preceptos en materia laboral y de migraciones reconocidos por la Constitución Nacional y la de la Ciudad, así como por tratados internacionales, y *d)* el permiso de residencia precaria, acompañado del documento del país de origen resultaba apto para acreditar identidad en la Argentina, de acuerdo a la ley de migraciones, por lo que no advertía razones que justificaran la actitud de la demandada de no admitirlo a esos mismos efectos. Concluyó que "...la circunstancia de carecer de documento de identidad expedido por autoridad nacional es una cuestión operativa que el mismo Estado local debe solucionar, pues de otro modo, se impide por esta vía el derecho de la amparista a cobrar sus salarios por sus tareas como enfermera del Hospital Francés...".

3. Contra dicha sentencia se alzó el GCBA (fs. 13/15 vta.). Se agravió porque: *a)* en el caso, no se verificaba un supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que lesionara derechos de la actora; *b)* la amparista no había cuestionado el régimen de la ley 1923; *c)* la falta de pago había obedecido al incumplimiento de la solicitante en arrimar la documentación que dicho cuerpo legal y su reglamentación exigían a efectos del cobro, y *d)* le fueron impuestas las costas. Los agravios fueron contestados por la parte actora (fs. 73/76).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, declaró desierto el recurso de apelación articulado por la demandada (fs. 26/28).

Para así decidir consideró que los argumentos expuestos por el GCBA para sustentar el recurso interpuesto *"*...no atacan ni refutan al decisorio, ni cuestionan los fundamentos esgrimidos por el *a quo* al dictar sentencia, ya que sólo se limitan a reiterar los expuestos en oportunidad de articular [*sic, rectus:* contestar] la demanda".

Reforzó tal conclusión señalando que "...el juez de grado expresó su decisión haciendo una prolongada remisión al plexo de los derechos humanos que protegían a la actora, máxime a la luz de una deuda salarial reconocida sin cuestionamientos. Ninguna de estas [irregularidades, probablemente] manifiestas es objeto de crítica o refutación por parte del apelante, quien dogmáticamente afirma que el *a quo* desconoció las circunstancias de la causa. Sin embargo, los motivos que negaron el pago a la actora fueron claramente expuestos en la sentencia en crisis y, al ser contrastados a la luz de la normativa constitucional implicaron una violación a los derechos que se desprenden de la actividad laboral realizada por la accionante".

5. Frente a la declaración de deserción del recurso, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 17/24 vta. y fs. 77/84 vta.). Adujo que la sentencia objeto del recurso afectó su derecho de defensa en juicio, pues con base "...en un exceso rigor formal manifiesto lesivo y frustratorio de dicho derecho, ha omitido el tratamiento de los agravios de mi mandante, lo cual se traduce en un supuesto de denegación de justicia..."; se le impide de esta manera hacer uso de las vías recursivas y acceder sustancialmente a la segunda instancia. En este sentido, afirmó que no concurrían los requisitos para declarar desierto el recurso de apelación deducido por su parte, ya que había expuesto concretamente los agravios directos e inmediatos que la sentencia de primera instancia le causaba, lo que descalificaba la decisión recurrida como acto jurisdiccional válido.

Se agravió, además, porque la sentencia recurrida no había rechazado la pretensión en razón de la vía elegida. Por lo demás, el pronunciamiento había conculcado el principio de legalidad "...con un inequívoco desconocimiento de la normativa de derecho positivo aplicable...", desde que no sólo obligaba a su parte a hacer lo que la ley no mandaba, sino que le imponía lo que la ley prohibía; lo mismo ocurría con el derecho de propiedad, en tanto condenaba a su parte a cumplir una obligación de hacer manifiestamente ajena a su competencia y que habría de insumirle ingentes erogaciones de dinero, sin causa alguna; y, además, considera vulnerado el sistema republicano de gobierno y la división de poderes, así como la razonabilidad de las decisiones judiciales, al arrogarse el tribunal el papel de legislador y derogar la ley vigente, específicamente la 1923 y su decreto reglamentario, de riguroso orden público. A esto agregó, que el *a quo* ignoró argumentos decisivos planteados por su parte y no valoró adecuadamente que el juez de primera instancia se apartó de las constancias de la causa; que la amparista no cumplió el requisito legal que establece la certificación de la firma ante escribano público, ni cuestionó

la reglamentación de la ley 1923 y que la Procuración General dictaminó que no correspondía efectivizar el pago. Finalmente, tachó de arbitraria la sentencia de grado que —según expuso— resolvió la cuestión con prescindencia de la aplicación de las normas conducentes para la solución del caso, que son las contenidas en la ley 1923 y su dec. regl. 356/06.

6. La alzada, previo traslado a la parte actora (el que fue contestado a fs. 85/88), declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por la demandada por considerar que "...la decisión del Tribunal de declarar desierto el recurso de apelación no constituye un supuesto de caso constitucional en los términos de la ley 402...". Puntualizó, también, que "...Los argumentos de la recurrente se limitan a disentir con la decisión recurrida y, por lo tanto, no llegan a la construcción de un efectivo caso constitucional que registre relación directa con lo impugnado o una específica vinculación entre lo decidido en la causa y los derechos invocados en el caso". Respecto de la arbitrariedad alegada acotó que "...más allá de la circunstancia de que la recurrente discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido" (fs. 30/31).

7. Disconforme con ese rechazo, el GCBA, interpuso recurso de queja ante estos estrados (fs. 33/38 vta.). Reiteró —fundamentalmente— lo alegado al plantear el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, se refirió a que la decisión del *a quo* afectó gravemente su derecho de defensa, pues "...en base a un exceso rigor formal manifiesto lesivo y frustratorio de dicho derecho, ha resuelto no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto...". También a que: *a)* "...se encuentra controvertida la interpretación y aplicación en particular, de los arts. 13 y 14 de la CCBA y las normas de la constitución Nacional contenidas en los arts. 16, 17 y 18 (conf. art. 27, ley 402)..."; *b)* "...el caso constitucional reside en determinar si, en el caso, el plexo normativo conformado por la ley 1923 y el dec. 356/06 —cuyo cumplimiento, en virtud del principio de legalidad concierne al GCBA— resulta compatible o no con la Constitución local...", *c)* "...en el pronunciamiento en crisis se ignora, lisa y llanamente, lo que dispone la ley 1923..."; *d)* "...el Superior omitió tener presente que en autos se había prescindido de las constancias de la causa y de cuestiones decisivas, colocando al GCBA en una situación de indefensión —lo que constituye una clara cuestión constitucional— al condenarla a una obligación...".

8. El Fiscal General Adjunto propició rechazar el recurso intentado —principalmente— porque no se introdujo contra una sentencia definitiva producida por el superior tribunal de la causa, en los términos dispuestos por el art. 27 de la ley local 402, pues las razones por las que se condenó a la demandada a abonar a la actora las diferencias salariales reconocidas y certificadas por la "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", correspondieron a la decisión de primera instancia (fs. 93/94 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja, no obstante haber sido interpuesta en tiempo y forma exigidos por la ley, no resulta admisible.

2. El señor Fiscal General Adjunto considera que la decisión de la Sala que declaró desierto el recurso de apelación no es la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa pasible de ser cuestionada por el recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja (fs. 94).

Aunque, en principio, decisiones de tal índole no satisfacen el recaudo objetivo de impugnación señalado por el señor Fiscal (ver art. 27, ley 402), sucede lo contrario cuando la resolución de la Cámara que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la sentencia definitiva de primera instancia, como ocurre en este caso.

En tal sentido, la CSJN ha señalado que "el hecho de no haberse sustanciado la segunda instancia, en virtud de haberse declarado la deserción del recurso de apelación, no priva a la respectiva Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48" (*in re*: "Carlos A. Palacio v. Augusto C. Trouillet" —*Fallos,* 261:420—, sent. del 17/5/1965, entre muchos otros), opinión que, si bien fue establecida para el recurso extraordinario federal, equivale en el caso al rechazo del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de primera instancia, final de mérito para el litigio, razón por la cual yo la estimo igualmente aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, a tenor de lo dispuesto por el art. 27 LPTSJ (ley local 402).

3. Pero ello no basta para que el recurso de inconstitucionalidad resulte admisible; es preciso, además, que el recurrente impugne con acierto la decisión que declaró desierta su apelación, por razones de índole constitucional.

En este sentido cabe recordar lo expresado en su voto por el señor juez José O. Casás en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Centrifugal S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", cuando sostuvo: "...las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación son de índole procesal, se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad. Además téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en igual sentido, ha dejado sentado en innúmeros precedentes que: "Lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario..." (expte. nº 3922/05, sent. del 5/10/2005). Este criterio es coincidente con los fallos de la CSJN que el señor juez Casás cita en su voto, y que, por lo demás, la Corte reitera, con palabras semejantes, en numerosos precedentes, así: "...en virtud de su carácter fáctico y procesal, resultan irrevisables

en la instancia extraordinaria las conclusiones a que arribara la Cámara respecto de la deserción del recurso...” (*in re:* “Robot SACIFI v. Administración General de Puertos” —*Fallos*, 310:2214—, sent. del 20/10/1987); o: “la decisión referente a la insuficiencia de la expresión de agravios y a la consiguiente deserción del recurso es, como regla, ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte” (causa: “Santos Cifuentes y otros v. Nación Argentina (Ministerio de Economía)” —*Fallos,* 314:800—, sent. del 6/8/1991).

De tal manera, para que el recurso de inconstitucionalidad pueda tener sustento, el GCBA está obligado a someter a consideración del Tribunal razones de naturaleza constitucional para cuestionar, exclusivamente, la declaración de deserción de la apelación, pues la Sala no dictó una sentencia de mérito que permita debatir ante este estrado los aspectos constitucionales de la cuestión de fondo, tratada por el señor juez de primera instancia.

4. Veamos ahora qué ha ocurrido en el caso.

El GCBA planteó en el recurso de inconstitucionalidad —entre otras muchas cuestiones que no tienen relación directa con el objeto de su impugnación, ya que van sólo dirigidas a refutar el pronunciamiento de primera instancia— que la declaración de deserción fue decidida con “exceso rigor formal manifiesto” (fs. 79), que ello “ha afectado gravemente su derecho de defensa en juicio” (ídem) y que “...surge de forma clara y concreta que el Tribunal cometiendo arbitrariedad fáctica y normativa, hizo prevalecer un excesivo formalismo ritual por sobre la cuestión sustancial como lo constituye el derecho de la Ciudad de acceder a la segunda instancia revisora y que los agravios sean tratados” (fs. 79 vta./80).

La Sala I, con cita de pronunciamientos del Tribunal y de la CSJN, consideró que la declaración de deserción se vincula con la valoración del contenido de la expresión de agravios (respecto del litigio material sólo fs. 13 vta., bien poco por cierto) y con la interpretación de reglas procesales, cuestiones que no constituyen, como ya se dijo, un caso constitucional. La Sala consideró también que las reglas constitucionales citadas en la interposición del recurso de inconstitucionalidad no están vinculadas con lo decidido por ella en la causa —expresión de agravios insuficiente, deserción del recurso—, y, finalmente, que los fundamentos expresados en la decisión recurrida no permitían considerar que se esté en presencia de una sentencia arbitraria, más allá de la discrepancia del recurrente (fs. 30/31).

La queja del GCBA no satisface la carga de realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 *bis* —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate racional y mediante argumentos los fundamentos por los cuales la Cámara decidió rechazar su recurso —principalmente, ausencia de un caso constitucional—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendente a demostrar ese extremo (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

Ciertamente, en la queja se menciona lo dicho por la Cámara al denegar el recurso en cuanto a la ausencia de un caso constitucional (fs. 34 vta./36 vta.), pero la crítica del GCBA no se dirige, según correspondería, a vincular la declaración de deserción con alguna disposición constitucional. El Gobierno insiste en mencionar, sólo en forma genérica, la violación de derechos y principios constitucionales —derecho de defensa en juicio, de debido proceso legal adjetivo, de propiedad, el principio de legalidad y razonabilidad, el sistema republicano de gobierno y la división de poderes— antes bien en relación al pronunciamiento de fondo dictado en primera instancia, razón por la cual no se establece la adecuada correspondencia entre la afectación y el contenido de la sentencia de la Cámara que se recurre. Tal profusión de derechos constitucionales invadidos atenta contra la claridad de la exposición de crítica y no permite individualizar con certeza el caso constitucional planteado contra la decisión impugnada. En este sentido, el demandado se limita —fundamentalmente— a reeditar, en la queja, los argumentos que expusiera en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad referidos a la improcedencia de la vía elegida y a que la sentencia impugnada prescindió de las circunstancias fácticas y jurídicas de la causa al resolver la cuestión (crítica que parece referir a la decisión material del juez de primera instancia). Nada nuevo agregó que se refiera a la decisión impugnada.

5. Aunque la queja a fs. 37 reitera, sin mayor desarrollo, el planteo referido al excesivo rigor formal manifiesto, "lesivo y frustratorio" de su derecho de defensa, en verdad no se hace cargo, como no lo hizo en el recurso de inconstitucionalidad, de demostrar que la apelación que dedujo contra la sentencia de primera instancia fue incorrectamente declarada desierta por el *a quo*.

A poco que se repare, las consideraciones que formuló la alzada para declarar desierto el recurso y confirmar la sentencia de primera instancia ("...el juez de grado expresó su decisión haciendo una prolongada remisión al plexo de derechos humanos que protegían a la actora, máxime a la luz de una deuda salarial reconocida sin cuestionamientos. Ninguna de estas manifestaciones es objeto de crítica o refutación por parte del apelante, quien dogmáticamente afirma que el *a quo* desconoció las circunstancias de la causa. Sin embargo, los motivos que negaron el pago a la actora fueron claramente expuestos en la sentencia en crisis y, al ser contrastados a la luz de la normativa constitucional implicaron una violación a los derechos que se desprenden de la actividad laboral realizada por la accionante...") —y que se lea tanto la sentencia de primera instancia con sus fundamentos y la crítica que mereció de parte de la demandada, ver fs. 1 a 12, y fs. 13 vta., respectivamente— resisten incólumes las objeciones presuntamente planteadas por el GCBA.

En efecto, el recurrente no ha logrado desvirtuar las afirmaciones en que se sustenta la decisión del *a quo,* pues fue —justamente sobre la base de las constancias de autos (expreso reconocimiento de lo adeudado y el carácter de beneficiaria de la actora del "Fondo Especial Ayuda al Hospital Francés")— y la normativa aplicable (no sólo la indicada por el recurrente, sino también la referida al plexo de derechos humanos) que la alzada decidió en el sentido que consta, a falta de crítica suficien-

te, por parte de la demandada y recurrente, que la condujera a otro destino. Todo ello no expresa el acierto o el desacierto del dispositivo del señor juez de primera instancia frente al caso —como tampoco lo expresa este voto—, sino, antes bien, refiere la carencia de crítica certera de ese dispositivo y de sus fundamentos por parte del demandado —y ahora frente al recurso de inconstitucionalidad rechazado por la Sala de Cámara—, que ha confundido las oportunidades concedidas por la ley procesal para la defensa de su interés con exposiciones sin mayor sentido, versiones libres de conjuntos de palabras y nombres de derechos, esto es, carentes de referencia concreta al objeto criticado.

6. Por lo demás, la lesión a un supuesto "*derecho de la Ciudad de acceder a la segunda instancia revisora y que los agravios sean tratados*" no se justifica en disposición constitucional alguna. Cuanto más, se trataría de un derecho reconocido por la ley de amparo, pero no de un derecho con fundamento constitucional directo, que autorice la intervención del Tribunal en los términos del art. 113, inc. 3º, CCBA.

De tal forma, el GCBA no logra conectar los agravios que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara que declaró desierto el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, 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 23/5/2003, antes citado).

7. En cuanto a la arbitrariedad aducida al interponer el recurso de inconstitucionalidad, y más allá de la postura estricta que sostengo al respecto, lo cierto es que ninguna mención en relación a este aspecto ha hecho el recurrente en el escrito de queja que difiera de la oportunamente expuesta al articular el recurso de inconstitucionalidad, sólo que ahora va referida a otra decisión impugnada, objeto del recurso, mención que demuestra la escasa seriedad con la que la recurrente maneja el término citado como motivo del recurso: todo lo que no le conviene o con lo que no está de acuerdo resulta *arbitrario*. Tal circunstancia sella —en sentido negativo— la suerte de este agravio.

8. Por las razones que anteceden, en concordancia con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta por el GCBA a fs. 33/38 vta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 33/38 vta. satisface los requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la decisión de la Sala II que declaró desierto el recurso de apelación

deducido por aquél contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la señora Olimpia Zoila Ocharán Márquez.

Para así resolver, los magistrados destacaron (fs. 30 vta.) que "[l]a circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, tales como la valoración del contenido de la expresión de agravios de la demandada (arts. 236 y concs. del CCAyT), no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional." Y, con respecto a la arbitrariedad invocada por el Gobierno, los jueces señalaron (fs. 31) que "(...) más allá de la circunstancia de que la recurrente discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido."

3. La presentación directa no cumplió el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebatió las razones por las cuales la Sala II no concedió el recurso de inconstitucionalidad.

El quejoso vuelve sobre los agravios ensayados en el recurso de fs. 77/84 vta., pero no formula una crítica adecuada al auto denegatorio.

El Gobierno no dedica una sola línea a intentar demostrar que la decisión de la Cámara de declarar desierto su recurso de apelación vulneró principios o derechos constitucionales.

La Ciudad reitera que a su criterio la acción de amparo es improcedente y que los jueces prescindieron de circunstancias fácticas y jurídicas de la causa. Sin embargo, estos planteos no se refieren a la declaración de deserción del recurso de apelación sino a la cuestión de fondo debatida en autos.

En consecuencia, las deficiencias de la presentación del GCBA definen su rechazo e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Voto, pues, por rechazar la queja de fs. 33/38 vta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Por los argumentos que expondré, comparto la solución propiciada por el juez de trámite, Julio B. J. Maier.

2. Conforme lo dicho en mi voto *in re* "Dodero, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5473/07, sent. del 5/3/2008, aquellas resoluciones que declaran inadmisible un recurso de apelación ante la Cámara no son pasibles de ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad debido a que no constituyen una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

Sentencia definitiva es aquella que dirime la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación (al igual que, *mutatis mutandi,* la del recurso extraordinario federal).

Mediante el recurso de inconstitucionalidad, cuya admisibilidad defiende la queja ahora en estudio, el GCBA ataca la sentencia de Cámara que declaró desierto, por insuficiencia de fundamentación, el recurso de apelación intentado. Esa no es

una sentencia definitiva ni —como principio— una equiparable que permita esta impugnación extraordinaria. En este caso, la sentencia definitiva es la de primera instancia que hizo lugar al amparo iniciado por la señora Ocharán Márquez y condenó al GCBA. Sin embargo, esa tampoco hubiera sido pasible de ser recurrida por esta vía debido a que no fue dictada por el tribunal superior de la causa (conf. art. 27, ley 402).

La noción de superior tribunal de la causa viene también tomada de nuestro derecho federal. En el caso, de la ley nacional 48 que lo emplea para obligar a los litigantes a agotar las instancias locales, cosa que no ocurría con la ley nacional 27. En nuestra Ciudad, el propósito del requisito es que la causa no sea extraída de los tribunales de mérito hasta tanto los remedios que el orden jurídico prevé para obtener pronunciamiento de dichos tribunales quede agotado. El texto de la ley nacional 48 fue tomado, a su vez, de la Federal Judiciary Act de 1789 de los EE.UU. En ella, el concepto quedaba descrito como el tribunal de mayor jerarquía en el que un pronunciamiento pudiera ser rendido o del que se lo pudiere obtener.[47]

Esta exigencia impone un deber al recurrente: haber articulado diligentemente todos los remedios que el ordenamiento pone a su disposición para llegar a la decisión del tribunal de mayor jerarquía, distinto del superior o supremo ante el cual se deduce el recurso extraordinario o de inconstitucionalidad, según el caso.

Retomando el examen del *sub lite*, la resolución de Cámara se limita a resolver una cuestión de índole procesal, la admisibilidad de un recurso de apelación ante ella, cuya solución es privativa de los jueces de mérito. Esa solución consistió en establecer que el hoy recurrente había fallado en articular un recurso admisible. No establece, en cambio, que ese recurso fuera imposible, independientemente de la diligencia que el recurrente hubiera aplicado a obtener el pronunciamiento de la Cámara.

Como quedó dicho, es una carga del recurrente lograr que la sentencia definitiva emane del tribunal superior para tener habilitada esta vía, si se encuentran presentes el resto de los requisitos. En nuestro caso, hay sentencia definitiva, pero no proviene del superior tribunal, mientras que hay auto del superior tribunal, pero interlocutorio.

3. Existe un supuesto en el que una resolución que, como la impugnada, declara mal articulado un recurso ordinario podría ser atacada mediante recurso de inconstitucionalidad. Es el caso en que se demuestra que la declaración de inadmisibilidad del recurso con que se buscaba obtener el pronunciamiento del superior tribunal constituye un obstáculo que frustra arbitrariamente la revisión por el Tribunal Superior de Justicia, prevista en el art. 113, inc. 3º de la CCBA, por la vía de eludir el superior tribunal de la causa la emisión del fallo que pone fin al pleito. En estos supuestos, incumbe al recurrente mostrar, por una parte, que la oposición del superior

[47] "…SEC. 25. […] the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had…".

tribunal de la causa al emitir la sentencia definitiva es contraria a derecho y, por la otra, que los contenidos de la sentencia definitiva del inferior, que se convertiría en firme, son susceptibles de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad. Es que, dadas las condiciones apuntadas, el auto que declara inadmisible el recurso aparece como uno que impide la continuación del pleito y, por ello, es sentencia definitiva sumado a que emana del superior tribunal de la causa.

4. Desde antiguo, la CSJN se ha manifestado en este sentido al analizar esta misma cuestión desde la óptica del recurso extraordinario federal. En *Fallos,* 35:230 declaró procedente un recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado desierto un recurso de apelación local, argumentando que, en ese caso, esa resolución tenía fuerza de definitiva. Para así resolver sostuvo que "...el objeto constitucional del recurso ante la Corte Suprema, en protección de la validez de esas leyes, derechos, autoridades ó comisiones, quedaría frustrado si no fuera aplicable á la sentencia que, aunque sin resolver el fondo del asunto, pone fin al pleito en que se ha decidido contra su validez y tal decisión queda subsistente: lo que determina la competencia de la Corte para conocer del recurso, es la naturaleza del caso, no la sentencia misma apelada, respecto de la cual solo exige la ley que tenga el carácter de definitiva". A considerando seguido, agregó que, por las razones expuestas, no puede oponerse a la procedencia del remedio federal el hecho de que las cuestiones resueltas por la anterior instancia "...solo hayan resuelto una cuestión de procedimiento, aplicando leyes de la provincia..." y que "...no es exacto que los tribunales locales sean los únicos intérpretes de sus propias leyes, estando como está establecido el artículo veintiuno de la ley sobre jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales, que estos procederán aplicando las leyes particulares de las provincias según lo exijan los casos que se sometan á su conocimiento".

Actualmente, esta jurisprudencia encuentra su reflejo cuando la Corte Suprema sostiene que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del art. 14 de la ley nacional 48 salvo que lo resuelto revele una un exceso ritual notorio susceptible de frustrar la garantía de defensa en juicio que asiste a las partes (*Fallos,* 326:1382, 2414; 327:3166; entre muchos otros). Sin perjuicio de que para lograr la revisión de la Corte Suprema en esos casos se debe probar que se encuentra en juego, en la sentencia que resuelve la controversia una cuestión capaz de habilitar su intervención. Esto último, debido a que "[l]a doble instancia judicial no es, por si misma, requisito constitucional de la defensa en juicio" (*Fallos,* 330:1036; entre muchos otros).

La doctrina que vengo reseñando tiene como uno de sus supuestos de aplicación el precedente de *Fallos,* 261:420 (cuyos dos sumarios reproducen los dos considerandos que integran el fallo). Sostuvo allí la CSJN que la declaración de deserción de una apelación no modifica el carácter de superior tribunal. Ello en razón de que lo que confiere ese carácter a una Cámara es la posibilidad jurídica de recurrir ante ella y no la efectiva articulación de un recurso. En las condiciones del precedente citado, la sentencia definitiva del juez de primera instancia no sería recurrible ante la Corte Suprema, por no provenir del superior tribunal de la causa, a menos que

el recurrente mostrase que el ordenamiento jurídico no lo dota con el remedio de apelar ante la Cámara, en cuyo caso el juez de primera instancia pasa a ser quien el legislador convirtió en superior tribunal de la causa.[48] Esto no ocurrió en dicho precedente, toda vez que, como en él se señala, el recurrente ni siquiera afirmó que el fallo final, que sigue siendo el de primera instancia, no hubiera podido ser recurrido ante la Cámara. Por esas razones, la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario federal deducido, en ese caso, contra la sentencia de primera instancia.

5. Por las razones expuestas, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja que obra a fs. 33/38 vta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo sostiene en los puntos 3 y 4 de su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B.J. Maier, a los que adhiero, la recurrente no ha logrado controvertir desde el plano constitucional la decisión de la Sala II de la Cámara en lo CAyT que declaró desierto su recurso de apelación.

Tanto en esta oportunidad como al deducir el recurso de inconstitucionalidad, la representación del GCBA ha dirigido la mayor parte de sus esfuerzos a cuestionar la sentencia del señor juez de grado que hizo lugar a la acción de amparo planteada por la señora Ocharán Márquez; tales argumentos, sin embargo, no guardan relación directa con el pronunciamiento posterior de la Cámara que formalmente ahora se recurre y que se limitó a descartar la apelación del Gobierno por considerarla una mera reiteración de expresiones vertidas con anterioridad (art. 236, CCAyT).

Así las cosas, más allá del acierto o error de la sentencia del señor juez de grado que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta, no resulta posible ingresar en su consideración debido a que la recurrente, por el desenfoque de la queja que agita, no ha logrado rebatir de manera idónea la decisión posterior dictada por la Cámara que, como se dijo, sólo declaró desierta la apelación.

Por las consideraciones expuestas, el recurso de queja incoado a fs. 33/38 vta. no puede prosperar.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el GCBA.

[48] Hoy día la doctrina sentada *in re* "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478) torna imposible que un juez de primera instancia sea el superior tribunal para el recurso del art. 14 de la ley 48.

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

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

CCXCI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ARIAS, CAROLINA RAQUEL C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Presentación extemporánea. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. El plazo para interponer el recurso de queja es perentorio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. A los efectos del recurso de queja, sólo es eficaz el cargo puesto por este Tribunal, más allá de que el escrito haya sido presentado en término ante el juzgado de primera instancia (conf. art. 108, CCAyT), pues el art. 33, primer párrafo, de la ley 402 es claro y no permite dudar si debe ser interpuesto ante este Tribunal o ante otro estrado, desde que la norma no ofrece alternativas al litigante. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Constituiría un exceso formal rechazar el recurso de queja, pues por analogía permitida en la interpretación de la ley formal, puede estimarse que el recurso fue interpuesto válidamente, esto es, sin duda tempestivamente, en el plazo previsto por la ley, aunque ante un tribunal judicial distinto de aquel ante el cual, regularmente, debió ser presentado el escrito de interposición, aun cuando perteneciente a la misma jurisdicción judicial. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en la que no se articula una crítica seria referida a la decisión de rechazo, es improcedente si su objeto no es una sentencia que revista carácter de definitiva con relación a alguna cuestión constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. El art. 33 de la ley 402 establece con claridad y precisión que la queja debe interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que exista ningún margen de duda respecto del lugar de presentación del recurso, por lo que el hecho que sea el juzgado de primera instancia el que notifique la sentencia de alzada que había resuelto no conceder el recurso de inconstitucionalidad, no puede inducir a error excusable al recurrente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. De proceder al tratamiento de un recurso interpuesto extemporáneamente, se estaría consintiendo la vulneración del principio de preclusión y de perentoriedad

de los plazos procesales, con la consiguiente incertidumbre jurídica que ello generaría en los litigantes, e implicaría una afectación del principio de igualdad procesal y del debido proceso, ya que una de las partes ejercería una prerrogativa (presentar un recurso fuera de plazo) que a la otra no se le ha reconocido, sin que existan motivos razonables que permitan justificar el proceder negligente del recurrente tardío. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6082/08 - 17/12/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA, acude en queja ante este Tribunal por la denegación del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 39/46 no fue deducido —tal como lo señala el Fiscal General Adjunto a fs. 55/57— en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual debe ser rechazado.

En efecto, de las constancias agregadas a la causa surge que el GCBA fue notificado del rechazo del recurso de inconstitucionalidad el día 28/5/2008 (ver copia de la diligencia que obra a fs. 31) y que la interposición del recurso fue efectuada ante el Tribunal el día 13/8/2008, a las 13.54 horas (ver cargo de fs. 51). Conforme a lo establecido en el art. 33 de la ley 402, el término para interponer la queja operaba el día 4/6/2008, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11.00 horas) del día 5/6/2008 (art. 108, último párrafo, del CCAyT].

Como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal, se trata de un plazo perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sent. del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'D' Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'M., J. L. Y otros c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sent. del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. Brutos convenio multilateral'", expte. nº 5352/07, sent. del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sent. del 12/7/2007, expte. nº 5962/08 "GCBA

s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", sent. del 12/11/2008].

2. El hecho de que el escrito hubiese sido presentado en término ante el juzgado de primera instancia, como se alega, no hace variar la conclusión a la que arribo, pues sólo es eficaz el cargo puesto por este Tribunal (conf. art. 108, CCAyT). El art. 33, primer párrafo, de la ley 402 expresa "Si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula" (sin destacar en el original). La ley es clara y no permite dudar si debe ser interpuesto ante este Tribunal o ante otro estrado. La norma no ofrece alternativas al litigante. Por tal razón, la fecha y hora de presentación del escrito ante el Tribunal, consignada en el cargo autorizado por funcionario competente de la Secretaría General (conf. art. 7º, inc. d], del Reglamento del Tribunal Superior de Justicia), es la que resulta determinante para considerar la tempestividad de la presentación

3. La explicación que expone el recurrente para justificar su retraso ("… el cual inadvertida e involuntariamente fue presentado en el juzgado de primera instancia…", fs. 50 vta.) y sus agravios en pos de la celeridad procesal, habiendo transcurrido un holgado mes desde su errónea presentación, ante la falta de elevación (fs. 50 vta.) no constituyen un supuesto de excepción a la regla indicada más arriba.

4. En razón de lo expuesto, la interposición del recurso efectuada recién el día 13/8/2008, a las 13.54 horas, resultó claramente extemporánea, circunstancia que determina la inadmisibilidad de la queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expresados por el juez de trámite Luis F. Lozano adhiero a la solución que propone.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Como lo expresé en mi voto al resolver "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5962/08, resolución del 12/11/2008, análogo al caso particular en cuanto a la supuesta extemporaneidad del recurso deducido, no estoy dispuesto a rechazar la queja por el error señalado por el señor juez de trámite. A pesar de tener él razón en cuanto al relato de los hechos importantes para la decisión sobre el tiempo de interposición del recurso de hecho y de que la interpretación que propone (textual) de la ley que regula el lugar de la interposición es razonable (punto 2 de su voto), me parece a mí un exceso formal rechazar el recurso en el caso. Sugiero aquí la analogía del asunto a resolver con aquellos que se presentaron en un comienzo de la vida del TSJBA, cuando algunas quejas eran depositadas en la Cámara de apelaciones. La hipótesis que aquí se presenta no se vincula, según mi opinión, con el tiempo de la presentación o interposición del recurso —en todo

caso el recurso fue judicialmente interpuesto dentro del plazo previsto—, sino tan sólo con el lugar en que tal acción debe suceder y la hipótesis aquí sucedida —interposición en otro lugar o ante otro tribunal—, vinculada por cierto al tiempo, parece no haber sido tan siquiera imaginada por el legislador. De ello deriva que, por analogía permitida en la interpretación de la ley formal, pueda estimarse que el recurso fue interpuesto válidamente, esto es, sin duda tempestivamente, en el plazo previsto por la ley, aunque —he aquí el ámbito de la analogía— ante un tribunal judicial distinto de aquel ante el cual, regularmente, debió ser presentado el escrito de interposición, aun cuando perteneciente a la misma jurisdicción judicial.

2. No obstante el razonamiento que antecede, coincido con la solución del señor juez de trámite. La queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en la que no se articula una crítica seria referida a la decisión de rechazo —su primer déficit—, es improcedente porque su objeto no es una sentencia que revista carácter de *definitiva* con relación a alguna cuestión constitucional. La decisión del juez de primera instancia que desestima el pedido de citación de terceros al proceso (fs. 8 y vta. del legajo de la queja) y, en el mismo sentido, la resolución de la Cámara actuante que confirma esa decisión (fs. 18 y 21) de manera alguna ponen fin al proceso sino que, confesadamente, éste seguirá su curso hasta la sentencia final.

Por lo demás, la ausencia de sentencia definitiva no se suple con la invocación de garantías de orden constitucional supuestamente vulneradas, o con la de la pretendida arbitrariedad del decisorio, sino que el recurrente debe demostrar —para la doctrina que establece decisiones *equiparables* a las sentencias definitivas— que el daño a provocar con el agravio es realmente irreparable (*Fallos,* 303:658; 316:1870), carga que no fue satisfecha por el recurrente.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja planteado a fs. 115/122.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto la solución a la que arriba en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 39/46, en atención a que el mismo ha sido presentado fuera del término legal (art. 33, ley 402).

2. Cabe poner de resalto que la situación que se presenta en estas actuaciones no permite asimilarla a la acontecida recientemente *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5962/08, sent. del 12/11/2008, ni puede conducir a la opinión sentada por el suscripto en dicha causa, por los motivos que se expondrán a continuación.

En el aludido precedente, en atención a sus excepcionales particularidades, entendí que correspondía tener por tempestiva una queja incoada con una diferencia de horas ante los estrados de este Tribunal, en tanto se constataba que la Cámara había remitido las actuaciones a primera instancia para que allí se notificara su fallo,

sin observar lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT —que establece entre las funciones de los secretarios el deber de notificar las decisiones de los tribunales a los que asisten—. Ello, en mi concepto, pudo haber contribuido a generar cierta confusión en la persona que presentó el escrito, en tiempo oportuno, aunque ante la unidad judicial que le había notificado la decisión objetada y no ante el Tribunal como correspondía. En síntesis, las aludidas circunstancias me llevaron a concluir que, a pesar de que había existido cierta negligencia procesal de la parte demandada, la aplicación literal del art. 33 de la ley 402 en el caso concreto revelaba un excesivo rigor formal ya que, como se dijo, el escrito fue recepcionado en este Tribunal con una diferencia de horas luego de ser erróneamente presentado ante el juzgado de primera instancia.

Ahora bien, en el *sub examine*, el término para interponer la queja operó el día 4/6/2008, sin perjuicio de que la presentación pudo ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 5/6/2008 (art. 108, último párrafo, del CCAyT). No obstante, la interposición del recurso recién fue efectuada ante el Tribunal el día 13/8/2008, a las 13.54 horas (ver cargo de fs. 51); esto es, más de dos meses después de operado el plazo legal para ello. Así las cosas, ante la falta de diligencia de la representación letrada de la parte demandada, no es posible tener por configurado el supuesto de excepción aludido en el párrafo anterior.

3. Por las consideraciones expuestas, y concordantemente con lo manifestado por el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 55/57), corresponde rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del doctor Lozano, y tal como hiciera al expedirme en la causa "Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo", expte. nº 5962/08, resolución del 12/11/2008, agrego las siguientes consideraciones.

2. Si bien en un anterior precedente del Tribunal, y atendiendo las particulares circunstancias del caso, consideré interpuesto correctamente un recurso de inconstitucionalidad presentado en tiempo oportuno pero ante un tribunal distinto al competente ("OSBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Scurzi, Delia Liliana c/OSBA s/amparo —art. 14, CCBA—'", resolución del 19/11/2003), dicho supuesto difiere sustancialmente del caso de autos.

En "Scurzi c/OSBA" la Sala I de la Cámara había dictado una resolución rechazando el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando la sentencia de Cámara y encomendando al juzgado de origen la notificación de dicha sentencia a ambas partes. La demandada quedó notificada del fallo de alzada con la recepción de la cédula librada por el juzgado de primera instancia, y presentó el recurso de inconstitucionalidad ante dicho órgano judicial, en el que se encontraban radicadas las actuaciones.

El art. 28 de la ley 402 dispone que el recurso de inconstitucionalidad debe ser deducido "...ante el tribunal que ha dictado la resolución que lo motiva...". La

falta de mención sobre cuál es dicho tribunal obedece a que el recurso extraordinario local procede no sólo contra sentencias de la Cámara, sino también contra aquéllas dictadas por jueces de primera instancia, como ocurre, por ejemplo, cuando la sentencia es inapelable porque el valor cuestionado en el proceso no supera las sumas establecidas en la resol. 149/99 dictada por el Consejo de la Magistratura local (conf. art. 219, últ. párr., CCAyT); en este último caso, el recurso de inconstitucionalidad debe presentarse ante el juez de primera instancia.

Por lo tanto, en aquel precedente consideré que la Cámara, al encomendarle al Juez de primera instancia que notifique el fallo de alzada, había incumplido lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT e inducido a error a la recurrente, pues ella presentó el recurso ante el juzgado que le había notificado la decisión que pretendía recurrir.

3. Sin embargo, en autos corresponde analizar el cumplimiento de los requisitos formales de un recurso diferente —el de queja—, y a tales efectos el art. 33 de la ley 402 dispone, en lo pertinente, que "Si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia...".

Como podemos apreciar, la norma citada establece con claridad y precisión que la queja debe interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que exista ningún margen de duda respecto del lugar de presentación del recurso. Por lo tanto, el hecho que sea el juzgado de primera instancia el que notifique la sentencia de alzada que había resuelto no conceder el recurso de inconstitucionalidad, no puede inducir a error excusable al recurrente, habida cuenta los expresos términos del art. 33 de la ley 402.

De proceder al tratamiento de un recurso interpuesto extemporáneamente, no solo estaríamos consintiendo la vulneración del principio de preclusión y de perentoriedad de los plazos procesales, con la consiguiente incertidumbre jurídica que ello generaría en los litigantes, sino también implicaría una afectación del principio de igualdad procesal y del debido proceso, ya que una de las partes ejercería una prerrogativa (presentar un recurso fuera de plazo) que a la otra no se le ha reconocido, sin que existan motivos razonables que permitan justificar el proceder negligente del recurrente tardío.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por GCBA.

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

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

CCXCII

"MEZA, HUGO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MEZA, HUGO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad no dirige su crítica contra los fundamentos de la sentencia, por lo que ha sido correctamente declarado inadmisible por la Cámara. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. No puede tener favorable acogida la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, si no se logra demostrar que en el caso haya mediado un apartamiento inequívoco de las constancias de la causa o una absoluta carencia de fundamentación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6150/08 - 18/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Hugo Meza, planteó una acción de amparo contra el GCBA (en adelante GCBA), para que se ordene al GCBA que se abstenga de disponer —sobre la base de su falta de habilitación para la venta ambulante— la clausura u otras medidas que pudieran afectar la actividad comercial que él desarrolla en un puesto sito en Plaza Miserere, calle Bartolomé Mitre 2815, de esta Ciudad.

Expresó que por Disposición nº 521/2004 la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria (DGHySA) le concedió el Permiso nº 90, Legajo nº 3009, categoría II, para operar en puesto de venta de alimentos en vía pública; y que el permiso fue renovado el 6/1/2006, hasta el 22/2/2007. Agregó que el 29/11/2006 le fue notificada la Disposición nº 2726/DGHySA/2006 que determinó la caducidad de su permiso, por la comisión de tres supuestas infracciones graves. Contra ese acto dedujo los recursos de reconsideración y jerárquico. Negó la veracidad de la infracciones que se le atribuyeron y tachó de nulas las actas de infracción labradas. El recurso de reconsideración fue denegado el 17/1/2007, y las actuaciones se elevaron a la Subsecretaría de Control Comunal, para la tramitación del recurso jerárquico interpuesto en forma subsidiaria. A la fecha de interposición del amparo (2/2/2007) el recurso no había sido resuelto.

Justificó la vía empleada (amparo) en la afectación de su derecho a trabajar y en la mora de la Administración en resolver su planteo. Agregó que solicitó reiteradamente el levantamiento de la clausura ante la justicia en lo contravencional y que el Juzgado en lo Contravencional Nº 29 de esta Ciudad, dispuso (fs. 17/18) el 28/12/2006 que la medida debía ser mantenida hasta que sea resuelto el recurso jerárquico interpuesto por el actor o hasta que obtenga un nuevo permiso para el ejercicio de esa actividad. Conjuntamente con la demanda requirió una medida cautelar que fue denegada por el juez.

2. El GCBA contestó la demanda (fs. 69/75). Señaló que para la renovación de los permisos precarios de uso en el espacio público se deben cumplir los requisitos que señala la ley 1166 —que se refiere al uso indebido del espacio público— y que la verificación del cumplimiento de esos requisitos es función de la Administración, pues la Constitución local reserva al Jefe de Gobierno el otorgamiento de permisos y habilitaciones para el ejercicio de actividades comerciales y para todas las que estén sujetas al poder de policía de la Ciudad. Expresó que el actor no cumplió las exigencias de esas normas y que, de acogerse su pretensión, se le permitiría ejercer su actividad sin cumplir las condiciones que a todos los demás le son exigidas.

3. El juez de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que por las infracciones atribuídas al actor él pudo "comparecer dentro de los cinco días hábiles a la Fiscalía Contravencional Nº 3 a efectos de interponer las defensas que estimare pertinentes" y que "para los casos como el de marras existe un procedimiento específico que ofrece al presunto contraventor la posibilidad de producir las pruebas que estime pertinentes. En tales condiciones, habiéndose expedido respecto de la clausura dispuesta la Justicia en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad (expte. 250/06-C, en trámite ante el JCyF Nº 29), cabe advertir que la cuestión traída a debate ha transitado por un proceso judicial en donde han sido evaluados las distintas garantías y derechos que le asisten al actor, por ello y encontrándose además pendiente de resolución la vía recursiva contemplada en la Ley de Procedimientos Administrativos, cabe concluir que en lo sucesivo planteos como los aquí instaurados, habrán de ser dirimidos ante el citado Tribunal, dado que las cuestiones aquí ventiladas guardan relación de interdependencia, y subordinación con las actuaciones precedentemente citadas. De esta manera, se advierte que si se hiciera lugar a la acción amparo interpuesta ante este fuero podría producirse una interferencia en la decisión judicial de otro magistrado de igual jerarquía, lo cual resulta inadmisible" (fs. 100/101).

4. El actor apeló la sentencia. Indicó que el *a quo* omitió valorar que el 25/6/2007 el juez contravencional ordenó levantar la clausura, pero aclaró que ello no implicaba autorización para ejercer la actividad. Afirmó el recurrente que en tanto dicha autorización no era materia del fuero contravencional, debía la Cámara ampararlo "hasta que la Administración se expida sin interferir en la decisión judicial de ningún otro magistrado ni de la Administración". Agregó que fue incorporado nuevamente en el registro de aspirantes, "lo cual muestra la intención de la Admi-

nistración de conceder[l]e un nuevo permiso" pero que ello "tarda hasta un año" mientras su "emergencia alimentaria y habitacional es desesperante". Finalmente consignó que "el recurso jerárquico interpuesto hace más de 9 meses que está a resolver" (fs. 102 y vta.).

Del recurso se corrió traslado al GCBA (fs. 106), quien no lo contestó (ver fs. 107).

Radicado el expediente ante la Cámara, el actor planteó como hecho nuevo, que la Controladora Administrativa de Faltas declaró la prescripción de una de las supuestas infracciones y lo amonestó por otra, lo que pone en evidencia la arbitrariedad en que incurrió la Administración al declarar la caducidad de su permiso (fs. 112/115). Del hecho nuevo se dio traslado al GCBA, que al contestarlo consideró que no modificaba la situación del actor (fs. 121/122 vta.).

La Sala II, como medida para mejor proveer, requirió al GCBA que informe "el estado del trámite del permiso precario gestionado por el señor Hugo Meza (...) a los efectos de ejercer la actividad de venta por cuenta propia en el espacio público" (fs. 124). La respuesta del GCBA informó que el actor "no posee permiso para la venta en la vía pública" (fs. 151).

Por una nueva presentación, el actor hizo saber —en relación a lo dispuesto por la Sala para mejor proveer— que el 17/5/2007 fue notificado de haber sido incorporado al registro de postulantes bajo el nº 757. Agregó que el objeto del presente amparo esta dirigido a cuestionar "el acto del poder ejecutivo que recién mencioné brevemente y otro más: la mora de la administración en resolver el recurso jeráquico..." (fs. 128/129).

Por otra presentación el actor acompañó documentación para acreditar que el recurso jerárquico que interpuso ingresó a la Procuración General del 10/1/2007 y "está a la fecha sin resolver (fs. 133, escrito del 12/12/2007).

El 8/5/2008 el señor Meza hizo saber que fue notificado por la Agencia Gubernamental de Control "que no se accede a lo requerido", en referencia al nuevo pedido de permiso que solicitara para ejercer la venta en la vía pública (fs. 156 y 160 y vta.).

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió "denegar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada" al no advertir la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten al actor. Justificó su decisión en el hecho de que, por tratarse de un amparo, debía fallar con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia. En tal sentido consideró que: *a)* el actor reconoció que su permiso venció el 22/2/2007, *b)* el Director General de Higiene y Seguridad Alimentaria informó que "a la fecha, el señor Meza Hugo, DNI 10.845.369 no posee permiso para la venta en la vía pública..." y *c)* la Administración no accedió al pedido del actor de un nuevo permiso. Sobre tal base, el tribunal concluyó: "Que, a esta altura de los acontecimientos, la pretensión del accionante se traduce en que el tribunal le otorgue un permiso para ejercer venta en la vía pública, lo que excede el ámbito de la competencia jurisdiccional. Es que precisamente, es el ámbito de la Administración donde el actor

debe acudir para obtener el permiso que solicita ante este estrado, canalizando sus apremiantes expectativas ante las autoridades competentes. La ley 1166 mantuvo la prohibición de venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios en el Espacio Público de la Ciudad de Buenos Aires a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, los que son otorgados por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las disposiciones de aquella ley y su decreto reglamentario. La circunstancia de que temporariamente se encuentre suspendido el otorgamiento de permisos, no basta para acceder al pedido del actor. Es que, más allá de que ningún argumento aportó el apelante a su respecto, ni ha sido materia del juicio el análisis de la razonabilidad de tal medida, lo cierto es que a priori, el ejercicio de tal facultad le corresponde a la administración, sujeto a las pautas legales y constitucionales aplicables al caso, claro está" (fs. 162/163).

6. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 166/171 vta.), agraviándose por considerar que en el caso: "...se ha controvertido la interpretación o aplicación de los arts. 10 y 14, CCBA y art. 14, 14 bis, 17, 18, 28 y 43, C.N., lo que (...) constituye un claro agravio constitucional suficiente y trascendente" (así resaltado en el texto trascripto).

Asimismo, invoca la doctrina de la arbitrariedad porque el fallo no atiende a las particularidades del caso y las constancias de la causa , y no decide su pedido de amparo contra la mora de la Administración.

También considera que la sentencia es el resultado de una errónea interpretación de leyes locales de tutela del espacio público frente a los principios constitucionales referidos al trabajo, al ejercicio de industria lícita y a los tratados internacionales de derechos humanos que cita a fs. 169 vta., en detrimento de su derecho a ejercer industria lícita, cuya naturaleza alimentaria desconoce.

El GCBA contestó el traslado del recurso y solicitó su rechazo (fs. 175/185).

La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora (fs. 187/188 vta., y aclaratoria de fs. 195 y vta.). El tribunal consideró que "en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de normas de derecho público local, de naturaleza infraconstitucional y a la prueba de los términos planteados por el actor, a efectos de determinar la existencia de los derechos cuya afectación invoca. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, no significa que la sentencia se torne infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional". Además, la Sala sostuvo que "esa tesitura no conlleva al desamparo del actor con respecto a la mora que imputa a la administración, en tanto la insuficiencia de los argumentos del recurrente a efectos de abrir la vía del recurso sólo indica ausencia de agravio constitucional, y no necesariamente, la imposibilidad para el actor de exponer sus razones en sede judicial. El fracaso de la vía intentada no impide la procedencia de otros medios procesales más aptos

para hacer efectiva la tutela que pretende el actor". Concluyó que "los argumentos vertidos por la recurrente no llegan a la construcción de un efectivo caso constitucional que registre relación directa con lo impugnado o una específica vinculación entre lo decidido en la causa y los derechos invocados en el caso".

7. Frente al rechazo del recurso, el actor interpuso ante el Tribunal el recurso de queja (fs. 11/13 vta.).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja articulada por el actor. Considera que "La carencia 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", que "el actor no logra conectar el agravio concreto que, afirma, le provoca la sentencia atacada con un motivo de impugnación de carácter constitucional, de manera de establecer una verdadera causa constitucional" y, "Por último, ante el argumento de arbitrariedad, debo señalar que la sentencia efectuó una interpretación razonada de los hechos, de la prueba y del derecho infraconstitucional que se juzgó aplicable al caso concreto sometido a su decisión" (fs. 21/23).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja satisface los recaudos formales extrínsecos de tiempo y forma establecidos por LPTSJ. Sin embargo, debe ser rechazada por las razones que paso a exponer.

2. En primer término deben quedar en claro ciertas particularidades observables en las actuaciones principales:

a) El actor ha efectuado una modificación de sus pretensiones en el curso del proceso. Así, al comienzo (2/2/2007), la demanda consignó que el amparo tenía por finalidad que el GCBA se abstenga de disponer —sobre la base de su falta de habilitación para la venta ambulante— la clausura u otras medidas que pudieran afectar la actividad comercial que él desarrolla en un puesto sito en Plaza Miserere, calle Bartolomé Mitre 2815, de esta Ciudad. El actor expresó haber interpuesto recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio contra el acto de clausura.
Posteriormente, y luego de que el accionado hubiese contestado la demanda, agregó otra pretensión dirigida a que la Administración resolviese expresamente el recurso jerárquico planteado, denunciando la mora en que incurría el Estado en decidir su impugnación.

b) Al momento de interposición de la demanda (2/2/2007), no se había cumplido el plazo del permiso (regía hasta el 22/2/2007), prematuramente caducado por la autoridad administrativa sobre la base de tres supuestas infracciones cometidas por el actor.

c) El juez de primera instancia dictó sentencia ceñido al objeto primigenio del amparo, y así consideró que la discusión de la clausura debía tramitar ante el fuero contravencional, por un procedimiento específico.

d) Aunque en su escrito de apelación el actor hizo mención a que "el recurso jerárquico interpuesto hace más de 9 meses que está a resolver" (fs. 102 y vta., del 21/9/2007), fue sólo en su presentación de fs. 128/129 (de fecha 10/12/2007) cuando el actor señaló que también era objeto de su amparo "la mora de la administración en resolver el recurso jerárquico...".

e) Si bien el fallo de la Cámara, al resolver el recurso de apelación, nada dice en relación al amparo por mora, su decisión tomó en consideración que, al haberse extinguido el plazo del permiso, carecía de actualidad un pronunciamiento judicial referido a la posibilidad de evitar clausuras durante la vigencia de ese permiso (que a la fecha del fallo de Cámara ya se había extinguido).

f) En el recurso de inconstitucionalidad el actor acierta, descriptivamente, al señalar que el tribunal de alzada no decidió su planteo de amparo por mora. Sin embargo, la respuesta de la Sala —cuando denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad— es correcta, ya que advierte al actor que él no queda en desamparo "con respecto a la mora que imputa a la administración, en tanto la insuficiencia de los argumentos del recurrente a efectos de abrir la vía del recurso sólo indica ausencia de agravio constitucional, y no necesariamente, la imposibilidad para el actor de exponer sus razones en sede judicial". Con sesgo docente y tuitivo la Sala advierte al señor Meza que esa pretensión debe tramitar por otro juicio; teniendo en cuenta que el objeto planteado en la demanda de amparo no puede ser ya satisfecho ante el vencimiento del plazo del permiso cuya vigencia pretendía defender en este juicio, frente a la caducidad dispuesta administrativamente.

3. Aclaradas tales cuestiones, corresponde considerar el recurso de queja planteado por el actor.

Tiene razón el señor Fiscal General Adjunto al señalar que la queja no rebate los fundamentos del auto denegatorio, defecto éste que también se advierte en el recurso de inconstitucionalidad: salvo en lo atinente a señalar que la Cámara no resolvió el amparo por mora, el recurrente no dirige una crítica contra el fundamento principal por el que la Cámara rechazó su apelación: que su permiso venció el 22/2/2007 y ello deja sin sustento el objeto originario del amparo (la protección del uso de ese permiso, cuya caducidad decidió prematuramente la Administración).

En suma: en tanto la pretensión de amparo por mora no fue articulada oportunamente en el proceso, y, en lo demás, el recurso de inconstitucionalidad no dirige su crítica contra los fundamentos de la sentencia, el recurso fue correctamente declarado inadmisible por la Cámara. Por lo demás, la denuncia de que la Cámara no decidió el *amparo por mora* relativo al recurso jerárquico, aun si fuera atendible, sucumbiría ante la realidad de que el permiso, según su fecha de vencimiento,

ha caducado, esto es, su derecho —a término o precario— ha concluido, de modo que, incluso triunfante en el recurso administrativo interpuesto y, eventualmente, carente de decisión, no podría lograr, de manera alguna, la finalidad del requerimiento. Cabe agregar que un nuevo permiso no le fue, expresamente, concedido. Por todos estos motivos, la queja del actor no ha logrado conmover las razones de la denegatoria. En consecuencia, voto por el rechazo de la queja planteada por el señor Hugo Meza

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma. Sin embargo, el impugnante no lograr desarrollar una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

El recurrente olvida que su presentación tiene por objeto cuestionar la resolución que deniega el recurso y, si como en el caso, ese requisito no está cumplido, la vía impugnativa directa no puede prosperar.

Por lo expuesto, voto por desestimar la queja. Costas por su orden.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo sostiene el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, el recurso de queja interpuesto por la parte actora no puede prosperar.

2. En efecto, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente denegado por la Cámara, en tanto no se ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional que habilite esta instancia de excepción en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

Los agravios esgrimidos por el recurrente no contienen una crítica prolija y razonada de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT para confirmar el pronunciamiento de primera instancia que había decidido desestimar la acción de amparo incoada. En este sentido, entiendo que para lograr conmover lo decidido resultaba necesario que el recurrente intentara poner en crisis la afirmación vertida por el *a quo* en relación a que la pretensión amparista —al momento del dictado del pronunciamiento, 24/6/2008— *resultaba improponible*, dado que el permiso para la venta en la vía publica (plaza Miserere) oportunamente otorgado por la Administración *había vencido el día 22/2/2007*, con independencia de aquella declaración previa de caducidad por la supuesta comisión de infracciones que se cuestionaba judicialmente —decretada el 24/11/2006.

Es por ello que, más allá de la mención genérica de preceptos constitucionales que se entienden vulnerados (art. 14, CCBA y arts. 14, 14 bis, 16, 17, 28 y 43, C.N.), los argumentos desarrollados no son suficientes para dar andamiento al recurso intentado, ni permiten vislumbrar una efectiva correspondencia entre aquellos derechos cuya afectación se invoca y el contenido específico de la sentencia atacada. Por otra parte, se advierte que los desarrollos efectuados en el recurso únicamente reflejan una discrepancia con la interpretación brindada por los jueces de mérito respecto del al-

cance de las pretensiones y de las cuestiones de hecho y prueba involucradas en autos —aspectos ajenos, por regla, al ámbito de conocimiento de esta instancia de excepción (art. 27, ley 402).

3. Por lo demás, en lo que respecta a la invocada doctrina de la arbitrariedad, cabe añadir que el planteo esgrimido por el señor Meza tampoco puede tener favorable acogida. Ello así, en tanto tales argumentos 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). Por su parte, el Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria. [*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].

En virtud de las consideraciones expuestas corresponde rechazar el recurso de queja deducido.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución que propicia el juez de trámite, mi colega Julio B. J. Maier pues, por los argumentos concordantes que expone el juez José O. Casás en su voto, a los que me remito en honor a la brevedad, corresponde rechazar la queja articulada a fs. 11/13.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del doctor Maier y a las consideraciones adicionales expuestas por el doctor Casás.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Hugo Meza.

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.*

TRIBUNAL DE SUPERINTENDENCIA DEL NOTARIADO

I

"COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO GUTMAN, LEONARDO S/INSPECCIÓN PROTOCOLO AÑO 2005"; Y SU ACUMULADO

ESCRIBANO. Inconstitucionalidad de la ley 404. Sustanciación de la prueba. Oposición a su producción.

SUMARIOS:

1. A los efectos de la prueba los hechos son controvertidos cuando son afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra, es decir, cuando constituyen el contenido de una afirmación unilateral; y conducentes aquellos provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto, careciendo de esa calidad los aun discutidos cuya falta de mérito, no alteraría el contenido de la sentencia. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. nº 5453/07 - 11/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Superintendencia (art. 172, ley 404 y Acordada nº 8 del 9/8/2000), para que entienda en los sumarios instruidos al escribano Leonardo Gutman, titular del Registro Notarial Nº 962 de esta ciudad, matrícula nº 2857, en los que el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos solicita se le aplique al notario la sanción disciplinaria de destitución del cargo por faltas graves en el desempeño de la función.

2. Al contestar la vista dispuesta a fs. 141, pto. 1, el reprochado planteó la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica Notarial (nº 404) y ofreció prueba testimonial, informativa y pericial contable (fs. 147/159, ptos. IV, V y VI).

3. Por su parte, el Colegio de Escribanos contestó el traslado de la presentación del sumariado, pidiendo que se rechacen los pedidos de inconstitucionalidad y de prueba formulados por el encartado (fs. 172/176 y vta., ptos. IV y V).

4. A fs. 177, pto. III-3, se le corrió traslado a Gutman de la oposición articulada por la institución colegial, quien solicitó que se la desestime y se admitan la totalidad de los medios probatorios ofrecidos (fs. 182/184).

5. A fs. 186/192 dictaminó el Fiscal General por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la ley 404.

6. A fs. 193, pto. 3, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

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

1. Tener presente lo dictaminado por el Fiscal General para la oportunidad de dictar la resolución definitiva.

2. El Colegio de Escribanos se opone a producción de las pruebas testimonial, informativa y pericial contable ofrecidas por el sumariado, por considerar que resultan manifiestamente improcedentes, estériles e inconducentes.

3. Los hechos, para ser objeto de prueba, deben ser controvertidos y conducentes. Tienen el carácter de controvertidos cuando son afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra, es decir, cuando constituyen el contenido de una afirmación unilateral. Por su parte, son conducentes aquellos provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto, careciendo de esa calidad los aun discutidos cuya falta de mérito, no alteraría el contenido de la sentencia (conf. este Tribunal, expte. nº 760/01 y sus acumulados, resolución del 12/6/2001; expte. nº 1845/02, resolución del 2/5/2003; expte. nº 2335/03, resolución del 28/10/2003; expte. nº 4517/06 y sus acumulados, resolución del 19/7/2006).

4. Durante el trámite de estas actuaciones en el Colegio de Escribanos se realizó a pedido del escribano Gutman la audiencia del 11 de junio de 2007. En ella, y teniendo presente una formulación de hechos relevantes y medidas probatorias que no difiere de la que hoy presenta en esta instancia, ambas partes aceptaron que la cuestión puede ser tramitada como de puro derecho (conf. fs. 87).

La observación formulada respecto de la escritura nº 99 de 2005, no haber citado ni agregado el certificado de dominio, no se encuentra controvertida por el notario. A su vez, el escribano Gutman no indica qué hecho relevante y controvertido, serviría para acreditar la testimonial ofrecida en el pto. VI.1.1. de fs. 157vta./158, por lo que no hay razones para apartarse de aquello en que coincidieron ambas partes, según se refiere precedentemente.

Igual solución merece la pretendida declaración testimonial del señor Tonelli (pto. VI.1.2., fs. 158), habida cuenta de que los hechos —que datan de 1999— de que daría cuenta dicha prueba, no han sido negados por el Colegio.

El acogimiento, por parte del escribano, a un plan de facilidades de pago no ha sido negado por el Colegio, por lo que debe ser admitida la oposición a la informativa peticionada por aquél a fs. 158, pto. VI.2.1.

No muestra cuál sería la vinculación que guardan las causas penales que el encartado "pudiera tener", con estos sumarios, ni ésta es evidente como tampoco actuaciones administrativas que lo involucren, circunstancias estas que suponen la irrelevancia de los medios de prueba propuestos a fs. 158, ptos. VI.2.2. y VI.2.3..

Otro tanto cabe decir acerca de los oficios que se solicitan al Archivo de Actuaciones Notariales (fs. 158 vta., ptos. VI.2.4. y VI.2.5.), toda vez que la reconstrucción del protocolo del sumariado o la existencia de inscripciones son cuestiones cuya vinculación no surge de las presentaciones del imputado con lo debatido.

Tampoco muestra cuál es la vinculación de lo debatido con "la correcta cifra" que adeudaría por obligaciones fiscales, como la determinación de los aportes notariales que habría efectuado en "28 años de ejercicio profesional" ni ésta es evidente, por lo que corresponde desestimar la pericial contable pedida por el notario a fs. 158 vta., pto. VI.3.

Por todo ello,

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Diferir* el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad al momento de dictar sentencia.

2º. *Hacer lugar* a la oposición de pruebas deducida por el Colegio de Escribanos a fs. 172/176 y vta., pto. V.

3º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

II

"COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO LARRONDE, EDUARDO RODOLFO S/INSPECCIÓN PROTOCOLO AÑO 2005"

RECURSO DE APELACIÓN: Deserción del recurso. Irregularidades protocolares. Subsanación. Perjuicio a terceros. Deber de retención e ingreso de tributos. Razonabilidad de la sanción de suspensión. Antecedentes disciplinarios.

SUMARIOS:

1. Debe declararse desierto el recurso de apelación si la presentación por medio de la cual el recurrente pretende sostenerlo carece de una fundamentación idónea para poner en riesgo la resolución apelada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. La comisión de irregularidades protocolares, objetivamente acreditadas en una causa, traen aparejada la necesaria aplicación de sanción, pues la inconducta

se constituye por el solo y objetivo incumplimiento de normas legales expresas que gobiernan el ejercicio del notariado, aunque se hubieran subsanado y no se haya verificado perjuicios a terceros. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. Los agentes de retención, percepción y/o recaudación deben cumplir en término con los ingresos de las sumas retenidas y/o percibidas por tributos y no efectuar un cronograma de pagos a su propio arbitrio. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. La sanción de suspensión por sesenta días no resulta excesiva sino más bien benigna si se la coteja con la gravedad y reiteración de algunas de las faltas cometidas por el escribano y los desfavorables antecedentes profesionales que registra en su legajo profesional, máxime cuando una de estas sanciones fue aplicada por haber cometido el encartado faltas iguales a las que son objeto de cargo en este sumario. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. nº 5582/07 - 11/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Llegan los autos a conocimiento de este Tribunal de Superintendencia (arts. 142 y 172, ley 404; y acordada nº 8 del 9/8/2000), para que entienda en el recurso de apelación deducido por el escribano Eduardo Rodolfo Larronde a fs. 152/154, concedido a fs. 155, contra la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de fs. 147/150 que le aplicó la sanción disciplinaria de suspensión por sesenta (60) días en el ejercicio de la profesión, prevista por los arts. 149, inc. c), y 151, inc. b), de la ley notarial citada.

2. A fs. 162/167 y vta. el Colegio de Escribanos contestó el traslado conferido a fs. 156, pto. 1, pidiendo que se declare desierto el recurso, se rechace la apelación planteada y se confirme lo resuelto en autos.

3. A fs. 168, pto. 3, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, y la jueza Ana María Conde, dijeron:

1. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos decidió sancionar disciplinariamente al apelante —escribano Eduardo Rodolfo Larronde, titular del Registro Notarial Nº 1330 de esta ciudad, matrícula nº 3650—, con motivo de las irregularidades detectadas durante el curso de la inspección ordinaria al protocolo del

año 2005, consistentes en la violación, de parte del notario, de distintas normas de derecho de fondo, fiscales, administrativas y que regulan el ejercicio de la profesión de escribano (Código Civil, ley 404 —orgánica del notariado en el orden local— y su dec. regl. 1624/00, leyes nacionales 17.801 y 23.905, y reglamentarias, y resol. gral. DGI 3026 y sus modificaciones, ley 1543 de la Ciudad de Buenos Aires, leyes 10.397, t.o. 2004 y 7438, ambas de la Provincia de Buenos Aires).

Del listado de observaciones efectivamente comprobadas (ver resolución de fs. 147/150, y considerando, pto. I), singular reproche mereció de la institución sumariante, por su gravedad, las dos (2) escrituras afectadas por error en su fecha. Ello, porque guardar el estricto orden cronológico de las escrituras es una de las obligaciones de mayor trascendencia de la función notarial.

También fue motivo de consideración las diversas infracciones cometidas por el profesional con relación al salvado de las escrituras que autoriza, en especial el llevado a cabo en la escritura nº 167 dado que afecta la firma.

Asimismo fue objeto de particular reconvención —por la trascendencia que tiene en relación con la seguridad de la circulación inmobiliaria— las numerosas faltas cometidas por el sumariado a las normas registrales, sea por la falta de solicitud oportuna de certificados, por su defectuosa elaboración, como por la inscripción extemporánea de las respectivas escrituras.

De la misma manera, la resolución apelada puso especial énfasis en la reiteración y habitualidad de las faltas tributarias, pues a lo largo de todo el año inspeccionado el escribano liquidó y depositó los tributos retenidos en forma tardía —en algunos casos, con hasta un año de demora—, habiéndose destacado en el decisorio que este reproche no resultaba enervado por el hecho de que el fedatario se haya hecho cargo de los intereses, multas y demás recargos, toda vez que ello tan sólo lo exonera de responsabilidad con relación al ente recaudador, pero en nada afecta su responsabilidad disciplinaria.

Por último, la institución colegial ponderó: *a)* que todas y cada una de las faltas que dieron origen a este sumario también fueron detectadas en la inspección del protocolo del año 2004, lo que motivó que al encartado se lo haya sancionado con treinta (30) días de suspensión, lo cual configuraba la "reiteración" de faltas a que se refiere el art. 151 de la ley 404, y *b)* los desfavorables antecedentes disciplinarios que resultan del legajo profesional del encartado.

2. La presentación por medio de la cual el recurrente pretende sostener su recurso de apelación (fs. 152/154), carece de una fundamentación idónea para poner en riesgo la resolución apelada. Ello así, por cuanto le falta el necesario desarrollo argumental capaz de desvirtuar los presupuestos de hecho y jurídicos que contiene el decisorio, pretendiendo suplir el requisito de crítica concreta y razonada que exige el art. 236 del CCAyT (aplicable supletoriamente por vía del art. 141, inc. h, de la ley 404), con una mínima alegación de hechos y excusas carentes de respaldo probatorio.

Por lo tanto, se impone que se declare desierto el recurso de apelación intentado (este Tribunal, expte. nº 1689/02, resolución del 9/12/2002; expte. nº 1889/02, resolución del 27/12/2002; expte. nº 1615/02, resolución del 28/2/2003 y expte. nº 4766/06, resolución del 9/8/2006).

3. A pesar de que dicho óbice formal sella la suerte adversa del recurso planteado (art. 237, CCAyT), el Tribunal —sólo para dar satisfacción al apelante— se ocupará de los supuestos agravios manifestados por éste, pero adelantando desde ya que ninguna de las "razones" expresadas en la pieza bajo examen son viables para obtener, en esta instancia revisora, la reducción de la pena de sesenta (60) días de suspensión impuesta por la institución colegial en la resolución atacada y que el notario califica de excesiva.

4. En lo que hace a la queja referente a la falta cometida por el notario en la escritura nº 403 —haberla autorizado antedatada a la rúbrica—, cabe decir que no es cierto que la institución sumariante haya mantenido la gravedad de la infracción a pesar de que el acto fuera reproducido. Para así decirlo, basta con leer el punto II de la decisión apelada donde se destacó como positivo el hecho de que el escribano subsanó la escritura mediante su correcta reproducción, motivo por el cual este "agravio" no puede ser atendido.

Tampoco debe ser atendido el descontento del notario acerca de la observación detectada en la escritura nº 276 y su pretendida subsanación, pues no apunta a enervar el motivo en que se fundó el reproche de la institución notarial, esto es, no considerar válido el procedimiento que el fedatario utilizó para subsanar la falta —por nota marginal rectificó el mes de la escritura—, el cual es violatorio de distintas normas legales (art. 1001 del Cód. Civil; art. 63 de la ley 404 y art. 40 de su dec. regl. 1624/00).

El recurrente tampoco ha logrado desvirtuar el cargo formulado por el salvado en la escritura nº 167, toda vez que el "salvado afecta firma" como a ojos vista se observa en la fotocopia del último folio de la escritura en cuestión, glosada a fs. 108 y vuelta.

Con respecto a la escritura nº 35 —a la que se le observó la falta del domicilio de los comparecientes (4)—, el sumariado dice que fue subsanada por escritura complementaria. Más allá de que dicha aserción importó reconocer la irregularidad apuntada —subsanar significa reparar o remediar un defecto—, lo cierto es que el apelante nada acreditó; ni tampoco intentó hacerlo.

En punto a la imputación formulada por la diferencia de nombre del compareciente en certificados de inhibiciones en escritura (nos. 165, 233, 300, 362, 434, 471 y 489), el escribano alega que han sido despachadas las inhibiciones con el número correcto. La circunstancia apuntada resulta insuficiente para amenguar las observaciones, pues lo que se le echó en cara al notario es que debió agregar nuevos certificados de inhibiciones durante o luego de la inspección, a tenor de lo dispuesto por el art. 23 de la ley 17.801 (ver fs. 148, pto. I).

El apelante acepta que en la escritura nº 419 "está mal el apellido del requerido", pero sostiene que fue subsanado. Amén de que ello importó un tácito reconocimiento a la materialidad de la falta apuntada, nada hay en autos que acredite la invocada subsanación.

Para debilitar la irregularidad que se advirtió respecto de la escritura nº 489 —difiere nombre compareciente en certificado de inhibiciones y escritura—, el notario argumentó que "se trata de la protocolización judicial ordenada en autos, por lo que carece de relevancia". Al margen de la relevancia o no que en el caso pudiera tener, lo cierto es que la observación no ha sido bien rebatida.

En relación a las escrituras nos. 29, 53 y 131 la falta consistió en haber violado el escribano el art. 67, inc. b), de la ley 404, que le imponer el deber de integrar el protocolo con: "Los documentos que se incorporaren por imperio de la ley o a requerimiento de los comparecientes o por disposición del notario". Como ha sucedido con otros "agravios", las alegadas subsanaciones no han sido abonadas con prueba alguna.

A todo evento, bueno es recordar que la comisión de irregularidades protocolares, objetivamente acreditadas en una causa, traen aparejada la necesaria aplicación de sanción, pues la inconducta se constituye por el solo y objetivo incumplimiento de normas legales expresas que gobiernan el ejercicio del notariado, aunque se hubieran subsanado y no se haya verificado perjuicios a terceros (art. 134, ley 404; expte. nº 1496/02, resolución del 20/5/2003; expte. nº 3061/04, resolución del 6/8/2004; expte. nº 1628/02 y su acumulado, resolución del 30/8/2004; expte. nº 3277/04, resolución del 27/12/2004; expte. nº 3337/04, resolución del 29/6/2005).

5. Sobre las múltiples infracciones a normas de carácter fiscal (ver fs.148/149, pto. I), el apelante —luego de afirmar que cumplió con los pagos en forma— se agravia de que no se haya considerado como atenuante, como lo requirió, la sentencia firme de la Cámara Civil que rechazó un injusto reclamo por u$s 750.000 que le efectuaran y que lo tuvo años en un estado de incertidumbre, habiéndole ocasionado innumerables gastos y honorarios de profesionales que lo defendieron.

Está fuera de discusión que las obligaciones fiscales no fueron cumplidas por el escribano en tiempo. En efecto, no está controvertido que a lo largo de todo el año inspeccionado el notario liquidó y depositó los tributos por él retenidos en forma tardía y, en algunos casos, con hasta un año de demora. De todas maneras, el hecho de que el escribano haya pagado lo adeudado por las obligaciones fiscales, con los recargos del caso por el atraso, no lo releva de responsabilidad disciplinaria (este Tribunal, expte. nº 1496/02, resolución del 20/5/2003; expte. nº 4728/06 y su acumulado, resolución del 9/10/2006).

El Tribunal tiene dicho, en forma reiterada, que: "El escribano ha sido instituido como agente de retención y/o percepción y/o recaudación de diversos tributos, en tanto responsable por el cumplimiento de una deuda ajena, cuyo titular es el contribuyente retenido, en atención a que por su función se encuentra en condiciones de exigir de éste que le entregue una suma de dinero en concepto de impuestos, con la obligación de ingresarla a la orden del Fisco. Luego de cumplir con el deber

de retener y/o percibir, el siguiente paso consistía en el depósito en término de las sumas retenidas al contribuyente y que pertenecen al Fisco" (expte. nº 3337/04, resolución del 29/6/2005; expte. nº 4696/06, resolución del 15/6/2006; expte. nº 4517/06 y sus acumulados; expte. nº 4722/06, resolución del 23/11/2006).

En lo que respecta a lo que el recurrente califica como "atenuante", bueno es decir que resulta fruto de una reflexión tardía, lo que lleva a que no pueda ser atendido. Al margen de ello, y más allá de lo angustiante y oneroso que pudo haber sido para el notario la circunstancia litigiosa apuntada, ello en modo alguno puede ser considerado como una razón valedera para justificar el porqué, habiendo practicado la retención y/o percepción de los importes tributarios abonados por el contribuyente, el escribano no los ingresó dentro de los plazos legales.

Los agentes de retención, percepción y/o recaudación deben cumplir en término con los ingresos de las sumas retenidas y/o percibidas por tributos y no efectuar —tal vez, a fin de financiar con tales importes otros gastos— un cronograma de pagos a su propio arbitrio. Tal incumplimiento se encuentra reprochado por el art. 29, inc. d), de la ley 404, constituyendo por lo demás una grave infracción administrativa e, incluso, un delito penal de acuerdo con lo previsto por el art. 6º de la ley 24.769 (penal tributaria y provisional) pasible de penal corporal (este Tribunal, expte. nº 4696/06, resolución del 15/6/2006, entre muchos otros precedentes).

Por las razones expuestas, este agravio debe correr la misma suerte adversa que los tratados anteriormente.

6. La queja del sumariado que apunta a cuestionar que se le haya observado como infracción —en 41 escrituras— que "falta domicilio de sujeto negocial representado por comparecientes", tampoco puede recibir favorable acogida en esta instancia desde que no supera la mera discrepancia o disconformidad con lo decidido, pero sin demostrar que la institución sumariante haya incurrido en un error al atribuirle la conducta disvaliosa apuntada.

7. En lo que se refiere a la sanción disciplinaria dispuesta en autos, el apelante no ha demostrado que la suspensión por sesenta (60) días en el ejercicio de la profesión sea excesiva. Por el contrario, dicha pena —aun aceptando alguno de los "agravios" expresados— resulta benigna si se la coteja con la gravedad y reiteración de algunas de las faltas por aquél cometidas (v.gr. el incumplimiento de las obligaciones fiscales; la inscripción extemporánea de escrituras) y los desfavorables antecedentes profesionales que registra en su legajo profesional (una multa de 1.000 y tres suspensiones de 3, 6 y 30 días), máxime cuando una de estas sanciones —la última— fue aplicada por haber cometido el encartado faltas iguales a las que son objeto de cargo en este sumario, como bien lo apuntó el Consejo Directivo en la resolución impugnada (fs. 149 y vta., pto. V).

Sobre el proceder descripto, interesa, de manera especial, que el Tribunal traiga aquí un párrafo del recurso de apelación que el escribano Larronde intentara en el expte. nº 4724/06 (nº 1670-05 según la numeración del Colegio) contra la sanción de treinta (30) días que le había impuesto el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos por las irregularidades detectadas en la inspección ordinaria al

protocolo del año 2004 —cabe reiterar iguales a las de autos—, oportunidad en la que expresamente se comprometió a "actuar con el mayor celo profesional para que no vuelvan a producirse las infracciones a las normas del derecho de fondo..." (el destacado no está en el original) (ver resolución del 19/7/2006, pto. 2, segundo párrafo, de los Fundamentos), lo cual —como ya se ha visto— ha sido en vano.

Por ello,

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Declarar* desierto el recurso de apelación deducido por el escribano Eduardo Rodolfo Larronde a fs. 152/154 y confirmar, en su mérito, la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de fs. 147/150.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al Colegio de Escribanos, con nota de remisión.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

III

"TRIBUNAL ORAL Nº 22. ESCRIBANO GOÑI CASAUX, MARIO ISMAEL S/COMUNICA SENTENCIA EN CAUSA Nº 1942"

ESCRIBANO: Sanción de destitución. Sentencia condenatoria en sede penal. Responsabilidad disciplinaria. Renuncia. Cancelación de la matrícula profesional.

SUMARIOS:

1. Si bien es cierto que la sanción de un escribano en sede penal no genera de por sí responsabilidad disciplinaria, dada la independencia del juzgamiento de su conducta en otros ámbitos (art. 148, ley 404), ello no implica que se pueda recalificar desde el punto de vista sustantivo el encuadramiento que de los hechos se realizó por la vía jurisdiccional penal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. La aceptación de la renuncia que presentó el sumariado al cargo de titular del Registro Notarial, no resulta óbice para que se le aplique la sanción de destitución al solo efecto de la cancelación de la matrícula profesional. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5517/07 - 31/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos decidió dar por concluidas las actuaciones sumariales instruidas al escribano Mario Ismael Goñi Casaux, matrícula nº 3268, y las elevó a este Tribunal de Superintendencia (arts. 143 y 172, ley 404 y acordada nº 8 del 9/8/2000) por entender —en su carácter de fiscal y conforme lo dispone el art. 143 citado— que le corresponde la pena disciplinaria de destitución prevista por los arts. 149, inc. d), y 151, inc. c), de la Ley Orgánica Notarial, por faltas graves en el desempeño de la función, pero aclarando que la sanción pretendida lo debe ser al solo efecto de la cancelación de la matrícula profesional pues al sumariado se le aceptó, el 11/7/2001, la renuncia a la función notarial (fs. 75/77 y vta.).

2. Recibida la causa (fs. 79, pto. 1), se dispuso correr vista al encartado para que se pronunciara acerca del mérito del sumario incoado, formulara los descargos correspondientes y ofreciera las pruebas que a dicho fin creyera convenientes, derecho del que el notario hizo uso —por medio de apoderada— con la presentación de fs. 92/94, oportunidad en la que solicitó al Tribunal que al momento de sentenciar tenga en cuenta las manifestaciones que expresa.

3. A fs. 103/108 y vta. el Colegio de Escribanos contestó el traslado de aquella presentación y concretó la acusación fiscal, pidiendo que, ante la grave falta debidamente probada judicialmente en que incurrió el reprochado en el desempeño de la función notarial y en mérito a los desfavorables antecedentes profesionales que registra, se le aplique la sanción disciplinaria de destitución.

4. A fs. 112 el escribano contestó la acusación fiscal, limitándose a ratificar, en todos sus términos, su presentación anterior de fs. 92/94.

5. A fs. 113, pto. 2, se pasaron los autos al acuerdo.

6. A fs. 114, pto. 1 se dispuso, previo a sentenciar, pasar las actuaciones al Fiscal General.

7. A fs. 115/117 y vta. dictaminó el Fiscal General, con lo cual quedó automáticamente reanudado el llamamiento de autos al acuerdo decretado a fs. 113, pto. 2 (ver fs. 114, pto. 2).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, y la jueza Ana María Conde dijeron:

1. Mediante la comunicación cursada por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 22, el Colegio de Escribanos tomó conocimiento que el escribano Mario Ismael Goñi Casaux fue condenado, por sentencia dictada el 12 de octubre de 2006, a la pena de dos (2) años de prisión —cuyo cumplimiento se dejó en suspenso— y a cinco (5) años de inhabilitación especial para ejercer la profesión de escribano

público, por ser autor penalmente responsable del delito de falsedad ideológica de documento público (arts. 20 bis, inc. 3º, 26, 29, inc. 3º, 45 y 293 del C.P.; y arts. 403 y 531 del CPPN). Por tal motivo, la institución colegial —una vez que dicho fallo quedó firme y a pesar de que a Goñi Casaux se le había aceptado la renuncia al cargo de titular del Registro Notarial Nº 611 de esta ciudad— dispuso: *a)* la inhabilitación especial del notario para ejercer la profesión de escribano público por el plazo de cinco (5) años, conforme lo establece el art. 16, inc. g), de la ley 404, y *b)* la instrucción de un sumario a fin de investigar la responsabilidad profesional que pudiere corresponderle por los hechos que daba cuenta la sentencia penal (fs. 29 y vta.).

2. Luego de haberse corrido el traslado de ley al sumariado, decretado su rebeldía y declarado la cuestión como de puro derecho, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos resolvió dar por concluidas las actuaciones sumariales y las elevó a este Tribunal por considerar que corresponde aplicar al notario la sanción disciplinaria de destitución —que excede el marco del art. 143 de la ley 404—. Para así hacerlo, la institución notarial tuvo en cuenta: *a)* el especial acento que puso el Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 al condenar el proceder de Goñi Casaux; *b)* el silencio de éste a cumplir con la obligación legal y reglamentaria de comparecer al sumario y contestar los requerimientos que se le efectuaron; *c)* que en autos el notario no produjo prueba alguna —ni intentó hacerlo— que procurara desvirtuar los reproches formulados o mejorara su desmerecida imagen, y *d)* que el sumariado contaba con antecedentes desfavorables en su legajo profesional (fs. 75/77 y vuelta).

3. A raíz de la vista conferida en esta instancia judicial (fs. 79, pto. 1), el escribano Goñi Casaux se presentó solicitando al Tribunal que al resolver evalúe las consideraciones que expresa, pero reconociendo que el hecho de existir una sentencia firme condenatoria sobre él, le hace difícil poder exponer argumentos que acrediten su inocencia.

4. Si bien es cierto que la sanción de un escribano en sede penal no genera de por sí responsabilidad disciplinaria, dada la independencia del juzgamiento de su conducta en otros ámbitos (art. 148, ley 404), ello no implica que se pueda recalificar desde el punto de vista sustantivo el encuadramiento que de los hechos se realizó por la vía jurisdiccional penal.

Sobre el particular, el Tribunal de Superintendencia del Notariado, cuando era ejercido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, formó criterio acerca de que: "No corresponde al Tribunal de Superintendencia del Notariado analizar ni revisar las vicisitudes acaecidas durante el proceso penal llevado a cabo contra un escribano sumariado, como tampoco las conclusiones o dictámenes de los Sres. Fiscales de la causa, sino sólo atenerse a los pronunciamientos condenatorios existentes respecto del sumariado, que tienen autoridad de cosa juzgada material, en tanto de este modo se configuran los presupuestos impeditivos de la función notarial ..." (exptes. nº 663/93 y nº 861/93, resolución del 30/6/1995). Asimismo ha dicho que:

"Si se condenó a un escribano en sede penal, por el delito de falsedad ideológica de instrumento público, a dos años de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, la figura delictual mencionada se encuentra incluida entre aquellas que dan origen a la acción pública y sólo existe este delito cuando la acción es cometida en forma dolosa, excluyéndose la posibilidad de un actuar culposo que dé origen al ilícito. De tal modo, la grave sanción que desde el punto de vista penal ha originado el actuar del escribano... lo inhabilita para continuar ejerciendo funciones notariales..." (expte. nº 553/77, resolución del 1/7/1977; expte. nº 246/76, resolución del 24/12/1982 y sus citas; expte. nº 62/83, resolución del 15/11/1983).

En la misma línea de pensamiento, este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que: "Las faltas que originaron estas actuaciones —escrituras con firmas falsas por las cuales, vale reiterarlo, se condenó al notario por los delitos de administración fraudulenta en concurso ideal por falsedad ideológica y falsificación de documento público— son de extrema gravedad si se repara en la actuación dolosa que resulta del pronunciamiento penal, lo cual constituye, sin duda, un flagrante incumplimiento de los deberes esenciales de la actividad notarial. Así, la conducta analizada encuadra en el supuesto de falta grave en el desempeño de la función (art. 151, inc. c, de la ley 404)..." (expte. nº 2697/03 y sus acumulados, resolución del 27/5/2004).

5. El escribano Goñi Casaux, en su presentación ante este Tribunal, se ha limitado a invocar una serie de hechos y de juicios civiles, comerciales y penales que se habrían ido sucediendo y que habrían llevado a que "injustamente" *(sic)* se lo condenara por el delito de falsedad ideológica de documento público. Sin embargo, ello carece de aptitud para producir efectos respecto de los hechos constitutitos del delito por el que resultó condenado, ni su calificación legal.

En tal sentido, interesa aquí traer algunos pasajes de la sentencia penal dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 22, cuya copia certificada luce glosada a fs. 10/27 y vta. de este sumario, no sin antes dejar de apuntar que Goñi Casaux fue absuelto en orden al delito de estafa por el que también medió acusación fiscal y a pesar de que se tuvo por probado la falsedad de la escritura hipotecaria del 4 de agosto de 1998, por el solo hecho de que aquel instrumento no fue utilizado para obtener la prestación sino para intentar eludir obligaciones previamente contraídas.

El Tribunal penal tuvo por cierto y probado que Mario Ismael Goñi Casaux, al autorizar como escribano la escritura hipotecaria del 4 de agosto de 1998, cometió el delito de falsificación ideológica de documento público del que debe responder a título de autor. Para concluir de tal modo, los jueces señalaron que: "...la escritura en cuestión es falsa no sólo porque el crédito que allí se instrumenta nunca existió, sino que lo es de cualquier manera, aún sin ello, porque ninguno de los que allí aparecen tuvo en la realidad el rol que en el papel se les adjudica. Ni Campos Haedo representaba en verdad a 'Aeronal', ni Rodríguez y Espínola hacían lo propio respecto de 'La Balada' y 'Libre', ni el propio notario era ese tercero que hubiera debido ser y cuya función se limita a dar fe de lo que pasa frente a él. En verdad no se trataba de registrar acuerdo de voluntades alguno, ya que todo el acto se hallaba

regido por una voluntad única, la del mismo escribano mientras que los restantes actuaban como marionetas suyas... Ninguno sabía qué firmaba y todos se hallan contestes en que lo hicieron a pedido de uno u otro de los Goñi".

"Tampoco existen dudas a esta altura de que tanto 'La Balada' como 'Libre' eran sociedades utilizadas por Goñi Casaux para sus actividades económicas... Cuando se exige del notario la fe de conocimiento respecto de las partes que intervienen en un acto que él autoriza, se lo hace para brindar mayor seguridad porque, conociéndolos el oficial público, por fuerza tiene un dato más sobre si puedan o no ser ciertas las alegaciones que ante él se realizan. Pues bien, en el caso, nadie en mejor situación que Goñi Casaux para saber que, aunque formalmente impecables, no eran reales las representaciones invocadas por los tres testaferros en el acto que ante él pasaba, y esto lo sabía, sencillamente, porque estaban allí para actuar, no la voluntad que decían los poderes, sino la del propio escribano".

"El acusado se ha preguntado una y otra vez, algo airado, qué es lo falso en la escritura que tratamos. Le respondemos que todo, absolutamente todo es falso; ni el escribano oficia de notario, ni acreedores y deudores son tales, ni conocen tampoco a las sociedades que aparecen representando, ni son tampoco ciertas las afirmaciones que la escritura pone en boca de las aparentes partes".

"Por si no bastara para sostener una falsedad que todas las intervenciones que aparecen registradas en el acto sean mentirosas y que por fuerza las manifestaciones de voluntad también lo sean, vamos al detalle, a la formalidad, para dejar en claro que también por este vía se llega a la conclusión que venimos adelantando".

"En la cláusula primera Rodríguez y Espíndola aparecen afirmando que las empresas que en apariencia aparecen representando —'La Balada' y 'Libre'—, habían recibido con anterioridad de 'Aeronal' la suma de u$s 500.000, cifra por la que se habían suscripto convenios privados que venían a ser sustituidos por la hipoteca. Pues bien, el profesor de yoga y la compañera de meditación no dijeron nada de todo ello al momento de la escritura, y no pudieron decirlo porque no tenían la menor idea, ni de ese negocio en concreto ni de nada, porque firmaron en barbecho y en sus casas lo que el escribano les puso por delante sin mayores explicaciones. Otro tanto puede decirse de la cláusula segunda, donde los deudores aparecen manifestando cómo habrían de devolver el dinero cuando, como queda dicho, nada pudieron haber expresado porque desconocían absolutamente todo y se limitaban a firmarle de favor a este curioso escribano".

"...que aún en el supuesto, que nosotros hemos negado, de que el préstamo de padre a hijo hubiera sido real, el mero hecho de que se lo hubiere instrumentado recurriéndose a una empresa inexistente —Aeronal— y a otras dos en la que se hacía aparecer como responsables a testaferros insolventes, es motivo suficiente como para sostener que la posibilidad de perjuicio en todo caso existió, porque al introducirse en el mercado sociedades que son sólo sellos de goma y escrituras de hipoteca en las que nadie es lo que aparenta ser, se genera una evidente inseguridad jurídica. Asimismo, es de todos sabido las nefastas consecuencias que acarrea, en términos impositivos, tanto la utilización en los negocios de empresas extranjeras

que en realidad no son tales como el hacer aparecer como responsables a meros testaferros en las que sí existen".

6. A la luz de los antecedentes expuestos, no resulta dudoso concluir acerca de que el proceder de Goñi Casaux analizado encuadra en el supuesto de falta grave en el desempeño de la función que afecta a la institución notarial, a los servicios que le son inherentes y a la propia dignidad del escribano, lo que determina, por sí sola, la procedencia de la sanción disciplinaria de destitución, tal como lo propicia el Consejo Directivo en la conclusión sumarial de fs. 75/77 y vta., coincidente con la pena requerida en la acusación fiscal de fs. 103/108 y vta., pto. IV (arts. 134, 149, inc. d, y 151, inc. c, ley 404).

Al respecto se ha decidido que: "Si un escribano fue condenado en sede penal por los delitos de falsificación de instrumento público y defraudación, ese hecho es suficiente para que se lo aparte del ejercicio profesional con la consiguiente cancelación de su matrícula, pues su inconducta e irresponsabilidad no pueden tener atenuantes, más aún teniendo en cuenta que quien cometió la falta es el depositario de la fe pública (art. 902, Cód. Civil)" (Tribunal de Superintendencia del Notariado Nº 311/74, resolución del 16/11/1976).

Sin perjuicio de todo lo cual, bueno es recordar que el sumariado cuenta con antecedentes desfavorables (una multa mínima de $ 24 y cuatro suspensiones —una de 3, otra de 20 y dos de 10 días—), según da cuenta su legajo profesional de fs. 53/74.

7. Está fuera de toda discusión que al encartado le fue aceptada la renuncia que presentó al cargo de titular del Registro Notarial 611 de esta ciudad, mediante resolución nº 32 de SSJyCA, de fecha 11/7/2001 (publicada en el *Boletín Oficial* de la Ciudad de Buenos Aires nº 1238 del 23/7/2001; según puede observarse en la página *www.buenosaires.gov.ar*). Sin embargo, ello no resulta óbice para que se le aplique la sanción pretendida en autos (art. 147 de la ley 404 y art. 81 del dec. regl. 1624/00), pues en estos casos la destitución lo es al solo efecto de la cancelación de la matrícula profesional, conforme ya lo ha resuelto este Tribunal en muchos otros precedentes (expte. nº 1225/01, resolución del 26/8/2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 839 y ss.; expte. nº 1175/01 y sus acumulados, resolución del 26/8/2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 833 y ss.; expte. nº 1185/01, resolución del 28/8/2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 906 y ss.; expte. nº 1612/02, resolución del 23/12/2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 962 y ss.; expte. nº 2118/03, resolución del 13/5/04; expte. nº 2697/03, resolución del 27/5/2004; expte. nº 2088/03 y sus acumulados, resolución del 25/8/2004; expte. nº 3364/04, resolución del 25/4/2005; expte. nº 1179/01 y sus acumulados, resolución del 8/6/2005; exptes. nº 4413/05 y nº 4654/06, resolución del 19/4/2007).

Por todo ello, y emitido el dictamen del señor Fiscal General sobre la legalidad del procedimiento sumarial incoado (fs. 115/117 y vta.),

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Aplicar* al escribano Mario Ismael Goñi Casaux la sanción disciplinaria de destitución, al solo efecto de la cancelación de la matrícula profesional (nº 3268).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al Colegio de Escribanos, con atenta nota de remisión.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

IV

"COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO MAUR, NILDA SARA S/INSPECCIÓN EXTRAORDINARIA A LAS ACTAS AÑOS 2006 Y 2007 Y SISTEMA DE CERTIFICACIÓN DE FIRMAS EN FOJAS MOVIBLES"

ESCRIBANO AUTORIZADO: Destitución. Subsanación de observaciones. Perjuicio a terceros. Conducta desaprensiva. Seguridad jurídica. Buena fe. REQUISITOS ESENCIALES DE LA ESCRITURA: Firma de los comparecientes. Certificación de firmas en fojas móviles. Conservación de las actas en la escribanía. Antecedentes disciplinarios. Derecho a trabajar.

SUMARIOS:

1. El escribano autorizado —también conocido como sin registro o "de título"— es el profesional matriculado que está legalmente habilitado para el ejercicio de ciertas funciones y, en tal carácter, responde personalmente de todos los actos que se realicen dentro del marco de lo dispuesto por el dec. ley 12.454/57. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. El escribano autorizado está sometido —en cuanto al gobierno, responsabilidad, disciplina e inspección— a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes para los escribanos de registro, en cuanto le son aplicables. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. Para la calificación de las irregularidades carece de interés si las anomalías produjeron o no perjuicios concretos, siendo relevante, la existencia objetiva de las faltas para el juzgamiento del correcto ejercicio profesional. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. La pluralidad y reiteración de las irregularidades convierten a la conducta de la reprochada en desaprensiva en el ejercicio de la función notarial, que como pilar de la seguridad jurídica da a los actos pasados ante un notario credibilidad, certeza y seguridad jurídica plena, lo cual bastaría para que se la sancione con el máximo de la pena disciplinaria prevista por la ley 404. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

5. Cuando se detecta una generalizada falta de orden y cuidado en el manejo del protocolo, y el cúmulo de observaciones comprobadas exceden el campo del error o el olvido para ingresar en el de la desaprensión, corresponde que al notario se lo separe del ejercicio profesional. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

6. A los efectos de la responsabilidad disciplinaria, carece de importancia la existencia o no de mala fe en el accionar del notario, dado que la inconducta se constituye por el solo y objetivo hecho del incumplimiento de normas legales expresas que encuadran el ejercicio del notariado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

7. La firma de los comparecientes es un requisito esencial de las escrituras, y si no firma alguna de las partes substanciales todo el acto es nulo (arts. 988, 1001 y 104 del Cód. Civil, y art. 79 de la ley 404). *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

8. De conformidad con lo dispuesto por el art. 13 del reglamento para la certificación de firmas en fojas movibles, las actas deben ser conservadas por el escribano en el local profesional para ser exhibidas en las consultas e inspecciones que dispongan las autoridades competentes y el Colegio de Escribanos. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

9. No obsta a la aplicación de la sanción de destitución el hecho de no registrarse sanciones disciplinarias a lo largo de 26 años de profesión, cuando la gravedad y reiteración de las faltas relativizan, en el caso, la ausencia de antecedentes desfavorables y perjuicios, como elementos morigeradores de la sanción. (Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).

10. La sanción de destitución del cargo de escribano, prevista en el art. 149, inc. d), de la ley 404, y que importa la cancelación de la matrícula (art. 156), no cercena de modo absoluto el derecho a trabajar, pues ella sólo se limita al ejercicio del notariado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. nº 5518/07 - 14/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos decidió dar por concluidas las actuaciones sumariales instruidas a la escribana Nilda Sara Maur, autorizada nº 718, matrícula nº 3378, y elevarlas a este Tribunal de Superintendencia (arts. 143 y 172, ley 404, y acordada nº 8 del 9/8/2000) por entender —en su condición de fiscal y conforme lo dispone el art. 143 citado— que le corresponde la sanción disciplinaria de destitución del cargo por faltas graves en el desempeño de la función (arts. 149, inc. d, y 151, inc. c, de la ley 404); al tiempo que dispuso, como

medida cautelar, la suspensión preventiva de la notaria (art. 144 de la ley notarial citada), que ésta no recurrió.

2. Recibida la causa, se dispuso correr vista a la encartada para que se pronunciara acerca del mérito del sumario incoado, formulara los descargos correspondientes y ofreciera las pruebas que a dicho fin creyera convenientes (fs. 77, pto. 1), derecho del que aquélla hizo uso mediante la presentación de fs. 82/85, oportunidad en la que solicitó que se rechace lo requerido por la institución colegial.

3. A fs. 97/105 y vta. el Colegio de Escribanos contestó el traslado de dicho descargo y concretó la acusación fiscal —pto. 4º—, pidiendo que se disponga aplicar a la sumariada la sanción disciplinaria de destitución, debido a las irregularidades en el desempeño de la función notarial.

4. A fs. 106, pto. 3, se ordenó correr traslado a la sumariada de la acusación fiscal, pero no lo contestó.

5. A fs. 109/111 dictaminó el señor Fiscal General, conforme la vista dispuesta a fs. 108.

6. A fs. 112, pto. 2, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

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

1. El escribano autorizado —también conocido como sin registro o "de título"— es el profesional matriculado que está legalmente habilitado para el ejercicio de ciertas funciones y, en tal carácter, responde personalmente de todos los actos que se realicen dentro del marco de lo dispuesto por el dec. ley 12.454/57, estando sometido —en cuanto al gobierno, responsabilidad, disciplina e inspección— a todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes para los escribanos de registro, en cuanto le son aplicables (este Tribunal, expte. nº 3942/05, resolución del 27/9/2005 y su cita).

2. Es doctrina sentada por este Tribunal que: "La comisión de irregularidades protocolares, objetivamente acreditadas en una causa, traen aparejada la necesaria aplicación de sanción, pues la inconducta se constituye por el solo y objetivo incumplimiento de normas legales expresas que gobiernan el ejercicio del notariado" (expte. nº 1496/02, resolución del 20/5/2003; expte. nº 3061/04, resolución del 6/8/2003; expte. nº 3277/04 y sus acumulados, resolución del 27/12/2004; expte. nº 4517/06 y sus acumulados, y expte. nº 4722/06, resolución del 23/11/2006, entre muchos otros precedentes).

3. La materialidad de las faltas imputadas a la escribana Nilda Sara Maur, detectadas con motivo de la inspección extraordinaria a la documentación correspondiente a los años 2006 y 2007 (actas labradas en hojas especiales de actuación

notarial para escribanos autorizados y actas de requerimientos labradas en fojas movibles de certificación de firmas), está fuera de toda discusión. Ello es así porque han sido expresamente asumidas por la notaria (ver fs. 23 y 34/35).

A pesar de que la sumariada afirmó ante este estrado que subsanó alguna de las observaciones que se le imputan (fs. 82 vta./83), ello en modo alguno menguaría las irregularidades pues, para ser calificadas como tales, carece de interés si dichas anomalías produjeron o no perjuicios concretos, siendo relevante, bueno es reiterarlo, la existencia objetiva de las faltas para el juzgamiento del correcto ejercicio profesional (expte. nº 1405/02, resolución del 30/10/2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 917 y ss.; expte. nº 2885/04, resolución del 27/4/2004; expte. nº 1628/02 y sus acumulados, resolución del 30/8/2004).

4. Sentado lo anterior, cabe pasar a describir las irregularidades cometidas por la notaria y a indicar, también, las normas legales que ella infringió:

A) Fojas especiales de actuación notarial (arts. 1001 y 1002, inc. c, del Cód. Civil; arts. 61 *in fine*, 63, 64, 68, 69, 75, 79, 83, 83 inc. g, y 178 de la ley 404; art. 40 del dec. regl. 1624/00 y art. 9º del reglamento de uso y venta de fojas).

I) Año 2006: *a)* 1 acta, falta fe de conocimiento; *b)* 1 acta, sobre raspado sin salvar; *c)* 1 acta, entrelíneas sin salvar; *d)* 7 actas, no agrega copia autenticada del documento idóneo con el que acredita la identidad del requirente; *e)* 2 actas, consigna en guarismos número de acta; *f)* 1 acta, repite número de acta —folio 13: acta nº 8 y folio 16: acta nº 8—; *g)* 1 acta, saltea número de acta —folio 21: acta nº 11 y folio 22: acta nº 13—; *h)* 1 acta, alteración en la correlación de folios —acta nº 8: se inicia en el folio 16 y finaliza en el folio 15—; *i)* 4 actas, no consta invitación a firmar a participantes en el acta; *j)* 1 acta, falta sello de la escribana, y *l)* falta nota de cierre e inutilizar los folios en blanco —último folio utilizado nº 57, en blanco folios 58 a 60.

II) Año 2007: *a)* 1 acta, texto completo con firma de requirente y sin autorizar; *b)* 1 acta, diligencia sin firmas ni autorización; *c)* 12 actas, no agrega copia autenticada del documento idóneo con el que acredita la identidad del requirente; *d)* 1 acta, falta nombre y apellido requirente; *e)* 2 actas, falta mayoría de edad; *f)* 2 actas, con contenido negocial; *g)* 1 acta, difiere nombre requirentes entre comparecencia y texto del acta; *h)* 7 actas, falta sello de la escribana, e *i)* fojas AU año 2004 sin encuadernar.

B) Fojas movibles de certificación de firmas (arts. 5, 7, 11, 13, 16, 19, incs. d, f, i, l y m, del reglamento para la certificación de firmas en fojas movibles, t.o. con las modificaciones introducidas por acta nº 3544 del 25/10/2006). Se inspeccionaron 52 actas —nº 1001 a 1052— que se encontraban espiraladas.

I) Año 2006: *a)* faltan fojas correspondientes a actas nº 1053 en adelante; *b)* 3 actas, con firma de requirente y sin autorizar; *c)* 1 acta, error en día

—"55"—; *d)* 2 actas, falta tipo y número de documento requirente; *e)* 1 acta, no acredita personería, y *f)* 1 acta, falta sello de la escribana.

II) Año 2007: *a)* faltan 285 actas; *b)* 77 actas, con firma de requirente sin autorizar; *c)* 1 acta, sin firma de requirente ni autorización; *d)* 1 acta, error en mes; *e)* 6 actas, enmendado sin salvar; *f)* 1 acta, falta tipo y número de documento requirente; *g)* 1 acta, repite y omite número de acta; *h)* 1 acta, documento cuya firma se certifica, consiste en "documento en idioma español y extranjero", e *i)* 1 acta, difiere número de sellado entre acta de requerimiento y acta de certificación.

C) Libros de requerimientos (art. 8º del reglamento de certificación de firmas e impresiones digitales): faltan los libros nº 1 a 26.

D) Inspección complementaria de la inspección extraordinaria efectuada con relación a las fojas movibles de certificación de firmas (arts. 5º, 7º, 11, 19, incs. d, f, g, l y m, del reglamento, y art. 63 de la ley 404).

Años 2006-2007: *a)* 6 actas, sin autorizar; *b)* 1 acta, falta firma de requirente; *c)* 5 actas, error en fecha; *d)* 3 actas, mes indeterminado; *e)* 7 actas, invierte las fojas y certifica en el acta que debiera adjuntarse al documento; *f)* 5 actas, autoriza dos veces, una después de cada firma; *g)* 5 actas, no acredita personería; *h)* 3 actas, falta número documento del requirente; *i)* 1 acta, no consigna documento certificado; *j)* 7 actas, falta fecha de documentación habilitante; *k)* 4 actas, falta domicilio o está incompleto; *l)* 1 acta, falta carácter en que actúa; *ll)* 1 acta, falta apellido del requirente; *m)* 1 acta, sobre una firma consta "errose"; *n)* 2 actas, falta salvado; *ñ)* 1 acta, mal salvado número de acta; *o)* 3 actas, falta "vale" en el salvado; *p)* 3 actas, difiere Nº de sellado con el del requerimiento, y *q)* 2 actas, error en Nº de acta.

5. El desempeño funcional examinado de la escribana Maur, si por algo se destaca, es por su desprolijidad y desorden. Así lo evidencia el listado de anomalías descriptas precedentemente.

Si bien entre ellas existen algunas que pueden ser consideradas formales, su pluralidad y reiteración convierten a la conducta de la reprochada, mal que le pese, en desaprensiva por la función notarial, pilar de la seguridad jurídica, que da a los actos pasados ante un notario credibilidad, certeza y seguridad jurídica plena, lo cual bastaría para que se la sancione con el máximo de la pena disciplinaria prevista por la ley 404.

En efecto, cuando, como en el caso, se ha detectado una generalizada falta de orden y cuidado en el manejo del protocolo, y el cúmulo de observaciones comprobadas exceden el campo del error o el olvido para ingresar en el de la desaprensión, se ha decidido que corresponde que al notario se lo separe del ejercicio profesional, para lo cual carece de importancia la existencia o no de mala fe en el accionar del notario, dado que la inconducta se constituye por el solo y objetivo hecho del incumplimiento de normas legales expresas que encuadran el ejercicio del notariado (este Tribunal, expte. nº 4320/05 y su acumulado, resolución del 11/9/2006).

6. Sin perjuicio de lo anterior, cabe apuntar que dentro de las observaciones comprobadas existen —como la propia escribana lo reconoció (ver fs. 23, y 24, pto. 1)— omisiones y errores graves, entre los que se destacan, la falta de firma de los requirentes y la falta de autorización, dado que ello podría comprometer la validez y/o regularidad del instrumento, los cuales coadyuvan a la aplicación de la sanción propiciada por la institución sumariante.

Al respecto, el Tribunal ha dicho que: "La firma de los comparecientes es un requisito esencial de las escrituras, y si no firma alguna de las partes substanciales todo el acto es nulo (arts. 988, 1001 y 104 del Cód. Civil, y art. 79 de la ley 404). Si bien no ha quedado acreditado un proceder intencional de la sumariada en este sentido, cabe, al menos, observar una actitud descuidada y negligente en los deberes que hacen estrictamente a su función de fedataria, para lo cual no obsta que pueda hablarse de una autonomía o independencia del instrumento con respecto al contenido o acto, pues la irregularidad emana, precisamente, del instrumento autorizado por la sumariada y eso es lo que aquí se juzga" (expte. nº 2459/03, resolución del 26/8/2004).

Asimismo, se ha sostenido que: "La autorización de las escrituras es la última de las operaciones de ejercicio internas al propio instrumento, que por tal hecho se convierte en notarial, pues faltando la firma del notario, tal documento integra el protocolo y vale, en todo caso como instrumento privado (arts. 987 y 1185, Cód. Civil), y no como instrumento notarial" (Trib. Sup. Not., resolución del 6/5/1997).

7. No menos importante resultan otras irregularidades apuntadas por la acusación fiscal, como el reproche por la falta, reiterada, de: *a)* datos requeridos por el art. 1001 del Cód. Civil; *b)* documentación exigida por el art. 1002, inc. c), del Cód. Civil (ley 26.140); *c)* sobreraspados, entrelíneas y enmendados sin salvar, y d) por las infracciones a normas específicas sobre actas, contenidas en la ley 404 (Título III, Sección II, Capítulo III).

8. Amén de ello, especial preocupación merece el hecho de no haberse encontrado en la sede de la escribanía las fojas correspondientes a las actas nº 1053 en adelante del año 2006, y otras 285 actas del año 2007, lo cual importa una clara violación por parte de la escribana a lo dispuesto por el art. 13 del reglamento para la certificación de firmas en fojas movibles, en cuanto dispone que las actas deberán ser conservadas por el escribano en el local profesional para ser exhibidas para las consultas e inspecciones que dispongan las autoridades competentes y el Colegio de Escribanos.

Otro tanto cabe decir respecto de la ausencia en el domicilio profesional de 26 libros —nº 1 a 26— pertenecientes a la notaria, en infracción a lo normado por el art. 5 del reglamento de certificación de firmas e impresiones digitales, con la consecuente inobservancia a su deber de guarda y custodia en perfecto estado de la documentación a su cargo impuesto por el art. 8º de la normativa citada.

Acerca de ello la escribana, al tiempo de la inspección, manifestó: *a)* en lo que hace a las fojas faltantes, "que se encuentran en su domicilio particular", y *b)* en lo que se refiere a los libros 1 a 26, "que se encuentran en su domicilio anterior al que no puede ingresar" (ver fs. 9).

Más allá de la aclaración, poco convincente, que luego formuló la sumariada acerca de por qué las fojas y los libros no se hallaban en el domicilio profesional de su notaría (ver fs. 35, ptos. 7, 8 y 9, y 82 vta., último párrafo/83), lo cierto es que hasta la fecha no se sabe a ciencia cierta cual ha sido la suerte de la documentación en cuestión. Esta conclusión se puede extraer de los dichos de la propia notaria, cuando a fs. 35, pto. 8 refirió que por razones particulares no se le permite la entrada a dicha oficina "desde hace muchos años" *(sic)*.

9. El Tribunal coincide con la institución colegial sobre la observación referida a la certificación de firmas —en el sistema de fojas movibles utilizadas por la notaria—, consistente en haber violado la notaria varias normas del respectivo reglamento, dado que —además de la falta de fojas correspondientes a actas nº 1053 en adelante— se han detectado actas: con firma de requirente y sin autorizar; con error en día y mes; con firma de requirente sin autorizar; que falta la acreditación de la personería; que falta el tipo y número de documento de requirente; que falta fecha de documento habilitante; que falta domicilio o está incompleto; que falta apellido del requirente; que repite y omite el número; que autoriza dos veces, una después de cada firma; donde falta salvado (arts. 5º, 7º, 11, 13, 16 y 19, incs. d, f, g, i, l y m), anomalías que reafirman una conducta desaprensiva en el cumplimiento de los deberes que rigen la función del notariado.

10. La conducta precedentemente descripta patentiza negligencia e imprudencia de parte de la escribana Nilda Sara Maur en el ejercicio del ministerio notarial, lo que lleva al Tribunal a la convicción de que debe ser sancionada, como ut supra se dijo, con la pena de destitución propiciada por la institución colegial, ya que resulta razonable y acorde con la pluralidad, reiteración y entidad de las faltas, por acción y omisión, por ella cometidas, y con la violación —también repetida— a expresas disposiciones legales y reglamentarias vigentes, sin que resulten válidas las excusas que la notaria ensayara para tratar de justificar y enervar su negligente proceder —problemas personales ajenos a su voluntad, juicios civiles y penales, divorcio controvertido, pérdida de familiares muy cercanos, falta de atención, distracción y/o descuido, mala interpretación de la normativa legal, entre otras—, pues ninguna de ellas tiene aptitud para eximir o debilitar la responsabilidad profesional que le cabe a la sumariada, como ella misma lo reconoció.

No obsta a la solución que aquí se decide el hecho de que la escribana reprochada no registre sanciones disciplinarias a lo largo de 26 años de profesión. En este caso, la gravedad y reiteración de las faltas relativizan la ausencia de antecedentes desfavorables y perjuicios, como elementos morigeradores de la sanción, conforme ya lo ha resuelto este Tribunal en otras oportunidades (expte. nº 1863/02 y sus acumulados, resolución del 21/5/2003; expte. nº 1603/02 y su acumulado, resolución del 19/6/2003; expte. nº 3090/04, resolución del 4/8/2005); aunque bueno es apuntar que Maur se encuentra suspendida preventivamente desde el 28/8/2007 (ver fs. 66).

11. La sumariada señala que el ejercicio de la profesión como escribana autorizada es la única fuente de trabajo con que cuenta, de modo que cercenarla con

una destitución implicaría no tener otro modo de ingresos, lo cual la subsumiría en una incertidumbre muy grande. Invoca el derecho al trabajo y demás garantías constitucionales del art. 14 bis de la Constitución nacional (fs. 84 vta., pto. V).

Contrariamente a lo sostenido por la notaria, la sanción de destitución del cargo, prevista en el art. 149, inc. d), de la ley 404, y que importa la cancelación de la matrícula (art. 156), no cercena de modo absoluto su derecho a trabajar, pues lo que le está impedido como consecuencia de aquélla es solo el ejercicio del notariado (este Tribunal, expte. nº 1612/02 y sus acumulados, resolución del 23/4/2003).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que los derechos de propiedad y de trabajar no sufren menoscabo alguno por las sanciones a que pueden estar sometidos los escribanos, "...pues tales derechos se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y no se alteran por la imposición de condiciones que, lejos de ser arbitrarias o desnaturalizarlos, guardan adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido en el ejercicio de ciertas profesiones" (*Fallos,* 214:612; 292:517; 315:1381).

Por ello, oído el señor Fiscal General sobre la legalidad del procedimiento sumarial incoado, y de conformidad con lo pretendido por la acusación fiscal de fs. 97/105, pto. 4º,

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Aplicar* a la escribana Nilda Sara Maur, autorizada nº 718, matrícula nº 3378, la sanción disciplinaria de destitución del cargo, con la consiguiente cancelación de la matrícula profesional (arts. 149, inc. d, 151, inc. c, y 156 de la ley 404).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al Colegio de Escribanos, con nota de estilo.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

V

"COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO LARRONDE, EDUARDO RODOLFO S/INSPECCIÓN PROTOCOLO AÑO 2006"

SANCIÓN DE SUSPENSIÓN: Recurso de apelación. Expresión de agravios. Deserción del recurso.

SUMARIOS:

1. El escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas y no basta remitirse a presentaciones anteriores. (art. 236 del CCAyT, aplicable supletoriamente

por vía del art. 141, inc. h, de la ley 404). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Debe declararse desierto el recurso de apelación cuando del memorial sólo se desprende la mera discrepancia o disconformidad del apelante con la solución adoptada por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos en el decisorio recurrido, lo cual no importa la crítica concreta y razonada que exige el art. 236 del CCAyT. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. El incumplimiento de las obligaciones fiscales en término no releva al escribano de la responsabilidad disciplinaria, más allá de que el mismo Estado le haya dado la posibilidad de abonar con los planes e intereses respectivos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5844/08 - 9/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Llegan los autos a conocimiento de este Tribunal de Superintendencia (arts. 142 y 172, ley 404; y acordada nº 8 del 9/8/2000), para que entienda en el recurso de apelación deducido por el escribano Eduardo Rodolfo Larronde a fs. 97/98, concedido a fs. 99, contra la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de fs. 93/95 que le aplicó la sanción disciplinaria de suspensión por treinta (30) días en el ejercicio de la profesión, prevista por los arts. 149, inc. c), y 151, inc. b), de la ley notarial citada.

2. A fs. 106/109 el Colegio de Escribanos contestó el traslado conferido a fs. 100, pto. 1, pidiendo que se rechace la apelación planteada y se confirme lo resuelto por la institución colegial.

3. A fs. 110, pto. 4, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, y la jueza Ana María Conde dijeron:

1. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos resolvió sancionar disciplinariamente al escribano Eduardo Rodolfo Larronde —titular del Registro Notarial Nº 1330 de esta ciudad, matrícula nº 3650—, con motivo de las infracciones detectadas en la inspección ordinaria al protocolo del año 2006, consistentes en el incumplimiento de obligaciones fiscales con relación a los impuestos a la transferencia de inmuebles, a las ganancias y sellos de la Provincia de Buenos Aires. También se comprobó una infracción a la ley 7438 de la Provincia de Buenos Aires, ya que el notario no exhibió certificado municipal respecto de la escritura nº 10.

Al margen de esto último, para arribar a la pena de suspensión por treinta (30) días en el ejercicio de la función, la institución colegial ponderó: *a)* que el fedatario pagó en forma diferida sesenta y tres (63) retenciones —que totalizaban la suma de $ 61.530,17— por impuesto a la transferencia de inmuebles, y ciento trece (113) por impuesto de sellos de la Provincia de Buenos Aires, muchos de los cuales fueron realizados durante la inspección; *b)* que, desde el punto de vista disciplinario, el escribano no logró fundar con éxito la causa por la que, habiendo practicado la retención de los importes abonados por el contribuyente en concepto de impuestos, no los ingresó dentro de los plazos legales, y *c)* que el notario ha sido pasible de sanciones de suspensión con motivo de infracciones análogas a las tratadas en autos, quedando configurada la "reiteración" prevista por el art. 151 de la ley 404.

2. El escrito por medio del cual el apelante se alza contra el decisorio de fs. 93/95, no reúne los recaudos exigidos por el art. 236 del CCAyT (aplicable supletoriamente por vía del art. 141, inc. h, de la ley 404), que estipula que: "El escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el/la apelante considere equivocadas. No basta remitirse a presentaciones anteriores...".

En efecto, la apelación de fs. 97/98 comienza con una remisión a una presentación anterior, de la cual no da cuenta las constancias de estas actuaciones. Más aún, a estarse a la fecha indicada como de la presentación (30/10/2007), se referiría a la efectuada por el recurrente en otro expediente, el nº 5582/07 (16-00219-07, según la numeración del Colegio), que en este acto se tiene a la vista (ver fs. 152/154), de modo que no resulta dudoso concluir que, en este aspecto, el recurso no cumple con la carga procesal *supra* señalada.

Del resto del memorial sólo se desprende la mera discrepancia o disconformidad del apelante con la solución adoptada por el Consejo Directivo en el decisorio recurrido, lo cual no importa la crítica concreta y razonada que exige el art. 236 del CCAyT.

3. Sin perjuicio de lo anterior, bueno es apuntar que no está controvertido por el escribano que él, una vez más, no cumplió en término con las obligaciones fiscales. Por lo tanto, el hecho de que el mismo Estado le haya dado "la posibilidad de abonar con los planes e interes respectivos", como él lo afirma, no lo releva de responsabilidad disciplinaria (expte. nº 1496/02, resolución del 20/5/2003; expte. nº 4728/06 y su acumulado, resolución del 9/10/2006), como este Tribunal ya se lo señaló a Larronde en la resolución dictada el 11/2/2008 en el expte. nº 5582/07, donde se le echó en cara similar proceder.

Por lo demás, cabe decir —para tranquilidad del notario— que la institución sumariante ha hecho una correcta aplicación de la jurisprudencia sentada por este Tribunal: "El escribano ha sido instituido como agente de retención y/o percepción y/o recaudación de diversos tributos, en tanto responsable por el cumplimiento de una deuda ajena, cuyo titular es el contribuyente retenido, en atención a que por su

función se encuentra en condiciones de exigir de éste que le entregue una suma de dinero en concepto de impuestos, con la obligación de ingresarla a la orden del fisco. Luego de cumplir con el deber de retener y/o percibir, el siguiente paso consistía en el depósito en término de las sumas retenidas al contribuyente y que pertenecen al Fisco" (expte. nº 3337/04, resolución del 29/6/2005; expte. nº 4696/06, resolución del 15/6/2006; expte. nº 4722/06, resolución del 23/11/2006).

En lo que hace a las consecuencias que el sumariado dice haber sufrido por un injusto reclamo judicial —angustia e infundadas preocupaciones, a más de hacerlo incurrir en cuantiosos gastos y honorarios de profesionales—, que el recurrente pide que se lo tenga especialmente en cuenta en su descargo, cabe decir que se trata de la misma excusa utilizada por aquél en el ya mencionado expte. nº 5582/07, por lo que vale reiterar lo allí sostenido por el Tribunal, en el sentido de que ello en modo alguno puede ser considerado como una razón que pueda disculpar el ingreso tardío de los importes tributarios abonados por el contribuyente.

4. A todo evento, interesa destacar que la pena de treinta (30) días de suspensión impuesta por la autoridad colegial resulta extremadamente benigna si se la coteja con la gravedad y reiteración de las faltas cometidas por el escribano apelante, y los desfavorables antecedentes que registra en su legajo profesional (una multa de $ 1.000 y cuatro suspensiones de 3, 6, 30 y 60 días), máxime cuando las dos últimas sanciones fueron aplicadas por haber cometido Larronde incumplimiento fiscales iguales a los que son objeto de cargo en este sumario, de modo que aquélla sólo se podría justificar en el hecho de que el notario habría regularizado las obligaciones con relación a los impuestos retenidos (a la transferencia de inmuebles, a las ganancias y sellos de la Provincia de Buenos Aires); pena que este Tribunal de Superintendencia del Notariado, en instancia revisora del reproche contra la decisión del Colegio de Escribanos, no puede incrementar (expte. nº 1889/02, resolución del 27/12/2002; expte. nº 4516/06, resolución del 25/4/2006; expte. nº 4696/06, resolución del 15/6/2006).

Por ello, y por aplicación de lo dispuesto por el art. 237 del CCAyT.

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Declarar* desierto el recurso de apelación deducido por el escribano Eduardo Rodolfo Larronde a fs. 97/98.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al Colegio de Escribanos, con nota de remisión, haciendo saber a dicha institución que deberá poner en conocimiento de la Administración Federal de Ingresos Públicos y de la Dirección General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, los incumplimientos fiscales del escribano sumariado.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

VI

"CIRULLI, MARÍA ELISA. ESCRIBANOS: CIRULLI, MARÍA ELISA. LANZA TANCO, BALBINA DORA S/DENUNCIA SOBRE ÉTICA NOTARIAL"

SANCIÓN DE APERCIBIMIENTO: Recurso de apelación. Nulidad. Falta de ética. Negativa a exhibir el protocolo a una colega.

SUMARIOS:

1. Cuando los agravios pueden ser reparados por el recurso de apelación, no corresponde considerar el de nulidad por defectos de la sentencia comprendido en aquél (art. 229 del CCAyT), pues la nulidad de la resolución debe interpretarse restrictivamente y declararse sólo cuando los hipotéticos vicios no pudieran subsanarse al considerarse el recurso de apelación. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde revocar la decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos que aplicó a la notaria la sanción de apercibimiento por falta leve de ética si a la luz de la fría letra de las normas jurídicas aplicables al caso (arts. 29 inc. j) y 73 de la ley 404) el deber de exhibir el protocolo no encuadraba en ninguno de los casos contemplados por la Ley Orgánica Notarial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. No puede afirmarse que la negativa de la escribana a exhibir el protocolo, importó la inobservancia de las normas establecidas por el Código de Ética, como se lo exige el art. 29, inc. n), de la ley 404 —en el caso, respeto y consideración a su colega—, aun analizando la cuestión con la amplitud que permite el art. 4º, inc. p), de ese código, si no se esclarecieron las circunstancias que rodearon el caso sometido a juzgamiento *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. Para que proceda un reproche, incluso ético, sus presupuestos fácticos deben estar fehacientemente probados y deben agotarse los medios para garantizar el derecho de defensa y dilucidar la verdad jurídica objetiva, sobre todo cuando se compromete la honra personal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6010/08 - 29/8/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Llegan los autos a conocimiento de este Tribunal de Superintendencia (arts. 142 y 172, ley 404; y acordada nº 8 del 9/8/2000), para que entienda en el recurso de apelación deducido por la escribana María Elisa Cirulli a fs. 43/48 y vta., concedido

a fs. 52, contra la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de fs. 31 que le aplicó la sanción disciplinaria de apercibimiento.

2. A fs. 65/69 y vta. el Colegio de Escribanos contestó el traslado conferido a fs. 60, pto. 2, pidiendo que se rechace la apelación articulada por la notaria y confirme la sanción disciplinaria de apercibimiento impuesta.

3. A fs. 75, pto. 3, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

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

1. Antes de entrar en el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por María Elisa Cirulli, resultará útil efectuar una reseña de los antecedentes que dieron pie a la sanción de apercibimiento impuesta por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos a la notaria recurrente.

2. A fs. 1/2 y vta. se presentó la escribana Cirulli poniendo en conocimiento de la institución notarial, a los fines que estime corresponder, los siguientes hechos:

Que el 15 de marzo de 2007, a las 14.20 horas, tocó el timbre de su escribanía una persona que dijo llamarse escribana Lanza Tanco, que de manera prepotente exigía ser atendida, a quien se le hizo saber que el horario de atención era a partir de las 15 y hasta las 19 horas.

Que siendo las 15.10 horas, tocó el timbre una persona que dijo llamarse Sra. López, momento en el que su colaboradora, María Anabella Castro, bajó hasta la puerta del edificio para dejarle una tarjeta de la escribanía para que se comunicara y acordara un horario para ser atendida, ya que tenía clientes previamente citados para ese día y que no conocía a dicha persona.

Que en ese mismo momento se presentó un cliente llamado Roberto De Dios y cuando su colaboradora procedió a abrir la puerta del *hall* de entrada para hacerlo pasar, la señora López, junto con quien dijo llamarse escribana Lanza Tanco, ingresaron al edificio de manera brusca, empujando la puerta, ante lo cual su asistente les volvió a informar que debían concertar cita ya que la notaria tenía personas citadas, por lo que comenzaron a propiciar gritos exigiendo que debían ser atendidas en ese mismo momento y que no iban a esperar. A pesar de que se les reiteró que ello no era posible, aquéllas siguieron gritando y comenzaron a aproximarse de manera violenta a su colaboradora, diciendo que de ninguna manera iban a esperar y que debían ser atendidas en ese mismo instante.

Que no satisfecha con la situación producida en el *hall* del edificio, la acompañante de la escribana Lanza Tanco intentó subir por la escalera a la fuerza diciendo que ella iba a entrar igual, a lo que su colaboradora le hizo saber que no podía hacerlo de esa manera, todo lo cual fue presenciado por el señor De Dios y escuchado por varios vecinos del edificio.

Que al escuchar dicho escándalo, el Dr. Antonio Alfonso Castro, abogado que trabaja en la oficina contigua, se apersonó con el objeto de tranquilizar y de interiorizarse acerca de la causa de la situación producida. Luego de un intercambio de palabras, y para terminar con la situación planteada, se le ofreció a Lanza Tanco ingresar a la escribanía con la condición de que su compañera, que estaba muy alterada y violenta, se retirara del edificio, lo que así sucedió.

Que una vez dentro de la escribanía, se le solicitó a su colega que se identificara, lo que hizo. Que durante toda su estadía la escribana Lanza Tanco "se comportó de manera prepotente, y a los gritos exigía exhibición de protocolo", razón por la que, al sentirse violentada y amedrentada en su persona, decidió no llevar a cabo la entrevista profesional, y procedió a solicitarle se retirara de su oficina, atento su comportamiento, ya que consideró que no existían garantías para sus colaboradores ni para su persona, ni para exhibir el protocolo a su cargo.

Que la situación descripta alteró el normal desarrollo de la notaría y fue presenciado por varios testigos, entre ellos el señor De Dios quien observó el accionar de Lanza Tanco desde que ingresó violentamente al edificio y hasta que se retiró del lugar, y Nicolás Ferrara y el Dr. Castro.

3. A fs. 3 se dispuso pasar las actuaciones al Tribunal de Ética Notarial —según lo resuelto por el Consejo Directivo en su sesión del 28/3/2007, acta nº 3561—, quien ordenó dar traslado de aquella presentación a la escribana Balbina Dora Lanza Tanco (fs. 4), que lo contestó a fs. 6 y vta. en los siguientes términos:

Que la escribana denunciante no entendió el motivo de la presencia de la madre del señor Sergio Alejandro Maceira que quería saber dónde estaba su hijo, y menos la suya que era advertirla que usando su protocolo se estaría cometiendo el ilícito previsto en el art. 174, inc. 2º, del C.P., situación que se le comunicó con el acta de requerimiento por ella autorizada —escritura nº 33 del 14/3/2007 que acompañó—, la que sólo se había realizado para informar a Cirulli de la situación planteada y hacer estudio de títulos, no obstate lo cual ésta entendió que había alguna intención de perjudicarla.

Que todos los escribanos, de una forma u otra, han pasado por situaciones similares, y que dando muestras de buena fe han mostrado y entregado copias de todo a efectos de ayudar a la justicia.

Que conocía la forma de trabajo de la inmobiliaria Ombú, cuyo propietario es el señor Héctor E. Cruz, con quien no tuvo buenas experiencias profesionales. Que, infructuosamente, intentó conversar a solas con Cirulli para advertirla de la situación, pero estaba tan nerviosa que no entendía razones, por lo que tuvo que retirarse.

4. Ante este cuadro de situación, se decidió (fs. 9 y 12) convocar a las profesionales involucradas a una audiencia ante el Tribunal de Ética.

5. A fs. 11 compareció Cirulli, ratificando en todos sus términos su presentación de fs. 1/2. Acto seguido la notaria respondió una serie de preguntas, tales como: *a)* si Lanza Tanco le advirtió que concurriría a su escribanía para efectuar

un requerimiento, a lo que respondió que en ningún momento, ni telefónicamente ni por otros medios le anunció su asistencia; *b)* quien recibió a Lanza Tanco en la puerta de su escribanía, contestó su hija María Anabella Castro; *c)* si Lanza Tanco le manifestó el motivo de su presencia, contestó que le dijo que estaba allí para requerirle que no se inscribiese en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa sobre el inmueble de la calle Mariano Acha, que ella ya había autorizado. Asimismo le requirió la exhibición de la citada escritura, a lo cual le respondió que dada la situación planteada en el *hall* del edificio y el escándalo provocado, no se daban las condiciones de seguridad como para poder exhibirle el protocolo y, demás, respecto a la inscripción registral, que era su obligación proceder a inscribirla; *d)* quien es el Dr. Antonio Castro, respondió que es su esposo, que tiene estudio en un escritorio contiguo a su escribanía, y *e)* si posteriormente Lanza Tanco se comunicó por algún medio con ella, respondió que no, aunque agregó que le hubiese gustado que lo hiciera para aclarar la situación planteada y posiblemente así se hubiese podido solucionar este conflicto que las afecta moralmente a ambas. Que su pretensión no es para que su colega se disculpara, sino para aclarar los motivos de su conducta.

6. A fs. 14 se llevó a cabo la audiencia con la escribana Lanza Tanco, a quien se le solicitó que, sucintamente, narre los hechos producidos al concurrir a la escribanía de Cirulli que dieron lugar al acta de fecha 14/3/2007, respecto de lo cual ratificó lo que había manifestado en su responde de fs. 6. Luego de ello, pasó a dar respuesta a las siguientes preguntas: *a)* si es cierto lo afirmado por su colega acerca de su comportamiento, contestó que nada de lo expresado es cierto y, por el contrario, era Cirulli la que se encontraba muy nerviosa y no accedió a facilitarle lo que ella le requería, que era ver la escritura de venta del departamento de propiedad del señor Sergio Alejandro Maceira; *b)* si la persona que la recibió en el *hall* de entrada del edificio era la hija de Cirulli, respondió que nunca tuvo conocimiento de quien era esa persona; *c)* si a la entrada del edificio había una persona de sexo masculino para entrevistarse con Cirulli, contestó que no lo recuerda; *d)* si tiene conocimiento en qué fecha se hizo la escritura de venta del departamento de propiedad del señor Maceira, respondió que no lo recuerda, pero de la constancia de la venta surge de un informe de dominio que solicitó con posterioridad al acta labrada en la escribanía de Cirulli, comprometiéndose a enviar para agregar al expediente copia del citado informe; *e)* si con posterioridad a la entrevista llamó a su colega para hablar sobre el tema tratado, manifestó que no, y *f)* si es cierto lo que dijo Cirulli acerca de que le había solicitado que no inscribiera en el Registro de la Propiedad Inmueble la primera copia de la escritura de venta del inmueble sito en la calle Mariano Acha, contestó que no es cierto que se lo haya solicitado. Lo que sí le aconsejó a Cirulli es que retuviera el título de propiedad o lo presentara en el expediente que tramita ante el Juzgado Civil Nº 23, caratulado "Maceira, Sergio Alejandro s/inhabilitación".

7. A fs. 26/29 luce el dictamen aprobado, por unanimidad, por el Tribunal de Ética, que en sus partes pertinentes dice:

> "Que a pesar de la notoria confusión y contradicciones de las partes en el relato de los hechos, es posible extraer algunas conclusiones que deben darse por acreditadas. En este sentido, de las constancias del expediente resulta acreditado que: a) la escribana Cirulli se negó a exhibirle el protocolo de una venta a la escribana Lanza Tanco; b) en ningún momento Lanza Tanco le dijo a Cirulli que le estaba haciendo un requerimiento ni que labraría un acta y menos aún que la invitaba a firmarla; c) después de los hechos no hubo comunicación alguna entre las partes, y d) el acta de requerimiento lleva fecha 14 de marzo, fecha que debe tenerse por cierta a pesar de que la escribana Cirulli manifiesta en su presentación que los hechos ocurrieron el 15 de marzo.
>
> "De las circunstancias de autos resulta obvio que el estudio de título era un tema de total irrelevancia, más bien un pretexto para ver el protocolo. Lo esencial era el requerimiento tal como se explicita en la parte pertinente del acta de fs. 7/8, y resulta indubitable que el propósito de la escribana Lanza Tanco era labrar un acta para dejar constancia de ese requerimiento y, eventualmente, de las respuestas de la escribana Cirulli. Sin embargo, la escribana Lanza Tanco labró el acta sin aclarar debidamente los alcances de su cometido y labor profesional y sin hacerle el requerimiento, pese a la obligación legal de hacerlo (art. 83 inc. d, ley 404). Lo único que le manifestó, según sus propios dichos en el instrumento público, fue que 'está dispuesta a esperar para hacer el estudio de títulos. No pudo hacerlo porque la escribana Cirulli se negó a exhibir cualquier documentación de la operación, por lo cual la dicente se retiró'. ...Este ocultamiento de su misión, tan luego a una colega, constituye una evidente falta de ética, más allá de la contravención legal... . Esta obligación no puede entenderse cumplida con el párrafo final 'Hechas las advertencias de ley y previa lectura y ratificación, firma la requirente, doy fe, no así la escribana Cirulli'....porque es más que evidente que esta parte del acta no se hizo *in situ*, ni se leyó a la escribana Cirulli, ni se la invitó a firmar.
>
> "Cualesquiera fuesen las circunstancias, el Tribunal no advierte razón valedera para negarle la exhibición del protocolo a una colega tratándose de una escritura de venta. La escribana Cirulli pudo arbitrar perfectamente las medidas de seguridad que considerase convenientes al efecto, pero no negar la exhibición del protocolo. Sin perjuicio de que después, si lo considerase procedente, promoviera las acciones que creyere pertinentes contra la escribana Lanza Tanco.
>
> "Que más allá de las circunstancias de hecho que rodean este caso, de imposible certeza en su dilucidación, es misión insoslayable de este Tribunal pautar normas de conducta que se consideran esenciales en el

ejercicio de la función notarial, como lo son la consideración y el respeto mutuo entre los escribanos. De haber sido observadas esas normas por las partes, por ejemplo mediante simples llamados telefónicos aunque fuesen a posteriori, es más que presumible que este caso, que como bien dice la escribana Cirulli, perjudica moralmente a ambas contendientes, no hubiera llegado al Tribunal. No es justificable el ocultamiento de la actuación profesional y/o del labrado de actas entre escribanos, ni tampoco la negativa a exhibir protocolo a un colega cuando ello no está expresamente prohibido por las normas.

"Que conforme lo dispuesto por el capítulo V, art. 29, inc. n de la ley 404 es deber del notario proceder de conformidad con las reglas de ética, con el sentido de evitar el quebrantamiento del respecto y consideración que se deben los colegas entre sí. Es así que este Tribunal, más allá de lo que puedan significar simples recomendaciones, se ve en el deber de juzgar los hechos a través de las circunstancias y comportamientos propios de cada caso y por tanto analizar las conductas de las escribanas involucradas, pues lo que se examina es el pundonor y el decoro de los colegiados, ya que estando en juego la probable validez de un acto jurídico, en el importante camino hacia la seguridad jurídica, la templanza se convierte en una cualidad que debe conducirlos por el sendero del respeto y legalidad en el ejercicio de la profesión.

"Este Tribunal hace un análisis de lo expuesto como fundamento del accionar de las escribanas, quienes deben asumir sus responsabilidades por conductas funcionales antiéticas. Que si bien la función notarial no es materia de competencia de este Tribunal, sí lo es el ejercicio ético de la misma..., la necesidad de asegurar el correcto y adecuado ejercicio de ella, por las circunstancias de hecho que forman parte del relato, en vista de que la visita intempestiva de la escribana Lanza Tanco y la actitud reticente que se endilga a la escribana Cirulli obligan, en el decisorio, a juzgar ambas conductas en el terreno puramente ético.

"En consonancia con las normas disciplinarias y en particular las faltas de ética, si bien han sido enumeradas a través del código respectivo, no pueden catalogarse con carácter taxativo, debiendo considerarse como tales también las que surjan de una conceptualización general y que importen el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí (art. 4º, inc. p] del Código de Ética Notarial) y por ello este Tribunal recuerda, por su propia finalidad, que en las tareas profesionales nada es tan válido como para justificar ciertos comportamientos.

"La ética indica el mantenimiento de un estilo apropiado, y que aun cuando las expresiones se hicieran con vehemencia no deben exceder las necesidades de la diligencia, a través de modos que importen desmesuras. El fin de la normativa de aplicación es tomar debida

conciencia de la trascendencia ético-social de su profesión y munidos de prudencia se impregne de eticidad su ejercicio.

"Desde la otra perspectiva, no cabe soslayar que, sobre la muy seria obligación de los escribanos de conservar y custodiar los documentos que autoricen, en cuanto a la exhibición de protocolo, como se pronuncia la Ley Orgánica Notarial en sus arts. 29, inc. f y 73, inc. b II, frente a sus limitaciones, cuando no están expresamente establecidas por normas especiales, si bien quedan reservadas al buen criterio del profesional, no justifican el incumplimiento de ese deber, sin perjuicio de las medidas de seguridad que se considerasen convenientes.

"Que este Tribunal comparte y hace suyo lo expuesto por Juan E. Carazo en *Revista Notarial* nº 767, p. 1205, al expresar: 'la ética no consiste solamente en la descripción de las costumbres ni en la ordenación o catalogación de las virtudes, de los defectos o de los vicios de los hombres ni la simple teorización de los hábitos y las costumbes. La acción de la ética va más allá, llega hasta el plano del ideal de lo que deberían ser las acciones humanas frente a lo que son. La ética es el estudio de la conducta ideal de los hombres'.

"Que las conductas sub-examen presentan un comportamiento de las escribanas que reviste entidad suficiente para quedar afectada la imagen que el ejercicio de esta profesión exige.

"Este Tribunal considera que la nutrida madeja de cuestiones que se enredan en los hechos generadores de las conductas humanas, ameritan buscar el hilo conductor de enmiendas, para erradicar en el futuro actitudes que ensombrecen la relación entre colegas."

Por tales motivos, el Tribunal de Ética Notarial resolvió: "*1º)* que la escribana Balbina Dora Lanza Tanco incurrió en falta leve de ética al no informarle a la escribana Cirulli que labraría un acta; *2º)* que la escribana María Elisa Cirulli incurrió en falta leve de ética al negarse a exhibir el protocolo a la escribana Lanza Tanco, y *3º)* en virtud de que los comportamientos referidos configuran infracción a la normativa ética notarial (art. 4º, inc. p del Código de Ética), proponer al Consejo Directivo se aplique a las escribanas Cirulli y Lanza Tanco la sanción de apercibimiento".

8. Según se da cuenta a fs. 30, el Consejo Directivo difirió el tratamiento del dictamen precedente hasta tanto se aclarasen algunos de sus conceptos. Despejadas las dudas, el dictamen quedó firme y se elevaron las actuaciones al Consejo Directivo para que analizara la cuestión y emitiera resolución.

9. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, reunido con quórum reglamentario y en ejercicio de las facultades que le confiere la ley orgánica notarial nº 404, decidió a fs. 31: "Aplicar sanción de apercibimiento a la escribana María Elisa Cirulli y sanción de multa mínima a la escribana Balbina Dora Lanza Tanco".

10. A fs. 35 la institución colegial advirtió que las notificaciones a las notarias se limitaron a reproducir el contenido de la providencia de fs. 31 que resolvió

aplicarles sendas sanciones, sin que se hubieran comunicado ni el dictamen del Tribunal de Ética de fs. 26/29, ni la resolución de fs. 30. Por tal razón, y a fin de evitar eventuales ineficacias, se dispuso sanear el procedimiento con nuevos anoticiamientos a las escribanas con todas las constancias de fs. 26/31, lo que así se hizo mediante las cédulas de fs. 36 y 37.

11. La escribana Lanza Tanco consintió la sanción de multa mínima que se le impuso y depositó su importe de $ 300 (ver fs. 58).

12. Por su parte, la fedataria María Elisa Cirulli interpuso, a fs. 43/48 y vta., recurso de apelación, que fue concedido por el Consejo Directivo a fs. 52.

13. La recurrente impugna el decisorio por considerarlo arbitrario pues se limita a sancionarla sin dar fundamento alguno. Sostiene que el hecho de que con posterioridad se le haya notificado el dictamen del Tribunal de Ética, no obsta a la arbitrariedad señalada ya que la resolución sigue sin tener fundamentos expresados en ella.

La apelante se agravia de que se la haya sancionado en base a los dichos de una y otra parte, sin que se dilucidara el fondo de la cuestión, a pesar de que en el escrito inicial había mencionado que todo lo sucedido fue presenciado por varios testigos que identificó con nombre y apellido, cuyo testimonio vuelve a ofrecer. En consecuencia, objeta el dictamen del Tribunal de Ética en cuanto afirma que son de imposible dilucidación los hechos del caso, porque de haberse citado a las personas que oportunamente mencionó no habría sido injustamente sancionada y victimizada por segunda vez, pues se hubiera probado que Lanza Tanco se presentó en la escribanía en forma violenta, "patotera", y a los gritos exigía ser atendida.

La notaria se agravia de que el Tribunal de Ética no haya investigado ni considerado los motivos por los cuales no le exhibió el protocolo a su colega. Señala que no se tomó en cuenta lo expresado en su presentación inicial acerca de que ésta se presentó "a los gritos", haciendo ademanes violentos, literalmente "patoteando" a María Anabella Castro, a quien la denunciada empujó fuertemente para poder entrar, haciendo un escándalo ella y su acompañante, la Sra. López, quien propiciaba gritos tales como "¿dónde está mi hijo?", "esto es una estafa", "mi hijo está desaparecido", "nos tienen que atender en este mismo instante", "no vamos a esperar", y otras expresiones que denotaban un alto grado de violencia y alteración emocional.

Agravia a la recurrente que el Tribunal de Ética haya considerado que, cualquiera fuesen las circunstancias, no había razón valedera para negarle la exhibición del protocolo a una colega, tratándose de una escritura de venta, conclusión esta que no se compadece con las reglas contenidas en los arts. 29, inc. j), y 73 de la ley 404 acerca de cuándo debe ser exhibido el protocolo. La apelante sostiene que en virtud de lo normado por el art. 73 citado no estaba obligada a mostrar el protocolo a su cargo, ya que advirtió, al igual que lo hizo el Tribunal de Ética, que la escribana Lanza Tanco no había concurrido a la notaría a realizar un estudio de títulos.

Por lo tanto, la recurrente afirma que no solo no estaba obligada a exhibir el protocolo, sino que también se encontraba en una situación de grave riesgo e inseguridad debido al ya mencionado estado de nerviosismo de las concurrentes. En tales condiciones, consideró que no era seguro exhibir el protocolo a su colega pues corría grave riesgo de ser destruido o mutilado.

Por todo ello, la notaria solicita que se revoque la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos por ella recurrida.

14. Inicialmente cabe apuntar que cuando los agravios pueden ser reparados por el recurso de apelación, no corresponde considerar el de nulidad por defectos de la sentencia comprendido en aquél (art. 229 del CCAyT). Es que la nulidad de la resolución debe interpretarse restrictivamente y declararse sólo cuando los hipotéticos vicios no pudieran subsanarse al considerarse el recurso de apelación.

15. Por un lado, han quedado firme algunas de las conclusiones formuladas por el Tribunal de Ética en su dictamen de fs. 26/29 —las que habría hecho suyas el Consejo Directivo para aplicar la sanción disciplinaria de apercibimiento recurrida—, tales como: que la escribana Cirulli se negó a exhibir el protocolo de una venta a su colega Lanza Tanco; que ésta no le dijo a Cirulli que le estaba haciendo un requerimiento ni que labraría un acta y que la invitaba a firmarla; que después de los hechos no hubo comunicación alguna entre las nombradas; que dado que el acta de requerimiento lleva fecha 14 de marzo, ésta es la fecha que debe tenerse por cierta a pesar de que Cirulli manifestó que los hechos ocurrieron el 15 de marzo, como así también que el estudio de títulos fue un pretexto utilizado por Lanza Tanco para ver el protocolo, ya que lo esencial había sido el requerimiento.

Por el otro, el Tribunal coincide, en términos generales, con varias de las apreciaciones expresadas en dicho dictamen, como ser: que de haberse observado la consideración y el respeto mutuo entre los escribanos, mediante simples llamados telefónicos aunque fuesen *a posteriori*, este caso no habría llegado al Tribunal; que es deber del notario proceder de conformidad con las reglas de ética, con el sentido de evitar el quebrantamiento del respeto y consideración que se deben los colegas entre sí; que las faltas de ética, enumeradas a través del código respectivo, no pueden catalogarse con carácter taxativo, pudiendo considerarse como tales, también, las que surjan de una conceptualización general y que importen el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios; que la ética indica el mantenimiento de un estilo apropiado, y que aun cuando las expresiones se hicieran con vehemencia no deben exceder las necesidades de la diligencia, a través de modos que importen desmesuras, ya que el fin de la normativa de aplicación es tomar debida conciencia de la trascendencia ético-social de su profesión.

16. No obstante las coincidencias apuntadas, el Tribunal entiende que el recurso de apelación deducido por la escribana María Elisa Cirulli debe prosperar.

Según el art. 29, inc. j), de la ley 404, son deberes de los escribanos de registro: "Guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo sólo en los casos previstos en el art. 73...", el cual establece que: "El protocolo deberá ser exhibido en los siguientes supuestos: *a)* Por orden de juez competente. *b)* A requerimiento de

quienes tuvieren interés legítimo en relación con los respectivos documentos. Se consideran interesados: *I)* Los sujetos instrumentales y negociales, sus representantes o sucesores. *II)* Los profesionales que lo justificaren para el cumplimiento de tareas relacionadas con estudios de títulos. *III)* En los actos de última voluntad, solamente el otorgante. *IV)* En los reconocimientos de hijos extramatrimoniales, sólo el hijo reconocido".

Examinada la cuestión a la luz de la fría letra de las normas jurídicas transcriptas, cabría darle la razón a la recurrente pues ha quedado fuera de discusión que la exhibición del protocolo no encuadraba en ninguno de los casos contemplados por la Ley Orgánica Notarial (art. 73).

17. Sin embargo, ello no fue el motivo por el cual Cirulli no mostró el protocolo de una venta a su colega Lanza Tanco. A estarse a sus propios dichos, la verdadera razón por la que se negó a hacerlo fue "que no se daban las condiciones de seguridad", lo cual fue controvertido por la escribana denunciada.

En tales condiciones, lo que se debió dilucidar era precisamente si las circunstancias descriptas por Cirulli resultaban válidas como para justificar su férrea negativa a la exhibición de una escritura de venta por ella autorizada que le requería su colega, para lo cual hubiese servido de importante aporte la declaración de los testigos señalados por la denunciante en su presentación de fs. 1/2 —en el marco de la atribución conferida por el art. 16 del Reglamento del Tribunal de Ética y con las previsiones del art. 333 del CCAyT, de aplicación supletoria—, de modo de garantizar con la mayor amplitud el derecho de defensa en juicio de la parte y de crear convicción en el juzgador acerca de si los hechos se habían sucedido del modo que fueron referidos, para luego poder valorar si ellos tenían la entidad que le asignó la escribana recurrente.

En consecuencia, es aquí donde el Tribunal discrepa con lo sostenido por la institución notarial pues por un lado afirma que las circunstancias de hecho que rodean este caso resultan "de imposible certeza en su dilucidación", y por otro sostiene que "no advierte razón valedera para negarle la exhibición del protocolo a una colega tratándose de una escritura de venta", ya que para poder así concluir resultaba necesario, previamente, aclarar los hechos controvertidos y conducentes, esto es los pormenores del contexto en el cual la escribana tomó la drástica decisión de no mostrar el protocolo a una colega y que a raíz de su denuncia se le reprocha.

Al no estar esclarecidas las circunstancias que rodearon el caso sometido a juzgamiento, mal puede afirmarse que la escribana Cirulli, al negarse a exhibir el protocolo, no observó las normas de ética establecidas por el código respectivo, como se lo exige el art. 29, inc. n), de la ley 404 —en el caso, respeto y consideración a su colega—, aun analizando la cuestión con la amplitud que permite el art. 4º, inc. p), del Código de Ética.

Es que, para que proceda un reproche, incluso ético, sus presupuestos fácticos deben estar fehacientemente probados e, igualmente, en tal orden de ideas, deben agotarse los medios para garantizar el derecho de defensa y dilucidar la verdad jurídica objetiva, sobre todo cuando se compromete la honra personal. En tal sentido, todo sugiere transcribir un párrafo vertido por el Ministro de la Corte Supre-

ma de Justicia de la Nación, doctor Enrique S. Petracchi, al votar *in re*: "Ricardo Francisco Molinas v. Nación Argentina —Poder Ejecutivo Nacional—" (*Fallos,* 314:1091), sentencia del 24/9/1991, donde puede leerse respecto a la necesidad de probar cualquier acusación: "Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia , el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense *in re* 'Coffin vs. Unites States' (156 U.S. 432, pp. 453 y ss.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius —Gobernador de Narbonensis— se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando su culpabilidad y la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: 'Oh! ilustre César —le dijo— si es suficiente con negar, ¿qué ocurrirá con los culpables?'; a lo que Juliano respondió: 'Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?' (Ammianus Marcellinus, Rerum Gestarum, L. XVIII, C.1). Tan venerable y remoto legado no puede ser desconocido sino a riesgo de negar la propia dignidad humana...".

Al fallar en su estructura lógica la decisión que fundamentó la sanción disciplinaria de apercibimiento contenida en la resolución apelada, se impone que se la revoque.

Por ello,

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Revocar* la decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de fs. 31, en cuanto aplicó la sanción disciplinaria de apercibimiento a la escribana María Elisa Cirulli (titular del Registro Notarial Nº 175 de esta ciudad, matrícula nº 4567).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al Colegio de Escribanos, con nota de remisión.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

VII

"COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO SCHILLACI, ROBERTO MARIANO S/INSPECCIÓN PROTOCOLO AÑO 2006"

RECURSO DE APELACIÓN: Deserción del recurso. Expresión de agravios.

SUMARIOS:

1. Corresponde declarar desierto el recurso de apelación cuando el escrito de expresión de agravios no cumple mínimamente con los recaudos exigidos por el

art. 236 del CCAyT (aplicable supletoriamente por vía del art. 141, inc. h, de la ley 404), en cuanto estipula que debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. La expresión de agravios no es una fórmula carente de sentido, sino un análisis serio, razonado y crítico de la decisión, punto por punto, y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6055/08 - 17/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Llegan estas actuaciones a conocimiento del Tribunal de Superintendencia (arts. 142 y 172, ley 404; y acordada nº 8 del 9/8/2000), para que entienda en el recurso de apelación deducido por el escribano Roberto Mariano Schillaci a fs. 184 y vta., concedido a fs. 185, contra la resolución dictada a fs. 176/180 por medio de la cual el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos le impuso al notario la sanción disciplinaria de suspensión por treinta (30) días en el ejercicio de la profesión.

2. A fs. 197/201 el Colegio de Escribanos contestó el traslado dispuesto a fs. 186, pto. 1, pidiendo que se rechace la apelación planteada y se confirme lo resuelto en autos.

3. A fs. 202, pto. 4, se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, y la jueza Ana María Conde dijeron:

1. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos decidió sancionar disciplinariamente al escribano Roberto Mariano Schillaci —titular del Registro Notarial Nº 505 de esta ciudad, matrícula nº 2249—, con motivo de haber infringido distintas normas de derecho de fondo, fiscales, administrativas y que regulan el ejercicio de la profesión de escribano (Código Civil, ley 17.801, ley 404 —orgánica del notariado en el orden local— y su dec. regl. 1624/00, ley 1855 de la Ciudad de Buenos Aires, ley 23.905 y resoluciones generales AFIP 21.039 y 21.040, Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, ley 7438 y resoluciones del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos).

Para aplicar la pena de 30 días de suspensión apelada, la institución notarial ponderó que al tiempo de la conclusión sumarial aún subsistían las siguientes observaciones respecto del protocolo del año 2006:

I. *Infracciones a normas del derecho de fondo: a)* 2 escrituras no exhibe certificado de dominio citado; *b)* 1 escritura, certificado de dominio informa reconocimiento de servidumbre de paso sin reflejo en escritura; *c)* 1 escritura, del certificado de dominio surge reserva de prioridad para otro registro sin liberar; *d)* 3 escrituras, inscripción fuera de término, y *e)* 1 escritura faltan fotocopias de documentos de identidad —2— de los otorgantes.

II. *Infracciones a normas de carácter tributario: a)* 1 escritura, impuesto retenido ingresado parcialmente; *b)* 7 escrituras, pago de retenciones después de la inspección; *c)* no exhibe declaraciones juradas de agosto a noviembre de 2006 y en la correspondiente al mes de diciembre declara retenciones por $ 150 y del protocolo surgen retenciones por $ 1.486,50; *d)* no exhibe declaración jurada del mes de marzo de 2006; *e)* 1 escritura no acredita el pago de impuesto de sellos Provincia de Buenos Aires, y *f)* 4 escrituras declarada exenta, siendo el precio o la valuación superior a la establecida en el Código Fiscal.

III. *Infracciones a normas de carácter administrativo: a)* 17 escrituras, no exhibe —26— certificado municipal Ciudad de Buenos Aires; *b)* 12 escrituras, no exhibe —14— certificado municipal Provincia de Buenos Aires, y *c)* 11 escrituras, no exhibe —12— certificado inmobiliario.

IV. *Infracciones a normas que regulan la función: a)* 1 escritura, texto de concuerda a continuación del Leída; *b)* 1 escritura, apellido en minúsculas; *c)* 1 escritura, documentación habilitante sin legalizar; *d)* 5 escrituras no consta causa de imposibilidad de firmar; *e)* 2 escrituras no consta a qué dedo corresponde la impresión digital; *f)* alteración en la correlación de las Fojas Notariales, y *g)* protocolo año 2004 sin encuadernar.

2. El escrito de fs. 184 y vta., por medio del cual el recurrente apela el decisorio de fs. 176/180, no cumple mínimamente con los recaudos exigidos por el art. 236 del CCAyT (aplicable supletoriamente por vía del art. 141, inc. h, de la ley 404), en cuanto estipula que: "El escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el/la apelante considere equivocadas...".

Así, no ha merecido crítica por parte del notario lo sostenido por la institución colegial acerca de que de la enumeración de las observaciones detectadas con motivo de la inspección ordinaria al protocolo año 2006, "Resulta que el escribano sumariado ha incurrido en graves y reiteradas infracciones a la Ley Nacional de Registro, tanto en la solicitud y utilización de los certificados, como en la inscripción de los títulos a su cargo. La buena fortuna que tales incumplimientos no hayan —por lo que a la fecha se conoce— provocado perjuicios a terceros, en nada enerva la legitimidad del reproche disciplinario, pues es razón de ser del notariado de tipo latino el desarrollar su labor en forma tal de evitar que tales daños se produzcan, afianzando así la seguridad del tráfico inmobiliario".

Del mismo modo, tampoco fue objeto de impugnación por parte del apelante, lo afirmado por la sumariante en el sentido de que: "También en esta oportunidad se le han señalado al notario incumplimiento a normas tributarias, lo que se ha convertido en un hábito en su ejercicio profesional, puesto que también se han detectado tales infracciones en las inspecciones de los protocolos de los años anteriores, lo que pone de manifiesta que el encartado dispone de los dineros retenidos a los requirentes para otros destinos, lo que constituye una falta grave".

Otro tanto sucede con lo referido en el decisorio sobre que: "También deben ser señalados los incumplimientos a las disposiciones de orden administrativo, lo que también es una falta reiteradamente cometida por el escribano. En esta oportunidad se le reprocha al notario la falta de agregación al protocolo, que se encuentra en el Área de Incautación y Depósito de Protocolos, de 52 certificados administrativos. Debe señalarse que con fecha 14/4/2008, a fs. 35/123, adjuntó a estos obrados fotocopias de numerosos certificados administrativos, los que al no contarse con la respectiva escritura, no pueden ser inspeccionados, ya que ni siquiera se sabe con certeza si corresponden al protocolo del año 2006. Por tal motivo, se intimó al escribano Schillaci para que procediera a solicitar en el Área correspondiente la agregación de los originales al protocolo. Dicha intimación se le notificó el 23/4/2008, sin que hasta la fecha el notario haya dado cumplimiento a la misma".

Ninguna objeción formuló el apelante a lo afirmado en la resolución recurrida respecto a que: "También se han detectado en la inspección del protocolo que diera lugar a estos obrados, incumplimientos que ponen de relieve la desidia con que el escribano lo tramita. A ello nos referimos cuando se ha detectado alteración en la foliatura del mismo, o la existencia de una escritura en la que en la parte final se encuentra insertado el texto del "concuerda", lo que hace suponer que el notario ha omitido leerla a las partes, como también la falta de las debidas constancias notariales cuando se trata de firmantes a ruego...".

Por último, no fue rebatido por el recurrente "Que a los efectos de la graduación de la sanción deben merituarse los antecedentes profesionales del sumariado que resultan de su legajo profesional, los que tampoco le son favorables, por cuanto, a la fecha el notario se encuentra cumpliendo la sanción de 80 días de suspensión impuesta en varios expedientes promovidos por denuncias de requirentes. Asimismo, surge de dicho legajo que ha sido pasible de las sanciones de 5 y 30 días de suspensión impuestas en sumarios iniciados con motivo de las inspecciones de los protocolos de los años 2004 y 2005, respectivamente".

3. La expresión de agravios no es una fórmula carente de sentido, sino un análisis serio, razonado y crítico de la decisión, punto por punto, y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho. Deben precisarse así todos los errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones.

Dado, como se ha visto en el punto precedente, que el apelante no se ha hecho cargo de ninguno de los fundamentos en que se basó el Consejo Directivo

del Colegio de Escribanos para sancionarlo disciplinariamente, corresponde que se declare desierto el recurso de apelación deducido por aquél.

4. El único cuestionamiento que ha expresado el recurrente contra la resolución recurrida, es que no se haya considerado que se encontraba vigente una suspensión por 80 días con incautación de protocolo, lo cual le impidió que pudiera cumplir con las observaciones que se le formularon durante la inspección.

Tres son, cuanto menos, las razones que hacen caer en el vacío esta impugnación. La primera, que la comprobación de las irregularidades datan de mayo de 2007, mientras que la suspensión se efectivizó el 7 de abril de 2008. La segunda, que frente al hecho de la suspensión en el ejercicio de la función notarial, el escribano no procedió del modo que se lo imponía la circular nº 3090 del 2002, respecto de la inscripción de las escrituras por él autorizadas. La última, que la suspensión no era impedimento para que, aun tardíamente, el notario diera cumplimiento con las obligaciones fiscales pendientes.

Por ello, y por aplicación de lo dispuesto por el art. 237 del CCAyT,

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Declarar* desierto el recurso de apelación deducido por el escribano sumariado a fs. 184 y vuelta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al Colegio de Escribanos, con atenta nota de remisión.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

VIII

"CIRULLI, MARÍA ELISA. ESCRIBANOS: CIRULLI, MARÍA ELISA. LANZA TANCO, BALBINA DORA S/DENUNCIA SOBRE ÉTICA NOTARIAL"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES

SUMARIO:

1. Si bien el Tribunal hizo lugar al recurso de apelación deducido por la escribana y revocó la decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos por medio de la cual se la sancionaba con un apercibimiento, dado que en la apelación articulada no existió técnicamente parte que revista el carácter de perdidosa o vencida, del mismo modo que ello tampoco ocurre a tenor de una sentencia absolutoria en sede penal, las costas de esta instancia deban ser soportadas en el orden causado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6010/08 - 29/9/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La letrada patrocinante de la escribana María Elisa Cirulli, abogada María Luján Castro, solicita al Tribunal que se expida acerca de las costas de autos y regule los honorarios por su actuación profesional (fs. 91).

2. A fs. 92 se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, y la jueza Ana María Conde dijeron:

1. El Código Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (aplicable supletoriamente por vía del art. 141, inc. h, de la ley 404), sienta como principio general que: "La parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria..." (arts. 62 y 63). El fundamento de esta condena reside —como es sabido— en el hecho objetivo de la derrota.

Se considera parte vencida a la que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso.

Si bien el Tribunal hizo lugar al recurso de apelación deducido por la escribana María Elisa Cirulli a fs. 43/48 y, en su mérito, revocó la decisión del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos por medio de la cual se había sancionado disciplinariamente a la notaria con un apercibimiento (conf. resolución de fs. 76/87), lo cierto es que en la apelación articulada no ha existido técnicamente parte que revista el carácter de perdidosa o vencida, del mismo modo que ello tampoco ocurre a tenor de una sentencia absolutoria en sede penal. Dicha circunstancia determina que las costas de esta instancia deban ser soportadas en el orden causado.

2. En atención a que con el dictado de la sentencia de fs. 76/87 quedó agotado el objeto de autos, corresponde que se regulen los honorarios de la abogada peticionante por la labor profesional que llevó a cabo ante este Estrado (conf. fs. 43/48), los cuales deben ser fijados conforme a la ley nacional de honorarios 21.839, y de acuerdo a las pautas cualitativas fijadas por el art. 6º, habida cuenta que el presente —por tratarse de un proceso disciplinario— carece de monto económico determinado (este Tribunal, expte. nº 2088/03 y sus acumulados, resolución del 26/11/2004; expte. nº 4039/05 y su acumulado, resolución del 1º/12/2006).

Por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, el resultado favorable obtenido, y la trascendencia moral de la cuestión —reproche ético que dañaba la honra personal de la notaria recurrente—, cabe fijar los hono-

rarios de la abogada María Luján Castro en $ 1.000 (pesos mil) por su actuación como letrada patrocinante de la escribana María Elisa Cirulli en la presentación de fs. 43/48, a cuya suma se deberá adicionar el importe del IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

Por ello,

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Imponer* en el orden causado las costas por el recurso de apelación de fs. 43/48 y vta., resuelto por el Tribunal a fs. 76/87.

2º. *Regular* los honorarios de la abogada María Luján Castro, por su actuación como letrada patrocinante de la recurrente, escribana María Elisa Cirulli, en la suma de $ 1.000 (pesos mil) más el IVA, si correspondiere.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones como se ordena a fs. 87, pto. 2.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*

IX

"COLEGIO DE ESCRIBANOS. ESCRIBANO OTAEGUI, JORGE RAÚL S/PROPUESTA DE REEMPLAZANTE ART. 14 LEY 404"

ESCRIBANO: Inhabilitación para ejercer la función.

Expte. nº 6233/08 - 4/12/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos resolvió elevar las actuaciones a este Tribunal de Superintendencia del Notariado (art. 172, ley 404; acordada nº 8 del 9/8/2000) "a los fines de que pueda analizar la eventual pertinencia de la inhabilitación del escribano Jorge Raúl Otaegui, en los términos del art. 16 inc. a) de la Ley Orgánica Notarial nº 404" (fs. 19/21, punto 2º).

2. A fs. 25 se pasaron los autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

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

1. A fs. 1 y vta. se presentó ante el Colegio de Escribanos el abogado Julio César Otaegui informando que su hermano, el escribano Jorge Raúl Otaegui —titular del Registro Notarial Nº 118 de esta ciudad— había sido internado en el CEMIC, y que debía continuar bajo tratamiento por un período indefinido. Por tal motivo, y dado que dicho notario no contaba con adscriptos en su registro, solicitó que se designe como escribano subrogante a Agusto A. Martínez Martínez (debió decir Martínez Martí).

En atención a lo que surgía del certificado médico expedido por el doctor Mando —médico del CEMIC— e informe de la auditoría médica de la Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social (fs. 2 y 3, respectivamente), el Colegio estimó como ajustado a derecho la petición formulada por Julio C. Otaegui, en los términos y dentro de los límites del art. 14 de la ley 404 (fs. 4/5).

En tales condiciones, este Tribunal designó al escribano Martínez Martí como interino a cargo del Registro Notarial 118, en reemplazo de su titular, el escribano Jorge Raúl Otaegui, por un lapso de seis (6) meses a partir del 12/5/2008 (fs. 6).

2. A fs. 11 se presenta, nuevamente, el abogado Otaegui informando que su hermano "*está en tratamiento de rehabilitación en la Clínica ALCLA ...*", conforme el certificado médico acompañado, de fecha 22/10/2008, el cual daba cuenta que Jorge Raúl Otaegui se hallaba internado en dicha institución desde el 21/8/2008 con "polineuropatía del paciente crítico, con antecedentes de HTA hiperplasia prostática benigna, deterioro cognitivo, ACV sin secuelas, CRM 3 puntos, TEC con hematoma subdural parietal derecho...". Por lo tanto, pidió que "se prorrogue la licencia así como la designación como subrogante del señor escribano Augusto A. Martínez Martí...".

3. Frente a ello, y toda vez que —el 12 de noviembre— había vencido "el plazo de la licencia concedida por el Tribunal" a fs. 6, la institución notarial solicitó a la Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social que anoticie sobre el estado de salud que reviste, en la actualidad, el escribano Otaegui (fs. 14), lo que así hizo a fs. 15

4. A pesar de lo expresamente solicitado por el abogado Otaegui, el Colegio de Escribanos, en cumplimiento de las atribuciones y deberes que le confieren los arts. 124 y concordantes de la ley 404, y el art. 12 del Reglamento de Actuaciones Sumariales, encuadró el supuesto del escribano Otaegui en la situación prevista en el art. 16, inc. a), de la ley citada, disponiendo —como medida preliminar conservatoria— la incautación de los protocolos, libros de requerimientos y demás documentación notarial correspondiente al Registro Notarial Nº 118, lo cual se efectivizó el 24 de noviembre pasado (fs. 22/23). Ello así, habida cuenta de lo

que surgía del informe de la Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social, requerido a fs. 14.

5. La ley 404, reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su art. 16 dispone que: "No pueden ejercer funciones notariales o estarán privados temporariamente o definitivamente de ellas: Quienes tuvieran una restricción o alteración de capacidad física o mental que, a criterio del Tribunal de Superintendencia, impida el desarrollo pleno de la actividad que requiere el ejercicio de la función" (inc. a).

6. Pues bien, del informe presentado —el 18 de noviembre— por la señora Gerente de la Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social, doctora Liliana M. De Carlini, acerca del estado de salud del escribano Otaegui, resulta que "...el paciente presenta un cuadro neurológico grave, con daño importante a nivel del Sistema Nervioso Central de tipo irreversible y con mal pronóstico, según el informe del auditor de terreno, quien consultó a los profesionales médicos tratantes". También se destaca que el escribano presenta "fallo multiorgánico, se alimenta en forma enteral y requiere oxígeno las 24 hs. del día" *(*fs. 15).

7. Los antecedentes reseñados resultan, *prima facie,* suficientes para concluir que el fedatario en cuestión, en la actualidad, se encuentra alcanzado por el supuesto previsto por el art. 16, inc. a), de la ley 404.

Por ello, y sin perjuicio de las defensas que oportunamente pudiera oponer el notario

El Tribunal de Superintendencia del Notariado

RESUELVE:

1º. *Tener* —respecto del escribano Jorge Raúl Otaegui, matrícula nº 1610, titular del Registro Notarial Nº 118 de esta ciudad— por acreditado *prima facie* el supuesto previsto por el art. 16, inc. a), de la ley 404.

2º. *Mandar* que se registre y se devuelvan estas actuaciones al Colegio de Escribanos, a sus efectos, sirviendo el presente de atenta nota de envío.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano.*