CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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

XI

2009/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. XI – 2009/B)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-008-4

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

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-008-4
9 789877 940084

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Presidente

Dra. Conde, Ana María

Vicepresidente

Dr. Lozano, Luis F.

Jueces

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

Dr. Maier, Julio B. J.
(jubilado a partir del 1º de octubre de 2009)

Dr. Casás, José O.

Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios

Dr. Said, José L.

Secretario Judicial Interino en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

Secretario Judicial en Asuntos Generales

Dr. Perrone, José M.

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

Dr. Said, José L.

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

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

XI

2009/B

ÍNDICE

FALLOS

CXI *"Maccagnoni, Juan Carlos s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Maccagnoni, Juan Carlos c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)"* 945

Expte. nº 6160/08 - 6/5/2009 945

CXII *"Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 – s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Navarro, Diego Alejandro s/infracción art. 111 del CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"*. 956

Expte. nº 6211/08 - 6/5/2009 956

CXIII *"Acebedo, Horacio Néstor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 958

Expte. n° 6218/08 - 13/5/2009 959

CXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asesoría Tutelar CAyT N° 1 – barrio Inta c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 970

Expte. n° 6366/08 - 13/5/2009 971

CXV *"Víctor Chandler Internacional Argentina S.A. (VCIA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'www.vc apuestas.com.ar, www.vc casinos.com.ar s/infr. art. 116, organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia, CC'"* 978

Expte. n° 6118/08 - 13/5/2009 978

CXVI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad*

denegado en: 'García, Juan Fernando s/inf. art. 89, vender alcohol en horario nocturno (de 23 a 8 hs), CC'" 984

Expte. nº 6169/08 - 13/5/2009 985

CXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Edesur S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)'"*. 988

Expte. n° 6164/09 - 18/5/2009 990

CXVIII *"GYFSA S.A. de Ingeniería y Construcciones c/Comisión Municipal de la Vivienda s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1020

Expte. nº 6139/08 - 18/5/2009 1021

CXIX *"Telefónica Móviles Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal de Belgrano C San Benito y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1023

Expte. n° 6178/08 - 18/5/2009 1024

CXX *"Calomite, Alberto c/Caja de Seguridad Social y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1036

Expte. n° 6135/08 - 18/5/2009 1037

CXXI *"Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores S.A. c/GCBA s/concesión de servicios públicos'"*. 1039

Expte. nº 6201/08 - 18/5/2009 1040

CXXII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con Competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Music, Marcelo Nicolás s/inf. art. 6.1.9 —placas de dominio— ley 451'"*. 1047

Expte. nº 6111/08 - 18/5/2009 1048

CXXIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Belmont, Martín Federico s/infr. art. 111 del CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'"*. 1054

Expte. nº 6236/08 - 18/5/2009 1055

CXXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moñita, Pedro Pablo Gonzalo y otro c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'"*. 1064

Expte. nº 6197/08 - 20/5/2009 1065

CXXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'"*. 1072

Expte. n° 6260/08 - 27/5/2009 1073

CXXVI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Castell, Marcial Osvaldo s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC'"*. 1083

Expte. n° 6291/08 - 27/5/2009 1085

CXXVII *"Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'"* 1093

Expte. n° 3726/04 - 27/5/2009 1094

CXXVIII *"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.'"*. 1099

Expte. n° 6054/08 - 27/5/2009 1100

CXXIX *"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.'"* 1105

Expte. n° 6080/08 - 27/5/2009 1105

CXXX *"Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1110

Expte. n° 6370/08 - 27/5/2009 1111

CXXXI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ceriani, Nélida Matilde c/GCBA s/revisión cesantías o exoneración de empl. púb.'"* 1118

Expte. n° 6099/08 - 27/5/2009 1119

CXXXII *"Sapoznikow, Jacobo David s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sapoznikow, Jacobo David c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 1123

Expte. n° 6008/08 - 27/5/2009 1123

CXXXIII *"Servicios Empresarios Diplomat S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Servicios Empresarios Diplomat S.R.L. c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 1126

Expte. nº 6189/08 - 27/5/2009 1127

CXXXIV *"Martinelli, Cristian René s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Bortolus, David Ernesto y otros c/GCBA s/amparo por mora'"* 1130

Expte. n° 6530/09 - 27/5/2009 1130

CXXXV *"Deheza SAICF e I s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Deheza SACIF c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 1134

Expte. nº 6194/08 - 3/6/2009 1136

CXXXVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Zoccoli, Ezequiel c/GCBA s/daños y perjuicios'"* 1156

Expte. nº 6196/08 - 3/6/2009 1157

CXXXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Docentes Ademys c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'"* 1165

Expte. n° 6398/09 - 10/6/2009 1166

CXXXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Frediani, Jorge Cayetano c/Agencia Gubernamental de Control y otros s/recusación (art. 16, CCAyT)'"*. 1171

Expte. n° 6419/09 - 10/6/2009 1174

CXXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santesso, Adriana c/GCBA y otro s/amparo'"*. 1180

Expte. nº 6430/09 - 10/6/2009 1182

CXL *"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.'"* 1199

Expte. n° 6216/08 - 10/6/2009 1200

CXLI *"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.'"* 1206

Expte. n° 6081/08 - 3/6/2009 1206

CXLII *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 1211

Expte. n° 6096/08 - 3/6/2009 1211

CXLIII *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 1215

Expte. n° 6053/08 - 10/6/2009 1215

CXLIV *"Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 121

Expte. nº 6177/08 - 17/6/2009 1221

CXLV *"Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 1232

Expte. n° 6259/08 - 17/6/2009 1233

CXLVI *"Garaventa, Liliana Dora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Garaventa, Liliana Dora c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/despido'"* 1242

Expte. n° 4180/05 - 17/6/2009 1243

CXLVII *"Sastre, Graciela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Sastre, Graciela s/ejecución fiscal'"* 1257

Expte. n° 6204/08 - 16/6/2009 1259

CXLVIII *"Giménez, Fernando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Giménez, Fernando en Giménez, Fernando c/GCBA y otros s/cobro de pesos'"*. 1284

Expte. nº 6249/08 - 22/6/2009 1285

CXLIX *"García Prieto, Horacio y otros s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Nextel Communications Argentina S.A. s/ejecución fiscal ing. brutos —Convenio Multilateral'"* 1294

Expte. nº 6221/08 - 22/6/2009 1294

CL *"Ambrosi, Leonardo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1297

Expte. nº 5859/08 - 24/6/2009 1298

CLI *"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'"*. 1303

Expte. nº 6258/08 - 10/6/2009 1303

CLII *"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'"* 1315

Expte. nº 6369/08 - 17/6/2009 1318

CLIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos: 'Simpe, Renzo Nicolás Alberto s/infr. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil - C.P. (p/l2303)'"* 1330

Expte. n° 6166/08 -10/6/2009 1331

CLIV *"Línea de Microómnibus 47, S.A. s/infr. art. 6.1.63, violación de semáforo sin poder identificar al conductor - l 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1335

Expte. nº 6313/08 - 10/6/2009 1337

CLV *"Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina S.A. s/recurso extraordinario en: 'Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Bwin. com s/infracción art. 116, organizar y explotar juego, CC —apelación—'" y su acumulado expte. nº 6017/08 "Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin. com s/infracción art. 116, organizar y explotar juego, CC-apelación'"* 1340

Expte. nº 6004/08 - 17/6/2009 1341

CLVI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de salidas transitorias en autos: Quiroga, Alfredo Norberto s/infr. art. 189 bis C.P.'"* 1347

Expte. nº 6362/08 - 22/6/2009 1348

CLVII *"Ministerio Público – Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alegre de Alvarenga, Ramona s/infr. art. 189 bis C.P.'"* 1349

Expte. nº 6182/08 - 22/6/2009 1350

CLVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Salazar Torres, Paul Giancarlo s/inf. art. 189 bis C.P.'"* 1359

Expte. n° 6389/09 - 24/6/2009 1360

CLIX *"Ministerio Público – Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires"* 1364

Expte. nº 6153/08 - 30/6/2009 1364

CLX *"Quevedo de Bonfante, Irma s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Quevedo de Bonfante, Irma c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 1365

Expte. nº 6181/08 - 1º/7/2009 1365

CLXI *"Carrizo, Margarita Sofía y otros c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1374

Expte. n° 6142/08 - 1º/7/2009 1378

CLXII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Comsat Argentina S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'"* 1397

Expte. n° 6191/08 - 1º/7/2009 1400

CLXIII *"Rosales, Dalmacio Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rosales, Dalmacio Oscar c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 1415

Expte. n° 6248/08 - 1º/7/2009 1416

CLXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Docentes Ademys c/GCBA s/otros procesos incidentales'"* 1423

Expte. n° 6474/09 - 3/7/2009 1426

CLXV *"Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* . . 1444

Expte. nº 6298/08 - 3/7/2009 1446

CLXVI *"GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/GCBA s/ejecuciones especiales'"*. 1457

Expte. nº 6098/08 - 29/7/2009 1460

CLXVII *"Medina, Raúl Dionisio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1476

Expte. n° 6495/09 - 29/7/2009 1477

CLXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mato Pose, Felicitas c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAyT)'"*. 1484

Expte. n° 6149/08 - 30/7/2009 1486

CLXIX *"Santoro, Walter Nelson s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Santoro, Walter Nelson s/ej. fisc. - avalúo'"* 1498

Expte. nº 6277/08 - 30/7/2009 1499

CLXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Roisenzvit, Carmen Adela y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 1508

Expte. n° 6367/08 - 30/7/2009 1509

CLXXI *"Mbaye, Ibrahima y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098 (habeas corpus)'"* 1517

Expte. n° 6448/09 - 1º/7/2009 1520

CLXXII *"Wasserman, Armando Andrés s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin. com s/infr. art. 116, organizar y explotar juego CC'"* 1534

Expte. n° 6383/09 - 1º/7/2009 1534

CLXXIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto; Tapia, Luisa Karina s/infr. art. 116 CC —organizar y explotar juego'"* 1538

Expte. n° 6402/09 - 1º/7/2009 1538

CLXXIV *"Arcos Dorados S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Arcos Dorados S.A. s/infr. art. 6.1.8 —póliza de seguro— ley 451'"*. 1545

Expte. nº 6442/09 - 1º/7/2009 1546

CLXXV *"Taboada Ortiz, Víctor s/inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil —C.P.— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6462/09 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Taboada Ortiz, Víctor Fernando s/infr. art. 189 bis C.P.'"* 1547

Expte. n° 6457/09 - 29/7/2009 1550

CLXXVI *"Buchot, Yannis Gerard Remy c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"* 1567

Expte. nº 6635/09 - 29/7/2009 1568

CLXXVII *"Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1574

Expte. n° 6490/09 - 29/7/2009 1576

CLXXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad del Estado Casa de la Moneda c/GCBA s/acción meramente declarativa'"* 1589

Expte. n° 6210/08 - 12/8/2009 1590

CLXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cupiraggi, Marco Antonio c/GCBA s/otros procesos incidentales en: Cupiraggi, Marco Antonio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1597

Expte. nº 6497/09 - 12/8/2009 1599

CLXXX *"Maccagnoni, Juan Carlos s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Maccagnoni, Juan Carlos c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1612

Expte. nº 6160/08 - 19/8/2009 1612

CLXXXI *"Otaegui, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Otaegui, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1617

Expte. n° 6479/09 - 19/8/2009 1619

CLXXXII *"Cohen Álvarez, Edgardo A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Cohen Álvarez, Edgardo A. s/ejecución fiscal'"* 1626

Expte. n° 6175/08 - 20/8/2009 1629

CLXXXIII *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ventureira, Carlos Alberto y otros c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'"* 1646

Expte. nº 6406/09 - 20/8/2009 1646

CLXXXIV *"Frigorífico La Pampa S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1651

Expte. n° 6229/08 - 20/8/2009 1652

CLXXXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Posada, Enrique Antonio c/GCBA s/otros procesos incidentales' en Posada, Enrique Antonio c/GCBA s/amparo"* . . 1661

Expte. n° 6489/09 - 21/8/2009 1663

CLXXXVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mazocchi, Iris Norma y otros c/GCBA s/cobro de pesos'"* 1677

Expte. nº 6404/09 - 26/8/2009 1678

CLXXXVII *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Buricca, Nora Fabiana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1688

Expte. nº 6578/09 - 20/8/2009 1690

CLXXXVIII *"Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martitegui, Edgardo Aníbal c/GCBA s/daños y perjuicios'"*. 1700

Expte. n° 4861/06 - 21/8/2009 1702

CLXXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Transporte Serrano S.R.L. s/ej. fisc. ing. brutos Convenio Multilateral'"*. 1725

Expte. nº 6424/09 - 20/8/2009 1726

CXC *"Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1732

Expte. nº 6368/08 - 26/8/2009 1736

CXCI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucía, Juan Pedro s/infr. art. 111, conducir*

en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC'" 1763

Expte. n° 6292/08 - 13/8/2009 1763

CXCII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lim, Kyong Yung s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC'"*. 1767

Expte. nº 6418/09 - 19/8/2009 1768

CXCIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Castell, Marcial Osvaldo s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC'"* 1773

Expte. n° 6291/08 - 24/8/2009 1773

CXCIV *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Díaz, Jonathan Nicolás s/inf. art. 189 bis C.P., portación de arma de fuego de uso civil —C.P.'"*. . . 1777

Expte. n° 6440/09 - 27/8/2009 1777

CXCV *"Ministerio Público —Fiscalía ante la cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'incidente de incompetencia en autos NN s/inf. art. 00 —presunta comisión de un delito'"* 1781

Expte. n° 6397/09 - 27/8/2009 1784

CXCVI *"Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1795

Expte. n° 5942/08 - 20/8/2009 1800

CXCVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Straschncy, Paula Andrea c/GCBA s/otros procesos incidentales en: 'Straschncy, Paula Andrea c/GCBA s/amparo'"* 1831

Expte. n° 6541/09 - 1º/9/2009 1833

CXCVIII *"Álvarez, Elena Nancy s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Álvarez, Elena Nancy c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1842

Expte. n° 6411/09 - 1º/9/2009 1843

CXCIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moreiras, Leticia Mabel c/GCBA s/otros procesos incidentales en Moreiras, Leticia Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1845

Expte. n° 6531/09 - 1º/9/2009 1846

CC *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Graciano, Angélica Inés c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en Graciano, Angélica Inés c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1855

Expte. n° 6587/09 - 1º/9/2009 1857

CCI *"Telefónica Móviles Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal de Belgrano C San Benito y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1870

Expte. n° 6178/08 - 1º/9/2009 1871

CCII *"Medina, Raúl Dionisio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1875

Expte. n° 6495/09 - 1º/9/2009 1876

CCIII *"Servicios Empresarios Diplomat S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Servicios Empresarios Diplomat S.R.L. c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"*. 1881

Expte. nº 6189/08 - 7/9/2009 1881

CXI

"MACCAGNONI, JUAN CARLOS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MACCAGNONI, JUAN CARLOS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Amparo. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando de los argumentos que plantea no se deduce que la decisión de los jueces de mérito haya sido arbitraria o que de ella se desprenda la frustración o avasallamiento de algún derecho del actor, quien no logra demostrar que la denegación de la vía del amparo le cause un agravio capaz de habilitar la competencia extraordinaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. No puede prosperar el recurso de queja en el que no se efectúa una crítica concreta y pormenorizada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y cuyo cuestionamiento se limita a la expresión de una discrepancia en cuestiones de hecho y prueba. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Se debe desestimar el recurso de queja si los argumentos brindados no logran evidenciar que haya mediado un apartamiento inequívoco de las constancias del expediente, o una absoluta carencia de fundamentación que impida considerar el fallo impugnado como la sentencia fundada en ley a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6160/08 - 6/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Juan Carlos Maccagnoni interpuso una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA)

dirigida a que se declarase la nulidad de la resol. 317-MPyOPGC-06 que dispuso la caducidad de la licencia de taxímetro nº 2769 de la que era titular, y la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815 (fs. 1/11, expte. principal).

El actor expresó que el día 25/1/2005, el conductor de su rodado mientras transitaba por Avda. Santa Fe fue detenido por personal de SACTA quien labró un acta de infracción por no encontrarse el chofer habilitado, sin atender a las explicaciones sobre el uso particular del vehículo que brindara quien lo conducía. Sobre tal base, el GCBA dispuso la caducidad de la licencia de acuerdo con el art. 41 bis de la ordenanza 41.815. El accionante consideró excesivo el obrar administrativo e injustificada la sanción. Sostuvo que no se tuvo en consideración la impugnación de las actas que él realizara y que al momento de labrarse el acta el vehículo carecía de reloj, pues se encontraba en reparación.

En cuanto a la ordenanza 41.815, el actor sostuvo que es contraria a determinados principios constitucionales; y que la ley 787 modificó el texto del art. 41 bis de esa ordenanza estableciendo una graduación de penas para las distintas situaciones.

El demandante sostuvo que fueron afectados sus derechos constitucionales de propiedad, a trabajar, y los principios de razonabilidad y de igualdad ante la ley.

2. El GCBA produjo el informe establecido por el art. 8° de la ley 16.986 (fs. 100/109). En lo sustancial, señaló que el vehículo era conducido por una persona con tarjeta habilitante vencida hacía más de 120 días. Consideró que la conducta del actor fue dolosa y en fraude a las normas del régimen de funcionamiento y control del servicio público de automóviles de alquiler. Expresó las razones que justifican la sanción impuesta —el actor registraba antecedentes por diversas sanciones— y rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815.

3. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda, sin costas (fs. 263/266). La jueza interviniente consideró que "la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta aludida por los textos constitucionales al regular la acción de amparo (arts. 43, C.N. y 14, CCBA) requiere que la lesión de los derechos o garantías resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba". Con la finalidad de considerar ese recaudo, recordó "el marco de aplicación del art. 41 bis de la ordenanza 41.815 —texto según ley 787—" e hizo mención, a diversas normas de las que concluyó que "el citado art. 41 bis de la ordenanza 41.815 —infracción gravísima— comprende al conductor que presta el servicio sin estar habilitado y al que lo hace con documentación vencida por más de ciento veinte días". En cuanto a la situación del actor, la jueza sostuvo: "De las constancias obrantes en autos se desprende que la ponderación de la falta no ha sido irrazonable, en función de los hechos imputados. Adviértase, en este sentido, que se encuentra probado que conducía el taxi una persona que si bien había sido conductor habilitado y todavía conservaba

una tarjeta vencida por menos de 120 días, lo cierto es que conforme surge de propios dichos de la parte actora, así como del informe obrante a fs. 155, había caducado el 27/2/2004. Ello lo coloca en la categoría de conductor no habilitado conforme el art. 41 bis de la ordenanza 41.815 (modificado por el art. 3º de la ley 787) y pasible de la sanción aplicada —caducidad de la licencia— máxime cuando el 'rodado circulaba a baja velocidad y con bandera encendida' (véase dorso de acta de comprobación de fs. 138). En ese contexto, el ejercicio de la potestad sancionatoria no se manifiesta como ilegítimo o arbitrario, no configurándose una lesión o restricción manifiestamente ilegítima y arbitraria de derechos o garantías constitucionales o legales como exige la ley". Agregó que la caducidad de la licencia en caso de infracciones gravísimas "no se revela per se irrazonable; por el contrario, responde a la finalidad de protección de la ciudadanía comprometida en la regularidad de la prestación del servicio de taxis. El derecho a prestar el servicio de taxis no impide la subsistencia de las facultades administrativas indispensables para la adecuada prestación de los servicios públicos, y en el ejercicio de las mismas ningún reproche merece la autoridad competente cuando aplica las medidas que el legislador, en ejercicio de sus competencias constitucionales, previó para el caso". La sentencia tuvo en cuenta, además "que el vehículo en cuestión, ha sido objeto de varias actas de infracción (véase fs. 138/141) y ya había sido sancionado con anterioridad (fs. 203)".

En cuanto al cuestionamiento constitucional de la ley 787, la jueza consideró que "se basa esencialmente en la proporcionalidad de la sanción" y que "el criterio seguido [por la ley] —aun cuando se pudiera alegar que es opinable— no es inconstitucional".

4. El actor apeló la sentencia (fs. 281/285). Sostuvo que se omitió considerar que estaba probado que el vehículo, al momento de labrarse el acta de infracción "no prestaba servicio de taxi, pues carecía de reloj (...) la situación fáctica no podía ser encuadrada como 'prestación del servicio de taxi' y (...) por ende, la sanción carecía de causa". Sobre tal base, planteó la arbitrariedad de la sentencia por no haber valorado la prueba, esencial y decisiva para la solución del caso, referida a la ausencia de reloj en el rodado. Señaló que el reloj provee energía eléctrica a la bandera "libre", razón por la cual si aquel falta ésta no se enciende. Agregó que intentó probar esta circunstancia en sede administrativa pero no le fue admitido, y tampoco en este amparo.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815, consideró que la sentencia no interpretó cabalmente sus argumentos, pues por remisión a un precedente de otro juzgado de primera instancia del fuero, que trató una situación fáctica distinta, desestimó su planteo. Tras remitirse a lo señalado en sus escritos de inicio y de contestación del informe del art. 8º, el actor señaló que la sanción de caducidad, en el sistema de la ley, está prevista para conductas delictivas dolosas, y que en tanto el art. 41 bis permite

su aplicación a una conducta negligente del prestador del servicio se afecta el principio de igualdad "pues ante un supuesto que no es igual (uno es delito, el otro, no) la ley imputa la misma sanción".

La Sala I de la Cámara CAyT, sin correr traslado del recurso al GCBA, resolvió: "Rechazar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, rechazando el amparo. Sin costas, en atención a la naturaleza de la acción y haber resultado vencido el amparista (art. 14, CCBA), y la ausencia de contradicción" (fs. 294/295 vta.).

En primer término, la Sala consideró que "la impugnación constitucional carece de la entidad suficiente como para invalidar el art. 41 bis de la ordenanza nº 41.815" ya que "el planteo no posee argumentos formalmente adecuados para llegar al fin perseguido". La Sala consideró que "el recurrente se limita a remitirse a sus presentaciones anteriores e invocar normas de manera genérica y superficial, sin llegar a efectuar un planteo sólido que demuestre la veracidad de la solución que pretende. La cuestión que nos ocupa, tiene como finalidad la seguridad del servicio público de taxímetros y la norma impugnada no se vislumbra arbitraria o irrazonable —considerando la importancia de dicho bien jurídico protegido—".

Seguidamente, el tribunal sostuvo que "la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta aludida por los textos constitucionales al regular la acción de amparo (arts. 43, C.N. y 14, CCBA) requiere que la lesión de los derechos o garantías resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba". Y concluyó que en tanto "el acto impugnado (resol. 317-MPyOPGC-06, obrante a fs. 21/22) se ha fundado expresamente en la mencionada normativa, sólo cabe concluir que la administración aplicó una de las sanciones previstas expresamente en las normas que rigen el caso, lo que descarta la manifiesta arbitrariedad que propugna el apelante".

En cuanto al agravio del actor referido a la falta adecuada de ponderación de las pruebas arrimadas a la causa, la sentencia sostuvo que "de las constancias obrantes en autos se desprende que la apreciación de la falta no ha sido irrazonable, en función de los hechos imputados. Adviértese, en este sentido, que se encuentra probado que conducía el taxi el chofer del actor, Juan Claudio Piñeiro (DNI 14.316.251) con su licencia vencida desde el 27/2/2004 (cuando el acta fue realizada el día 25/10/2005); las reiteradas infracciones en lo que concierne al control técnico del vehículo cuyas constancias obran a fs. 198. Por lo demás, si bien aduce que el reloj taxímetro 'Digitax Printer' Nº A7198 perteneciente a la licencia nº 2769 se encontraba en reparación desde el mes de junio de 2005 (véase constancia de fs. 199), por lo que la 'banderita' no podría funcionar, ello resulta contradictorio con la constatación efectuada en

autos, en cuanto que se encontraba con la 'banderita libre encendida' y 'a baja velocidad' (véase fs. 14 vta.), y también con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, en el sentido que necesita que el taxímetro se encuentre en funcionamiento dado que constituye su "única entrada para poder afrontar los gastos de mi medicación, puesto que la jubilación que poseo sólo me alcanza para afrontar sus gastos personales" (véase fs. 15). En suma, resulta dudoso que el taxímetro no se encontrare trabajando —posiblemente con un mecanismo sustituto—, y dado que el testimonio ofrecido por el socio gerente de la firma 'Sabino S.R.L.' (véase fs. 17), no cumple con los requisitos exigidos respecto a la prueba testimonial, establecidos por los arts. 332 y ss., especialmente el 345, del CCAyT y no fue emitido por un organismo público —en caso de considerarse dicho testimonio adecuado como prueba informativa—, cabe concluir que la validez del acta de comprobación no ha podido ser desvirtuada en autos, lo que sella la decisión sobre el particular".

El tribunal *a quo* concluyó en que "el ejercicio de la potestad sancionatoria no se manifiesta como ilegítimo o arbitrario. Así, en la especie no se configura una lesión o restricción manifiestamente ilegítima y arbitraria de derechos o garantías constitucionales o legales como exige la ley y, en consecuencia, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia".

5. Disconforme con la sentencia, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 298/311). Sostuvo que al apelar solicitó que la Cámara "ordenase al *a quo dictase un nuevo fallo,* tomando en cuenta *todas* las probanzas de autos y los términos del planteo constitucional allí formulado" (destacado en el original). No obstante lo cual el fallo de la alzada "confunde el agravio de falta de tratamiento de una cuestión planteada con una discrepancia con lo resuelto; y que, además, presume, infundadamente, la prestación del servicio de taxi mediante un 'mecanismo sustituto'...". Concluyó en que, de tal forma, se violó "la garantía constitucional del debido proceso, al errar en la interpretación del agravio planteado —y rechazarlo—; e incorporar prueba incriminatorias —en base a presunciones— que se contradice con otras probanzas y hechos no controvertidos por las partes".

Señaló, luego, que "se controvierte la interpretación de normas constitucionales, en especial el art. 18 C.N., que ha sido violado mediante un pronunciamiento que omite una valoración conjunta de las probanzas y presunciones de autos, emitiendo en consecuencia una sentencia arbitraria. En segundo lugar la eventual confusión en que ha incurrido la alzada sobre el alcance del agravio constitucional interpuesto, deja sin posibilidades ciertas a mi posición, de cuestionar la norma...". Admitió que el recurso "se relaciona *parcialmente* con temas de hecho y prueba" (lo destacado en el original), pero, sostuvo, ello no impide que el Tribunal lo examine "por grave motivación de la sentencia" .

En particular, el actor sostuvo:

a) El fallo viola el principio de congruencia pues considera que el vehículo circulaba con reloj (como se indica en el acta de infracción) o con un mecanismo sustituto, aunque las partes estuvieron de acuerdo en que el transporte no contaba con reloj.

b) No se valoraron las pruebas y presunciones de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

c) La presunción del uso de un mecanismo sustituto para prestar el servicio no se funda en hechos probados.

d) Las anomalías del procedimiento (en especial: no haber secuestrado el reloj taxímetro) debilita la presunción de veracidad del acta, a lo que debe sumarse el testimonio de Sabino S.R.L. que reconoce que el reloj se encontraba en su poder, y el informe de SACTA de que ese reloj se encuentra asignado a su rodado, para concluir en la inexistencia de prestación del servicio, y, por ende, en la falta de causa para la imposición de la sanción.

e) El agravio sobre la inconstitucionalidad de la norma fue incorrectamente interpretado por la Cámara, ya que lo planteado a la alzada fue la prescindencia absoluta por parte del juez de primera instancia de considerar los argumentos que su parte formulara. Agregó que "no era necesario reiterar el planteo de inconstitucionalidad formulado contra la norma (...) La resolución que se perseguía con el recurso no era la declaración de inconstitucionalidad de la norma por la alzada, sino la remisión de la causa al *a quo* para que fallase nuevamente, atendiendo a los elementos de la causa".

f) El régimen de penalidades de la ordenanza 41.815, en su redacción originaria, establecía un sistema progresivo de sanciones, desde el apercibimiento hasta la caducidad de la licencia, en el cual la pena dependía de la existencia o no de dolo o fraude. La incorporación del art. 41 bis (caducidad de la licencia en caso de prestación del servicio por medio de un chofer con tarjeta vencida por más de 120 días) por la ley 787 no guardó armonía con el sistema, ya que se trata de una conducta negligente, que no puede considerarse dolosa salvo prueba en contrario. La consideración *iure et de iure* de esa conducta como de tipo doloso violó los arts. 18, C.N., y 13, CCBA. La desproporción de la sanción fue inconstitucional (art. 13, inc. 3º, CCBA).

6. El GCBA contestó el traslado (fs. 316/26 vta.). Se opuso a la concesión del recurso por ausencia de fundamentación suficiente y de un caso constitucional. También descartó que la sentencia pueda considerarse arbitraria. Finalmente justificó la constitucionalidad de las normas aplicadas.

7. La Sala I resolvió: "No conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto...". El *a quo* consideró que "los agravios de la recurrente parecen sólo dirigirse a impugnar el decisorio de este tribunal con el fundamento de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia (fs. 298, pto. I; fs. 300 vta., pto. III.4. y pto. III.4.1, segundo y tercer párrafos; fs. 303, pto. IV.1.b) y c) y fs. 308, pto. IV.2.3.)", y que los presupuestos para la concesión del recurso por dicho motivo "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. En este sentido, ha señalado el Tribunal Superior de Justicia 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".

La Sala agregó que el recurrente manifestó "que la sentencia recurrida controvierte '...la interpretación de normas constitucionales, en especial el art. 18 C.N., que ha sido violado mediante un pronunciamiento que omite una valoración conjunta de las probanzas y presunciones de autos, emitiendo en consecuencia una sentencia arbitraria' (fs. 300 vta., pto. III.4.) y que, asimismo, '...se revela una desproporción en la escala punitiva, y por ende, torna al tipo de sanción que impone en inconstitucional por desproporcionada, violentando el art. 13, inc. 3º, CCBA)' (fs. 309 vta., pto. IV.2.5, quinto párrafo). Ello así, y tal como la propia amparista lo reconoce en su libelo recursivo (fs. 300 vta., pto. III.4.1.), las restantes críticas efectuadas manifiestan sólo una discrepancia de la recurrente con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos que son ajenos al ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad. (...) Consecuentemente, el recurrente no ha planteado un genuino caso constitucional, sino una mera discrepancia con la interpretación que esta Sala ha hecho respecto de las normas que regulan la cuestión traída a su conocimiento. No se encuentra controvertida la aplicación de normas constitucionales en forma precisa y directa, razones por las cuales se impone el rechazo del recurso impetrado".

8. Frente a la denegatoria, la parte actora interpuso ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 1/21 vta. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no plantearse un caso constitucional, ni configurarse un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 28/30).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La sentencia contra la que se dirige el recurso de inconstitucionalidad que la queja que ahora nos ocupa intenta defender, aun cuando explayándose más allá de lo estrictamente relacionado con la solución que adopta, con sustento en

que "...en la especie no se configura una lesión o restricción manifiestamente ilegítima y arbitraria de derechos o garantías constitucionales o legales...", dispuso, categóricamente, "...confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, rechazando el amparo" (fs. 295 del expediente principal).

El recurrente no cuestiona la sentencia del *a quo* en este punto y de los argumentos que plantea no se deduce que la decisión de los jueces de mérito con relación a la inexistencia de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta haya sido arbitraria o que de ella se desprenda la frustración de algún derecho del actor y, con ello, el avasallamiento de su derecho de defensa. En definitiva, el quejoso no logra demostrar que la denegación de la vía del amparo —cuestión, como principio, privativa de los jueces de mérito— le cause un agravio capaz de habilitar la competencia extraordinaria que ahora intenta excitar [conf. mis votos en los precedentes: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4970/06, sentencia del 5/6/2007, entre otros].

La forma en que se resuelve la cuestión relativa a la vía del amparo torna improcedente expedirse sobre el resto de los agravios que el recurrente intentó traer a conocimiento del Tribunal.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 1/21.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja que interpusiera el Sr. Juan Carlos Maccagnoni (fs. 1/21 del expte. nº 6160) debe ser rechazada.

2. Los jueces de la Sala I de la Cámara CAyT no concedieron el recurso de inconstitucionalidad. Sostuvieron que la sentencia no era arbitraria y que no existía caso constitucional debido a la índole de los agravios de fs. 298/311 que se limitan a la interpretación de reglas infraconstitucionales y a la valoración de circunstancias de hecho (fs. 328/329).

3. La quejosa intenta —sin éxito— conmover los fundamentos del auto denegatorio con sustento en afirmaciones como las que se transcriben: "...el juicio de admisibilidad efectuado (...) es sumamente endeble, puesto que se ha limitado a enunciar los planteos constitucionales formulados (....) pero no contiene una decisión razonada a su respecto..." (fs. 7 vta.) y agrega que, las cuestiones de hecho "...aparecen inescindiblemente ligad[a]s" (fs. 8) a la cuestión constitucional.

Dichas consideraciones son insuficientes y por su generalidad no alcanzan a poner en crisis la resolución de fs. 328/329. En efecto, para que la queja pudiere prosperar era imprescindible que la recurrente efectuara una crítica

concreta y pormenorizada del auto denegatorio, lo que no ocurre en el presente caso donde se limita a exponer su discrepancia en cuestiones de hecho y prueba con la valoración de la Sala I.

A partir de fs. 8 vta. en adelante (expte. nº 6160), la quejosa desarrolla lo que entiende como "cuestiones constitucionales". Sin embargo, se advierte que las razones en que apoya su presentación son infraconstitucionales pues versan sobre la hermenéutica del art. 41 bis de la ordenanza 41.815 y la ponderación de elementos probatorios del expediente. Aspectos que, en principio, resultarían ajenos a la vía intentada. Las referencias genéricas a normas constitucionales no permiten superar el obstáculo aludido. En igual sentido se expidió la Cámara en la resolución que no hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad.

4. Por ello, voto por rechazar la queja del Sr. Juan Carlos Maccagnoni (fs. 1/21).

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.

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene, el actor se agravia de la decisión de la Sala I, Cámara CAyT que confirmó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó el amparo entablado contra el GCBA para que se declare la nulidad de la resol. 317-MPyOPGC-06 que dispuso la caducidad de su licencia de taxi. La sanción administrativa referida se respaldó en las actas de comprobación que daban cuenta que, con fecha 25/10/2006, el vehículo afectado a la licencia otorgada a nombre del actor era conducido por la Av. Santa Fe "a baja velocidad y con bandera encendida" por una persona distinta al titular que exhibió una licencia vencida por más de ciento veinte (120) días.

Para decidir de este modo, el tribunal *a quo* consideró acreditada la conducta invocada por la Administración para decretar la caducidad resistida y, al mismo tiempo, descartó que la sanción aludida resultara arbitraria por desproporcionada, en atención a lo dispuesto por el art. 41 bis de la ordenanza 41.815 (texto según ley 787) —que prevé en forma expresa la sanción de caducidad para el tipo de infracción constatado en autos—. Cabe aclarar, asimismo, que la Cámara no ingresó al tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del citado art. 41 bis deducido por la interesada por considerarlo infundado.

3. Así las cosas, entiendo que la recurrente no ha logrado proponer ante el Tribunal un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, toda vez que sus planteos remiten, básicamente, al examen de circunstancias de hecho y prueba, así como a la interpretación de preceptos de jerarquía infraconstitucional que brindó la Cámara para confirmar la sentencia apelada.

En efecto, la discusión que el actor plantea bajo la invocación del principio de congruencia (y con ello, del derecho de defensa en juicio), sólo intenta revertir una ponderación de los hechos y las pruebas obrantes en la causa que, más allá de su acierto o error, cuenta con fundamentos suficientes. Los argumentos brindados en el recurso no logran evidenciar que, en el caso, haya mediado un apartamiento inequívoco de las constancias del expediente o una absoluta carencia de fundamentación que impida considerar al fallo recurrido como la sentencia fundada en ley a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. Al respecto, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros).

4. Finalmente, debe señalarse que el recurso no ha tomado en cuenta algo que ha sido correctamente señalado en las instancias anteriores: la arbitrariedad o ilegalidad que habilitan la vía del amparo debe ser *manifiesta* (art. 14, CCBA), calidad que no ha sido debidamente demostrada por el actor en sus presentaciones en este juicio.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida por la parte actora.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Comparto la solución que propicia en su opinión el señor juez del trámite y, como mis colegas preopinantes, estimo que la ausencia de cuestión constitucional resulta ostensible en el caso.

2. Los pretendidos agravios constitucionales invocados por el recurrente (lesión al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio) no han sido desarrollados de manera seria, fundada y plausible en el recurso de inconstitucionalidad, que reproduce la queja. En efecto, el debate propuesto por el quejoso se sustenta en motivos que suponen una nueva valoración de elementos probatorios obrantes en la causa y de criterios hermenéuticos referidos, además, a normativa *infraconstitucional* (la interpretación del art. 41 bis de la ordenanza 41.815), ofrecidos por la Cámara como fundamento de la sentencia impugnada.

3. El Sr. Maccagnoni procura introducir oblicuamente la cuestión constitucional mediante la invocación de la doctrina que, como lo he señalado con recurrencia, es uno de los motivos del atraso y la ineficacia de la CSJN a través

del tiempo y una de las razones principales por las que ese Tribunal se apropió de una cantidad innumerable de casos, para alcanzar el poder de interpretar derecho común o valorar prueba y criterios hermenéuticos de otros tribunales, esto es, para operar como tribunal de mérito, tareas éstas que le estaban razonablemente vedadas de acuerdo con nuestro sistema federal de organización judicial. Aplicado a la vía recursiva ahora intentada por el recurrente, aquello anteriormente expuesto, relativo a la llamada *arbitrariedad* de la sentencia, "agravio" en el que genuinamente *se agota* este nuevo recurso planteado, reitero mi rechazo de la *arbitrariedad* como motivo autónomo de procedencia del recurso de inconstitucionalidad o extraordinario local, puesto que tampoco lo acepto como motivo de procedencia del recurso extraordinario federal —menos aún, en la forma en que lo ha diseñado y sostenido la Corte Suprema a lo largo de un período que se mide ya por lustros y que, al menos parcialmente, permite entender planteos sustentados en tal doctrina de un modo tan implausible como lo desarrolla en este caso la parte que recurre.

En efecto, sobre las cuestiones que involucra la crítica de la sentencia (a saber: la supuesta omisión de encarar una valoración conjunta de las pruebas y presunciones, relevantes para la controversia, fs. 294/295, legajo principal, y fs. 6 vta./8, legajo de la queja), no se ha demostrado un déficit de fundamentación que permita descalificar el pronunciamiento cuestionado como acto jurisdiccional válido. En tales circunstancias, el Tribunal ha señalado acertada y sostenidamente que la interpretación de normas comunes locales, más allá del acierto o desacierto del tribunal de mérito, constituye una cuestión propia de esos tribunales y ajena a su jurisdicción en vía extraordinaria.

4. Finalmente, el recurso no ha tomado en cuenta una condición para la procedencia de la vía del amparo, cuya ausencia en este caso ha sido acertadamente señalada en las instancias anteriores: la ilegitimidad o arbitrariedad que habilitan la vía del amparo debe ser manifiesta, calidad que no ha sido demostrada por el actor en alguna de sus presentaciones en esta controversia.

Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de hecho interpuesto a fs. 1/21.

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 Juan Carlos Maccagnoni.

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

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

CXII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'NAVARRO, DIEGO ALEJANDRO S/INFRACCIÓN ART. 111 DEL CC —CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento.

Expte. nº 6211/08 - 6/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpuso recurso de queja (fs. 26/33) contra la decisión de la Sala II (fs. 23/25) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 14/19. Este remedio había sido presentado contra la resolución de esa misma Sala (fs. 10/12) que confirmó la decisión de primera instancia que, por un lado, había revocado la suspensión del proceso a prueba oportunamente dispuesta respecto de Diego Alejandro Navarro y, a la vez, había ordenado la remisión de la causa a la fiscalía para que continúe la investigación de los hechos (fs. 39).

2. El señor fiscal general adjunto, al responder la vista conferida, desistió del recurso interpuesto en razón de que, a su entender, la decisión atacada no era una sentencia definitiva ni equiparable a tal, ni tampoco se había planteado un caso constitucional (fs. 46/47).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

En virtud de lo estipulado en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 26/33.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

Más allá del criterio que sostengo en torno a la falta de legitimación del MPF para recurrir ante este Tribunal en causas contravencionales (conf. mis votos *in re* "Ministerio Público —fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángel Martín s/inf. art. 85, CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. n° 6065/08, resolución del 24/9/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Saavedra, Walter Ernesto s/infr. art. 81 del CC, oferta y demanda de sexo en espacio público'", expte. n° 6260, resolución del 12/2/2009*, y* sus citas), adhiero a la solución que propone el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, pues conduce a igual resultado al tornar innecesaria la intervención de este Tribunal.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde:

Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en virtud de los fundamentos expuestos por mi colega el doctor José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El Ministerio Público Fiscal carece de legitimación procesal para recurrir ante el Tribunal en función de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 12. Las garantías constitucionales invocadas como fundamento del recurso fiscal no pueden ser opuestas por su parte dado que no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados.

No obstante ello, visto el dictamen de fs. 46/47 en el que el señor fiscal general adjunto manifiesta de manera expresa su voluntad de desistir el recurso, adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja agregado a fs. 26/33.

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

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

CXIII

"ACEBEDO, HORACIO NÉSTOR C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Control abstracto de constitucionalidad. Cuestión federal. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. Cabe declarar inadmisible el recurso extraordinario federal, en atención a la vía elegida para demandar —art. 113, inc. 2º, CCBA, acción instituida para perseguir la inconstitucionalidad de una norma local de alcance general en abstracto y con efecto *erga omnes*—, pues resulta obvio que el recurso no satisface el requisito común o jurisdiccional de la necesidad de la existencia de un caso en el que el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo pueden ser consideradas causas contenciosas —en los términos del art. 2º de la ley 27— aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas y no los planteos en los que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. En la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Es inadmisible el recurso extraordinario federal si la afirmación de la existencia de cuestión federal por violación a la tutela judicial efectiva, con fundamento en el "exceso ritual manifiesto" en que habría incurrido el Tribunal al momento de resolver la inadmisibilidad formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad, no implica otra cosa que la discrepancia del recurrente en relación a la interpretación que hace el Tribunal acerca de la jurisdicción que la Constitución local le confiere. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Es inadmisible el recurso extraordinario federal cuando el planteo recursivo no se dirige contra una sentencia definitiva en los términos exigidos por la Corte Federal, circunstancia que se verifica cuando la sentencia no priva a los interesados de otros medios legales para reclamar la tutela de los derechos que invocan ni impiden el replanteo de la cuestión en otro juicio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No constituye sentencia definitiva aquella dictada en las acciones previstas en el art. 113, inc. 2º, CCBA, pues lo allí decidido no obsta al posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA no es, en sentido estricto, una vía jurisdiccional contenciosa, sino un mecanismo para la formación y el control del derecho local alternativo al control difuso de constitucionalidad, disponible para el recurrente a través de las vías procesales adecuadas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. No es posible recurrir, en los supuestos del art. 113, inc. 2º de la CCBA, al recurso extraordinario federal que sólo puede activarse cuando existen partes adversas y se persigue en concreto la determinación de sus derechos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. La acción de inconstitucionalidad concentrada o abstracta que prevé el art. 113, inc. 2º, CCBA, sólo contiene un control objetivo de constitucionalidad (comparación entre reglas de distinto rango), de modo que resulta desprendida de toda consideración sobre una situación jurídica individualizada que permita la articulación de un caso federal, en el sentido expresado por la ley 48, art. 14 y desarrollado por la Corte Suprema federal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. Obsta a la concesión del recurso extraordinario federal la ausencia de sentencia definitiva y de cuestión federal —requisitos propios indispensables para lograr el andamiento del remedio elegido—, pues los agravios planteados por el actor pretenden la revisión de la decisión del Tribunal que declaró inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad, por considerar ausentes diversos requisitos que hacen a su procedencia formal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6218/08 - 13/5/2009

VISTO:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Horacio Néstor Acebedo interpone recurso extraordinario federal (fs. 45/47), contra la sentencia de fs. 31/37 que declaró formalmente inadmisible la demanda de inconstitucionalidad. Plantea, fundamentalmente, la existencia de cuestión federal por haberse vulnerado su derecho a defensa en juicio y por arbitrariedad de la sentencia.

2. Del recurso se dio traslado a la Procuración General de la Ciudad y fue contestado a fs. 53/59.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 45/47 ha sido interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN), sin embargo no es admisible por ausencia de requisitos comunes y propios en los términos de la doctrina delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de innumerables fallos.

2. En efecto, en atención a la vía elegida para demandar —la prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, instituida para perseguir la inconstitucionalidad de una norma local de alcance general en *abstracto* y con efecto *erga omnes*— resulta obvio que el recurso no satisface el requisito común o jurisdiccional de la necesidad de la existencia de un caso "en el que el titular de un interés jurídico *concreto* busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional" (*Fallos,* 308:2147 y 322:528, entre otros).

Como explique al votar en las causas "Bandieri, Luis María y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4795, resolución del 8/2/2007 y "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5296, resolución del 23/4/2008, tal necesidad —ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, surge de los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la C.N., los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las "causas", "casos" o "asuntos" que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución; expresiones estas últimas que, al emplearse de modo indistinto, ha de considerarse sinónimas, pues, como afirma Montes de Oca con cita de Story, en definitiva, aluden a "un proceso (...) instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales" (*Lecciones de derecho constitucional*, Menéndez, Buenos Aires, 1927, t. II, p. 422). De ahí que, en análoga línea de razonamiento, al reglamentar al citado art. 100 (hoy 116), el art. 2° de la ley 27 expresa que la justicia nacional "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte" (destacado añadido) (*Fallos,* 322:528).

Más aún, la CSJN ha descartado la existencia de causa o caso "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes" (*Fallos,* 12:373; 156:318; 243:176; 256:104; 256:386 y 307:2384 entre muchos otros). Ello es particularmente claro en el *sub judice* que trata —como quedó *supra* expresado— sobre el instituto creado por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA —acción declarativa de inconstitucionalidad— destinado a provocar la declaración de inconstitucionalidad en abstracto y con una proyección *erga omnes* de normas de alcance general —y al cual los actores

se han sometido voluntariamente—, en la medida de que los jueces de la Nación —para el caso la Corte Suprema, recurso extraordinario mediante— "según el mandato constitucional (...) no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla e interpretarla en teoría, sino solo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones" (*Fallos,* 311:2580).

Tal es el criterio que he sostenido en oportunidad de pronunciarme en la causa "Macbar S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2577/03, resolución del 16/12/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004/B, t. VI, pp. 1220 y ss., en la que precisé que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo pueden ser consideradas causas contenciosas —en los términos del art. 2º de la ley 27— aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas y no los planteos en los que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (*Fallos,* 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 156:318; 243:176, entre otros), por lo que el debate pretendido en este proceso no puede considerarse comprendido en tal categoría en la medida de que, como se ha expuesto arriba, en la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes.

Y es precisamente, en la causa "Macbar" citada, en la que la CSJN ha corroborado este criterio, al remitir —ampliando fundamentos— al dictamen de la Procuración General de la Nación, que sostuvo la inexistencia de caso, causa o controversia en las acciones previstas por el art. 113, inc. 2°, CCBA (expte. nº 67/2005, t. 41, letra M, "Macbar S.R.L. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 14/11/2006).

En el mismo sentido señalado precedentemente considero ilustrativo transcribir la opinión expresada por mi colega, el juez Luis F. Lozano, en los párrafos 1º, 2º, 3º y 5º del punto 6º de su voto en la causa "Asociación por los Derechos Civiles c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2490/03, resolución del 16/9/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004/B, t. VI, pp. 878 y ss., donde dijo:

"La Constitución Nacional libra a cada gobierno local la decisión acerca de cómo organizar su administración de justicia. Como principio, estas administraciones de justicia deben dar cabida a todo aquello que reúna las características de una causa de las contempladas en el art. 116; pero, nada empece, también como principio, a que el espectro de asuntos atendidos por los órganos que la compongan comprenda algunos que no sean apropiados para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Más aún, se ha admitido que ello ocurra en jurisdicción federal, en tanto el legislador puede atribuir a los jueces

inferiores competencia para atender cuestiones, las voluntarias, por ejemplo, que como principio no podrían ser llevadas al Máximo Tribunal".

"Las ampliaciones que cada jurisdicción local estime oportuno disponer quedan fuera del control de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio, desde luego, de que la cuestión que constituya el *leitmotiv* del caso no comprendido dentro del ámbito de causas susceptibles de resolución judicial federal a que me refiero pueda ser ulteriormente materia de una causa de las que puede efectivamente tratar ese Tribunal cimero. Si, en cambio, el recurso extraordinario federal procediese en supuestos distintos de las causas definidas en la Constitución Nacional, la extensión de la jurisdicción federal quedaría a merced de las provincias que podrían llevarla a extremos que conducirían a la Corte Suprema a invadir la esfera de otros poderes federales o de poderes locales".

"Muchas jurisdicciones han dotado a sus máximos tribunales de competencias de esta especie. Así, la Constitución de la Provincia de Chaco dota al Tribunal Superior de competencia para resolver una acción de inconstitucionalidad (art. 163, inc. 1-a), la Provincia de Buenos le atribuye a su Suprema Corte la resolución, en forma '...originaria y exclusiva(mente) en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia...' (art. 161, inc. 2º), o más específicamente: '*Art. 187.* Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia...'".

"La Ciudad Autónoma de Buenos Aires está sujeta a estas reglas. Observándolas, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha organizado su Tribunal Superior de Justicia confiriéndole facultades de resolver asuntos que constituyen causas en el sentido del art. 116 de la C.N. y otros que no lo son desde el ángulo federal, aunque el constituyente ha querido amoldar su tratamiento a cánones propios de un proceso judicial, y encomendar su solución a su máximo tribunal. Es este el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad contemplada en el inc. 2º del art. 113 de la CCBA".

3. Tampoco cumple el recurso intentado con los requisitos propios atinentes a la existencia de *cuestión federal y sentencia definitiva*, según se verá seguidamente.

3.1. La afirmación de la existencia de cuestión federal por violación a la tutela judicial efectiva, con fundamento en el "exceso ritual manifiesto" en que habría incurrido el Tribunal al momento de resolver la inadmisibilidad formal del planteo, no implica otra cosa que la discrepancia del recurrente en relación a la interpretación que hace el Tribunal acerca de la jurisdicción que la Constitución local le confiere, y no puede ser admitida por las razones que siguen.

Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades (véase "Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/2000, resolución del 13/12/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 455, y "Unión Transitoria de Agentes S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/01, resolución del 26/12/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 854, entre muchas otras) en el sentido de que tal cuestión —la que concierne a la interpretación del propio Tribunal sobre la jurisdicción que la Constitución porteña le otorga— es ajena a la vía extraordinaria federal. Además, es jurisprudencia constante de la Corte Nacional la que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata de interpretar normas y actos locales (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros), y la que no considera admisible el recurso que cuestiona la interpretación que los tribunales provinciales efectúan del alcance de su jurisdicción y facultades, por tratarse de una cuestión regida por las constituciones y leyes locales (*Fallos,* 285:410; 286:87; 288:50; 291:356; 301:615; 308:551; 311:1855, entre otros).

3.2. Por otra parte, el planteo recursivo no se dirige contra una sentencia definitiva en los términos exigidos por la Corte Federal. Ello es así pues, por un lado, la sentencia no priva a los interesados de otros medios legales para reclamar la tutela de los derechos que invocan ni impiden el replanteo de la cuestión en otro juicio (*Fallos,* 303:1040, entre otros, y mi voto en "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3103/04, resolución del 8/6/2005). En efecto, el actor cuenta en el ámbito local con el control constitucional difuso atribuido a todos los jueces de la Ciudad a fin de hacer proteger los intereses que puedan afectarlos individual o colectivamente. Y a tal punto no constituye sentencia definitiva lo que se resuelva en las acciones previstas en el art. 113, inc. 2º, CCBA, que lo allí decidido no obsta al "posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces" (art. 113, inc. 2º, *in fine*, CCBA).

Por otro lado, según ha expresado el más Alto Tribunal, "el archivo de la demanda por entender que no reúne los requisitos legales pertinentes, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 14 de la ley 48" (*Fallos,* 302:805 y doctrina de este Tribunal en la causa "Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", ya citada).

El criterio que sostengo —ausencia de sentencia definitiva— también ha sido compartido por el aludido dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa "Macbar..." citada arriba, dictamen que, como quedó también dicho *supra,* la Corte ha hecho suyo como ampliación de fundamentos.

4. En otro orden debo reiterar que el actor eligió voluntariamente demandar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA y de los arts. 17 y 24 de la ley local 402, y destacar que lo hizo sin formular reserva alguna en la demanda (fs. 2/19) pese a lo manifestado a fs. 43 vta., y por tanto la cuestión federal aparece nítidamente como una reflexión tardía (*Fallos,* 307:629; 308:51).

5. Las consideraciones precedentemente expuestas, tornan innecesario el tratamiento de la presunta arbitrariedad de sentencia invocada por el recurrente pues, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento definitivo (doctrina de *Fallos,* 276:366; 302:890; 304:749; 304:1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

6. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 1º, 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

En efecto, en primer lugar, en las páginas siguientes a la carátula el recurrente ni una línea ha dedicado a demostrar que la decisión apelada es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte (art. 3º, inc. a).

En segundo lugar, tampoco indicó el momento en el que se presentaron por primera vez las cuestiones de índole federal ni cuándo y cómo introdujo el planteo respectivo: adviértase que sólo hizo una mención en la carátula en la que confundió la oportunidad de su introducción (inc. b).

En tercer lugar tampoco hay siquiera un mínimo desarrollo tendiente a demostrar que el pronunciamiento impugnado le ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación (inc. c).

En cuarto lugar, el escrito supera —en todas sus páginas salvo una— los veintiséis (26) renglones (art. 1º).

En quinto lugar, también omitió citar en la carátula (art. 2º) el objeto de la presentación (inc. a); la fecha de notificación del pronunciamiento recurrido (inc. h) y la individualización (ubicación en el expediente) de la decisión contra la cual se interpone el recurso (inc. f).

7. Por todo ello considero que el recurso extraordinario interpuesto debe ser denegado. Costas al vencido (conf. art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

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 declarar inadmisible el recurso extraordinario federal que dedujera el Sr. Horacio Néstor Acebedo (fs. 45/47, anexo a fs. 43/44).

2. La presentación en análisis fue deducida contra la sentencia del Tribunal que no hizo lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada contra la ley 2811 que derogó la ley 1181 de creación de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 2/19).

3. En otros expedientes expuse las razones por las que sostengo la inadmisibilidad de los recursos extraordinarios federales presentados en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA ("Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480, resolución del 13/12/2000; "YPF S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 596/00, resolución del 27/2/2002; "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2535, resolución del 13/10/2004; "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3103/04, resolución del 8/6/2005; entre muchos otros).

4. Para sustentar mi decisión de rechazar el recurso, habré de reproducir, en lo que sigue, los fundamentos que dieran apoyo a mi postura en autos 2535.

"Como señalé al votar en 'Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. n° 2490/03, resolución de 16/9/2004, la cuestión central a dilucidar puede ser formulada del siguiente modo: ¿por qué debería ser admisible el recurso extraordinario frente a una decisión dictada en un proceso como el previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA? La parte que recurre no se plantea este interrogante, consecuentemente omite dar una respuesta, y no explica por qué el recurso estaría dirigido contra una sentencia definitiva, dictada en el marco de una controversia, por el tribunal superior de la causa. Ignora los precedentes del Tribunal, y no logra explicar cómo una decisión adoptada en un proceso en el que no existe caso, y en el que no hay partes adversas ni sentencia definitiva —en el concepto y extensión con que este vocablo es definido como requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal— puede ser impugnada por esa vía".

"La actora parece desconocer que la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA importa un control abstracto, internormativo, popular —es decir, abierto a la comunidad— y, por lo tanto, participativo, que exige que los planteos de carácter particular se efectúen por otras vías que, con tal fin, son previstas por el orden jurídico-procesal de la Ciudad (voto de mi colega el juez José O. Casás en 'Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. nº 366/00, resolución de 15/5/2001)".

"El Tribunal ha reiterado desde su creación que la acción declarativa de inconstitucionalidad establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA es un instituto de carácter novedoso que la hace imposible de asimilar a otros institutos establecidos en el ámbito nacional ('Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa', resolución de 18/2/1999, *Constitución y Justicia*, t. 1, p. 5); que no comprende situaciones jurídicas individualizadas, que tiene carácter abstracto ('Massalin Particulares S.A. c/GCBA', resolución de 5/5/1999, *Constitución y Justicia*, t. I, p. 58), y que es una acción popular (conforme el voto del juez Muñoz que integrara la mayoría, en 'Argüello, Jorge Martín Arturo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad', resolución de 21/11/2001)".

"La acción instaurada, pues, no propuso la resolución de un conflicto intersubjetivo, vinculado a la formulación de una pretensión limitada a una situación concreta. La ADC no ha traído ante el Tribunal 'su asunto', sólo trajo un conflicto normativo que podría haber sido propuesto por cualquier otra persona. La fungibilidad, del demandante es, entre otras, una pauta de la falta de caso".

"En esas condiciones, y en atención a lo prescripto por el art. 2º de la ley federal 27 y por el art. 14 de la ley federal 48, no hay causa que habilite la vía extraordinaria intentada".

"En la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes (*Fallos,* 12:373; 156:318; 256:386), y por ello es aplicable, en este proceso, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* 'Droguería Aries S.A. c/Provincia de Santa Fe y otros' (20/4/1999)".

"También la doctrina coincide en que '[l]a justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos; y no puede resolver cuestiones en abstracto, ni hacer declaraciones de esta naturaleza; ni decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley sino cuando se trata de su aplicación a casos contenciosos que ocurren' (González Calderón, Juan A.: *Derecho constitucional argentino*, t. III, 3ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 1931, p. 454)".

"Entonces mientras que en la Justicia Federal no son admisibles pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes (*Fallos,* 12:373; 156:318; 256:386; entre otros; véase Palacio, *Tratado*, t. II, p. 466, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969), lo que caracteriza a la acción del art. 113, inc. 2º de la CCBA es, precisamente, que con ella sólo se persigue una declaración abstracta acerca de la constitucionalidad de ciertas normas".

"La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA no es, en sentido estricto, una vía jurisdiccional contenciosa, sino un mecanismo para la formación y el control del derecho local alternativo al

control difuso de constitucionalidad, disponible para el recurrente a través de las vías procesales adecuadas".

"No es posible pues recurrir, en los supuestos del art. 113, inc. 2º de la CCBA, al recurso extraordinario federal que sólo puede activarse cuando existen partes adversas y se persigue en concreto la determinación de sus derechos".

"La actora, por otro lado, no da razón alguna para justificar que, sin menoscabo de la autonomía que la Constitución Nacional garantizada en el art. 129, un órgano federal intervenga en un mecanismo participativo puramente local, como lo es la acción declarativa (art. 113, inc. 2º, de la CCBA). Como señalé al votar en autos: 'Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. n° 2490/03, resolución de 16/9/2004, coincido en este punto con lo expresado por el juez Lozano en los párrafos 1, 2, 3 y 5 del punto 6 del voto que emitiera en las actuaciones mencionadas".

"En el proceso previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA no existe irreparabilidad, ni sentencia definitiva, ni por tanto obstáculos para que las mismas cuestiones sean articuladas en juicios de otra naturaleza".

"Como sostuve junto a mis colegas la jueza Ana María Conde y el juez Guillermo A. Muñoz, al votar en el expte. n° 386/00, 'Arbitra S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad', resolución de 21/6/2001, 'El recurso extraordinario federal sólo puede interponerse contra sentencias que privan definitivamente al interesado de medios legales para reclamar la tutela de sus derechos'. Y, en la especie, el rechazo parcial de la acción declarativa de inconstitucionalidad 'no encuadra en el recaudo de 'sentencia definitiva' que exige el art. 14 de la ley 48 para la admisibilidad de la apelación extraordinaria, ya que es jurídicamente posible que quienes se vean sometidos a procesos en los que se apliquen las normas cuestionadas planteen la cuestión constitucional invocada en este juicio ante los tribunales competentes'".

"Dado que son dos los controles de constitucionalidad en el ámbito local, la actora debería agotar, las vías ordinarias y extraordinarias locales para ventilar la cuestión que califica como 'federal' (conf. *Fallos,* 308:490; 310:324). Cualquier juez local ordinario podría apartarse de lo aquí decidido y considerar invalidas las normas que los actores cuestionaron, y sólo en este supuesto, quedaría habilitado el recurso extraordinario".

5. En consecuencia, voto por no conceder el recurso extraordinario federal que interpusiera el Sr. Horacio Néstor Acebedo a fs. 45/47. Las costas se imponen a la vencida.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz y me sumo a los argumentos que ella ofrece. Asimismo, considero oportuno añadir que, como

sostuve en la causa "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4172/05, resolución del 24/10/2006, "la acción de inconstitucionalidad concentrada o abstracta que prevé el art. 113, inc. 2º, CCBA, sólo contiene un control objetivo de constitucionalidad (comparación entre reglas de distinto rango). De ello se sigue que la acción a la que he aludido resulta desprendida de toda consideración sobre una situación jurídica individualizada que permita la articulación de un caso federal, en el sentido expresado por la ley 48, art. 14 y desarrollado por la Corte Suprema federal (conf. mis votos en las causas 'Ministerio Público [Defensoría General y Asesoría General de Menores e Incapaces] c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad', *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I —punto nº 3 del voto conjunto con la señora jueza Alicia Ruiz—, pp. 716 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, expte. n° 70/99, resolución del 27/12/1999 y en 'Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II —voto propio agregado—, pp. 459 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, expte. n° 480/00, sentencia del 13/12/2000).

En efecto, la acción examinada constituye un remedio preventivo cuyas proyecciones se circunscriben a asuntos locales —específicamente, con el objeto de evitar, para el futuro, la aplicación de normas inconstitucionales por funcionarios de la Ciudad—. Este remedio, reglamentado por el art. 113, inc. 2º, CCBA, no se deduce ante una 'cuestión' particular y en una situación jurídicamente individualizada, según lo requiere atinadamente la CSJN. Antes bien, la acción procede de la sanción de la regla atacada o eficazmente impugnada —regla o norma general que carece de virtualidad para afectar, o poner en modo alguno en juego, el ejercicio de un derecho en una situación jurídica determinada—. La propia disposición constitucional que regula esta acción declarativa (el varias veces citado art. 113, inc. 2º, de la Constitución local) establece que la sentencia del Tribunal que culmina el caso sólo se refiere a la vigencia de la norma cuestionada y pretendidamente enfrentada a principios y reglas constitucionales, lo que no obsta al 'posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces' en casos judiciales concretos (disposición reafirmada por su reglamentación legal, el art. 24 de la ley 402), razón por la cual tal decisorio en modo alguno puede constituir una sentencia definitiva sobre el punto en cuestión".

2. Por las razones expuestas, voto por declarar inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por el Dr. Horacio Néstor Acebedo a fs. 45/47.

Las costas deben ser impuestas a la vencida (art. 68, CPCCN), que planteó el recurso y provocó la actividad de la contraparte.

El juez José O. Casás dijo:

1. Sin perjuicio de la distinta posición adoptada oportunamente por el suscripto (conforme mi voto *in re* "Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 480/00, sentencia del 13/12/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 455 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002), lo cierto es que la mayoría del Tribunal ya ha resuelto de manera reiterada que la interposición del recurso extraordinario federal contra una sentencia dictada en el ejercicio de las competencias previstas en el art. 113, inc. 2°, de la CCBA —acción declarativa de inconstitucionalidad— debe ser declarada inadmisible, pues, por las particularidades que presenta la referida vía de control abstracto de constitucionalidad, no resulta posible corroborar en estos supuestos la existencia de un "caso, causa o controversia judicial" (art. 2°, ley 27) susceptible de habilitar la vía recursiva del art. 14 de la ley 48.

2. De todos modos, aun si se prescindiera del argumento referido en el punto anterior, desde mi punto de vista, en esta oportunidad obsta a la concesión del recurso la ausencia de sentencia definitiva y de cuestión federal —requisitos propios indispensables para lograr el andamiento del remedio elegido.

En efecto, los agravios planteados por el actor pretenden la revisión de la decisión del Tribunal que declaró inadmisible la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, por considerar ausentes diversos requisitos que hacen a la *procedencia formal* de la peculiar vía procesal prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA. Puntualmente, la sentencia objetada sólo resolvió que la demanda iniciada por el Sr. Acebedo, tal como había sido planteada, excedía en cierta medida el objeto de la vía intentada —al contener una solicitud de condena consistente en la reposición de las autoridades de CASSABA— y que, además, las restantes pretensiones carecían de la necesaria fundamentación exigible para este tipo de pleitos (art. 113, inc. 2º, CCBA y arts. 17, 19, inc. 2º y 24, ley 402).

Desde esta perspectiva, entonces, la sentencia objeto de reproche no resulta definitiva porque no priva a la interesada de utilizar las vías procesales que estime pertinentes para canalizar su pretensión —a través de los sistemas de control difuso y/o concentrado de constitucionalidad que regula esta jurisdicción— y reclamar la tutela de los derechos que invoca, claro está, si cumple con los recaudos formales exigidos por la ley en cada una de ellas. Por otro lado, la inexistencia de cuestión federal en el caso resulta manifiesta, a la luz de la jurisprudencia constante de nuestro Alto Tribunal federal que no considera admisibles los recursos que se limitan a cuestionar la interpretación que los

tribunales provinciales efectúan del alcance de su jurisdicción y facultades, por tratarse de una cuestión regida por las constituciones y leyes locales (*Fallos,* 308:551 y 311:1855, entre otros).

Asimismo, corresponde recordar que lo atinente a la valoración de los extremos para admitir recursos o declarar la deserción de la segunda instancia no constituye materia que autorice la apertura de la vía de excepción, atento que ello remite al examen de cuestiones de hecho y de derecho procesal, propias de los jueces de la causa (conf. doctrina de *Fallos,* 262:468; 274:67; 314:800, entre otros, aplicable *mutatis mutandi* al caso de autos).

En virtud de los argumentos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido. Con costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 45/47. Con costas.

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

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

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

CXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASESORÍA TUTELAR CAYT N° 1 –BARRIO INTA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho a la información. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe cumplir adecuadamente con el recaudo formal de una correcta fundamentación, que requiere un relato claro y sucinto de los hechos de la causa, de la cuestión constitucional en debate y de la relación que existe entre ellos, como así también una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se basa el auto denegatorio del recurso de inconstitucio-

nalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican en este caso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja donde el debate que plantea el recurrente gira en torno a la interpretación que debe darse a una norma infraconstitucional (la ley 104) y su aplicación al caso, sin siquiera intentar argumentar, con una mínima seriedad, que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y algún derecho o principio constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Resulta difícil visualizar cuál es el perjuicio o gravamen concreto que ostenta el GCBA, y que justifique resistir la condena judicial impuesta en autos, dirigida a facilitar al accionante información relativa a si se ha efectuado un relevamiento de la situación de los habitantes de los asentamientos ubicados a escasos metros de las vías del ferrocarril Metropolitano – Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A., entre las estaciones Lugano y Madero, Barrio INTA, y en caso afirmativo remitirla al Ministerio Público Tutelar; y qué medidas han sido implementadas para asistir los derechos vulnerados de las personas que habitan en los asentamientos, y quiénes son sus beneficiarios. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6366/08 - 13/5/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Asesor Tutelar a cargo de la Asesoría Tutelar N° 1 ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad inició una acción de amparo contra el GCBA, en los términos de la ley 104 y los arts. 14, 16 y 105, inc. 1°, CCBA, por violación al derecho a la información (fs. 27/30).

2. Afirmó haber tomado conocimiento de la existencia de dos asentamientos ubicados a escasos metros de las vías del ferrocarril Metropolitano – Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A., entre las estaciones Lugano y Madero, Barrio INTA, habitados por 17 familias que se encontraban en situación

de emergencia habitacional, vulnerabilidad social, serio peligro de muerte y de riesgo a la integridad física.

En virtud de la eventual vulneración de derechos hacia sus representados menores de edad habitantes de dichos asentamientos, diligenció el oficio n° 495/07 dirigido al Ministerio de Derechos Humanos y Sociales a fin de solicitarle:

- indique si se ha efectuado un relevamiento de los mencionados asentamientos, y en caso afirmativo lo remita a dicho Ministerio Público Tutelar;
- en caso que la respuesta sea negativa, efectúe y remita un relevamiento social de los grupos familiares que habitan dichos asentamientos, especificando nombre, apellido, edad y DNI, CI y/o pasaporte; especificar si existen casos de personas que presenten situación de discapacidad y/o enfermedad crónica y que requieran características edilicias que se adecuen a sus necesidades especiales;
- indique las medidas implementadas para asistir los derechos vulnerados de las personas que habitan en los asentamientos, especificando mediante cuál o cuáles programas son asistidos, nombre, apellido, edad y DNI del titular de cada programa y composición de su grupo familiar especificando nombre, apellido y edad.

Dicho oficio no fue respondido, por lo cual fueron remitidos nuevos oficios reiteratorios, que tampoco fueron contestados, lo que motivó la interposición de la presente acción a fin de acceder a la información solicitada.

2. El GCBA presentó el correspondiente informe en los términos de la ley 104, y negó que exista violación al derecho a la información, habida cuenta que el organismo idóneo había tomado intervención en el tema de autos (fs. 31).

3. El señor juez de primera instancia resolvió hacer lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta, ordenando en consecuencia al Ministerio de Desarrollo Social del GCBA que proporcione, en el plazo de tres días, la información contenida en los puntos 1 y 3 del oficio n° 495/07, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias, de las que se hará responsable solidariamente al funcionario que obstruyere el cumplimiento de lo dispuesto; con costas a la vencida (fs. 6/7).

4. Ante las apelaciones deducidas por la actora y la demandada (esta última fundada a fs. 34/37 y contestada por la accionante a fs. 38/39), la Sala I de la Cámara CAyT decidió rechazar los recursos interpuestos por las partes, e imponer las costas en la alzada por el orden causado (fs. 8/11).

5. EL GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia (fs. 1/5) que fue contestado por la actora (fs. 51/55) y denegado por

la Cámara, por considerar que no se había logrado exponer adecuadamente un caso constitucional (fs. 57/58).

6. El GCBA cuestionó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad mediante la pertinente queja (fs. 16/23).

7. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició rechazar la queja (fs. 64/65).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la demandada fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar, ya que no logra rebatir el fundamento en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un genuino caso constitucional.

2. Para cumplir adecuadamente con el recaudo formal de una correcta fundamentación de la queja, se requiere un relato claro y sucinto de los hechos de la causa, de la cuestión constitucional en debate y de la relación que existe entre ellos, como así también una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se basa el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, extremos que no se verifican en la presente causa, ya que el GCBA insiste con los mismos argumentos planteados en el recurso de inconstitucionalidad (véase fs. 19 vta./22 vta., apart. V), sin exponer fundada y adecuadamente un caso constitucional, ni refutar la sentencia denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

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. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican en este caso.

El recurrente pretende centrar el invocado "caso constitucional" en que la sentencia cuestionada "...incurrió en una arbitrariedad infiel y desnaturalizadora de los artículos de la norma vigente es decir de la ley del derecho a la infor-

mación n° 104, cuya interpretación en el caso es desvirtuada, pretendiéndose proteger derechos por el conducto amparista (art. 14, CCBA, primer párrafo), lo que provoca un gravamen irreparable dado que su cumplimiento resulta de imposbole (*sic*) ejecución por la instancia administrativa de la manera planteada y en el término fijado..." (fs. 3 vta.). Y continúa diciendo que lo decidido "...se aparta de lo establecido en el art. 2º de la ley 104. Los puntos 1° y 3° que se condena a cumplir lleva a la administración a tener que realizar una actividad especial para su cumplimiento, es decir investigación, censos, determinar cada caso en particular si tiene o no beneficio concedido..." (fs. 4).

Como podemos apreciar, el debate que plantea el recurrente gira en torno a la interpretación que debe darse a una norma infraconstitucional (la ley 104) y su aplicación al caso de autos, pero ni siquiera intenta argumentar, con una mínima seriedad, que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y algún derecho o principio constitucional. Esta falencia impide el progreso de la pretensión recursiva del GCBA, ya que el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

Por estos motivos, resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina del Tribunal según la cual "[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente (...) ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

4. En cuanto a la tacha de arbitrariedad deducida por el recurrente, constituye una mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*, una apreciación puramente genérica de la recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado sin fundamentación suficiente.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina

que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

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).

5. Por último, cabe agregar que resulta difícil visualizar cuál es el perjuicio o gravamen concreto que ostenta el GCBA, y que justifique resistir la condena judicial impuesta en autos.

De acuerdo a la sentencia dictada por el señor juez de primera instancia y confirmada por la Cámara, el demandado debe facilitar al accionante información relativa a *i)* si se ha efectuado un relevamiento de la situación de los habitantes de los asentamientos ubicados a escasos metros de las vías del ferrocarril Metropolitano – Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A., entre las estaciones Lugano y Madero, Barrio INTA, y en caso afirmativo lo remita al Ministerio Público Tutelar; y *ii)* qué medidas han sido implementadas para asistir los derechos vulnerados de las personas que habitan en los asentamientos, y quiénes son sus beneficiarios. *Ello no implica realizar ningún tipo de relevamiento ni investigación de campo, sino simplemente recabar y entregar al accionante la información con que cuenta la Administración pública local sobre qué acciones ha realizado, en materia social, en los asentamientos mencionados.*

El punto 2 del oficio n° 495/07 de la Asesoría Tutelar N° 1 sí requería del Gobierno local la realización —en caso de que aún no haya sido realizado— de un relevamiento social de los grupos familiares que habitan dichos asentamientos, pero los jueces de mérito expresamente rechazaron la solicitud del actor al respecto.

Por lo tanto, el perjuicio que invoca la demandada, que consistiría en verse obligada a realizar una tarea de investigación y censos para el cumplimiento de la manda judicial, no es real. Y la afirmación que realiza en cuanto a que el cumplimiento de la condena resulta de "imposible ejecución por la instancia administrativa de la manera planteada y en el término fijado", resulta absolutamente dogmática y, en consecuencia, inatendible porque la demandada no aporta una sola explicación que la sustente.

Lo expuesto constituye un argumento adicional para desestimar la presente queja: la ausencia de un requisito común a cualquier recurso, como lo es la existencia de un *gravamen* concreto y actual resultante de la decisión atacada.

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero a los desarrollos y al voto de la señora jueza del trámite, Ana María Conde, en virtud de los cuales declaró inadmisible el recurso de queja

articulado por el GCBA, por no haberse demostrado la existencia de un genuino caso constitucional en estos autos.

2. Es más, el conflicto que plantea el recurrente gira en torno a la interpretación asignable a la ley 104 (norma infraconstitucional) y su aplicación al caso por vía de amparo, sin lograr establecer la existencia de un conflicto constitucional entre lo resuelto por la Cámara y algún derecho o principio constitucional afectado (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.).

3. Y aún más: 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 mi exoneración]'", expte. nº 379205, resolución del 29/6/2005) para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito, en virtud de una tacha meramente argüida.

En razón de todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujera el GCBA a fs. 16/23.

2. Los jueces de la Sala I de la Cámara CAyT no concedieron el recurso de inconstitucionalidad porque consideraron que no lograba exponer un caso constitucional y que la sentencia recurrida no era arbitraria (fs. 57/58).

3. La quejosa no cumple el recaudo de fundamentación que exige el art. 33 de la ley 402 ya que no critica la resolución de fs. 57/58.

Señala genéricamente (fs. 21 y ss.) que el auto denegatorio es dogmático y prescinde de los planteos constitucionales que expusiera en el escrito de fs. 1/5, y que reedita en la queja (fs. 19 vta./ 21).

Sin embargo, la lectura del recurso de hecho permite advertir que el eje de la impugnación al auto denegatorio está limitado a expresar la discrepancia del quejoso con la interpretación que la Cámara hiciera de la ley 104 de acceso a la información, en especial de su art. 2º, normativa infraconstitucional aplicable al caso.

Es requisito necesario de la queja que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por

denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros). Recaudo que no se verifica en autos en atención a las razones que fueron indicadas.

4. Voto, en consecuencia, por rechazar la queja que interpusiera el GCBA a fs. 16/23.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos y a la solución que propicia en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

2. Más allá del acierto o error del pronunciamiento recurrido, se advierte que los planteos esgrimidos por la parte demandada sólo reflejan una discrepancia con las conclusiones brindadas por la Sala I de la Cámara CAyT a la hora de determinar el alcance de la pretensión objeto del juicio, a partir de la interpretación de una norma infraconstitucional (ley 104).

Por este motivo, entiendo que en el *sub examine* no se ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402 que habilite esta instancia de excepción.

3. Sólo resta añadir que las puntuales obligaciones puestas en cabeza del GCBA por la sentencia objetada —informar si se ha efectuado o no un relevamiento de determinados asentamientos y, en caso afirmativo, poner en conocimiento las medidas implementadas para paliar la situación de vulnerabilidad de sus habitantes— no se traducen en un deber de crear o producir información, en caso de no contar con la misma, sino tan sólo de exhibir cualquier tipo de documentación en su poder que permita a la accionante recabar aquellos datos.

En virtud de lo expuesto, el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 16/23 vta. debe ser rechazado.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

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

CXV

"VÍCTOR CHANDLER INTERNACIONAL ARGENTINA S.A. (VCIA) S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'WWW.VC APUESTAS.COM.AR, WWW.VC CASINOS.COM.AR S/INFR. ART. 116, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO SIN AUTORIZACIÓN, HABILITACIÓN O LICENCIA, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva.
Medidas cautelares. Gravamen irreparable.
Explotación de juego: Atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. Las decisiones que acuerdan, mantienen o deniegan medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad porque no constituyen la sentencia definitiva requerida por el art. 27, ley 402, salvo que se demuestre la existencia de un gravamen concreto que por su magnitud y características resulte de difícil, tardía o imposible reparación ulterior, en cuyo caso puede ser equiparada a tal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. Aun cuando la autorización o licencia expedida por la Provincia de Misiones para organizar y explotar el juego que despliega la firma fuera considerada suficiente e idónea para hacerlo en la modalidad y con las características en que lo ejerce dicha empresa —mediante el uso de internet—, cierto es que esa autorización o licencia no podría abarcar —bajo ningún concepto— la promoción u oferta pública que, eventualmente, podría estar desarrollándose en el ámbito de esta Ciudad Autónoma, pues en este ámbito dicha promoción necesariamente debe estar sujeta a la autorización expresa que a tales efectos expidan los organismos locales correspondientes (art. 17.g, ley 538). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6118/08 - 13/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El representante de la firma Víctor Chandler Internacional Argentina S.A. interpuso recurso de queja (fs. 52/74) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional

y de Faltas (fs. 47/50), en cuanto resolvió declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/34) que había deducido contra la resolución de la misma Sala (fs. 42/45). Mediante esta última decisión los jueces de la Sala II confirmaron la resolución de primera instancia (fs. 35/39) que hizo lugar a la solicitud de clausura preventiva —limitada al ámbito de esta Ciudad— de las páginas web explotadas por la empresa imputada en autos.

En su presentación directa el recurrente argumenta que la resolución de la Cámara resulta equiparable a una definitiva porque, según lo entiende, la eventual clausura preventiva de las páginas web que explota le provocaría un gravamen irreparable de naturaleza patrimonial. El representante legal de la firma considera procedente esta queja porque sintéticamente: *1)* la justicia local resultaría incompetente para intervenir en esta causa, pues la actividad que despliega la firma imputada se desarrollaría en la Provincia de Misiones; *2)* la justicia federal de la Provincia de Misiones habría dictado una medida cautelar de no innovar que obstaría la efectivización de la medida dictada en sede local; *3)* la conducta reprochada no constituiría contravención alguna y la medida de clausura ordenada carecería de una fundamentación suficiente en cuanto a los presupuestos que la tornarían procedente; *4)* la Cámara no habría dado tratamiento al agravio referido al principio del *ne bis in idem*; y *5)* la resolución de la Cámara resultaría arbitraria.

2. El fiscal general adjunto consideró que la queja debía rechazarse, porque —al igual que lo entendió el tribunal *a quo*— no defendía un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra una decisión definitiva o equiparable a ella (fs. 88/92).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402) pero —tal como lo advirtió el tribunal *a quo* y el señor fiscal general adjunto— no puede prosperar por no reunir los requisitos necesarios para su tratamiento.

En efecto, el Tribunal tiene dicho reiteradamente que es regla general que las decisiones que acuerdan, mantienen o deniegan medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad porque no constituyen la "sentencia definitiva" que demanda el art. 27, ley 402, y más allá de que es posible hacer una excepción a la regla y equiparar ese tipo de resoluciones a las exigidas por la norma, para hacerlo es forzoso que el interesado demuestre la existencia de un gravamen concreto que por su magnitud y características resulte de difícil, tardía o imposible reparación ulterior. En tal sentido, este Tribunal siempre ha sido sumamente prudente a la hora de anticipar su intervención frente a un pronunciamiento no definitivo y lo ha hecho

únicamente cuando se expresaron y demostraron con claridad y contundencia las razones que acreditaron la necesidad de esta excepción.

En el caso, la invocación y demostración de esa circunstancia no sólo ha sido breve en la queja bajo estudio sino —además— insuficiente. Ello así porque, tal como viene propuesta la discusión, los desarrollos del recurrente se agotan en la mera discrepancia con las razones expuestas por los jueces de la Sala II del tribunal *a quo* para mantener una clausura preventiva parcial de una página web, mas no logran fundar sólidamente agravio constitucional alguno, ni evidenciar en qué consiste el supuesto perjuicio que tal medida —que, por cierto, aún no se habría podido efectivizar con el alcance dispuesto por los magistrados intervinientes— conllevaría para su representada. Como lo indica el señor fiscal general adjunto el único agravio que eventualmente pudo provocar una intervención de este estrado, por ser "sólo susceptible de tutela inmediata" (de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN), esto es, el referido a la garantía constitucional de *ne bis in idem*, carece de seriedad, trascendencia y relación directa con lo resuelto en autos, máxime cuando, al margen de no haber sido planteado en debida forma, es el propio recurrente quien admite que los hechos investigados en esta causa son temporalmente "posteriores" (fs. 14) de aquellos por los cuales se siguiera y se archivara su otro proceso.

2. No puedo dejar de señalar, *obiter dictum*, que las argumentaciones desarrolladas por los jueces de la causa en cuanto a la adecuación típica de las conductas que se investigan en este sumario —*en principio*— aparecen como aptas para el dictado y sostenimiento de la medida cautelar dispuesta. Sin embargo, en el momento procesal oportuno en cual corresponda evaluar con carácter definitivo su relevancia contravencional los distinguidos colegas deberán extremar los recaudos y destinar un mayor esfuerzo en argumentar, demostrar y sostener por qué motivo la autorización que dice poseer la firma imputada resulta insuficiente o inhábil para ejercer la actividad comercial que explota. Lo cierto es que si bien esta última circunstancia puede presentarse —todavía— algo dudosa en este estadío procesal, en autos, aparentemente, existirían elementos suficientes que justificarían *prima facie* la continuación de la investigación con relación a las conductas sancionadas por el art. 117, ley 1472.

Dicho de otra manera, aun cuando la autorización o licencia expedida por la Provincia de Misiones para organizar y explotar el juego que despliega la firma fuera considerada suficiente e idónea para hacerlo en la modalidad y con las características en que lo ejerce dicha empresa —mediante el uso de internet—, cierto es que esa autorización o licencia no podría abarcar —bajo ningún concepto— la promoción u oferta pública que, eventualmente, podría estar desarrollándose en el ámbito de esta Ciudad Autónoma, pues es claro que en este (otro) ámbito dicha promoción necesariamente debe estar sujeta

a la autorización expresa que a tales efectos expidan los organismos locales correspondientes (art. 17.g, ley 538).

3. Por lo expuesto, propongo *rechazar* la queja y *dar por perdido* el depósito integrado (fs. 51).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante el 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. Según se observa en el relato del caso, la recurrente se agravia contra las decisiones de las instancias anteriores referidas a la clausura preventiva de la página web registrada a su nombre.

Tal como tiene dicho el Tribunal en el marco de recursos de inconstitucionalidad y de queja por denegatoria de tales recursos articulados contra decisorios que versan sobre medidas cautelares: "es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva* (destacado en el original), excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza" (*in re* "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* "Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura— apelación", expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001 y mi voto en "Cooperativa de Trabajo Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN [Avda. Callao 346/360] Hotel Bauen s/infracción art. 73, CC'", expte. nº 4171/05, resolución del 5/4/2006).

Esa jurisprudencia se enmarca en el criterio general que establece que las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, CC nulidad —apelación—'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas).

En este contexto, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla, lo que no ha sucedido.

La recurrente menciona reiteradamente la lesión de preceptos constitucionales, básicamente de índole patrimonial como la disminución o limitación de los ingresos económicos que le genera la actividad que ejerce. Sin embargo su presentación no logra demostrar que los perjuicios que enuncia sean de imposible reparación ulterior, con lo cual tampoco acredita que las resoluciones recurridas sean equiparables a definitiva.

3. En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja agregado a fs. 42/74 y, en consecuencia, dar por perdido el depósito.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo afirma la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la queja interpuesta a fs. 52/74 debe ser rechazada, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una *sentencia definitiva* u otra decisión que pueda serle equiparada por los efectos que produce en cabeza de la recurrente (art. 27, ley 402). En este sentido, tal como lo sostienen la señora jueza de trámite y la doctora Alicia E. C. Ruiz en sus votos, las referencias efectuadas en el recurso en torno al alegado carácter irreparable de los agravios invocados no han sido adecuadamente fundamentadas ni debidamente probadas (conf. el Tribunal *in re* "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 2778/04, resolución del 16/6/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 556 y ss. y sus citas).

Tampoco es posible hacer excepción a la regla antes señalada a partir de la alegada vulneración de la *prohibición del doble juzgamiento*, en tanto no se ha intentado siquiera acreditar la confluencia de todos los elementos configurativos de cada uno de los casos para demostrar que la aludida garantía se encuentre involucrada en el *sub lite*.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja presentada por el representante de Víctor Chandler Internacional Argentina S.A. y dar por perdido el depósito que exige el art. 34 de la ley 402.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos básicos que establece el art. 33 de la ley local 402. Sin embargo —como sostiene la señora jueza del trámite y el señor fiscal general adjunto— debe ser rechazado porque el recurso de inconstitucionalidad que defiende no se dirigía contra una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley local 402.

En efecto, las decisiones referidas a medidas cautelares y a otras decisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, en tanto el procedimiento prosigue —no se trata de la última decisión de mérito—, de manera tal que eventuales agravios podrán ser planteados contra la sentencia definitiva (véase mi voto en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis C.P.'", expte. n° 4962, sentencia 20/12/2006, y en un reciente caso similar, "Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin.com s/infr. art. 116, organizar y explotar juego, CC —Apelación—'", expte. nº 6004/08 y su acumulado, "Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin. com s/infr. art. 116, organizar y explotar juego, CC —Apelación—'", expte. n° 6017/08, resolución del 8/4/2009, entre otros).

2. Por lo demás, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. n° 4170, sentencia del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

3. Por esta razón puede afirmarse que, respecto de las medidas cautelares, las leyes procesales de la Ciudad prevén solamente dos instancias —cumplidas en ambos casos— y ellas son los dos grados de las instancias de mérito. Toda asunción de competencia no prevista en la ley significa un abuso de poder y es ilegítima.

4. Me pregunto, además (*obiter dictum*) —y no hallo aún aquí respuesta válida—, ¿de dónde surge la jurisdicción de la Ciudad, tanto en el sentido referido a la aplicación de la ley contravencional, como desde el punto de vista de la competencia judicial?

5. En razón de los argumentos que expuse voto por rechazar el recurso de queja y dar por perdido el depósito integrado.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 52/74.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 51.

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

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

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

CXVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GARCÍA, JUAN FERNANDO S/INF. ART. 89, VENDER ALCOHOL EN HORARIO NOCTURNO (DE 23 A 8 HS), CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Sentencia definitiva. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si el Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal, pues 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. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La invocación de arbitrariedad en tanto supuesto excepcional para admitir este el recurso extraordinario federal, y de violación de garantías cons-

titucionales no puede suplir la ausencia de sentencia definitiva. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. No existe cuestión de naturaleza federal si los agravios trasuntan sólo cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local (art. 45, ley local 1472), ajenos a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Cabe admitir el recurso extraordinario federal si válidamente se introduce una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa (interpretación del art. 45 CC en violación de la garantía de máxima taxatividad), pues la obligación dirigida a los jueces de interpretar la ley de la manera más restrictiva posible —consecuencia obligada del principio de legalidad material— les impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6169/08 - 13/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor defensor general interpuso recurso extraordinario federal (fs. 69/88) contra la decisión de fs. 58/64, emitida el 4/3/2009, mediante la cual el Tribunal, por mayoría, rechazó la queja agregada a fs. 33/44.

2. El recurrente sostiene que la decisión impugnada es arbitraria y, además, que confirma la afectación —producida en las instancia anteriores— de las garantías de debido proceso y de defensa en juicio, y de los principios de legalidad (en especial, la regla de máxima taxatividad interpretativa) e inocencia. La defensa sostiene, puntualmente, que la Cámara habría forzado la letra del CC (art. 45) al entender que el dictado de una condena que adquirió firmeza con posterioridad al plazo fijado en el período de prueba era suficiente para revocar la suspensión del proceso y, además, cuestiona que el Tribunal no haya revocado esa sentencia.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 91/94), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no atacaba una sentencia definitiva o auto equiparable a tal, ni presentaba un caso federal. Por último, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo dictamina el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de admisibilidad de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. La razón por la que el TSJ rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva— también determina la denegatoria de este recurso extraordinario federal. En particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

El recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y, además, denuncia una supuesta afectación de reglas contenidas en la C.N., sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir este tipo de recurso (*Fallos,* 294:376, entre otros)— y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

5. Por lo demás, la presentación de la defensa no expone una cuestión de naturaleza federal. El defensor no advierte que sus agravios trasuntan sólo cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local (art. 45, ley local 1472), ajenos a la instancia a la que pretende acceder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constante jurisprudencia que cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluida la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros).

6. Por último, con relación a la supuesta violación de la garantía de debido proceso y del derecho de defensa en juicio, corresponde señalar que esos motivos de agravio no fueron objeto de sus recursos anteriores, esto es, ofrecidos oportunamente 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).

7. Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 68/89, cumple con los requisitos formales exigidos, ya que ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48).

2. Respecto del agravio constitucional alegado, entiendo que el recurso es admisible ya que el recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa (interpretación del art. 45, CC en violación de la garantía de máxima taxatividad). En efecto, tal como sostuve en los fundamentos que desarrollé al momento de emitir mi voto en el recurso de inconstitucionalidad "la obligación dirigida a los jueces de interpretar la ley de la manera más restrictiva posible —consecuencia obligada del principio de legalidad material— les impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo".

3. Por lo expuesto voto por declarar admisible el recurso extraordinario federal.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 69/88.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 64, punto 2.

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

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

CXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'EDESUR S.A. C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. CLÁUSULA DE PROGRESO: Exención de tributos locales. SERVICIO PÚBLICO: Energía eléctrica. Régimen federal de la energía. Tasas. Derechos. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Corresponde a la Cámara realizar el juicio de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad local, en función del art. 28, párr. 3° de la ley 402, de modo que está la obliga a expedirse sobre el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales del recurso, entre los que se encuentra la configuración de un caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La cuestión a decidir por las instancias de mérito exigía un pronunciamiento sobre el alcance de la exención de tributos locales prevista en el marco regulatorio aplicable a la actividad de actora en su calidad de prestataria del servicio público de energía eléctrica en la zona metropolitana, materias ajenas al recurso de inconstitucionalidad, que no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho infraconstitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si los agravios del recurrente, insisten con argumentos que fueron desestimados en las instancias anteriores, y que demuestran una mera discrepancia con el fallo cuestionado, sin demostrar la existencia de una cuestión constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

4. En atención a la facultad contenida en la cláusula de la prosperidad o del progreso, consagrada en el art. 75, inc. 18, C.N., si el Estado nacional hace uso de esa potestad, y consagra una exención de tributos locales para facilitar el progreso de una actividad sujeta a jurisdicción federal —generación, transmisión y transformación de energía eléctrica—, quien debe invocar y acreditar la ilegitimidad de esas exenciones es el Gobierno local, pues sobre él recae la carga de alegar y probar que sus potestades resultan injustificadamente menoscabadas por las exenciones consagradas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La tacha de arbitrariedad no puede tener favorable acogida cuando sólo constituye una mera discrepancia de quien plantea el recurso con la decisión del *a quo*, sin llegar a demostrar en qué forma la resolución cuestionada afecta las garantías constitucionales relacionadas directamente con el caso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No se verifica un supuesto de gravedad institucional si el GCBA no ha siquiera individualizado —y mucho menos probado— el monto del perjuicio económico que sufriría el Fisco local, ni ha explicado ni demostrado de qué manera las actividades gubernamentales se verían afectadas por la exención tributaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La mera enunciación de normas y principios constitucionales supuestamente vulnerados resulta insuficiente para abrir el recurso de queja, toda vez que los fundamentos que respaldan el cuestionamiento del apelante no están directamente vinculados con la controversia en la interpretación o aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. No se presenta un supuesto de arbitrariedad de sentencia si el apelante se limita a manifestar genéricamente su discrepancia con la resolución impugnada, sin argumentar seriamente respecto de los defectos de fundamentación y razonamiento lógico que denuncia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. No se verifica un supuesto de gravedad institucional si el pronunciamiento cuestionado no ha ignorado en modo alguno la potestad tributaria de la comuna autónoma, sino que, antes bien, se inclinó por hacer lugar a la exención solicitada por la contribuyente actora, establecida en un régimen especial emitido para las empresas prestadoras de energía eléctrica, con la finalidad de no entorpecer el servicio público por ellas brindado, debido al interés general involucrado en dicha actividad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. El ejercicio de facultades exonerativas con fundamento en la Cláusula del Progreso, admitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incluso respecto de tributos locales, está sujeta a los requisitos de razonabilidad y temporalidad, exigencias que surgen de la propia letra del art. 75, inc. 18 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Existe caso constitucional ya que el objeto del debate es si el pago de determinados tributos pueden ser válidamente requeridos a la actora a la luz de lo dispuesto en el dec. 714/92, lo que constituye un supuesto de prevalecencia de una norma federal sobre una local —art. 31 de la C.N.—, que en ausencia de la federal, sería aplicable al caso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. Con el dictado del dec. nac. 714/92 el Poder Ejecutivo nacional se sustituyó en el ejercicio de facultades locales imponiéndole a la empresa actora la obligación de abonarle a las jurisdicciones locales un impuesto único tanto de índole fiscal como por la utilización del dominio público y, paralelamente, restringió las facultades tributarias de la Ciudad para con la actora impidiéndole establecer algún otro gravamen por los conceptos que abarca ese "único impuesto", sin perjuicio de lo cual, mantuvo indemne las facultades de la jurisdicción local relativas a requerirle el pago de las tasas que sean retributivas por servicios o mejoras de orden local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Es requisito insoslayable de las tasas que el importe requerido sea calculado en base al costo de un servicio que el estado le brinda al contribuyente

y que el monto recaudado esté destinado a solventar íntegramente ese servicio, circunstancia que no se verifica con los "derechos", dado que si bien pueden estar destinados a solventar un costo en que incurrió la Administración, ese hecho no es el que les da vida, sino la obtención de un permiso para realizar una actividad de otra manera prohibida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Los derechos constituyen impuestos en el sentido de que buscan al igual que estos últimos captar una capacidad contributiva exteriorizada y no, principalmente, la recuperación del costo de un servicio cuyo prestador es el estado, supuesto este último que se da en las tasas, conclusión que encuentra apoyo en la letra del propio dec. 714/92 cuyo art. 21 establece que por no ser tasas, retributivas de servicios, Edenor S.A. y Edesur S.A. están exentas del pago de los derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. El importe fijado en el convenio a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos, entre las que se encuentra la actora, tiene por objeto solventar el costo en que incurre el GCBA con la prestación de una serie de servicios que son prácticamente análogos a los invocados por el GCBA para justificar el cobro de la tasa de estudio, revisión e inspección, de modo que un pago privaría de causa al otro o, dicho de otro modo, no cabe remunerar dos veces la misma prestación mediante, por un lado, un importe convenido y, por el otro, una tasa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6164/09 - 18/5/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 52/103 y 115/119 la Empresa Distribuidora Sur S.A. (en adelante, Edesur) inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a los efectos de que se declare, respecto de la peticionante, la inexigibilidad de los tributos previstos en los arts. 33 *(gravamen por la ocupación y/o uso de la vía pública con obradores)* y 37 *(tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público)* de la Ley Tarifaria de la Ciudad de Buenos Aires para el año 2000, por considerar que el marco regulatorio —de carácter federal— que rige su actividad la exime de pagar tales tributos de orden local.

2. A fs. 541/548 la señora jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda, y en consecuencia declarando que la empresa Edesur S.A. no se encuentra alcanzada por las contribuciones determinadas en los arts. 33 y 37 de la Ley Tarifaria año 2000, a que se refieren los arts. 249 y 250 del C.F. año 2000, con costas a la demandada vencida.

3. Ante la apelación deducida y fundamentada por la demandada (fs. 562/585), oportunamente contestada por la actora (fs. 587/602), la Cámara resolvió rechazar el recurso interpuesto, confirmar la sentencia apelada, e imponer las costas de ambas instancias por el orden causado (fs. 611/617).

4. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara (fs. 621/638), que fue contestado por la actora (fs. 643/658) y declarado inadmisible por la Cámara (fs. 660/661).

5. Contra la denegatoria del recurso extraordinario local, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 32/50 de la queja).

6. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo de la queja deducida (fs. 57/60 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la demandada cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 LPTSJ, pero no puede prosperar ya que, a pesar de sus esfuerzos, no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional y de gravedad institucional.

2. En primer lugar, cabe analizar el agravio planteado por la recurrente contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, según el cual "…el recurso por arbitrariedad no debería ser nunca denegado por el tribunal apelado, ni por 'ápices procesales' (como alguna vez los ha llamado la Corte), ni por valoraciones de fondo. Salvo el caso de interposición extemporánea, el juzgador apelado debería conceder el recurso y elevar el expediente al Tribunal Superior de Justicia sin que ello sea óbice para que, al concederlo, exprese su opinión acerca de la validez del pronunciamiento y controvierta las razones seguidas por el apelante…" (fs. 33 de la queja).

El juicio de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad local, que realiza la Cámara, la obliga a expedirse sobre el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales del mencionado recurso, entre los que se encuentra la configuración de un caso constitucional. En tal sentido, cuando el recurrente invoca la "arbitrariedad de la sentencia", la Cámara debe analizar si existen errores o defectos que descalifiquen a la sentencia cuestionado en cuanto acto jurisdiccional, y que justifiquen la concesión del recurso extraordinario local por configurarse una cuestión constitucional centrada en la violación del debido proceso y la garantía de la defensa en juicio.

Este primer examen de admisibilidad que realiza la Cámara puede ser posteriormente confirmado o revocado por el Tribunal Superior, pero debe

realizarse *ineludiblemente,* aun cuando se deduzca la tacha de arbitrariedad. Así se desprende del art. 28, párr. 3° de la ley 402, según el cual "...el tribunal de la causa decide sobre la admisibilidad del recurso, en resolución debidamente fundamentada..."*;* como podemos apreciar, la norma *obliga* al tribunal que dictó la sentencia recurrida a practicar el examen de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad mediante resolución debidamente fundada, que no se constataría en el supuesto de concesión automática que pretende el recurrente.

De lo contrario, si se concedieran automáticamente todos los recursos de inconstitucionalidad basados en la tacha de arbitrariedad, el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, lo cual violaría el sistema de control de constitucionalidad local —tal como lo delinearon el constituyente y legislador local— y desnaturalizaría el carácter extraordinario del recurso de inconstitucionalidad.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican en este caso, en el que el debate se limita a la interpretación y aplicación de distintas normas infraconstitucionales, como lo son los arts. 249, 250 y 267 del C.F. local —año 2000—, los arts. 33, 35 y 37 de la Ley Tarifaria local —año 2000—, el art. 12 de la ley nac. 15.336, los arts. 19 y 21 del dec. nac. 714/92, los arts. 17 y 34 del contrato de concesión de Edesur S.A., y el convenio 24/97 (en especial, el art. 24) firmado por el GCBA y distintas empresas prestadoras de servicios públicos, entre las que se encuentra la actora.

La cuestión a decidir por las instancias de mérito obligaba a expedirse sobre el alcance de la exención de tributos locales prevista en el marco regulatorio aplicable a la actividad de Edesur en cuanto prestataria del servicio público de energía eléctrica en la zona metropolitana. En particular, lo que los jueces de primera y segunda instancia debían determinar es si los tributos contemplados en los 33 (Gravamen por la Ocupación y/o Uso de la Vía Pública con Obradores) y 37 (Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público) de la Ley Tarifaria del año 2000, debían o no ser exigidos a la actora en el desarrollo de la mentada actividad.

Como puede apreciarse, esta cuestión no implica, en principio, ningún debate de naturaleza constitucional, sino simplemente la discusión de una problemática tributaria local. Pero el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho infraconstitucional, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

4. Asimismo, la tacha de *arbitrariedad* planteada por la demandada en sus recursos de inconstitucionalidad y queja no puede tener favorable acogida, ya que —como veremos a continuación— constituye una mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo,* sin llegar a demostrar en qué forma la aplicación de la resolución cuestionada afectaría las garantías constitucionales referidas directamente al caso.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

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 ha ocurrido en el presente caso.

4.1. El GCBA pretende descalificar la sentencia en cuanto acto jurisdiccional mediante distintos cuestionamientos que apuntan a demostrar su autocontradicción y ausencia de fundamento legal, entre los que cabe destacar los siguientes:

La Cámara reconoce la potestad tributaria del Estado local pero no logra explicar de qué manera se invaden las potestades de la Nación, ni se expresa cuál es la obstrucción que producirían los tributos de autos sobre el servicio público.

La Cámara considera que Edesur S.A. está exenta del pago del tributo previsto en el art. 33 de la Ley Tarifaria año 2000 en virtud de lo dispuesto por el art. 12 de la ley 15.336, pero dicha norma consagra la exención de las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional que revistan *carácter permanente,* que no ostenta la ocupación con obradores, que es a todas luces temporal.

En cuanto al análisis realizado por la Cámara del ámbito de aplicación de la tasa prevista en el art. 37 de la Ley Tarifaria año 2000, que concluye que la actora está exenta del pago de tal tributo, el recurrente menciona distintas falencias:

La Cámara sostiene que el pago de tasas de carácter retributivo es obligatorio para la actora pero luego, probado el carácter retributivo de la tasa prevista en el citado art. 37, hace lugar a la demanda.

La Cámara afirma que el pago del 6 % de las entradas brutas de la actora incluye el pago de todas las tasas, contribuciones y cánones que se generan por la actividad desplegada por la empresa, pero el pago de dicho porcentaje surgió de un acuerdo de la empresa, obligación de carácter convencional que en nada puede opacar el poder de imposición del Estado local.

La Cámara cita un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Edesur S.A. c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires", del 8/8/2006), pero dicho precedente no es asimilable al caso de autos, ya que la tasa que cobraba la Dirección de Vialidad no es de carácter retributivo, mientras que la tasa prevista por el art. 37 de la Ley Tarifaria año 2000 fue fijada como contraprestación de distintas tareas realizadas por el Gobierno local, entre las que se encuentran el estudio del plan presentado por las empresas, y la revisión e inspección de las obras para determinar si ellas fueron efectuadas conforme el plan de trabajo y las reglas del arte de la construcción, entre otras.

4.2. El agravio relativo a la presunta vulneración de la potestad tributaria local, no ha sido adecuadamente desarrollado, de manera tal que permita vislumbrar un genuino caso constitucional.

Cabe mencionar que la Cámara analizó el régimen jurídico aplicable y concluyó *i)* que la actora estaba exenta del pago del tributo previsto en el art. 33 de la Ley Tarifaria año 2000 en virtud del art. 12 de la ley nac. 15.336 y el art. 17 del contrato de concesión aprobado mediante dec. nac. 714/92; y *ii)* que la actora estaba exenta del pago del tributo previsto en el art. 37 de la Ley Tarifaria año 2000 en virtud de los arts. 19 y 21 del dec. nac. 714/92, y porque lo contrario implicaría consagrar un supuesto de doble imposición por el mismo hecho (habida cuenta la existencia del gravamen previsto en los arts. 267 del C.F. año 2000 y 35 de la Ley Tarifaria año 2000).

Sin perjuicio de la dudosa constitucionalidad de exenciones dispuestas por decreto, desde la óptica del principio de legalidad tributaria —cuestión que no ha sido controvertida en autos, y por ende no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia—, lo cierto es que si el Gobierno local consideraba que las autoridades nacionales habían excedido el ámbito de sus atribuciones al establecer las mencionadas exenciones, por estimar que no existía ningún "interés federal" que justifique en ese caso limitar la potestad tributaria local, debió haberlo planteado y argumentado oportunamente, cuestión que no hizo suficientemente.

Es decir, la cláusula de la prosperidad o del progreso, consagrada en el art. 75, inc. 18, C.N., faculta al Estado nacional, con carácter excepcional, a otorgar exenciones que comprendan tributos locales (provinciales y/o municipales) para facilitar la ejecución de grandes emprendimientos o el desarrollo de actividades que involucren el interés nacional, y requieran necesariamente para su realización la concesión de estímulos tributarios, en cuyo caso la limitación

de los poderes provinciales debe establecerse en la medida en que interfieran u obstaculicen la consecución de tales obras o actividades (Spisso, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario*, 2ª ed. act. y ampl., p. 182, Depalma, Buenos Aires, 2000). Por lo tanto, si el Estado nacional hace uso de dicha potestad, y consagra una exención de tributos locales para facilitar el progreso de una actividad sujeta a jurisdicción federal —generación, transmisión y transformación de energía eléctrica—, quien debe invocar y acreditar la ilegitimidad de dichas exenciones es el Gobierno local, sobre él recae la carga de alegar y probar que sus potestades resultan injustificadamente menoscabadas por las exenciones consagradas.

Y por otra parte, como acertadamente lo destaca la Cámara, habida cuenta que Edesur estaba obligada a abonar un monto equivalente al 6 % de sus entradas brutas en concepto de "único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público municipal" (conf. arts. 19 y 21 del dec. nac. 714/92), así como también a pagar los montos previstos en el art. 35 de la Ley Tarifaria año 2000 por la ejecución de trabajos en la vía pública (conforme lo acordado en el convenio nº 24/97), la aplicación de dos nuevos tributos (los previstos en los arts. 33 y 37 de la Ley Tarifaria año 2000) hubiera generado un supuesto de doble imposición vedado por el ordenamiento jurídico, que podría comprometer el normal desenvolvimiento del servicio público.

4.3. El GCBA desarrolla una interpretación del art. 12 de la ley nacional 15.336 según la cual estarían exentas de tributos las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de energía eléctrica que gocen de *carácter permanente,* de manera tal que la ocupación de la vía pública mediante obradores, por ostentar un *carácter transitorio,* no estaría alcanzada por dicha exención.

La Cámara, por el contrario, no realiza dicha distinción entre el carácter *permanente o transitorio* de las obras, y considera exenta a Edesur del pago del gravamen por ocupación o uso de la vía pública con obradores.

Como podemos apreciar, se enfrentan dos interpretaciones diferentes de un instituto tributario (exención) previsto en una norma legal (art. 12 de la ley nacional 15.336), y el recurrente no logró demostrar que la postura de la Cámara, más allá de su acierto o desacierto, incurra en un error grosero que descalifique al fallo como acto judicial. Por el contrario, quien demuestra cierta orfandad de argumentos es la recurrente, que no explicó de qué norma jurídica surge la distinción que realiza entre el carácter permanente o transitorio de las obras mencionadas a los efectos de aplicar o no la exención tributaria consagrada por la ley 15.336.

Lo que se vislumbra, entonces, es una mera discrepancia del recurrente con la interpretación —posible— de una norma infraconstitucional realizada por la Cámara, lo que torna inviable la tacha de arbitrariedad.

4.4. Con respecto a los cuestionamientos referidos a la inaplicabilidad, respecto de la actora, del tributo previsto en el art. 37 de la Ley Tarifaria, no atacan el núcleo esencial de la argumentación desarrollada por la Cámara, lo que impide la refutación de la sentencia atacada.

En efecto, la Cámara sostuvo que aunque se considerase al tributo referido una *tasa retributiva de servicios,* no debía serle aplicado a la actora *i)* en virtud de la exención consagrada por los arts. 19 y 21 del dec. nac. 714/92, norma esta última que expresamente establece la eximición del pago de los derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación por no tratarse de tasas retributivas de servicios; y *ii)* porque se produciría un supuesto de doble imposición por el mismo hecho, habida cuenta los restantes tributos que Edesur estaba obligada a abonar, consagrados en el art. 21 del dec. nac. 714/92 y en el art. 35 de la Ley Tarifaria año 2000 (instaurado por convenio 24/97 y art. 267, C.F., año 2000).

En otras palabras, de acuerdo a la argumentación desarrollada por la Cámara, que el tributo sea una tasa retributiva de servicios no implica *ineludiblemente* que deba ser abonado por la actora, ya que —por un lado— el régimen jurídico aplicable reconoce a la actora el derecho a hacer uso y ocupación a título gratuito de los bienes del dominio público local, y —por el otro lado— una interpretación contraria implicaría consagrar un supuesto de doble imposición.

Nada de esto es desvirtuado por los agravios del recurrente, quien insiste con argumentos que fueron desestimados en las instancias anteriores, y que demuestran una mera discrepancia con el fallo cuestionado, sin demostrar la existencia de una cuestión constitucional. Y es que *i)* afirma que el carácter retributivo de la tasa conduce inexorablemente al rechazo de la demanda, cuando la Cámara explicó y fundamentó por qué considera que ello no es necesariamente así, y *ii)* destaca que el gravamen que debía abonar la actora al Gobierno local, equivalente al 6 % de las entradas brutas, no impide el cobro de los tributos de autos, pero no rebatió los fundamentos que desarrolló la Cámara para concluir que en ese caso se produciría un supuesto de doble imposición por el mismo hecho.

Estas deficiencias en la argumentación de la demandada quitan solidez a los recursos interpuestos, y no logran demostrar la arbitrariedad de la sentencia cuestionada.

4.5. En cuanto al planteo referido a la indebida invocación de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vale destacar, en primer lugar, que la Cámara citó dicha sentencia "a mayor abundamiento", como una consideración adicional, que no hace al núcleo de la decisión. Por lo tanto, aun cuando dicho supuesto no fuera enteramente asimilable al de autos, ello no desvirtuaría ni invalidaría el razonamiento seguido por la Cámara.

Asimismo, la sentencia de la Corte fue citada —mediante la transcripción de algunas de sus consideraciones— a los efectos de ilustrar sobre cómo deben interpretarse y cuál es la finalidad buscada por las normas que establecen exenciones aplicables a la actividad que desarrollan las empresas prestatarias del servicio de energía eléctrica, conceptos que resultan de interés para la resolución del presente caso, aun cuando los tributos que se debaten en éste y aquél proceso puedan presentar ciertas diferencias.

5. En cuanto a la *gravedad institucional* invocada, la recurrente no 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 local (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240), lo que impide su favorable acogida.

El GCBA sostiene en ambos recursos que "…la arbitrariedad de sentencia, al declarar que la actora se encuentra exenta del pago de la tasa por estudio, revisión e inspección, impide el cobro de la misma vedando a mi parte el acceso a un debido proceso, afecta directamente la percepción de la renta pública y con ello la propia estabilidad del Estado, al ser el cobro de los impuestos y tasas el pilar principal sobre el cual se erige la previsión presupuestaria y la organización estatal.// La improcedente exención impide a mi parte la percepción de la renta pública, a través de la tasa, de una suma tan importante como la debatida en autos, afectando directamente la organización administrativa y financiera, con grave perjuicio para este Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires…" (véase fs. 46 vta. de la queja). Y concluye que ello vulnera la división de poderes derivada del principio republicano consagrado en el art. 1º, C.N., el derecho de propiedad protegido por el art. 17, C.N., y el principio de defensa en juicio tutelado por el art. 18, C.N. (véase fs. 47/48 de la queja).

Sin embargo, más allá de estas ampulosas expresiones, el GCBA no ha siquiera individualizado —y mucho menos probado— el monto del perjuicio económico que sufriría el Fisco local, ni ha explicado ni demostrado de qué manera las actividades gubernamentales se verían afectadas por el no cobro de los tributos de autos.

6. En conclusión, la recurrente alega que la sentencia impugnada vulnera derechos y principios constitucionales (arts. 1º, 13, 16, 17, 18, 19 y 129, C.N.), pero no brinda razones suficientes que vinculen la cuestión que pretende articular con la solución que impugna.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja planteada por el GCBA.

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. A fs. 29/30, la Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad del GCBA.

En la resolución (fs. 29/30), los magistrados resaltaron que el accionado fundó su recurso de inconstitucionalidad en forma casi excluyente en la doctrina de la arbitrariedad. Y concluyeron (fs. 29 vta.) que "la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas pero –contrariamente a lo alegado por el recurrente–, no ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica".

Por otra parte, los jueces desestimaron el agravio vinculado con la falta de consideración del interés público. Entendieron que la crítica realizada por el Gobierno carecía de fundamentación suficiente y precisa, y que sólo se trataba de una mera discrepancia con los argumentos del fallo.

Asimismo, los sentenciantes rechazaron el argumento relacionado con la obstrucción de la percepción de la renta pública y la afectación de la potestad tributaria de la Ciudad. Ello (fs. 29 vta.), "debido a la existencia de un marco normativo nacional que, a criterio de esta alzada, resulta aplicable al caso (v. gr. ley 15.336 y dec. 714/92)".

Con respecto a la invocación de la doctrina de la gravedad institucional, los camaristas consideraron, por un lado, insuficientes los argumentos del GCBA. Por otra parte, recordaron que la doctrina mencionada es una construcción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el recurso extraordinario federal. Agregaron, por último, que el Fisco tampoco había justificado su aplicación al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local y que, por lo demás, no configuraba un agravio autónomo.

3. Respecto de la arbitrariedad de sentencia, el quejoso manifiesta*: i)* que (fs. 36 vta.) "[s]i bien es cierto que al plantear el recurso de inconstitucionalidad se subsumió la mayoría de los agravios bajo la arbitrariedad, no lo es menos que, en reiterados pasajes y sobre diversos temas mi parte se refirió en forma concreta a las normas constitucionales que se encuentran involucradas en la cuestión que se dirime en autos"; *ii)* que (fs. 33) "[e]l recurso por arbitrariedad no debería ser nunca denegado por el tribunal apelado, ni por 'ápices procesales'(...), ni por valoraciones de fondo"; y *iii)* que (fs. 33) "[s]alvo el caso de la interposición extemporánea, el juzgador apelado debería conceder el recurso y elevar el expediente al Tribunal Superior de Justicia sin que ello sea óbice para que, al concederlo, exprese su opinión acerca de la validez del pronunciamiento y controvierta las razones seguidas por el apelante". Por fin, el Fisco vuelve sobre los planteos del recurso de inconstitucionalidad centrados en la arbitrariedad de sentencia.

En cuanto al rechazo del argumento de la afectación de la renta pública y de la potestad tributaria de la Ciudad, el GCBA señala: *i)* que (fs. 46 y vta.) "(...) la obligación del pago de la TERI surge del Código Fiscal sancionado

por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, en uso de sus facultades y es plenamente válida y exigible a la empresa"; *ii)* que (fs. 46 vta.) "[n]inguna norma nacional anterior podrá considerar exenta a la actora de su obligación respecto de la tasa aquí discutida"; y *iii)* que (fs. 46) "(...) la normativa nacional rige la prestación del servicio, en cuanto a su calidad, los usuarios, etc. pero en forma alguna podrá interferir en las obligaciones tributarias de la empresa con las distintas jurisdicciones". Seguidamente el quejoso cita párrafos del recurso de inconstitucionalidad vinculados con la supuesta afectación de la renta pública como consecuencia de la sentencia impugnada.

En relación con la desestimación del planteo de gravedad institucional, el Gobierno expresa *i)* que (fs. 47) "[s]i bien la doctrina de la gravedad institucional pudo ser una creación de la Corte federal, ello no obsta a que ante sentencias que incurran en gravedad institucional, puedan ser tratadas por tribunales locales"; *ii)* que (fs. 48) "[l]o decidido por el Tribunal ha creado un marco de extrema gravedad institucional que trasciende el mero interés de las partes y constituye una clara intromisión del poder jurisdiccional en el ámbito inherente a la autodeterminación, autogeneración y potestad normativa de la Ciudad".

4. Los escasos señalamientos del quejoso vinculados con el rechazo del argumento de la afectación de la renta pública y de la potestad tributaria de la Ciudad (fs. 46 y vta.) no logran desvirtuar el auto denegatorio. Coincido con la señora jueza de trámite en que si el GCBA consideraba que las exenciones dispuestas por el Estado nacional limitaban injustificadamente sus facultades tributarias, debió haber planteado la ilegitimidad de dichas normas adecuadamente y en debido tiempo, lo que no hizo.

Respecto de la desestimación del planteo de gravedad institucional, la Ciudad tampoco consigue rebatir los fundamentos de la resolución denegatoria. En efecto, el Gobierno dice que lo resuelto por el *a quo* excede el interés individual de las partes pero no da razones que sostengan esa afirmación.

En cuanto a la tacha de arbitrariedad, el Tribunal ha sentado criterio en punto a que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

En su argumentación, la Procuración reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio y que fueron objeto de tratamiento por los jueces de las instancias ordinarias. Sin embargo, no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia desfavorable— que logre poner en crisis la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad. En

verdad, la arbitrariedad remite a la sentencia de fondo y no se predica del auto denegatorio (fs. 29/30).

Quiero volver a señalar que, como dije más arriba, si el GCBA entendía que el marco normativo nacional que estableció ciertas exenciones invadía sus facultades tributarias, debió haber planteado su ilegitimidad en tiempo y forma.

En síntesis: pese a sus esfuerzos, el quejoso no logra desvirtuar las razones por las cuales la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

5. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 32/49 vta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA, demandado en la causa, fue deducida en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Empero, según se verá, ella no podrá prosperar.

Al igual que en el recurso de inconstitucionalidad, el apelante se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en las instancias anteriores y no aporta elementos que demuestren la existencia de un agravio constitucional, requisito ineludible para la procedencia del remedio intentado, de acuerdo con lo establecido en el art. 27, ley local 402.

La discrepancia del recurrente con lo resuelto por el Tribunal *a quo* versa sobre la interpretación de normas infraconstitucionales, nacionales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, específicamente las referidas a la exención del pago de tasas —en el caso, las establecidas por los arts. 249, 250 y 267 del C.F. de la CABA, y 33, 35 y 37 de la Ley Tarifaria para el año 2000—, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión suscrito entre el Estado nacional y Edesur S.A., aprobado por dec. 714/92 del Poder Ejecutivo nacional, cuyo análisis no implica debate alguno de naturaleza constitucional. Con ello basta para rechazar el recurso y la queja interpuestos (conf. mis votos en "Jervo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Jervo S.A. s/ejecución fiscal'" y todas sus citas, pronunciamiento dictado el 17/12/2008; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Repetto, Domingo José María s/expropiación'", sentencia del 11/2/2009).

Asimismo, la mera enunciación de normas y principios constitucionales supuestamente vulnerados (véase: en el recurso fs. 9 vta. Cap. I, 4º párr.; fs. 10, Cap. II.2.1, 1º párr.; y fs. 10 vta., Cap. II.4, 2º párr.; en la queja fs. 33, 5º párr.; fs. 38, último párrafo y 38/vta., entre otras) resulta insuficiente para abrir el recurso intentado, toda vez que los fundamentos que respaldan el cuestionamiento del apelante no están directamente vinculados con la controversia en la interpretación o aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, es doctrina del TSJ

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" ("Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 23).

2. En cuanto al planteo de arbitrariedad, el apelante se limita a manifestar genéricamente su discrepancia con la resolución impugnada, sin argumentar seriamente respecto de los defectos de fundamentación y razonamiento lógico que denuncia. Sobre este punto, yo reitero lo sostenido en diversos precedentes, en tanto es doctrina del TSJ que la mayoría de los recursos fundados en la *arbitrariedad* están destinados al fracaso pues la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica que la sentencia sea arbitraria (conf. TSJ *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss.).

Asimismo, la propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que "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, ella sostuvo que: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (véase mis votos en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 26/5/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, pp. 438/439; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 29/6/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, p. 642, y sus citas; entre otros).

3. Por último, no se configura en esta causa el supuesto de gravedad institucional, que requiere —como bien sostiene la Cámara— que esté en tela de juicio un recurso extraordinario federal (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Repetto'", *arriba citado*), a lo

que cabe agregar que la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (consagrada en el art. 129, C.N.), no implica el desconocimiento de las normas y principios aplicables (en el caso concreto las leyes nacionales y el contrato de concesión aprobado por dec. 714/92 del PEN, como también las normas de la Ciudad Autónoma de cuya interpretación la Cámara dedujo un supuesto de doble imposición por el mismo hecho). El pronunciamiento cuestionado no ha ignorado en modo alguno la potestad tributaria de la comuna autónoma, sino que, antes bien, se inclinó por hacer lugar a la exención solicitada por la actora, establecida en un régimen especial emitido para las empresas prestadoras de energía eléctrica, con la finalidad de no entorpecer el servicio público por ellas brindado, debido al interés general involucrado en dicha actividad.

4. Respecto de la crítica constitucional planteada por la Procuración, relativa al *principio de división de poderes*, reitero lo sostenido en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", citado más arriba, entre otros precedentes, puesto que el hecho de que alguien demande al Estado ante los órganos judiciales competentes no puede representar sino el ejercicio de un derecho por parte del administrado.

5. En virtud de lo expuesto en los puntos precedentes y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta por el GCBA contra el pronunciamiento de fs. 29/30.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a las líneas argumentales y a las conclusiones a que arriba en su voto la señora jueza de trámite, mi colega, la doctora Ana María Conde y coincido, por tanto, en que la queja, si bien interpuesta en tiempo y forma, no resulta hábil para incitar esta instancia y habilitar el recurso de inconstitucionalidad que pretende sostener.

2. La recurrente subsume la mayoría de sus agravios contra el auto que deniega la concesión del recurso de inconstitucionalidad en la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia sin lograr, tal como lo resalta el voto al que me remito, conmover los argumentos en que se sustenta el pronunciamiento del *a quo* —más allá del acierto o error de lo decidido— como acto jurisdiccional válido.

3. Sentado lo que antecede, sólo entiendo atinado realizar unas breves puntualizaciones particulares.

3.1. En primer término, resulta decisivo para adoptar el criterio que asumo la doctrina emergente de diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los embates constitucionales contra el alcance de las exen-

ciones de tributos locales establecidas a favor de la actividad que desarrollan las empresas prestatarias del servicio de energía eléctrica conforme al régimen previsto en el dec. nac. 714/92 (conf., entre otros: "Edenor v. Municipalidad de General Rodríguez", *Fallos,* 322:2331, sentencia del 5/10/1999, y "Edesur S.A. v. Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires", *Fallos,* 329:2975, sentencia del 8/8/2006).

3.2. De todos modos, comparto las dudas, expresadas en el voto particular del juez de cámara Horacio G. Corti y recogidas por la señora jueza de trámite, en lo concerniente a la constitucionalidad del "régimen tributario" especial creado por medio de un decreto, ello teniendo en vista el multisecular principio de "reserva de ley tributaria", conforme al cual tanto la creación de las prestaciones públicas coactivas en sus distintas especies —impuestos, tasas y contribuciones— e igualmente la exoneración o dispensa de los mismos, debe ser en todos los casos consagrada por ley formal-material, esto es: emanada del órgano depositario de la voluntad general a través de preceptos impersonales y generales que enlacen a los presupuestos de hecho descriptos por las normas el nacimiento a cargo del contribuyente de la obligación de pago respectiva, por cuanto no hay imposición sin representación (*no taxation without representation*), temperamento explícita, reiterada y rígidamente instituido tanto en la Carta Magna federal como en la ley fundamental de esta Ciudad Autónoma. A pesar de ello, nada puedo expresar sobre el punto por cuanto no se han estructurado los agravios vertidos en el recurso de inconstitucionalidad sobre tal falencia.

3.3. Párrafo aparte merece destacar que, si bien por regla general, en los impuestos, las exenciones, beneficios o dispensas pueden surgir tanto de la letra de la ley, como de los fines perseguidos por el legislador e, incluso, de la necesaria implicancia de los preceptos, es dable valerse de criterios interpretativos más estrictos cuando lo que está en juego son *gravámenes vinculados*, esto es aquellos en los cuales la descripción de la hipótesis de incidencia incluye la prestación de servicios particularizados en el contribuyente, un uso diferenciado del espacio público o la obtención de beneficios resultantes de la utilización de bienes públicos o de determinadas actividades estatales, lo que resulta predicable dentro de un ordenamiento como el argentino respecto de las tasas y de las contribuciones especiales. De todos modos, este criterio hermenéutico fue sorteado sobre la base del argumento, que puedo o no compartir, en los precedentes de nuestro Alto Tribunal, atinentes a los regímenes federales implicados y otros elementos configurativos de los casos ocurrentes.

3.4. Aclaro por lo demás, que la facultad exonerativa de la Nación de dispensar de tributos locales por el Congreso, que no es titular de la potestad tributaria normativa para instituirlos —lo que constituye un hiato en la congruen-

cia lógica argumental—, con base en la *Cláusula del Desarrollo, del Progreso o de la Prosperidad*, afincada hoy en el art. 75, inc. 18 de la C.N., si bien fue avalada por la Corte Suprema a partir de la causa: "El Ferrocarril Central Argentino contra la provincia de Santa Fe; sobre repetición de pago indebido", (*Fallos,* 68:227), sentencia del 3/7/1897, a su respecto no han estado ausentes las posturas críticas sostenidas desde antiguo por la doctrina.

En tal sentido, cabe citar las tesis doctorales presentadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1898: la primera de Juan Álvarez (de la cual fuera padrino el doctor Estanislao Zeballos), titulada: *El Gobierno nacional no puede exonerar del pago de impuestos provinciales a las empresas industriales y comerciales*, publicada por Librería e Imprenta Hispano Americana de R. V. Uría (consultar: Registro de la Biblioteca de la Casa de Altos Estudios nº 46.370, vol. 88.645) y la de Carlos M. Coll sobre: *Facultad de la Nación para exonerar impuestos provinciales a empresas industriales y comerciales*, publicada por Imprenta Argos (consultar: Registro de la Biblioteca de la Casa de Altos Estudios nº 46.380, vol. 88.655). Esta postura también fue asumida por el profesor Carlos M. Giuliani Fonrouge en su ensayo: *Facultad de las Comunas para aplicar gravámenes a las empresas ferroviarias* (en: Estudios del Centro de Investigación Permanente de Derecho Financiero, t. II, año 1939, pp. 535 y ss., Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1939).

Asimismo resulta oportuno remarcar que el ejercicio de facultades exonerativas con fundamento en la *Cláusula del Progreso*, admitidas por la Corte incluso respecto de tributos locales, está sujeta a los requisitos de *razonabilidad* y *temporalidad*, exigencias que, por lo demás, surgen de la propia letra del precepto constitucional citado.

4. A partir de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han abordado la constitucionalidad del régimen jurídico aplicable a las empresas prestatarias del servicio de energía eléctrica, otorgando al mismo carácter federal, así como por los desarrollos contenidos en el voto de mi colega la doctora Ana María Conde que descartan que *a)* la sentencia que se pretende conmover no pueda sostenerse como acto jurisdiccionalmente válido; *b)* se haya logrado demostrar que los derechos y principios constitucionales invocados por la recurrente están directamente vinculados con las cuestiones articuladas, y *c)* se haya verificado en la especie un supuesto de gravedad institucional, entiendo que el recurso de queja debe ser rechazado.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En el presente caso se viene discutiendo si resulta válido el cobro a la actora de dos tributos, la tasa de estudio, revisión e inspección, en adelante

TERI (conf. el art. 249 del C.F., t.o. año 2000) y el gravamen previsto por la ocupación y/o uso de la vía pública con obradores (conf. los arts. 250 del C.F., t.o. año 2000). La Cámara, aun cuando no declaró la inconstitucionalidad de los mencionados gravámenes, resolvió que Edesur no debía pagar esos tributos. Apoyó su decisión, principalmente, en lo dispuesto en el dec. 714/92 y en la jurisprudencia de la CSJN que lo interpretó junto con el resto de las normas que organizan el servicio de energía eléctrica (las leyes 14.772, 15.336 y 24.065). Por su parte, el GCBA, en el recurso de inconstitucionalidad, formuló sus agravios tendientes a sostener la validez del cobro de esos tributos bajo la tacha de arbitrariedad —aun cuando sus planteos rozan la interpretación de normas de carácter federal, como lo es el dec. 714/92.[16]

En el *sub lite* no está controvertido que las actividades que desarrolla la empresa actora se encuentran alcanzadas por las gabelas mencionadas al comienzo del párrafo que antecede. Lo que se discute es si el pago de esos tributos tal como fueron establecidos pueden serle válidamente requeridos a la actora a la luz de lo dispuesto en el dec. nac. 714/92 (norma cuya validez no se viene controvirtiendo). Esa discusión, más allá del modo en que haya formulado sus agravios el recurrente, constituye un supuesto de prevalecencia de una norma federal sobre una local que, en ausencia de la federal, sería aplicable al caso. Esa prevalecencia queda regida por el art. 31 de la C.N. que obliga a no aplicar la norma local, solución que supone un modo de declararla inconstitucional. En tales condiciones, el recurso nos pone en presencia de un caso constitucional de los comprendidos en el art. 31 de la C.N.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe aclarar que aunque como se verá en lo que sigue llego a la misma solución que el *a quo*, con base en una interpretación de las normas locales (el convenio 24/97), esa interpretación de las normas locales constituye un medio para despejar el conflicto normativo suscitado entre las leyes locales y la de carácter federal (decisión que supone, a su vez, interpretar ambas clases de normas).

2. Con carácter previo a analizar el fondo de la presente controversia, corresponde hacer algunas precisiones acerca de lo reclamado por la parte actora.

[16] Esa norma fue dictada por el Poder Ejecutivo nacional, empero, no en ejercicio de competencias locales, dado que no abarca sólo la jurisdicción de la CABA sino que alcanza también a la Provincia de Buenos Aires (véanse arts. 19, 20, entre otros). Si el ejecutivo no ejerció las facultades locales que al tiempo del dictado de ese decreto detentaba en el ámbito de lo que hoy es la Ciudad, esa norma reviste, tal como indiqué, carácter federal. A su vez, y en línea con lo expuesto, ese mismo carácter le fue reconocido por la CSJN *in re Fallos,* 329:2975.

Conforme relata la Cámara (fs. 611/617 vta.), sin suscitar controversias, la actora inició la presente acción declarativa de certeza (conf. art. 277 del CCAyT) a fin de que se declarase judicialmente que ella no debía pagar monto alguno en concepto de TERI (conf. los arts. 249 del C.F., t.o. año 2000 y 37 de la ley tarifaria de ese año); demanda que luego amplió solicitando una declaración de igual tenor para con el gravamen previsto por la ocupación y/o uso de la vía pública con obradores (conf. los arts. 250 del C.F., t.o. año 2000 y 33 de la ley tarifaria de ese año). Apoyó esas pretensiones en el requerimiento de pago de esos gravámenes que le cursó la Dirección General de Obras Públicas del GCBA ante la solicitud de la aprobación de los permisos para la realización de las obras "Interconexión SE. Azopardo/Ternas 111-112-113 – disp. 127-DGOP-98 Instalación subterránea triple terna cable tipo XLPE 132 KV" (véase documentación agregada a fs. 42, 44, 46, 48, 50, 114) que Edesur requirió a la Administración por medio, en primer término, de la nota AZO/RT nº 111/00.

Así las cosas, la presente acción está suficientemente referida a una relación tributaria entre la actora y la demandada: la relación suscitada con motivo del requerimiento de los permisos de obra nºs. S10-00.03.24-001-N y S10-00.03.24-002-N (requeridos por medio de las notas AZO/RT nºs. 111/00, 113/00, 114/00 y 117/00 bajo la referencia: "Obra Interconexión SE. Azopardo/ Ternas 111-112-113 – disp. 127-DGOP-98 Instalación subterránea triple terna cable tipo XLPE 132 KV").

En ese marco, a esa relación tributaria debe entenderse ceñida la decisión que tomó el *a quo* y viene recurriendo el GCBA; puesto que otorgarle otro alcance supondría que los jueces de mérito fallaron acerca de una pretensión que no estaba dirigida a despejar la incertidumbre con relación a obligaciones tributarias concretas (esto es, fuera del ámbito de una "causa", conf. arts. 106 y 113 de la CCBA), competencia de la que los jueces carecen.

Así delineado el presente caso, y habida cuenta que no median agravios sobre el punto, pueden darse por cumplidos los presupuestos de actuación del Poder Judicial.

Realizada esta aclaración, procederé a analizar los argumentos desarrollados por el recurrente para sostener su pretensión.

3. El GCBA discrepa con la interpretación de la normas y la valoración de los hechos que efectuó el *a quo.* Primeramente, señala que el cobro de ninguno de los dos gravámenes aquí discutidos obstruye la prestación del servicio público que brinda la actora (fs. 626); para luego afirmar que la Cámara *i)* omitió analizar los servicios que el GCBA presta "…a los fines de fiscalizar el desarrollo de las tareas de todas las empresas que ocupan el suelo, subsuelo y espacio aéreo de la vía pública…" cuyo costo, a juicio del recurrente, vendría a solventar la TERI; *ii)* yerra al afirmar que aun cuando el TERI puede ser considerada una tasa retributiva de servicio, la actora está exenta de abonarla en virtud de lo dispuesto en

el art. 19 del y 21 del dec. 714/92. Sostiene el GCBA que justamente el carácter de retributivo de esa tasa permite a la Ciudad cobrarla, conforme lo dispuesto en el art. 21 del mencionado decreto (fs. 629 vta.); *iii)* omitió tratar el argumento según el cual la suscripción del Convenio de Acción Coordinada implicó por parte de la actora un reconocimiento del poder tributario de la Ciudad (fs. 630 vta.); *iv)* yerra al buscar apoyo en la ley 15.336 para afirmar que la actora no debe abonar el gravamen por ocupación o uso de la vía publica con obradores, porque esa ley se refiere a la ocupación del espacio público con instalaciones (y obras) permanentes y no a la ocupación temporal de ese espacio, condición que reviste la ocupación con obradores (fs. 631 vta.). A ese respecto, manifiesta, también, que la Ciudad debe desplegar una serie de recursos propios para mitigar los efectos que la ocupación con obradores produce en la vía pública, tales como, corte de calles y avenidas, ocupación de la vía pública, inhabilitación temporal de servicios públicos, emisión atmosférica […] etc.; y, por último, *v)* yerra al aplicar al *sub lite* el precedente de la CSJN *in re* "Edesur S.A. c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/acción meramente declarativa", sentencia del 8/8/2006, principalmente, porque en ese caso la tasa discutida no tenía carácter retributivo, carácter que, afirma, detenta la TERI.

Asimismo, expresa que el no cobrar la TERI afecta el "interés público" (fs. 635 vta./636). Manifiesta que hoy en día no se justifica la existencia de las exenciones como las discutidas en esta causa, cuando la prestación de los servicios públicos está en manos de "capitales extranjeros" (fs. 635 vta.); situación que, a su juicio, ha llevado a la CSJN a admitir cada vez más los tributos locales que recaen sobre las empresas de servicios públicos, aclara, siempre que no se vea afectado el comercio interjurisdiccional. Sostiene, asimismo, que la decisión de la Cámara afecta la percepción de la renta pública porque "…afecta […] directamente la organización administrativa y financiera…", lo que genera suma gravedad institucional (fs. 636). Finalmente, afirma que la Ciudad ha ejercido plenamente las potestades tributarias que detenta (fs. 637).

4. Conforme quedó expuesto en el punto 2 de este voto, dos son los tributos acerca de los cuales la actora solicitó que se declare judicialmente que no está obligada a abonar monto en relación con las obras cuyo permiso solicitó por medio de las notas AZO/RT bajo la referencia: "Obra Interconexión SE. Azopardo/Ternas 111-112-113 – disp. 127-DGOP-98 Instalación subterránea triple terna cable tipo XLPE 132 KV", cuyas copias obran a fs. 42, 44, 46 y 48. Esos dos gravámenes son la TERI (conf. los arts. 249 del C.F., t.o. año 2000 y 37 de la ley tarifaria de ese año) y el tributo previsto por la ocupación y/o uso de la vía pública con obradores (conf. los arts. 250 del C.F., t.o. año 2000 y 33 de la ley tarifaria de ese año).

5. Primeramente, trataré los agravios del recurrente tendentes a mostrar la procedencia de la TERI, aun cuando adelanto que los planteos del GCBA no pueden prosperar.

6. El *a quo* resolvió que la actora no debía abonar monto alguno en concepto de TERI, principalmente, porque, a su juicio, a la luz de lo dispuesto en los arts. 19 y 21, inc. b, del dec. 714/92, estaría exenta de su pago. En otros términos, la Cámara entendió que la sociedad actora estaba exenta del pago de la mencionada tasa porque ella funcionaba como un "derecho de edificación e inspección"; tributo este último que el decreto nacional expresamente exime de pagar a la empresa actora por no ser retributivo de servicio alguno (conf. art. 21, inc. b); es decir, por no ser una tasa. Asimismo, a ese argumento agregó otros dos a fin de mostrar la improcedencia del cobro de esa gabela. Sostuvo, por un lado, que el cobro de la TERI junto con el gravamen único previsto en el art. 19 del dec. 714/92 (reproducido en el art. 267 del C.F., t.o. año 2000) "...constituye un supuesto de doble imposición por el mismo hecho, extremo vedado por el ordenamiento jurídico" (fs. 620) y, por el otro, que la CSJN en la causa "Edesur S.A. c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Bs. As. s/acción meramente declarativa", de fecha 8/8/2006, resolvió que la aquí actora estaba exenta de tributar una tasa de similares características a la TERI.

7. El Estado nacional a través del dec. 714/92 (norma cuya constitucionalidad el recurrente no viene discutiendo) vino a asumir o, al menos, limitar la potestad tributaria local con relación a la actora imponiéndole un tributo a favor de la Ciudad en concepto de único impuesto y contribución, que comprende la compensación por el uso del dominio público. Esto es, impidió a la Ciudad gravar con mayor alcance las actividades que realiza Edesur, así como el uso del dominio público. En este orden de ideas, su art. 19 dispone, en lo que ahora importa, que Edesur deberá abonar a la Ciudad el seis por ciento (6 %) de sus entradas brutas ("...exceptuándose para su cómputo las entradas por venta de energía a los ferrocarriles, así como por suministro de energía eléctrica para alumbrado público y/o prestación de este último servicio en caso de acordarse esta última") en "...concepto de *único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público*"[17] (el destacado no co-

[17] El mencionado art. 19 del dec. 714/92 establece, en lo que ahora importa, lo siguiente: "[f]íjase el seis por ciento (6 %) de las entradas brutas recaudadas por Edenor S.A. y Edesur S.A. por venta de energía eléctrica dentro de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y de las municipalidades de la provincia de Buenos Aires en cuya jurisdicción presten el servicio público de distribución y comercialización, la participación que las citadas empresas abonarán mensualmente a las referidos municipios en los términos del art. 5° de la ley 14.772. Dicha participación tendrá el concepto de único impuesto y contribución, tanto de

rresponde al original). Todo ello indica que el Estado nacional buscó evitar la traslación del gravamen a los usuarios. Sin perjuicio de ello, ese único impuesto, no impide que el GCBA le requiera a la actora el pago de las tasas "retributivas por servicios o mejoras de orden local" (art. 21), entre las que el decreto enuncia, a modo de ejemplo: *i)* las tasas o contribuciones de mejoras correspondientes a sus propiedades; *ii)* las tasas por servicio de alumbrado, barrido, limpieza, conservación de la vía pública y otros similares correspondientes a esas mismas propiedades, etc. (conf. el art. 21). Ese mismo artículo, a su vez, brinda ejemplos de tributos que, por no ser tasas "retributivas de servicios", la actora está exenta de abonar, entre los que se encuentran: *i)* los impuestos de sellos en todas las tramitaciones vinculadas con el servicio público; *ii)* los derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación; *iii)* las patentes o derechos de chapas o letreros de sus edificios y oficinas que respondan a los fines del servicio público a cargo, en lo que ahora importa, de la aquí actora.

En suma, el Poder Ejecutivo nacional con el dictado del dec. nac. 714/92 se sustituyó en el ejercicio de facultades locales imponiéndole a la actora la obligación de abonarle a las jurisdicciones locales cuyos territorios aprovecha en el servicio respectivo (la CABA, entre otras) un impuesto único tanto de índole fiscal como por la utilización del dominio público. Paralelamente, con esa imposición restringió las facultades tributarias de la Ciudad (entre esas jurisdicciones) para con la actora impidiéndole establecer algún otro gravamen por los conceptos que abarca ese "único impuesto", es decir, impuestos en general y tributos por el uso del dominio público. Sin perjuicio de lo cual, mantuvo indemne las facultades de esta jurisdicción relativas a requerirle a la empresa actora el pago de las tasas que sean "retributivas por servicios o mejoras de orden local".

Por lo demás, en el *sub lite* no corresponde analizar si esas limitaciones son válidas, puesto que, tal como indica la Dra. Conde en el punto 4.2. de su voto y adelanté en el primer párrafo de este punto, el GCBA no viene cuestionando la validez de esa norma.

El sentido económico subyacente en el régimen federal delineado por el dec. 714/92 es no dejar librado a la provincia de Buenos Aires (y a sus municipios) y a la hoy en día Ciudad Autónoma de Buenos Aires el establecimiento de impuestos sobre la capacidad contributiva creada por la Nación al generar el servicio público de energía en esas jurisdicciones, a cuyo fin sujeta el poder

---

índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público municipal, exceptuándose para su cómputo las entradas por venta de energía a los ferrocarriles, así como por suministro de energía eléctrica para alumbrado público y/o prestación de este último servicio en caso de acordarse esta última".

tributario de esas jurisdicciones a los límites establecidos en los arts. 19 y 21 del mencionado decreto, así como también poner un tope al pago por el uso de espacios del dominio público de esos estados locales. Ello, mientras que permite a esas jurisdicciones fiscales establecer las tasas por los servicios que cada una de ellas efectivamente preste. Solución ineludible puesto que la contraria llevaría *i)* a que esas jurisdicciones no le prestaran servicios a la actora, servicios indispensables, organizados, en muchos casos, para todos los administrados y sólo posibles si el estado los aborda; o *ii)* a que el régimen federal viniera a imponer un tributo inequitativo a esos Fiscos, consistente en obligarlos a suministrar en forma gratuita esos servicios a las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica.

8. Descripto el escenario tributario que antecede, conviene analizar qué son los llamados "derechos", carácter que entendió el *a quo* revestía la TERI (véase punto 6 de este voto). Los "derechos", como el de edificación e inspección, son pagos que se requieren, por lo general, para obtener un permiso para realizar determinada actividad de lo contrario prohibida. Así, ingresar una mercadería lícitamente a un territorio o, si se prefiere a la circulación económica en él, edificar (en el caso), capturar peces u otras especies en lugares sujetos a la soberanía del Fisco requirente, etc. —no me detendré a examinar si puede hablarse de alguna "contraprestación" del estado, por no ser necesario para la solución del *sub lite*—. Basta a ese fin con aclarar que no hay servicio o, al menos, no es el costo del servicio lo que determina el *quantum* del tributo. Ello lleva a que el importe que se requiere ante la comisión del hecho imponible descripto por la norma (o "hipótesis de incidencia" tal como prefiere denominar a ese suceso gran parte de la doctrina tributaria) no tenga por fin cubrir esencialmente un gasto en que incurrió el estado al brindar un servicio al contribuyente, sino que, por lo general, se calcula sobre elementos que permiten dar cuenta de una capacidad contributiva exteriorizada por quien requiere el permiso. Esa situación lleva a que se diferencien los "derechos" de las tasas, en cómo satisfacer las garantías de igualdad y no confiscatoriedad, medición en la que los derechos se aproximan o identifican con los impuestos. Un requisito insoslayable para la procedencia de las tasas lo constituye el hecho de que el importe requerido sea calculado en base al costo de un servicio que el estado le brinda al contribuyente y que el monto recaudado esté destinado a solventar íntegramente ese servicio. En cambio, ello, como quedó señalado más arriba, no ocurre con los "derechos", dado que si bien pueden estar destinados a solventar un costo en que incurrió la Administración, ese hecho no es el que les da vida, sino la obtención de un permiso para realizar una actividad de otra manera prohibida. Así las cosas, más allá del término que se use para individualizarlos, los "derechos" constituyen impuestos en el sentido de que buscan al igual que estos últimos captar una capacidad contributiva exteriorizada y no, principalmente, la recuperación del

costo de un servicio cuyo prestador es el estado, supuesto este último que se da en las tasas. Esa conclusión, a su vez, encuentra apoyo en la letra del propio dec. 714/92 cuyo art. 21 establece que "por no ser tasas, retributivas de servicios", Edenor S.A. y Edesur S.A. están exentas del pago de "[l]os derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación".

Antonio Berliri caracteriza como "prohibiciones fiscales"[18] a aquellos tributos cuyo pago se requiere para desarrollar una actividad determinada que, de realizarse de otro modo (es decir, sin el pago del tributo), se hallaría prohibida (excede el presente desarrollo adentrarse al estudio de la subdivisión que realiza el citado autor entre "prohibiciones accesorias" y "prohibiciones principales", cuestión que podría ser tratada en un trabajo doctrinario, pero, no en esta sentencia, porque excedería holgadamente las cuestiones aquí controvertidas). Esas prohibiciones, enseña Berliri, depende como sean establecidas, pueden estar conexas con una relación de tasa, una impositiva o con un contrato (desarrollaré mínimamente la relativa a la de tasa, puesto que las otras exceden por más la presente controversia). Explica el mencionado doctrinario italiano que la conexión con una relación de tasa se da cuando el permiso para realizar determinada actividad está razonablemente unido a servicios que deberá prestar el estado junto con el desarrollo de la actividad que se le autorizó realizar a determinado contribuyente. En este orden de ideas, señala Berliri que la prohibición fiscal está vinculada con una relación de tasa en la mayoría de los casos en que la prohibición se vincula con "...motivos referentes a la seguridad pública, higiene, instrucción, etc.". Explica que "...en es[os] casos se da una prohibición, dictada por razones extrafiscales (por ejemplo, una prohibición de establecer una industria peligrosa), y una derogación de tal prohibición, condicionada al pago de una tasa".[19]

De lo expuesto se puede apreciar que los "derechos" a los que me vine refiriendo militan dentro de la categoría de tributos que Berliri caracteriza como "prohibiciones fiscales". En efecto, tal como señalé en el primer párrafo de este punto y explica el mencionado autor, los pagos requeridos por medios de esas gabelas (ya sea que se las denomine "derechos" o "prohibiciones fiscales") tienen por objeto obtener un permiso para realizar determinada actividad de lo contrario prohibida. Esos pagos pueden estar relacionados en mayor o menor medida con la prestación de un servicio, empero, no se requieren como contraprestación de ese servicio sino para otorgar un permiso para realizar tal o cual

[18] Berliri, Antonio: *Principio de derecho tributario,* traducción, estudio preliminar y notas por Fernando Vicente Arche-Domingo, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, vol. 1, pp. 312, 313, 477 y concordantes y *pássim*.

[19] Berliri: ob. cit., p. 483.

actividad. En efecto, el *quantum* requerido no está relacionado directamente con algún servicio. Ello lleva a que la proporción del importe requerido que corresponda a permiso constituya, como ya señalé, un impuesto en el sentido de que no viene a saldar el costo en que incurrió el estado por realizar una actividad con la que se ve beneficiado el contribuyente, sino a gravar un capacidad económica exteriorizada por el administrado al solicitar un permiso para realizar determinada actividad. La proporción del monto requerido que corresponda a permiso y la que lo hace al servicio efectivamente prestado depende de cómo esté organizado cada ordenamiento tributario en particular. No hay promedio estipulado. En algunos ordenamientos los "derechos" podrán sumarse o no a montos que tengan por fin solventar el costo de algún servicio prestado al requirente por el estado. En resumen, los tributos a los que me vengo refiriendo pueden estar relacionados con determinada tasa, pero no encuentran su causa en ella exclusivamente, sino que la hallan en el otorgamiento de un permiso para realizar una actividad que de otra manera se hallaría prohibida.

9. La TERI, conforme surge del art. 249 del C.F., t.o. 2000 (texto vigente al tiempo en que la actora requirió la aprobación de los permisos de obra en virtud de los cuales instó la presente acción), debe ser abonada por "[l]as empresas que soliciten permisos para ocupar la vía pública con trabajos que impliquen la realización de canalizaciones a cielo abierto en aceras y calzadas o la ocupación del subsuelo mediante el uso de equipos de perforación dirigida […] con las condiciones y modalidades que fija la ley tarifaria". Por su parte, el art. 37 de la ley tarifaria de ese mismo año establece que "[l]a tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o espacios de Dominio Público […] se abonará de la siguiente forma:

a) Por el estudio del Plan de Trabajos presentado por las empresas y eventual inspección, $ 300.

b) Cuando los trabajos sean resultado de emergencias en instalaciones propiedad de empresas prestadoras de servicios públicos, se abonará $ 500.

c) Con la aprobación del plan de trabajos las Empresas deberán abonar la suma resultante de multiplicar la superficie afectada —sea de espacio ocupado a cielo abierto o por tunelado— por m^2 y, por día, $ 5.

Si a la finalización de los trabajos se verifique que se ha excedido el plan aprobado, deberá procederse a su reliquidación.

Las empresas al hacer efectivo el monto resultante de la aplicación del inc. c) deberán adicionar en concepto de garantía el diez por ciento (10 %) de dicho monto, el que será devuelto transcurridos seis (6) meses a contar de la finalización de las obras y operada la recepción definitiva de ellas.

Cuando se comprueben deficiencias en la ejecución de los cierres definitivos de las aperturas realizadas por las empresas, o se determine que no se ajustan al Plan aprobado, si luego de intimadas a su ejecución en forma no lo ejecutaren, la administración procederá en consecuencia debitando el costo que se produzca del monto retenido en concepto de garantía sin perjuicio de los derechos que correspondan si éste fuera insuficiente".

10. A la luz de lo expuesto *supra*, los importes que excediendo la retribución de servicios (tasa), corresponden a "derechos" por la realización de los "trabajos" en la vía pública y quedan vedados por lo dispuesto en el dec. 714/92. Esto es, Edesur se encuentra exenta del pago de aquellos importes destinados a permitirle realizar las obras en la vía pública (es decir, la actividad).

En esta línea se inscribe, a su vez, la jurisprudencia de la CSJN que interpretó el decreto al que me vengo refiriendo. La CSJN *in re Fallos,* 329:2975, remitiéndose a lo dictaminado por el Procurador General, resolvió que Edesur estaba exenta, conforme lo dispuesto en el art. 21, inc. b, segundo párrafo, del dec. 714/92, de abonar la tasa que se le requería como condición para el otorgamiento del permiso solicitado para efectuar trabajos en los caminos públicos de la red de la provincia de Buenos Aires. Para así decidir, expresó "…que la finalidad perseguida por el legislador al consagrar la franquicia en debate, ha sido liberar al concesionario de aquellas gabelas locales *vinculadas con la obtención de los permisos o autorizaciones necesarias,* tanto para la construcción de nuevas instalaciones de servicios públicos de energía eléctrica ubicadas en el dominio público, como para el traslado, remoción o modificación de las existentes" (el destacado no corresponde al original).

11. Ahora bien, en el *sub lite* el Gobierno recurrente sostiene que la TERI se distingue del tributo analizado por la CSJN en el precedente reseñado en el párrafo que antecede porque tiene por finalidad que la Administración recupere los costos de los servicios que presta ante la realización de un trabajo con las características descriptas en el art. 249 del C.F., t.o. 2000. La recurrente afirma que entre los servicios mencionados se encuentran: *i)* "inspeccionar la vía pública, controlando el cumplimiento de los permisos otorgados"; *ii)* "inspeccionar el ejido de la Ciudad detectando incumplimiento, cierres defectuosos, obras clandestinas, etc., labrando las infracciones correspondientes"; *iii)* "establecer las estrategias en concordancia a las políticas para el sector"; *iv)* "inspeccionar las tareas que se realizan en la vía pública"; *v)* "emitir intimaciones por trabajos mal ejecutados o no realizados"; *vi)* "estudio y reprogramación de los trabajos a ejecutar en la vía pública acordando con las empresas, plazos, condiciones técnicas y coordinando las tareas a ejecutar en calzadas y/o veredas" (fs. 628/629); etc.

Todos ellos, afirma, a cargo de la Dirección de Coordinación de Ingeniería e Infraestructura Urbana, del Departamento de Programación y Planificación en la vía pública y del Departamento de Supervisión de tareas en la vía pública.

Asiste razón a la recurrente en cuanto sostiene que la actora, conforme lo dispuesto en el art. 21 del dec. 714/92, no se encuentra exenta de abonar los importes de la TERI que tengan por objeto cubrir los gastos en que incurre la Ciudad por la prestación de servicios determinados. Tal como quedó expuesto en el punto 7, la Ciudad mantiene plenamente las facultades de cobrar tasas por los servicios que presta a la actora. En este orden de ideas, la CSJN *in re Fallos,* 322:2331 resolvió que la municipalidad de Gral. Rodríguez estaba facultada, a la luz de lo dispuesto en las normas federales cuya interpretación aquí se cuestiona, a cobrarle a Edenor la tasa de inspección, seguridad e higiene respecto de los locales comerciales que posee en esa comuna, porque "si bien el dec. 714/92 establece en su art. 19 que las empresas [Edenor S.A. y Edesur S.A.] abonarán a los municipios, en los términos del aludido art. 5° de la ley 14.772, el 6 % de las entradas brutas recaudadas por la venta de la energía eléctrica efectuada en cada uno de dichas jurisdicciones en concepto de 'único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público municipal', en su art. 21 expresa que dicho pago 'no exime' a las empresas de abonar 'las tasas retributivas [por] servicios o mejoras de orden local'".

12. Ahora bien, sentado lo que antecede cabe señalar que el GCBA y varias empresas prestatarias de servicios públicos, entre las que se encuentra la actora, suscribieron, en el año 1997, un convenio de acción coordinada para la realización de trabajos en la vía pública. Si bien las partes no solicitaron su ejecución en el *sub lite,* situación que impide que los jueces lo apliquen, esa circunstancia no obsta en la presente causa que ese instrumento pueda ser utilizado como un elemento de hecho interpretativo más, dado que las partes han acompañados copias de ese acuerdo y ambas en sus planteos hicieron referencia a él (v. gr., véase agravio del gobierno descripto bajo la referencia "(iii)" en el punto 3 de este voto).

Ese acuerdo, cuya vigencia y contenido ninguna de las partes ha desconocido, tiene por objeto "[a]cordar una Metodología para la Obtención de Permisos de Apertura y Realización de Trabajos en la Vía Pública, por parte de las 'EPSP' [las empresas prestadoras de servicios públicos, entre las que se encuentra Edesur S.A.], relacionados con los Servicios Públicos que prestan..." (conf. su art. 1º). A tales fines, su art. 2º establece que "...será de aplicación a las 'EPSP', cuando con motivo de las tareas que les son propias, deban realizar una o varias aperturas en la vía pública (calzada, veredas y cordones), para

efectuar todos los trabajos relacionados con los servicios que presten". Por su parte, el art. 6º dispone que las mencionadas empresas para realizar los trabajos que afecten la vía pública deberán obtener el respectivo permiso por medio del procedimiento previsto en el convenio (permiso que deberá ser requerido por cada obra a realizarse, conf. el art. 11). Con el fin de perseguir la concreción de los objetivos descriptos *supra,* varias son las obligaciones que mutuamente se impusieron las partes, el GCBA y las "EPSP"; entre las que cabe destacar, en primer lugar, que las EPSP se comprometieron a realizar aportes para financiar todo el régimen por ese acuerdo instaurado (dentro del cual se encuentran numerosos servicios que GCBA se comprometió a brindar) (conf. art. 24). Esos aportes consisten en:

a) Un monto fijo a integrar en oportunidad de solicitar cada permiso de obra de acuerdo a la siguiente escala:

a1) Monto Fijo Permiso por "Emergencia", pesos treinta ($ 30).

a2) Monto Fijo Permiso por "Obra", pesos veinticinco ($ 25).

a3) Monto Fijo Permiso por "Intervención Menor", pesos diez ($ 10).

b) A los importes mencionados en *a1)* y *a2)*, se les adicionará un monto del tres por ciento (3 %) del Valor de la Obra (no así al a3) que será único valor) destinado a gastos operativos del área de aplicación, determinado según se indica más adelante en el art. 30, y que se configurará en la solicitud para los casos convencionales.

c) Los trabajos de canalizaciones que se efectúen mediante túnel con equipo mecánico abonarán el Monto Fijo, más el cincuenta por ciento (50 %) de tres por ciento (3 %) de los Valores de Obra correspondientes a las aperturas a cielo abierto que sean necesarias ejecutar para construir el túnel (pozos de ataque, de recepción, intermedios, etc.).

Por su parte, el GCBA se comprometió a realizar varias actividades (las que quedarían financiadas con el aporte de las "EPSP" reseñado *supra*) ante la realización de trabajos por parte de las "EPSP", entre las que se encuentran el otorgamiento de los permisos para la realización de los trabajos cuyos permisos se solicitan, estudiar la documentación presentada por las "EPSP", controlar y, de corresponder, sancionar los trabajos que se realicen, etc. En el cuadro que desarrollo a continuación detallaré, en una columna, varias de las tareas que se obligó a prestar el GCBA en el marco del mencionado sistema de coordinación, las que, como quedó expuesto más arriba, se solventan mediante los aportes que realizan las "EPSP" y, en la otra, a modo de comparación, los servicios que afirma el GCBA que tiene por fin solventar la TERI.

Prestaciones que se obligó a brindar el GCBA en el marco del convenio de acción coordinada financiadas por medio del aporte que realizan las "EPSP"	**Servicios que afirma prestar el GCBA como contrapartida del pago de la TERI**
Solicitar la reprogramación de los trabajos de afectación de calzada (conf. art. 4º). El GCBA recibe de las "EPSP" la documentación técnica de la "obra" que se proponen realizar, "...debiendo dejar expresa constancia de ejecución de los trabajos (croquis y solicitud de permiso donde conste fecha de inicio y terminación de obra)" (conf. art. 16).	"Estudio y reprogramación de los trabajos a ejecutar en la vía pública acordando con las empresas, los plazos, condiciones técnicas y coordinando las tareas a ejecutar en calzadas y/o veredas" (fs. 17). "Estudio y aprobación de las obras ejecutadas por terceros y que afecten la vía pública" (fs. 17).
El GCBA recibe la planificación de obras programadas a realizar por las "EPSP" (conf. art. 12).	"Recepcionar las planificaciones de obras a ejecutar estudiarlas entre las distintas empresas" (fs. 17 vta.). Requerir todo tipo de ensayo (fs. 17 vta.).
El 'GCBA' ejercerá el control de la ejecución de las obras (conf. art. 22).	" Inspeccionar la vía pública, controlando el cumplimiento de los permisos otorgados" (fs. 17 vta.).
La Dirección General de Coordinación (a cargo de la secretaría de producción y servicios del GCBA) realiza la inspección de trabajos especiales, obras y emergencias en lugares especiales y en toda obra (conf. anexo IV, del convenio).	"Inspeccionar el ejido de la Ciudad detectando incumplimientos cierres defectuosos, obras clandestinas, etc., labrando las infracciones correspondientes" (fs. 17 vta.).
	Establecer las estrategias en concordancia a las políticas para el sector (fs. 17 vta.).
La Dirección General de Obras Públicas ordenará la inmediata reparación de la apertura o rotura de la vía pública que se hubiera llevado a cabo, por medio del procedimiento que entendiere más adecuado en la emergencia. Los costos de los trabajos que hayan resultado necesarios llevar a cabo con intervención del organismo técnico y/o un tercero, por incumplimiento de las EPSP, serán liquidados a los precios unitarios de las obras en ejecución y/o recientemente ejecutadas (conf. art. 19).	Intervenir en todo proyecto u obra en espacio público que afecten la vía pública (fs. 17 vta.). Inspeccionar el cumplimiento por trabajos mal ejecutados o no realizados (fs. 17 vta.).

La Dirección General de Obras Públicas realiza las inspecciones de rutina en todos los trabajos y labra las actas de comprobación pertinentes (conf. anexo IV del convenio).	Inspeccionar las tareas que se realizan en la vía pública (fs. 17 vta.)
A las EPSP que no procedan a reparar en tiempo y forma la apertura o rotura de la vía pública o si ella presentara deficiencias se le labrará el acta correspondiente (art. 19). "Si las 'EPSP' no dieran cumplimiento a las indicaciones, forma de ejecución o cualquier otra instrucción emanada del permiso otorgado, el 'GCBA' labrará el acta de comprobación correspondiente" (art. 20).	"Verificar el cumplimiento de normas y labrado de Actas de Infracciones de ser necesario" (fs. 17 vta.).
La Dirección General de Coordinación interviene en la programación de cierres, dimensiones y plazos de trabajos en lugares especiales y en obras programadas en apoyo de la Dirección General de Vialidad en las afectaciones del tránsito.	Registrar cierre de obras (recepciones provisorias y definitivas).
Las partes acuerdan la implementación de un sistema informático individual por empresa, destinado a la Administración y seguimiento de permisos e infracciones (art. 23).	Detección, seguimiento y posterior verificación de problemas o inconvenientes en la vía pública (fs. 18). Detección anticipada de problemas que impliquen riesgo para la población haciendo reparar o señalizando la zona en peligro (fs. 18). Análisis de resultados (fs. 18).
La Dirección General de Obras lleva el contralor de los incumplimientos, y propicia las sanciones y suspensiones (conf. anexo IV del convenio).	Análisis de problemas (fs. 18).

Del cuadro comparativo surge que la gran mayoría de los servicios que el GCBA afirma prestar a la actora con motivo de la realización de los trabajos que justificarían, a su juicio, el cobro de la TERI, se superpone con los que se comprometió a brindarle a la actora a través del Convenio 24/97, en contraprestación del pago del aporte previsto en el art. 24 de ese convenio. A su vez, los servicios que no encuentran un paralelo exacto, no resulta claro que no se encuentren alcanzados por alguna de las prestaciones que se obligó el GCBA a prestar en el marco del convenio, esto es, aquellas que solventa con el aporte previsto en el art. 24 del mencionado acuerdo. En coincidencia con ello, a su vez, ambos, la TERI y el aporte del convenio, deben ser abonados ante el mismo supuesto de hecho: en oportunidad de solicitar el permiso para ocupar la vía pública con la realización de trabajos (u obras). Finalmente, aun cuando

los importes difieren en gran medida, la estructura de la obligación reviste notorias similitudes.

En resumen, el importe fijado en el convenio a cargo de las "EPSP", entre las que se encuentra la actora, tiene por objeto solventar el costo en que incurre el GCBA con la prestación, entre otros, de los servicios detallados en el cuadro, los que, como quedó expuesto, son prácticamente análogos a los invocados por el GCBA para justificar el cobro de la TERI. En ese marco, un pago privaría de causa al otro o, dicho de otro modo, no cabe remunerar dos veces la misma prestación mediante, por un lado, un importe convenido y, por el otro, una tasa (la TERI). Tal como lo he señalado en el punto 8 de este voto, las tasas, a diferencia de los impuestos, no buscan principalmente gravar una capacidad contributiva exteriorizada sino recuperar el costo de un servicio prestado por parte del estado. En el caso, los servicios prestados por el GCBA cuyo costo persigue cubrir, según afirma, por medio de la TERI, habrían sido solventados, tal como quedó expuesto más arriba, previamente por la actora por medio del importe acordado en el convenio 24/97. En esas condiciones, el GCBA no muestra que el cobro de la TERI, en principio, tenga causa justificada porque la Ciudad habría recuperado el costo de los servicios prestados con el cobro del importe acordado en el mencionado convenio. En este orden de ideas, una vez expuesto en estos obrados el hecho del convenio, y aun cuando no se pretendiera ejecutar dicho acuerdo —decisión reservada a las partes— y cualquiera fuera la naturaleza de la prestación pactada —contractual o tributaria cuya legalidad estaría reconocida por los contribuyentes responsables— no basta con invocar servicios que darían lugar a compensación sino que es menester mostrar que no están ya compensados. Para ello el recurrente debió, entre otras cosas: *a)* producir toda una prueba tendiente a mostrar por qué el cobro del importe acordado no resulta suficiente para cubrir los costo que irrogan los servicios que presta la Ciudad; *b)* discriminar qué servicios están alcanzados por un importe y cuáles por el otro; y, finalmente, *c)* explicar cómo se reflejan los importes reclamados mediante la TERI con los costos en que afirma incurrir (todo ello, más allá de los reparos que, a la luz del principio de igualdad, corresponda hacer a un régimen tributario que a una parte de los contribuyentes le requiere por la prestación de determinados servicios exclusivamente el pago de una tasa y, a otros, el pago de esa tasa más el de un importe convenido); cuestiones todas de las que el recurrente no se hizo cargo.

La situación descripta *supra* lleva a confirmar la decisión de Cámara en cuanto resolvió que la actora no está obligada a pagar los importes reclamados en concepto de TERI, con relación a los permisos de obra n$^{os.}$ S10-00.03.24-001-N y S10-00.03.24-002-N (requeridos por medio de las notas AZO/RT n$^{os.}$ 111/00, 113/00, 114/00 y 117/00 bajo la referencia: "Obra Interconexión SE. Azopardo/Ternas 111-112-113 –disp. 127-DGOP-98 Instalación subterránea triple terna cable tipo XLPE 132 KV").

13. Los agravios del recurrente relacionados con la segunda de las gabelas discutidas en la presente causa, estos es, el gravamen por ocupar o usar la vía

pública con obradores (conf. arts. 250 del C.F., t.o. año 2000 y 33 de la ley tarifaria de ese año) tampoco pueden prosperar. Ello así, porque los planteos del GCBA, no obstante la distinción que proponen en torno a la ocupación permanente de la vía pública que, a su juicio, regularía la ley 15.336 y la temporal que se da con la ocupación con obradores, no logran conmover la decisión a la que arribó el *a quo.*

14. Los servicios que afirma prestar el recurrente como contraprestación del cobro de ese gravamen están referidos principalmente a la redistribución del tránsito y de las personas. Ello depende de que la ocupación con obradores tenga lugar en la acera o en las calles. Ahora bien, más allá de los escasos argumentos que desarrolla a fin acreditar la prestación de esos servicios y, los más escasos aún, dirigidos a demostrar la relación que ellos guardan con el importe reclamado, lo cierto es que a su respecto caben iguales consideraciones que las vertidas, en los párrafos que anteceden, con relación a los servicios que afirma prestar en contraprestación del pago de la TERI. En efecto, varias son las cláusulas del acuerdo de coordinación reseñado más arriba que se refieren a las tareas que debe realizar la Dirección General de Vialidad, a fin de organizar la circulación tanto vehicular como de los peatones (véanse arts. 17, 18 y el anexo IV). Esa circunstancia lleva a que resulten aplicables las consideraciones vertidas con relación a la TERI (véase en especial anteúltimo párrafo del punto 12 de este voto). En efecto, el GCBA debió hacerse cargo de esa situación y explicar por qué los costos de los servicios que, afirma, vendrían a cubrir los montos recaudados por medio del gravamen por ocupar y/o usar la vía pública con obrador, no quedarían saldados con los pagos que debe efectuar la actora en el marco del convenio de acción coordinada (conf. su art. 24 y concs.).

15. Por lo demás, la cámara, entre otros motivos, resolvió que la actora no debía pagar ese gravamen porque el art. 17 del contrato de concesión establece que la actora tiene el derecho de "…hacer uso y ocupación, a título gratuito, de los lugares integrantes del dominio público nacional, provincial o municipal, incluso su subsuelo y espacio aéreo, que fuesen necesarios para la colocación de las instalaciones para la prestación del servicio público" (fs. 616); argumento del que el recurrente no se hizo cargo y que, más allá de su acierto error, basta, mientras no sea refutado, para mantener la decisión de la Cámara en este aspecto.

16. Finalmente, los agravios que desarrolla el GCBA en torno al "interés público" y al instituto de la "gravedad institucional" no pueden prosperar.

Con relación al primero de ellos el recurrente manifiesta que por el interés público que se encuentra en juego y por las modificaciones que operaron en la condiciones de hecho tenidas en cuenta para otorgar las exenciones aquí discutidas, la CSJN ha aceptado con mayor asiduidad la procedencia de los tributos

locales que no afecten la prestación del servicio público. Empero, más allá de que no refiere cuáles serían esos precedentes de la CSJN que darían sustento a su reclamo, lo cierto es que este voto no le desconoce la potestad de ver compensados los servicios que efectivamente preste sino que no ve acreditado, en los hechos, que existan servicios que queden sin compensar.

Tampoco se ve en qué consistiría la gravedad institucional ni qué impacto tendría sobre lo resuelto.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y rechazar el recuro de inconstitucionalidad y; *ii)* confirmar, por los fundamentos desarrollados en este voto, la decisión de fs. 611/617 vta. Costas a la vencida.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CXVIII

"GYFSA S.A. DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES C/COMISIÓN MUNICIPAL DE LA VIVIENDA S/COBRO DE PESOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN:
Requisitos. Valor disputado en último término. Accesorios.

SUMARIO:

1. El recurso ordinario de apelación ante ese Tribunal requiere, para su admisibilidad que la Ciudad sea parte, que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva y que el valor disputado sea superior a $ 700.000, sin que se computen, respecto de este último recaudo, los accesorios (art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificada por el art. 2º de la ley 189). *(Voto de los*

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

Expte. nº 6139/08 - 18/5/2009

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa GYFSA S.A de Ingeniería y Construcciones (en adelante GYFSA) planteó recurso de apelación ordinario (fs. 1032) contra la sentencia de la Sala II, Cámara CAyT (fs. 1019/1025) que, luego de rechazar la apelación de esa parte, confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había rechazado la demanda (fs. 974/983 vta.).

El recurso fue concedido a fs. 1034, fundado a fs. 1041/1045 y contestado por el GCBA a fs. 1048/1052.

2. Los agravios de la recurrente cuestionan la declaración de nulidad decidida respecto de la transacción invocada por la actora para reclamar el pago de $ 1.137.149,20, cuyo antecedente sería la relación contractual que la unió con la demandada, relativa a la "terminación de 392 viviendas" en el Conjunto Urbano Ingeniero Macías. En tal sentido, GYFSA señala que el fallo cuestionado permite desconocer una obligación "con el consiguiente enriquecimiento del patrimonio de la demandada que habrá obtenido los trabajos que encomendó y recibió de plena conformidad hace más de treinta años, sin abonar por ellos el justiprecio resultante de su accionar transaccional" (fs. 1045).

3. El fiscal general adjunto propició que se declarara mal concedido el recurso por cuanto, conforme las constancias que citó, el importe discutido sin sus accesorios, no alcanza el mínimo establecido por la ley para la apelación ordinaria (fs. 1059/1061).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso ordinario de apelación ante ese Tribunal requiere, para su admisibilidad: que la Ciudad sea parte, que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva y que el valor disputado sea superior a $ 700.000 TSJ (*in re "*Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos – s/recurso de apelación ordinario", expte. nº 1860/02, sentencia del 5/11/2003). En relación con este último recaudo, la ley dispone que el monto comprometido en el pleito se computa, a

los efectos de este recurso, "sin sus accesorios" (conf. art. 26, inc. 6º, de la ley 7, modificada por el art. 2º de la ley 189).

2. Aunque la apelación ordinaria articulada por GYFSA ataca una sentencia definitiva, dictada en un proceso en el que la CABA es parte, asiste razón al señor fiscal general adjunto cuando señala que la recurrente no acreditó que el importe discutido supere el mínimo legal exigible.

A este respecto, tal como indica el dictamen de fs. 1059/1061, el *a quo* dio por cumplido el requisito en cuestión "mediante la referencia al monto reclamado en el escrito de demanda" que asciende a un total de $ 1.137.149,20 (fs. 1034). Sin embargo ese valor, conforme apunta con acierto el fiscal, incluye intereses, calculados hasta el momento de interponer la demanda. En efecto GYFSA, en su demanda, consigna que la deuda reclamada asciende a $ 477.816,64, con más $ 659.332,56 en concepto de intereses (fs. 424). Esos datos, coinciden con los que la actora presentó ante la demandada, en el expte. adm. nº 5637/CMV/93 mediante nota fechada el 17/7/1995, aportada a estas actuaciones como prueba documental 9 (fs. 427 vta.).

El marco normativo antes reseñado determina que los intereses devengados no deben ser tenidos en cuenta para establecer, a los fines de la procedencia del recurso ordinario, el monto disputado (TSJ *in re* "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, sentencia del 17/3/2005 y "Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido" y su acumulado expte. nº 4649/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Proanálisis S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4651/05, sentencia del 15/11/2006 y sus citas).

Frente a ello, y sin que medie argumentación alguna de parte de la recurrente para controvertir los datos consignados corresponde, de acuerdo a lo dictaminado por el fiscal general adjunto, declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación, con costas a la vencida.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso ordinario de apelación planteado por GYFSA S.A. de Ingeniería y Construcciones, con costas.

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

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

CXIX

"TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN VECINAL DE BELGRANO C SAN BENITO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva.
COMPETENCIA: Denegatoria de fuero federal. AMPARO: Resolución equiparable a sentencia definitiva. Superior Tribunal de la causa.

SUMARIOS:

1. Las decisiones judiciales que rechazan recursos locales, regulados por la ley vigente en materia procesal en el ámbito local no son materia de recursos extraordinarios. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. 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, ni tampoco lo es cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja cuando quien lo articula pretende evitar la sentencia meramente eventual de los tribunales locales que le ordene la inmediata remoción de las antenas de telefonía celular, como se pide en la demanda, en base a una conjetura que dista de ser un agravio real, y no se vislumbra qué le impediría a la empresa recurrir a través de los recursos pertinentes el pronunciamiento que eventualmente dispusiera dicha condena. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No puede equipararse la decisión a una sentencia definitiva cuando el planteo de incompetencia se efectúa en un proceso de amparo, que, por definición, debe tramitar en forma rápida. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La decisión de la Cámara que declaró mal concedida la apelación interpuesta contra el rechazo de la excepción de incompetencia, resuelve una cuestión no definitiva, de carácter procesal, que resulta ajena a la competencia del Tribunal en la vía intentada (art. 27 de la ley 402), salvo que el recurrente muestre que la solución procesal aplicada por el *a quo* frustra de modo arbitrario el ejercicio de competencias asignadas a este Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Dado el marco procesal que se estimó aplicable (ley 16.986), cuya constitucionalidad no fue cuestionada, el modo adecuado para someter la denegatoria del fuero federal a la revisión de este estrado, exigía plantear el recurso de inconstitucionalidad ante el juez de primera instancia (art. 27 de la

LPT), porque la condición inapelable que correspondía al rechazo de la incompetencia, convertía a ese pronunciamiento en la decisión del Superior Tribunal de la causa, y la denegatoria del fuero federal, cubría el recaudo de atacar una sentencia equiparable a definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

7. En el marco procesal aplicable (ley 16.986), la omisión de la recurrente de articular el recurso de inconstitucionalidad ante el juez de primera instancia y su interposición en oportunidad de impugnar la resolución de la Cámara, que declaró mal concedida la apelación orientada a que ella revisara la denegatoria del fuero federal, lleva al fracaso del recurso de queja por defender un recurso inadmisible porque, o bien impugna una resolución de naturaleza procesal que carece de carácter definitivo (la que declaró mal concedida la apelación articulada para revertir el rechazo de la excepción de incompetencia), o bien pretende impugnar directamente la declaración de competencia formulada en primera instancia, que constituye la decisión del superior tribunal de la causa, equiparable a definitiva por su contenido, de modo extemporáneo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, pero es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local y aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

9. Existe caso constitucional fundado en la garantía del juez natural (art. 18 C.N.) y la denegatoria del fuero federal según jurisprudencia de la Corte Suprema, en el que se respalda el argumento recursivo básico que intenta sostener que la sentencia de primera instancia debió ser considerada definitiva y, por ende, apelable ante la Cámara en los términos del art. 15 de la ley 16.986, extremos que no ha sido debidamente abordado en la sentencia atacada. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6178/08 - 18/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Asociación Vecinal de Belgrano C San Benito y Asociación Vecinal de Belgrano C Manuel Belgrano promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contra quienes resultasen propietarios y/o le-

galmente responsables de las antenas de telefonía celular que identificaron, con el objeto de que se ordenase su "inmediata remoción (…) con expresa mención a la prohibición de instalar nuevas antenas en la zona" (fs. 57/64).

2. Frente a ello, y respecto de lo que aquí interesa, la codemandada Telefónica Móviles Argentina S.A. (en adelante TMA) planteó la incompetencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicitó la remisión de las actuaciones a la justicia Contencioso Administrativa Federal (fs. 65/95, punto lll). En este sentido, apuntó que "...si bien la ley 16.986 —bajo la cual tramita la presente acción según lo dispuesto por V.S.— veda el planteamiento de excepciones de previo y especial pronunciamiento, lo cierto es que en el caso se presenta con evidencia la competencia de la Justicia Federal, no pudiendo consentirse un pronunciamiento en contrario sobre el punto; el cual, *a todo evento, queda opuesto por mi parte como defensa de fondo en orden a la improcedencia de la presente acción...*" (el destacado no pertenece al original).

Sustentó la incompetencia que opuso en que el desmantelamiento y remoción de las antenas de transmisión de microondas de telefonía celular objeto de esta acción interferiría —de llevarse a cabo— con la Ley Nacional de Telecomunicaciones, desconociendo de esta manera leyes federales y, "...sobre todo, la Constitución Nacional, que le impiden a los poderes locales ejercer dichas potestades sobre una materia ajena a su competencia...". Ello así, por cuanto en materia de telecomunicaciones —según afirmó— las potestades regulatorias, de control y sanción se encuentran atribuidas al Gobierno federal en función de lo dispuesto en el art. 75, incs. 13, 14 y 18 de la C.N. Lo pretendido, agregó, afectaría directamente el servicio esencial de telefonía móvil, cuyo alcance no se limita al ámbito de las zonas aledañas a dichas antenas y ni siquiera al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, sino que es interjurisdiccional. Puntualizó, también —y en relación a la pretensión perseguida en la demanda ("inmediata remoción" de las antenas objeto de autos)—, que el art. 6º de la ley 19.798 prohíbe a las provincias, municipalidades y particulares "suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional".

3. Contestado por la parte actora el traslado de la incompetencia articulada (fs. 101/107 vta.), la jueza de primera instancia resolvió "...rechazar la excepción de incompetencia opuesta por (...) Telefónica Móviles Argentina, con costas (art. 63 del CCAyT)..." (fs. 1/5).

Para arribar a dicha conclusión señaló que "...el poder de policía es una potestad eminentemente local puesto que las provincias no lo delegaron al gobierno local (...) Entonces, las actividades comerciales que la demandada ejerce en el ámbito local están sujetas al poder de policía local. Por ende, la empresa debe cumplir con el conjunto de reglas constitucionales, legales y

reglamentarias de la Ciudad que se refieran a la actividad comercial que realiza, sin perjuicio de la observancia de la normativa que además le corresponda ante el Estado nacional...". Sostuvo, además, que "...Si bien por imperio de lo normado en los incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la C.N. y en el dec. ley 19.798, la regulación de las telecomunicaciones interjurisdiccionales, así como la transmisión y recepción de radiocomunicaciones cualquiera sea su alcance, son de competencia federal; también es cierto que *el ejercicio del poder de policía ambiental es de incumbencia local,* de conformidad con lo reglado por los arts. 41 de la C.N. y 26, 27, 28, 29, 30 y 104, inc. 11, de la CCBA.// Los incidentistas no advierten que el thema decidendum de las presentes actuaciones se circunscribe al análisis del posible incumplimiento por parte de las autoridades locales a su obligación de contralor, en cuanto al desarrollo de una actividad privada dentro de la jurisdicción. Por ello, *es la autoridad local quien tiene asignada legalmente las potestades de reglamentar la radicación y habilitación de las antenas de telefonía y su zonificación,* mediante las normas que dicte el órgano legislativo local. Las estructuras que sirven de sostén son obras civiles, cuyo control se halla dentro de las misiones específicas de esta Dirección General como autoridad de aplicación del Código de la Edificación.// El planteo de los incidentistas se basa sólo y fundamentalmente en el carácter federal de la regulación de las telecomunicaciones en virtud de lo establecido en el dec. ley 19.798. Sin embargo, no logran demostrar por razón o en virtud de qué normas federales —en especial del dec. ley 19.798— se provoca la alegada incompatibilidad con el ejercicio de poder de policía local (...) el ejercicio de este poder se refiere a materias relativas a la protección ambiental y a la seguridad de instalación y edilicia de los lugares en donde se encuentran emplazadas las antenas de telefonía celular (...).// La objeción en torno al *estudio de impacto ambiental previo* que los actores entienden es de obligatoriedad o que es menester, *no pareciera ser de resorte de la autoridad federal en el sub judice*" (lo destacado pertenece al original).

4. Disconforme con lo decidido, TMA dedujo recurso de apelación (fs. 7/19).

Centró sus agravios en los ya expuestos —al introducir la incompetencia— y en que: *1)* su parte no desconocía las potestades de los gobiernos locales en materia de poder de policía, pero en lo que se refería a telecomunicaciones las potestades regulatorias, de control y sanción se encontraban atribuidas al Gobierno Federal, normas que no podían ser dejadas de lado cuando lo que se pretendía era la remoción de antenas de telefonía celular que se encontraban instaladas en la Ciudad de Buenos Aires y que prestaban servicio a miles de usuarios que habitaban, circulaban en dicho ámbito de cobertura y formaban parte de una red de telecomunicaciones más amplia que permitía la interconexión entre las diferentes jurisdicciones; *2)* "...la ubicación de las antenas no es un

capricho sino que responde a un plan técnico para dar cobertura a los usuarios que utilizan el servicio (decenas de miles en las zonas involucradas), aprobado por la autoridad federal...”; *3)* el *a quo* sólo ha considerado las potestades de la Ciudad de Buenos Aires y no las del Gobierno federal, y ha resuelto sin analizar lo expuesto por su parte; *4)* las consecuencias de lo solicitado por la actora (asociaciones de vecinos, cuya legitimación también cuestionó), en caso de prosperar la demanda, violarían directamente el art. 6º de la ley 19.798, que prohíbe a las “…provincias o municipalidades (…) suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional…” ; *5)* “...*sin antenas* no hay servicio, y este servicio que se encuentra en peligro está regulado por normas federales, cuya interpretación se encuentra a cargo de la Justicia federal...”; *6)* lo resuelto omitió ponderar la resol. 202/95 del ex Ministerio de Salud y Acción Social, que regula los límites a la radiación no ionizante, la resol. 530/00 de la Secretaría de Comunicaciones que establece la aplicación de tales límites para las antenas de telefonía móvil y la resol. 3690/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones que fija un procedimiento de medición de las radiaciones de las antenas. “…Entonces, sea que se entienda que esa normativa no enerva las facultades locales o que, directamente no se ha tenido en cuanta dicha normativa, lo cierto es que la misma existe, es de índole federal y como tal debe ser juzgada en su interpretación por los jueces federales…”; *7)* se le hubiese impuesto las costas de la incidencia, pese a los numerosos precedentes jurisprudenciales que citó en oportunidad de efectuar el planteo, donde se dejaba en claro la competencia del fuero federal en materia del servicio que prestan su parte y sus redes.

5. A su turno, y tras compartir los fundamentos expuestos por el señor fiscal general adjunto y remitirse a ellos, la Sala l de la Cámara CAyT resolvió: “Declarar mal concedidos los recursos de apelación interpuestos por (…) Telefónica Móviles Argentina S.A. (…). Sin imponer costas atento a la ausencia de controversia…” (fs. 22).

El argumento central del dictamen de fs. 21 y vta. al que la alzada se remitió, giró en torno de lo dispuesto por el art. 15 de la ley 16.986 —aplicable al caso de autos en atención a la fecha en que fue iniciada esta demanda— al señalar que la sentencia apelada —en tanto no admitía la defensa de incompetencia— no se encontraba entre las resoluciones enumeradas por dicha norma como susceptibles de ser apeladas.

6. TMA interpuso, contra dicha declaración, recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/30).

En resumidas cuentas, alegó que: *a)* el interlocutorio impugnado resultaba definitivo, toda vez que éste importó para su parte la denegación del fuero federal; *b)* el *a quo* no consideró las particularidades del caso, en tanto hizo

caso omiso de la naturaleza del servicio que presta su parte y las normas que lo regulan, así como de la antigua doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que equipara la denegación del fuero federal con los pronunciamientos definitivos; y *c)* la decisión involucra de manera directa la afectación de principios y derechos constitucionales (debido proceso: garantía del juez natural, derecho de ejercer industria lícita y comerciar, derecho de igualdad, de propiedad, de ejercer el comercio interprovincial; así como los principios de razonabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima) e impide el cumplimiento de la directiva constitucional de prestar servicios con calidad y eficiencia.

7. La Sala l de la Cámara CAyT, luego de contestado el traslado del recurso de inconstitucionalidad intentado por TMA por parte de la actora (fs. 54/56 vta.), resolvió no concederlo por no reunir "…la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional, ya que la recurrente se limitó a cuestionar la decisión de este Tribunal de declarar mal concedidos los recursos de apelación impetrados contra el rechazo de la excepción de incompetencia decidida por el *a quo*…", ni haber demostrado el apelante que la resolución le ocasionase un perjuicio irreparable y, por tanto, fuese equiparable a definitiva (fs. 32 y vta.).

8. Dicha decisión motivó la queja de TMA (fs. 40/49). Al respecto, argumentó que la denegación del recurso de apelación ocasionaba a su parte un grave daño a las garantías del debido proceso (art. 18, C.N.) al verse privado de su derecho a que entienda su juez natural, es decir la justicia federal en razón de la materia. Y privar a su parte de ser juzgada por el juez competente en la materia de telecomunicaciones constituía una clara cuestión constitucional. Sostuvo, también, que el mero hecho de que cualquier persona iniciase una acción de amparo en un fuero incompetente hacía que su parte no pudiese ser juzgada por su fuero natural (el federal). Puntualizó que la desconexión y/o desmantelamiento de las antenas que se pretende revestía gravedad institucional desde que se vería comprometida la prestación del servicio esencial de telefonía celular móvil en un vasto sector de la Ciudad de Buenos Aires, así como el tráfico interprovincial e internacional de llamadas, afectando no sólo a su parte sino también a los millones de usuarios que utilizan el servicio. Señaló, por otra parte, que uno de los principales problemas provocados por no considerar definitiva la sentencia que cuestionaba la denegación del fuero federal, era la desobediencia a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en este sentido. Por lo demás, la decisión que se perseguía (desmantelamiento de las antenas individualizadas) involucraba la afectación de derechos y principios constitucionales como el de ejercer industria lícita y comerciar, ya que se pretendía la remoción de parte de la red con la consecuente imposibilidad de prestar el servicio; el de igualdad tanto de TMA respecto de otras prestadoras,

como de los usuarios del servicio ligados a ella; el derecho de propiedad, desde que para poner en funcionamiento los sitios, cuyo desmantelamiento se pedía, y para poder prestar el servicio de acuerdo a la normativa en telecomunicaciones había realizado una fuerte inversión en las redes y en tecnología; los principios de razonabilidad, seguridad jurídica, confianza legítima, debido proceso, supremacía federal, legalidad y el de que los servicios se presten con calidad y eficiencia; perjudica directamente también —según afirmó— el ejercicio del comercio interprovincial.

9. Requerido su dictamen, el fiscal general propició "...hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones interviniente a efectos de que se expida respecto del recurso de apelación interpuesto por TMA..." (fs. 111/114 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y forma adecuada; sin embargo, no puede prosperar. Por de pronto, debe destacarse que todos los agravios referidos a una supuesta orden judicial de remover las antenas están de más, pues no se ha dictado sentencia definitiva y nada hace suponer que ella será adversa al demandado. Por ende, no trataré esos agravios. El único restante reside en la competencia federal que el demandado reclama —casi como aforado, según alguna de sus expresiones— y que la decisión objeto de este recurso, al rechazar la procedencia del recurso de apelación, conforme a la ley procesal vigente, no le permite cuestionar (decisión de primera instancia contraria al criterio que el demandado sostiene).

En segundo lugar cabe aclarar que las decisiones judiciales que rechazan recursos locales, regulados por la ley vigente en materia procesal en el ámbito local —para el caso, el recurso de apelación e, incluso, el de inconstitucionalidad local—, no son materia de recursos extraordinarios, según reza, por ejemplo, la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el recurso extraordinario federal (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros). El aquí recurrente, por lo demás, no ha interpuesto el recurso extraordinario federal, razón por la cual todos los argumentos referidos a este recurso y las decisiones de la CSJN al respecto están de más.

2. Por ende, casi *obiter dictum*: a mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no

es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (véase mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en: 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal'", expte. n° 1892, sentencia del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma, Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2314, sentencia del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 2330, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 3195, resolución del 30/3/2005; expte. 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 CSJN sólo es competente frente al *conflicto de competencia*, pero, para ello, falta un trecho, el trecho que va desde la situación actual que el recurrente impugna a la declaración de competencia sobre el caso de un tribunal —eventualmente— federal, como la demandada reclama.

Mucho menos puede servir la inteligencia que la Corte Suprema le proporciona a la voz "sentencia definitiva" para interpretar el requisito que, con palabras idénticas, fija el art. 27 de la ley local 402, para el recurso de inconstitucionalidad. Aquí es claro que sentencia definitiva es la que finaliza el pleito en las instancias de mérito.

3. Aun zanjando el criterio estricto que mantengo respecto de la categoría "equiparables a definitivas", no advierto tampoco —ni lo alcanza a demostrar el demandado: TMA— cuál sería el perjuicio que la decisión le ocasiona, daño insusceptible de ser subsanado con posterioridad, máxime cuando fue la propia recurrente quien dejó planteada —a todo evento— la incompetencia como defensa de fondo (fs. 66, punto lll, segundo párrafo).

Ciertamente, lo que pareciera querer evitar la quejosa es la sentencia meramente eventual —sólo supuesta por la recurrente— de los tribunales locales —y no puesta por ellos— que le ordene la inmediata remoción de las antenas, objetivo de la demanda de autos, pero sin solución aún. Vale la pena acotar que la demanda no variará aun cuando pueda variar el tribunal que la juzgue. Ello,

según dijimos, no es más que una conjetura y dista de ser un agravio real. Bien puede ocurrir que la sentencia le sea favorable. Pero, aun en el supuesto de que no lo sea, no se vislumbra —tampoco lo dice la recurrente— qué le impediría a TMA recurrir —en tal caso y a través de los recursos pertinentes— el pronunciamiento que eventualmente dispusiera dicha condena.

Desde otra perspectiva, tampoco debería equipararse la decisión a una sentencia definitiva cuando el planteo de incompetencia se efectúa en un proceso de amparo, que, por definición, debe tramitar en forma rápida. Las sucesivas articulaciones recursivas sobre una cuestión (la incompetencia), que la ley veda efectuar a las partes en el juicio de amparo, han demostrado, en el caso, la sabiduría de la norma y la incorrección del supuesto criterio jurisprudencial, pues el juicio se ha iniciado hace ya más de cuatro años y aún no se encuentra en condiciones de que el juez de primera instancia dicte sentencia.

4. Cabe concluir, entonces, que 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, CABA) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde rechazar la queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por mi colega, juez de trámite, Julio B. J. Maier.

La decisión de la Sala I, Cámara CAyT a cuya revisión se aspira —que declaró mal concedida la apelación interpuesta contra el rechazo de la excepción de incompetencia planteada por Telefónica Móviles Argentina S.A— resuelve una cuestión no definitiva, de carácter procesal, que resulta ajena a la competencia del Tribunal en la vía intentada (art. 27 de la ley 402). Es cierto que esa regla cede cuando el recurrente muestra que la solución procesal aplicada por el *a quo* frustra de modo arbitrario el ejercicio de competencias asignadas a este Tribunal (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6024/08, sentencia del 17/12/2008).

2. Sin embargo, las condiciones que justifican la excepción mencionada no se verifican en la situación que nos ocupa. En primer lugar, aunque la recurrente objeta la decisión de la cámara no cuestiona la elección de la regla procesal formulada por el *a quo* (ley 16.986), ni alega que en ese marco la revisión requerida a la alzada estuviera admitida. De ello se sigue, entonces, que el acceso al control encomendado a este estrado (ley 402, *Fallos,* 306:480 y 311:2478) no quedó impedido a raíz de una decisión jurisdiccional insostenible,

sino a partir de una elección equivocada de los remedios aptos para suscitar la intervención de este Tribunal.

En efecto, ante el marco procesal que se estimó aplicable (ley 16.986), cuya constitucionalidad no fue cuestionada, el modo adecuado para someter la denegatoria del fuero federal a la revisión de este estrado, exigía plantear el recurso de inconstitucionalidad ante el juez de primera instancia (art. 27 de la LPT). Ello así porque la condición inapelable que correspondía al rechazo de la incompetencia, convertía a ese pronunciamiento en la decisión del superior tribunal de la causa. A su vez, tal resolución al denegar la procedencia del fuero federal, como con acierto indica el recurrente, también cubría el recaudo de atacar una sentencia equiparable a definitiva (conf. TSJ *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07, sentencia del 9/4/2008).

3. Pese a todo ello, Telefónica omitió articular el recurso indicado y recién lo interpuso en oportunidad de impugnar la resolución del *a quo*, que declaró mal concedida la apelación orientada a que la Cámara revisara la denegatoria del fuero federal, atacada por la ahora recurrente. En tal contexto, para lo que ahora importa y al margen de otros defectos, la queja fracasa por defender un recurso que resulta inadmisible porque, o bien impugna una resolución de naturaleza procesal que carece de carácter definitivo (la que declaró mal concedida la apelación articulada para revertir el rechazo de la excepción de incompetencia), o bien pretende, por el tenor de los agravios esgrimidos, impugnar directamente la declaración de competencia formulada en primera instancia (que constituye, conforme quedó dicho, la decisión del superior tribunal de la causa, equiparable a definitiva por su contenido), de modo extemporáneo. A este respecto, cabe destacar que el plazo para plantear esas objeciones quedó consumido mientras tramitó un recurso declarado improcedente que, como tal, no provocó la suspensión del término que, para interponer el recurso de inconstitucionalidad, comenzó a correr a partir de la notificación de la sentencia que rechazó la incompetencia solicitada (conf. TSJ en "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'", expte n° 2498/03, resolución del 18/12/2003 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 3007/04, resolución del 12/8/2004, entre otros).

En consecuencia, sin que lo dicho importe emitir opinión sobre el acierto o error de lo decidido en torno a la radicación del pleito ni menos aún en cuanto al fondo de la controversia, oído el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja planteada a fs. 40/49.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja obrante a fs. 40/49 no puede prosperar.

2. Es sabido que el recurso de inconstitucionalidad procede contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa y que él debe interponerse dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la resolución que lo motiva (arts. 27 y 28, ley 402). Este plazo reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes [en similar sentido, para el recurso de queja "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 2498/03, resolución del 18/12/2003 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 3007/04, resolución del 12/8/2004].

Telefónica Móviles Argentina S.A. (en adelante, "Telefónica Móviles") planteó un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que —por aplicación del art. 15 de la ley 16.986— declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que rechazara la excepción de incompetencia opuesta por dicha empresa.

Ahora bien, la codemandada recién dedujo el recurso de inconstitucionalidad luego de que la Sala I declarara mal concedido su recurso de apelación con fundamento en el art. 15 de la ley 16.986. Por lo tanto, la articulación de un recurso inadmisible (en el caso, la apelación), afectó la temporaneidad del recurso de inconstitucionalidad intentado por Telefónica Móviles. El plazo para su interposición debe computarse a partir de la notificación de la decisión de primera instancia que rechazó la excepción de incompetencia ya que dicha resolución era inapelable.

En efecto, como ya he dicho en otras oportunidades, "si la decisión de primera instancia resulta inapelable, y ante la inexistencia de otras vías procesales ordinarias potencialmente aptas para la revisión de la sentencia de grado, es el juzgado el 'tribunal superior de la causa' a que se refiere el art. 27 de la ley 402, sin que tal circunstancia se vea alterada por la previa interposición de un recurso de apelación improcedente que no interrumpe ni suspende el plazo previsto por el art. 28, LPT para interponer el recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 137, CCAyT y doctrina del Tribunal *in re* 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]', expte. n° 3007/04, sentencia del 12/8/2004 (...); conf. 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multa', expte. n° 3276/04, del 3/11/2004) [conf. mi voto en "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Federación Médica Gremial

de la Capital Federal y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)', expte. nº 3796/05, sentencia del 8/6/2005, entre otros]".

En consecuencia, la queja de fs. 40/49 debe ser rechazada dado que el recurso de inconstitucionalidad al que viene a sostener fue deducido tardíamente. Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no obstante lo cual no puede prosperar, ya que no logra rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la recurrente cuestiona la sentencia interlocutoria dictada por la señora jueza de primera instancia que rechazó la excepción de incompetencia.

Esta impugnación resulta extemporánea, ya que debió haberse deducido mediante un recurso de inconstitucionalidad interpuesto dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la citada resolución, que por su carácter inapelable (conf. art. 15 de la ley 16.986), convierte al juzgado de primera instancia en el "tribunal superior de la causa" al que se refiere el art. 27 de la ley 402.

Asimismo, la interposición de un recurso de apelación improcedente, como ha ocurrido en este caso, no interrumpe ni suspende el plazo previsto por el art. 28 LPT para interponer el recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 137, CCAyT y doctrina del Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'D' Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. n° 3007/04, sentencia del 12/8/2004, aplicable al *sub lite*; conf. "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multa'", expte. n° 3276/04, del 3/11/2004).

En consecuencia, por aplicación del principio procesal de preclusión, la extemporaneidad del presente recurso de inconstitucionalidad impide su tratamiento, más allá del carácter equiparable a definitivo de la resolución dictada por la jueza de primera instancia —en cuanto dispuso la denegatoria del fuero federal.

3. Por otra parte, los cuestionamientos a la sentencia de la Cámara, en cuanto resolvió —correctamente— declarar mal concedido el recurso de apelación por aplicación del art. 15 de la ley 16.986, no tienen entidad para abrir la presente vía recursiva de carácter extraordinario.

Es preciso recordar que 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, es claro que el decisorio sometido a estudio de este Tribunal, al remitir exclusivamente al análisis de una cuestión de índole procesal ajena a esta instancia (admisibilidad de un recurso de apelación ante la Cámara), no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, pues no define la suerte de la pretensión de fondo y cierto es que tampoco se ha demostrado que genere un gravamen de imposible reparación ulterior.

4. En virtud de las consideraciones expuestas voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por Telefónica Móviles Argentina. S.A.

El juez José O. Casás dijo:

Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen *sentencia definitiva* a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local. También lo es aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Así las cosas, entiendo que el recurso de queja deducido sostiene un recurso de inconstitucionalidad que se dirige contra un pronunciamiento que, según el criterio adoptado por el Alto Tribunal federal en situaciones similares, resulta *equiparable* a uno de carácter definitivo, por importar en los hechos una denegatoria del fuero federal invocado oportunamente por el recurrente (*Fallos,* 326:1179), tal como lo sostiene, incluso, el señor fiscal general en su dictamen de fs. 111/114.

Debo agregar que la cuestión de incompetencia planteada por la codemandada no podrá ser abordada nuevamente si deviene firme la sentencia de primera instancia que, más allá de su acierto o error, la rechazó con carácter previo y especial.

Sentado lo expuesto, entiendo que el caso constitucional propuesto por la interesada se encuentra debidamente fundado a partir de la invocación de la garantía del juez natural (art. 18, C.N.) y de la jurisprudencia de la CSJN antes mencionada, en la cual se respalda el argumento recursivo básico que intenta sostener que la sentencia de primera instancia *debió ser considerada definitiva* y, por ende, *apelable* ante la Cámara en los términos del art. 15 de la ley

16.986, extremos que no han sido debidamente abordados en la sentencia de fecha 30/10/2007.

Ello sin perjuicio de advertir que lo antedicho no importa desconocer que, en el caso, parecen encontrarse involucrados asuntos relativos al ejercicio del poder de policía sobre materias eminentemente locales.

En suma, la queja y el recurso de inconstitucionalidad interpuestos deben prosperar. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la sentencia de la Sala I que resolvió declarar mal concedida la apelación de la codemandada Telefónica Móviles Argentina S.A., y devolver la causa a la Cámara para que jueces distintos a los que intervinieron se pronuncien sobre la cuestión planteada en el mentado recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia —que rechazó la excepción de incompetencia deducida.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Telefónica Móviles Argentina S.A., a fs. 40/49.

2º. *Dar por perdido* el depósito de fs. 52.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CXX

"CALOMITE, ALBERTO C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Desistimiento.

SUMARIO:

1. En atención al desinterés del recurrente en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad interpuesto y a la falta de oposición de CASSABA corresponde tener por desistido el mencionado recurso. *(Voto de la*

señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).

Expte. n° 6135/08 - 18/5/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Alberto Calomite interpuso demanda contra CASSABA ante la Secretaría General de la Cámara Federal de la Seguridad Social "porque se negó a declarar[lo] no alcanzado por las disposiciones de la ley local 1181". Manifestó que tiene 81 años, y que cuando cumplió 65 obtuvo "la jubilación por vejez u ordinaria como abogado-trabajador autónomo conf. ley 18.038". Expresó que la negativa de CASSABA a declararlo exento de las disposiciones de la ley local 1181 viola los arts. 14, 14 bis y 17 de la C.N. y la ley 18.038. Asimismo, solicitó que cautelarmente "se [lo] exima de sufrir tales retenciones y de la obligación de hacer pagos como abogado" (fs. 2).

2. A fs. 7 el Juzgado Federal interviniente se declaró incompetente para entender en estas actuaciones y dispuso su remisión a la Cámara CAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La causa fue recibida en el Juzgado de Primera Instancia CAyT Nº 1, donde la actora manifestó que por error inició la causa ante la Cámara Federal cuando debió haberla iniciado como recurso directo ante la Cámara CAyT local, y solicitó la elevación de la causa a la Cámara de Apelaciones en los términos del art. 98 de la ley 1181 (fs. 29). Con fecha 2/11/2006, el juez interviniente se declaró incompetente para entender en las actuaciones y ordenó remitir la causa a la Cámara de Apelaciones del Fuero (fs. 40).

3. La Sala II declaró su competencia y rechazó la medida cautelar a fs. 44 y vta. Habilitada la instancia (fs. 53) y corrido el traslado pertinente, rechazó el recurso interpuesto por el Sr. Calomite, con imposición de costas en el orden causado (fs. 80/83 vta.).

4. Contra dicha resolución, el accionante interpuso el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 87/90, que fue contestado por el demandado (fs. 94/103 vta.) y declarado admisible por la Cámara (fs. 105 y vta.).

5. Previo al llamado de los autos al acuerdo —y en atención a la entrada en vigencia de la ley 2.811—, se requirió a la parte recurrente que manifestase si mantenía interés en el recurso planteado (fs. 110).

A fs. 112, el actor manifestó "no mantener interés en [su] recurso planteado".

En oportunidad de contestar el traslado conferido, CASSABA solicitó que se proceda a declarar abstracta la cuestión planteada y que se la exima de costas (fs. 115/119).

6. El señor fiscal general adjunto en su dictamen propició el rechazo de la demanda interpuesta por haber devenido abstracta la cuestión allí planteada, en virtud de la entrada en vigencia de la ley 2811 (fs. 125/126 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención al desinterés del recurrente en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera (véase fs. 112) y a la falta de oposición de la CASSABA (fs. 119 y vta.), corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Alberto Calomite, dirigido a cuestionar la sentencia de la Sala II de fecha 18/3/2008, que fuera concedido a fs. 105 vta. por ese tribunal.

En cuanto a la distribución de las costas, toda vez que el desistimiento formulado a fs. 112 se debió a la entrada en vigencia de la ley 2811 con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, ellas deben ser soportadas en el orden causado (art. 67, segundo párrafo CCAyT).

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

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Sr. Alberto Calomite.

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

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

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

CXXI

"SOCIEDAD ARGENTINA DE CONTROL TÉCNICO DE AUTOMOTORES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN: 'SOCIEDAD ARGENTINA DE CONTROL TÉCNICO DE AUTOMOTORES S.A. C/GCBA S/CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS'"

RECURSO DE QUEJA.
RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O Casás).*

2. La sentencia que no pone fin al proceso ni tampoco resuelve algún punto que no pudiera ser reparado mediante el recurso que cuestionase la sentencia definitiva, no puede ser equiparada a tal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*

3. La petición subsidiaria de que se considere el recurso como una apelación diferida no fue oportunamente articulada ante la Cámara, con lo que el recurso de queja pretende entonces que el Tribunal resuelva una cuestión que al no haber sido planteada en la instancia correspondiente, no fue objeto de la decisión denegatoria impugnada, lo que no puede ser admitido conforme a la función revisora del auto de inadmisibilidad que cumple el recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*

4. La resolución impugnada no pone fin al litigio ni impide su continuación, y los argumentos vertidos en la queja no alcanzan para poner en crisis la denegatoria de la Cámara, sin perjuicio de que eventualmente, frente a la sentencia definitiva la actora podría eventualmente introducir sus agravios ante el Tribunal, siempre que conservaran actualidad y se encontraran satisfechos los demás requisitos exigidos por la ley 402, art. 38 y sus remisiones. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

5. El recurso ordinario de apelación no puede ser articulado contra un auto que limitado a rechazar la incorporación de hechos nuevos a la causa y denegar, consecuentemente una apertura a prueba en segunda instancia, no constituye sentencia ni material ni formalmente definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6201/08 - 18/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores S.A. (en adelante: SACTA) demandó a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante: ex MCBA), con el objeto de que se condene al Estado local a revisar el contrato de concesión celebrado el 9/11/1990 para la prestación del servicio de inspección técnica de vehículos radicados en la Ciudad de Buenos Aires. El fundamento: por actos, hechos y omisiones de la demandada y del Estado nacional se había provocado la ruptura de su ecuación económico-financiera. En subsidio, solicitó que se dé por rescindido el contrato a causa de incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la demandada. Para ambos supuestos peticionó, también, que se condene a la demandada a resarcir los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento y al pago de las costas (fs. 1/9 vta.).

2. La ex MCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 10/29).

3. El juez de primera instancia desestimó la demanda, con costas (fs. 31/38).

4. SACTA apeló la sentencia. En el escrito de expresión de agravios, además, acompañó documentos, denunció hechos nuevos, ofreció prueba y solicitó la apertura a prueba (fs. 39/113 vta.).

5. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) contestó el traslado sobre el hecho nuevo, solicitó el rechazo de su incorporación y efectos de ella, y el desglose de la documental acompañada con la expresión de agravios (fs. 114/116 vta.); seguidamente, respondió los agravios del recurso de apelación (fs. 117/121).

6. La Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió "Desestimar la denuncia de hechos nuevos interpuesta por la parte actora y rechazar el pedido de apertura a prueba. Con costas a la vencida..." (fs. 123/124).

Para así decidir, la Cámara recordó que "Conforme la demanda, los actos, hechos y omisiones alegados consisten fundamentalmente en la falta de reparación por parte de la concedente de los aranceles correspondientes a los vehículos que no concurrieron en los primeros diez meses de operaciones a efectuar la verificación técnica, en la sanción de la ley de convertibilidad, 23.928

y el dictado del dec. 692/92 del PEN y la resolución 417/92 de la Secretaría de Transporte"; y consideró que "los hechos nuevos denunciados por la actora no guardan una relación de identidad con el objeto procesal de la presente controversia tal como ha quedado planteada, por lo que corresponde su desestimación. 4. Que consecuentemente a lo expuesto [...] corresponde rechazar la apertura a prueba solicitada en relación a los hechos nuevos denunciados".

7. La actora planteó recurso de reposición y, subsidiariamente, ordinario de apelación a decidir por el TSJ contra esa decisión (fs. 125/133 vta.).

8. El GCBA solicitó el rechazo del recurso de reposición y destacó que no procede la apelación en subsidio, pues no está prevista en la ley procesal local y no se cuestiona una sentencia definitiva (fs. 134/136).

9. La Sala II rechazó la reposición y denegó el recurso ordinario de apelación por no dirigirse contra una sentencia definitiva (fs. 137 y vta.).

10. SACTA planteó, finalmente, la queja agregada a fs. 145/152 vta., a decidir actualmente. La actora sostuvo, en cuanto atañe a la admisibilidad del recurso de apelación, que: *a)* la regulación legal del recurso de apelación no establece el requisito de que la sentencia sea definitiva para la admisibilidad y procedencia de ese recurso; agregó a ello que el precedente del TSJ invocado por la Cámara ("Playas Subterráneas") se refería a una medida cautelar, "situación de menor importancia a la planteada por mi mandante en cuanto al hecho nuevo y la apertura a prueba" (fs. 145 vta.); *b)* la sentencia era equiparable a una decisión definitiva "por cuanto implica un gravamen irreparable para mi mandante toda vez que impide todo ulterior debate sobre la cuestión discutida y priva al recurrente del medio legal para obtener la tutela de su derecho" (fs. 147); *c)* la Cámara pudo "diferir resolver la cuestión [la concesión del recurso] para el momento del dictado de la sentencia definitiva", tal como lo dispuso el TSJ en ciertos precedentes (fs. 147 vta./148).

11. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto se expidió por el rechazo de la queja (fs. 162/163 vta.): a los efectos del recurso ordinario de apelación se entiende por sentencia definitiva "aquella que pone fin al litigio o impide su continuación, sin que la invocación de un gravamen irreparable permita subsanar la ausencia de tal recaudo.// Del concepto enunciado se desprende que el criterio utilizado para su calificación resulta ser mucho más estricto en los supuestos de tercera instancia ordinaria que en los casos de recursos de inconstitucionalidad, en los que se ha equiparado a sentencia definitiva resoluciones que causen un gravamen de insuficiente o imposible reparación ulterior" (fs. 163 y vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Como se verá seguidamente, el recurso ordinario de apelación —tal como fue planteado— fue correctamente rechazado por la Cámara de Apelaciones.

2. El Tribunal tiene resuelto —a partir de la sentencia dictada *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001— que, más allá del importe litigioso en cuestión en cada caso, el recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas.

El recurrente afirma correctamente que los arts. 38 de la ley 402 y 26, inc. 6º, de la ley 7, no mencionan la exigencia de que la sentencia recurrida sea "definitiva". Sin embargo, el Tribunal, en "Playas Subterráneas", desarrolló extensamente las razones de diversa índole (históricas, sistémicas, funcionales y constitucionales) por las que para habilitar la jurisdicción apelada en tercera instancia, deben presentarse ciertos supuestos excepcionales, siempre que se trate de una sentencia definitiva. En el caso, como el recurso versa sobre el rechazo de la apertura a prueba en segunda instancia, la decisión objeto del recurso ordinario de apelación no constituye sentencia definitiva. El recurrente señala que esa sentencia se refería a una medida cautelar, razón por la cual el criterio no puede ser trasladado a este caso, pues aquélla era una "situación de menor importancia a la planteada por mi mandante en cuanto al hecho nuevo y la apertura a prueba". El conocimiento que el actor manifiesta del precedente —y de otros fallos del Tribunal que cita en su queja— pone en evidencia que debía tomar a su cargo la tarea de rebatir todos los argumentos de una jurisprudencia que ya, con diez años de duración, es constante y proviene también del derecho nacional comparado (y no sólo la ausencia de previsión legal del requisito), esto es, todas las razones expresadas en esa sentencia para exigir que el recurso ordinario de apelación impugne una sentencia definitiva, condición básica del recurso sobre el que debe resolver el Tribunal. Quizás un solo ejemplo advierta sobre el particular: no hay duda acerca de que, si la sentencia final satisface su pretensión, él no podrá recurrir, pero también de que, en el caso contrario, podrá, a través del mismo recurso pero ante el TSJ, demandar la incorporación del hecho nuevo y la producción de la prueba ilegítimamente omitida (error *in procedendo*). El primer agravio, tal como ha sido formulado, somete a consideración del Tribunal una cuestión insustancial.

3. No obstante las afirmaciones de SACTA en punto al gravamen —a su juicio, posteriormente irreparable—, que le provoca la decisión cuestionada, con el fin de que se equipare la decisión a una sentencia definitiva (segundo

agravio de la queja), por razones que he ofrecido múltiplemente, yo no comparto el criterio que conduce a reconocer una tercera categoría en función de la idea de "equiparabilidad", sobrepuesta al binomio "sentencia definitiva"/"sentencia no definitiva" (conf. mi voto *in re* "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, resolución del 9/11/2005). En similar sentido, la CSJN, para el homónimo recurso ordinario de apelación de su competencia, ha sostenido que no es aplicable a ese recurso "la equiparación admitida para el recurso extraordinario respecto de los autos que causan gravamen irreparable" (*Fallos,* 249:682).

Lo cierto es que en el caso la sentencia recurrida no ha puesto fin al proceso y tampoco ha resuelto en forma definitiva algún punto que no pudiera ser reparado mediante el recurso que cuestionase la sentencia definitiva. A tal punto ello es así que la regulación procesal, en el art. 294, CCAyT, permite que la resolución que rechace el hecho nuevo sea apelable con trámite diferido; y si bien el art. 39 de la ley 402 expresa para el recurso ordinario de apelación que "[e]*n ningún caso, se admite la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos*", esta disposición no podría considerarse dirigida a impedir que el Tribunal pudiera revocar la eventual sentencia injusta, retrotraer el trámite del proceso —hasta el momento en que se rechazó la denuncia de hecho nuevo— y disponer que se admita y practique la prueba para luego dictar una nueva sentencia, si el hecho planteado ante la Cámara finalmente debiera ser admitido. Esto pretende decir que el segundo agravio también es insustancial, porque aun de admitirse la categoría que equipara decisiones interlocutorias a sentencias definitivas, no es correcto afirmar en el caso un *gravamen irreparable*.

Ahora bien, para que el Tribunal cuente con la posibilidad citada, la parte debe actuar en la instancia procesal correspondiente en la forma admitida por la ley.

4. El último agravio aparece, en verdad, como una petición subsidiaria: que se considere al recurso como una apelación diferida; pretensión que no fue oportunamente articulada ante la Cámara. En efecto, el recurrente no solicitó a la Sala que su apelación se concediese en forma diferida. El punto V de su escrito (fs. 133) nada expresa a ese respecto. Por lo contrario, como se observó en los puntos precedentes, SACTA cuestionó en la queja la exigencia de que se impugne una sentencia definitiva y solicitó que se considere al auto recurrido como equiparable a aquella.

De tal forma, la queja pretende que el Tribunal resuelva una cuestión que, al no haber sido planteada ante la instancia correspondiente, no fue objeto de la decisión denegatoria recurrida. Tal proceder no puede ser admitido conforme a la —única— función revisora del auto de inadmisibilidad que cumple el recurso de queja.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja planteada por SACTA a fs. 145/152 vta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja obrante a fs. 145/152 vta. cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara denegó el recurso ordinario de apelación que la actora interpusiera subsidiariamente contra la resolución de la Sala II que rechazó la denuncia de hechos nuevos y la solicitud de apertura a prueba obrante a fs. 88/113 vta.

Luego de citar el pronunciamiento dictado por el Tribunal en "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos" (expte. n° 860/01), los magistrados señalaron que la sentencia cuestionada no era definitiva, y por ello no admitieron el recurso ordinario.

3. La quejosa manifiesta:

i) que (fs. 145 vta.) "[l]a Cámara efectúa una interpretación del art. 38 de la ley 402 que no es la correcta y en consecuencia me agravia, toda vez que la norma que establece los recaudos para la admisibilidad del recurso (art. 26º, inc. 6º de la ley 189), no dice que la sentencia recurrida deba ser 'definitiva'";

ii) que (fs. 145 vta.) "[e]l único fallo al que hace mención la alzada ('Playas Subterráneas S.A. c/G.C.B.A. s/impugnación actos administrativos') para denegar el recurso ordinario, se refiere a una medida cautelar decretada por la Cámara, situación de menor importancia a la planteada por mi mandante en cuanto al hecho nuevo y la apertura a prueba";

iii) que (fs. 146) "[l]a decisión de la Cámara de desestimar el hecho nuevo y el pedido de apertura a prueba, cabe equipararla a una sentencia definitiva, por cuanto impide todo debate sobre una cuestión esencial para resolver el caso de marras, que son los graves incumplimientos —y sus efectos— cometidos por el GCBA en el contrato celebrado con mi mandante, antes y después de la interposición de la demanda"; y

iv) que (fs. 147 vta.) "(...) la Cámara hubiera podido diferir resolver (*sic*) la cuestión para el momento del dictado de la sentencia definitiva", como el Tribunal hiciera en los autos "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Núnez, Marcela Alejandra c/GCBA s/daños y perjuicios'" (expte. nº 1652/02, resolución del 25/9/2002).

4. El recurso ordinario de apelación fue correctamente denegado por la Cámara.

El Tribunal ha resuelto que el recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas ("Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001). En dicha ocasión, el Tribunal analizó la regulación del recurso ordinario en el orden federal y la jurisprudencia al respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También examinó el marco normativo local (CCBA y leyes 7, 189 y 402).

La Sala II aplicó con acierto el criterio establecido en el precedente citado. Si bien en la presente causa no se cuestiona la concesión de una medida cautelar como en "Playas Subterráneas", la decisión recurrida, al desestimar la denuncia de hechos nuevos y el pedido de apertura a prueba respecto de aquéllos, no constituye una sentencia definitiva. La resolución impugnada no pone fin al litigio ni impide su continuación, y los argumentos de la quejosa no alcanzan para poner en crisis la denegatoria de la Cámara, sin perjuicio de que eventualmente, frente a la sentencia definitiva, SACTA podría introducir sus agravios ante el Tribunal, siempre que conservaran actualidad y se encontraran satisfechos los demás requisitos exigidos por la ley 402, art. 38 y sus remisiones.

5. Por lo demás, cabe destacar que la ley 402 no prevé la interposición subsidiaria del recurso ordinario de apelación.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 145/152 vta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso ordinario de apelación fue correctamente denegado, toda vez que no puede ser articulado contra un auto que, limitado a rechazar la incorporación de hechos nuevos a la causa y denegar, consecuentemente, una apertura a prueba en segunda instancia, no constituye una sentencia ni material ni formalmente definitiva (conf. "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales' en: 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 4102/05, sentencia del 14/12/2005 y "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. lll, pp. 83 y ss., entre otros). A su vez, el recurrente no ha brindado motivos que puedan determinar el apartamiento de la regla que impone que el recurso ordinario sólo procede contra sentencias definitivas y, como principio, no permite las equiparaciones de igual especie a las que son admitidas en el supuesto del recurso de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada a fs. 145/152 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

La queja debe ser rechazada, ya que el recurrente no logró rebatir el fundamento en virtud del cual la Cámara denegó el recurso ordinario de apelación: la inexistencia de sentencia definitiva.

Este Tribunal, en múltiples precedentes (entre ellos, "Playas Subterráneas", resolución del 9/4/2001), expresó —y fundamentó— que el recurso ordinario de apelación previsto en los arts. 26, inc. 6º de la ley 7 y 38 de la ley 402, procede únicamente contra sentencias de carácter definitivo. Y en este supuesto, como acertadamente desarrolla el fallo denegatorio recurrido, el recurso ordinario de apelación interpuesto por SACTA resulta inviable ya que se dirige contra una sentencia no definitiva: la que desestimó la denuncia de hechos nuevos interpuesta por la parte actora y rechazó el pedido de apertura a prueba.

Sin perjuicio de ello, y como destaca la Dra. Ruiz en su voto, frente a la sentencia definitiva la actora podría replantear estos agravios ante el Tribunal, siempre que conservaran actualidad y se encontraran satisfechos los demás requisitos exigidos por la ley 402. Esta posibilidad con que cuenta la actora permite descartar la existencia del "gravamen irreparable" que invoca en su recurso.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso ordinario de apelación incoado por la parte actora ha sido correctamente denegado por el tribunal *a quo*.

2. Más allá de una cuestionable interposición *subsidiaria* del recurso ordinario efectuada ante la Cámara, basta señalar, como lo hace en su voto el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, que los cuestionamientos de la interesada no se dirigen contra una *sentencia definitiva*.

Además, si bien la quejosa ha resaltado la ausencia de una norma legal que establezca la exigencia del requisito antes señalado para el andamiento del recurso, no ha efectuado ningún desarrollo argumental concreto tendiente a poner en crisis los diversos fundamentos brindados por este Tribunal en su constante jurisprudencia en relación a este punto (*in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, sentencia del 9/4/2001, entre muchos otros). La circunstancia señalada priva de sustento a su postura y exime a este Tribunal de efectuar nuevas reflexiones al respecto.

3. Por otro lado, tampoco se ha intentado demostrar que el decisorio atacado —que desestimó la solicitud de apertura a prueba requerida a los jueces de la Cámara con apoyo en una denuncia de hecho nuevo— genere en cabeza de la recurrente un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, a fin de evaluar si correspondería equipararlo a uno de naturaleza definitiva (conf. mis votos *in re* "Playas Subterráneas S.A.", recién aludido, y "Unión de Tra-

bajadores de la Educación (U.T.E.) c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. n° 2593/03, sentencia del 21/4/2004, entre otros).

4. El modo en que aquí se resuelve no obsta a que, en tanto subsistan y se mantengan los agravios del recurrente, este estrado pueda adentrarse en el tratamiento de los planteos de marras por la vía recursiva pertinente y en el momento procesal oportuno, una vez dictada la sentencia definitiva por el tribunal superior de la causa. Ello, claro está, siempre que se encuentren satisfechos, en dicha circunstancia, los requisitos exigidos por la ley 402.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores S.A. y *dar por perdido* el depósito de fs. 144.

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

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

CXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MUSIC, MARCELO NICOLÁS S/INF. ART. 6.1.9 —PLACAS DE DOMINIO— LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Competencia. Sentencia definitiva. RÉGIMEN DE FALTAS: Placas de identificación de dominio. Delito. MINISTERIO PÚBLICO: Legitimación.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento que origina el recurso de queja no constituye una sentencia equiparable a definitiva, pues declaró la competencia del fuero

Contravencional y de Faltas para intervenir en la causa y ordenó remitir las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infracciones, sin privar con ello al Ministerio Público Fiscal de la posibilidad de ejercer ulteriormente sus facultades. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. En materia de faltas no existe ninguna norma que contemple la legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal, ni tampoco una remisión supletoria a otro ordenamiento adjetivo en ese punto, por lo que considerando que éste carece de legitimación para interponer ante el Tribunal Superior de Justicia los recursos de inconstitucionalidad y de queja en las causas contravencionales, no parece razonable, coherente ni aconsejable reconocerle legitimación en una materia de menor trascendencia o entidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El debate sobre la posibilidad de la comisión del delito previsto en el art. 289, inc. 3º del C.P., o de la falta contemplada en el art. 6.1.9. se relaciona con infracciones de "acción pública", susceptibles de ser investigadas tanto por el juez nacional interviniente, por la jueza contravencional, y por el controlador de faltas, ya que eventualmente, puede suceder que no exista obstáculo alguno para que la justicia nacional juzgue un delito y la ciudad aplique la ley de faltas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6111/08 - 18/5/2009

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía Nº 1 ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, interpuso recurso de queja (fs. 20/30) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 13/15) destinado a impugnar el pronunciamiento de la Sala I PCyF que había: *i)* declarado la nulidad del dictamen mediante el cual, el recurrente, desistía de la apelación articulada por el Ministerio Público contra la declaración de incompetencia decidida en primera instancia, a favor de la justicia nacional en lo correccional, que previno en el legajo principal; *ii)* revocado esa declinatoria a fin de declarar la competencia del fuero Contravencional y de Faltas para intervenir en los autos principales, relativos a la presunta comisión de la falta prevista en el art. 6.1.9 de la ley 451; y *iii)* ordenado remitir las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infracciones a sus efectos (fs. 3/5).

2. En su recurso de inconstitucionalidad el señor fiscal, luego de postular su legitimación para articular el remedio procesal intentado, bajo la invocación

de lo previsto por la ley 2303 (art. 268) y la ley 1217, sostuvo que atacaba "(...) una sentencia definitiva que ocasiona gravamen irreparable, existiendo un interés actual y directo en su revocatoria consistente, por una parte, en la violación de la *autonomía* funcional del Ministerio Público Fiscal y, por otra, en el dictado de una resolución careciendo de jurisdicción". Además, señaló que "(...) ante la inexistencia de pretensión punitiva de la parte acusadora, carece de todo sustento una condena del órgano jurisdiccional (...) la imparcialidad de la que goza el órgano jurisdiccional se da de bruces con la posibilidad de ser sólo él quien sostenga el interés punitivo estatal, cuando a quien por la naturaleza de sus funciones procesales le corresponde, carece o ha abandonado ese interés" (fs. 6 y 12).

3. La Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad por cuanto, si bien estimó que el pronunciamiento impugnado era equiparable a definitivo —al poner fin al debate en torno a la competencia e impedir cualquier discusión posterior sobre el tema—, sostuvo que el recurrente no logró vincular sus agravios con la afectación de las garantías constitucionales invocadas (arts. 12, inc. 5º, y 124 de la CCBA y 18 de la C.N.).

En la queja, el señor fiscal, postula que sus agravios "(...) han sido desechados mediante una argumentación aparente y meramente dogmática" y que el desistimiento del recurso del agente fiscal resultaba vinculante, dejando a la alzada sin facultad jurisdiccional para resolver sobre la cuestión de competencia material (fs. 25 vta. y 28 vta.). Todo lo cual, a su criterio, configura un caso constitucional por afectación de los preceptos constitucionales oportunamente invocados (arts. 12, inc. 5º, y 124 de la CCBA y 18 de la C.N.).

4. A fs. 38/42, el señor fiscal general adjunto, por compartir el criterio sustentado por el recurrente y, además, estimar vulnerado el sistema acusatorio así como la independencia funcional del Ministerio Público que consagra la CCBA, propició hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, declarando la nulidad del pronunciamiento impugnado (fs. 42).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJ *in re* "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

En tal contexto, no puede considerarse que el pronunciamiento que origina la queja constituya una sentencia equiparable a definitiva —como sostuvo el *a quo*—, pues declaró la competencia del fuero Contravencional y de Faltas para intervenir en la causa y ordenó remitir las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infracciones. Cualquiera sea el acierto o error de ese pronunciamiento, la decisión atacada podría posibilitar un ejercicio ulterior de las potestades a cargo del Ministerio Público Fiscal y, además, uno mayor que aquel que resultaba de la declaración de incompetencia que fue revocada por el *a quo*. Por lo tanto, los agravios del recurrente tampoco demuestran que la sentencia impugnada provoque un perjuicio irreparable que permita equiparar la sentencia impugnada con una definitiva.

Al margen de la opinión que pudiera suscitar el derrotero procesal que la Sala I PCyF imprimió a las actuaciones, lo cierto es que el recurso intentado no otorga al Tribunal potestades para revisar cualquier sentencia sino, por regla, las que cumplen los requisitos previstos por el art. 27 de la ley 402. Esa exigencia no es soslayable en función de la gravedad de los defectos del pronunciamiento si no está en juego un derecho que el ordenamiento jurídico reconozca como precisado de tutela inmediata. Tal supuesto no sólo no aparece configurado en autos, sino que resulta difícil de imaginar como investido en el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, o confiado a su defensa, ante un pronunciamiento que resolvió una cuestión de competencia a favor de la jurisdicción de la Ciudad que lo instituye.

Por las razones dadas, voto por rechazar la queja articulada a fs. 20/30.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, pues los argumentos que expone bastan para decidir el rechazo de la queja interpuesta a fs. 20/30.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al fundado voto de mi colega Luis F. Lozano. Ello así, sin perjuicio de considerar que en autos la cuestión relativa a la legitimación procesal del interesado se presenta —algo— dudosa. En efecto, dado que la discusión sometida a consideración del Tribunal radica en establecer si esta Ciudad es competente a raíz de la calificación legal elegida para la conducta investigada, es decir, si se trata de una falta administrativa como lo afirma la Cámara para sostener su radicación en sede local (art. 6.1.9, ley 451) o si se trata de un delito de competencia de la justicia nacional como lo afirma el fiscal de Cámara (art. 289, inc. 3º, C.P.), la ley procesal que correspondería aplicar a esta causa no estaría determinada aún con carácter definitivo, pues dependería necesariamente de dicha discusión: en un caso la ley 1217, o, si se tratara de un delito, el CPP local

(ley 2303) o el CPPN según el fuero al que le correspondería su investigación y juzgamiento. De allí que el fiscal de Cámara, para fundar su aptitud procesal para acceder a este estrado, se refiera indistintamente a estos ordenamientos. Sin embargo, en mi concepto, la situación difiere según cuál de ellos se entienda aplicable, por las razones que expondré a continuación.

Ya he fijado opinión a favor de conceder legitimación al representante del Ministerio Público Fiscal en las causas penales (*in re*, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos: 'Saavedra, Walter Ernesto s/inf. art. 81 del CC —oferta y demanda de sexo en espacio público—'", expte. nº 6230, sentencia del 12/2/2009) pero también me he pronunciado por negársela en las causas contravencionales, sea que lo haga en perjuicio o en beneficio del contraventor (*in re*, "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. n° 110/99, resolución del 22/10/1999; o, entre otras, "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 339/00, resolución del 5/9/2000).

Ahora bien, no había tenido hasta el momento oportunidad de explicar mi criterio sobre esta cuestión en una causa en la que se persigue o juzga la comisión de una falta administrativa y, para disipar toda duda, adelanto que me inclino por no conceder legitimación procesal al Ministerio Público Fiscal. El fundamento que utilicé para negar o reconocer ese extremo en las causas contravencionales y penales provenía directa y expresamente de las normas procesales aplicables a esas materias (arts. 53, ley 12, y 267, ley 2303) porque consideré que tal situación había sido contemplada claramente por el legislador local o por lo menos era posible inferir cuál había sido su voluntad. En materia de faltas, por lo contrario, no hay ninguna regla de esta clase, ni remisión supletoria a otro ordenamiento procesal en ese punto, que permitan derivar cuál debe ser la situación procesal del Ministerio Público Fiscal frente a los recursos que pueden interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia, es decir, si se encuentra o no legitimado para deducirlos o si dichos recursos de carácter excepcional se encuentran solamente previstos para el infractor. De cara a todo ello no parece razonable, coherente, ni aconsejable restringir la efectiva participación de ese Ministerio en la materia contravencional y no hacerlo en otra que —objetivamente analizada, en su conjunto— reviste una menor trascendencia o entidad. El criterio que propicio, entonces, a falta de una norma expresa que resuelva la cuestión, es el de la razonabilidad.

Esta solución no varía a la luz de la ley que regula los procedimientos ante el Tribunal (nº 402), pues ésta sólo se refiere a "las partes interesadas" en la controversia y a la posibilidad de darles la oportunidad de opinar sobre los planteos realizados por la contraria, oportunidad que el Ministerio Público

Fiscal tiene legalmente garantizada en función de la ley 1903 (art. 29, inc. 1º), mas no regula por sí sola quién o quiénes son los actores facultados para recurrir al Tribunal. En cuanto al "interés" que, eventualmente, podría tener o perseguir el Ministerio Público Fiscal en la proposición de planteamientos de excepción ante el Tribunal cobra fundamental importancia el hecho de que el "procedimiento *judicial* de faltas" (Título II, ley 1217) haya sido legalmente estructurado y organizado sobre la base de una posible prescindencia de la intervención del Ministerio Público Fiscal —por ejemplo, el art. 41, *in fine*, ley 1217, en cuanto lo autoriza directamente a no intervenir en el proceso o el art. 17, inc. 3º, ley 1903, que no lo obliga a "[p]romover y ejercitar la acción pública" de faltas, como sí lo obliga con relación a las contravenciones o los delitos—. En este sentido, esta potencial prescindencia, sobre cuyo acierto o desacierto no corresponde expedirse en autos, tiende a relativizar, minimizar o debilitar el interés que podría caberle a un fiscal en los procesos seguidos por la infracción al Régimen de Faltas (ley 451), prescindencia y escaso interés que el legislador debió tener presente, muy probablemente, en razón de la menor relevancia de este universo de conductas ilícitas.

Por ello, entiendo que los representantes del Ministerio Público Fiscal no se encuentran habilitados para peticionar la intervención de este Tribunal Superior de Justicia en las causas de faltas, al margen de que no sea éste el motivo del rechazo de su presentación.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, Luis. F. Lozano, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el Ministerio Público Fiscal (fs. 20/30).

2. El recurso de inconstitucionalidad, que precede al recurso de hecho, no se encuentra dirigido contra una sentencia definitiva conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. En efecto, la resolución en cuestión (fs. 3/5) declaró la nulidad del dictamen fiscal de fs. 1/2, revocó la declaración de incompetencia dispuesta por el juez de primera instancia, aceptó la competencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas para intervenir en la causa y ordenó la remisión de las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infractores.

La Fiscalía tampoco ha dado razones que autoricen, con fundamento en los derechos constitucionales que invoca, a considerar que la resolución de fs. 3/5 pueda ser equiparada a definitiva.

La recurrente se limitó a señalar que la decisión en crisis "...al declarar la competencia de este fuero para entender en la causa —sin jurisdicción— ha

resuelto de modo definitivo sobre el punto, siendo irrevisable ello en la sentencia definitiva y no siendo susceptible de revisión por otra instancia local ordinaria" (fs. 7). Sus dichos no alcanzan a superar el obstáculo aludido (ausencia de pronunciamiento definitivo). Más aún cuando, como ocurre en el caso, no denunció afectación alguna a derechos constitucionales del imputado.

3. Voto, en consecuencia, por el rechazo de la queja interpuesta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El caso se presenta como una discusión (puramente académica o, al menos, similar a ella) acerca de la posibilidad de la comisión del delito previsto en el art. 289, inc. 3°, C.P., o de la falta prevista en el art. 6.1.9 de la ley local 451. La verdad es que, dado el caso, tanto el posible delito como la falta posible son infracciones de "acción pública", de manera tal que tanto el juez nacional interviniente, como la jueza contravencional y, en nuestro caso, el controlador de faltas, según la ley procesal deben intervenir para determinar el hecho real cometido. Eventualmente, puede suceder que no exista obstáculo alguno para que la justicia nacional juzgue un delito y la Ciudad aplique su ley de faltas: así lo ordenaba el antiguo "Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y los tribunales de la Capital y territorios nacionales", en su art. 7º; se trata, según la doctrina, de la carencia de la tercera identidad —*eadem causa petendi*— como requisito propio del principio *ne bis in idem*; en idioma coloquial, una excepción —al lado de otras— racional a la aplicación del principio citado.

Según se observa, todo el conflicto es, a mi juicio, una ilusión y tal ilusión no tiene asidero alguno en la aplicación de una regla constitucional.

2. Por otra parte, agrego que el hecho de que la Cámara no consienta la explicación del Ministerio Público Fiscal, al desistir del recurso, de manera alguna quiere significar que ese desistimiento sea un acto infundado (véase mi voto en "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en: 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 5381/07, sentencia del 12/3/2008).

3. Frente a estas explicaciones huelga decidir en este caso sobre la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir ante el Tribunal en este proceso, pues ni siquiera él ha demostrado un agravio, y menos aún, que él se haya producido por lo dispuesto en una sentencia definitiva.

4. Corresponde, por lo expuesto, rechazar el recurso de queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 20/30.

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

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

CXXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BELMONT, MARTÍN FEDERICO S/INFR. ART. 111 DEL CC —CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes. PROCESO CONTRAVENCIONAL: Suspensión del proceso a prueba. Sistema acusatorio. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja porque la fiscalía carece de legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad según la ley contravencional, en razón de que las garantías del proceso penal abarcan al imputado y no al Estado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. Las cuestiones que suelen suscitarse en todo proceso contravencional, en general remiten al examen de problemas que por su naturaleza resultan extraños al remedio extraordinario federal, pues el respeto de las autonomías locales exige que se reserve a sus jueces conocimiento de las causas que versan sobre aspectos propios de de la jurisdicción local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La circunstancia de que la ley procesal conceda al agente fiscal un recurso de apelación (art. 51 de la ley 12) contra la sentencia de primera instancia

—sea absolutoria o condenatoria—, y no le reconozca la posibilidad de deducir un recurso de inconstitucionalidad (art. 53 de la ley 12) contra la sentencia de Cámara no lesiona garantía alguna y es una cuestión de política legislativa meramente local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde.)*

4. Cuando se trata de un proceso contravencional, el art. 53 de la ley 12, como regla general no concede al fiscal en el marco de su rol de acusador, la posibilidad de acudir 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 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que de la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. El modo en que ha quedado resuelta la cuestión configura un manifiesto exceso jurisdiccional, en el que los jueces se atribuyeron facultades y un margen de control en relación con la *probation* que les brinda la potestad de impulsar o no la acción contravencional y la posibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba aunque mediare la oposición del fiscal, a quien sustituyeron en el ejercicio de la acción para lo cual estaba investido privativamente por la ley en directa aplicación del sistema acusatorio. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La razón por la que la suspensión del proceso a prueba está sometida a resolución del juez es para asegurar que un acuerdo que genere cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se den ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano.)*

7. Establecido el significado que a la luz de la constitución de la CABA (art. 13, incs. 3º y 106) corresponde atribuir al art. 45 del CC, resulta evidente que el *a quo* no pudo afirmar válidamente que la opinión del fiscal no es vinculante para decidir acerca de la concesión de la suspensión del proceso a prueba, por lo que deben ser revocadas las sentencias de primera y segunda instancia y las actuaciones devueltas para su radicación ante el juzgado y sala de cámara distintos de los que tuvieron intervención. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6236/08 - 18/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa, a pesar de la oposición expresa del representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 10/14). Apelada esa decisión por

el fiscal (fs. 15/23), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas confirmó la resolución (fs. 35/38).

2. Contra esa decisión la señora fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 40/45) que, al ser denegado por la Sala I (fs. 62/64), motivó la articulación de esta queja (fs. 66/73).

En esta presentación directa, la recurrente "solicita se declare el efecto suspensivo de la interposición de la presente queja, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, todo ello a efectos de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto" y para que "no se torne abstracta la reserva de caso federal oportunamente realizada" (fs. 73).

3. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recurso deducido, como así también la solicitud dirigida a que se le otorgue efecto suspensivo. Sobre las demás cuestiones incluidas en la queja, y en el recurso de inconstitucionalidad denegado, propició que el TSJ hiciera lugar a ambos recursos y, en consecuencia, que declare la nulidad de las decisiones cuestionadas a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 77/81).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La fiscalía no tiene recurso de inconstitucionalidad, según la ley contravencional. Es fácil imaginar por qué no tiene ese recurso: porque las garantías del proceso penal, al menos hasta ahora, abarcan al imputado y no al Estado.

De tal manera, ninguna cuestión federal puede existir para el Ministerio Público Fiscal, representante estatal de la persecución penal.

2. Suena ridículo suspender la suspensión del proceso a prueba. ¿Qué quiere la señora fiscal que se suspenda? ¿El cumplimiento de las obligaciones impuestas al acusado? ¿El inicio del cómputo del plazo por el cual fue suspendido el proceso? A la fiscalía nada le impide continuar con la investigación y luego oponerse al sobreseimiento para lograr la acusación.

3. Por las razones expuestas, propongo rechazar el recurso de queja agregado a fs. 66/73.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Corresponde rechazar la queja que interpusiera la Fiscalía de Cámara a fs. 66/73.

El Ministerio Público Fiscal carece de legitimación procesal para recurrir ante el Tribunal en función de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 12.

Las garantías constitucionales invocadas como fundamento del recurso fiscal no pueden ser opuestas por su parte dado que no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de hecho presentado por la fiscal de Cámara a fs. 66/73.

La jueza Ana María Conde dijo:

La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no obstante lo cual coincido con el señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, en que debe ser rechazada por defectos formales. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal no tienen posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de una causa contravencional, pues la ley procesal y específica que gobierna la materia no los habilita para hacerlo, sino que sólo confiere esa posibilidad al "contraventor" (art. 53, ley 12). En mi concepto, tal restricción opera tanto cuando la Fiscalía pretenda recurrir a favor o cuando lo haga en contra del contraventor. Si bien la recurrente intenta argumentar que aquí concurre una "cuestión federal" que eventualmente podría provocar el conocimiento de la CSJN, lo cierto es que la demostración concreta de ese extremo excepcional —demostración que, por cierto, entiendo de gran complejidad argumentativa en este tipo de procesos— no aparece desarrollada apropiadamente en esta presentación y no ha sido seriamente cuestionada la constitucionalidad de la limitación recursiva por este —ni por otro— motivo (*Fallos,* 312:627; 314:916; 324:1733).

Las cuestiones que suelen suscitarse en todo proceso contravencional, en general, remiten al examen de problemas que por su naturaleza común o local resultan extraños al remedio extraordinario federal, pues el respeto de las autonomías locales exige que se reserve a los jueces de la jurisdicción el conocimiento de las causas que versan —en lo sustancial, como en autos— sobre aspectos propios de la jurisdicción local (*Fallos,* 292:625). Las normas procesales en materia contravencional son normas locales y es lógico que el derecho local resulta autónomo, mientras no lesione una garantía prevista a favor del condenado —todavía inexistente en el caso—, para decidir cuántos recursos y qué tipo de recursos pueden interponer los diferentes actores del procedimiento. En consecuencia, el hecho de que la ley procesal conceda al agente fiscal un recurso de apelación (art. 51, ley 12) contra la sentencia de primera instancia —sea absolutoria o condenatoria— y no le reconozca la posibilidad de deducir un recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) contra la sentencia de cámara "no lesiona garantía alguna y es una cuestión de política legislativa meramente local" (véase voto que suscribiera junto a los doctores Maier y Ruiz, *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional [y de Faltas]— s/queja por recurso de queja

denegado en: 'Otero, Matías Alejo y otros s/art. 41 CC [ley 10] —apelación—'", expte. nº 2580/03, sentencia del 11/2/2004), política legislativa, cuyo acierto o desacierto no ha sido seria y concretamente controvertido con sustento en la Constitución local o nacional.

Nada de lo anterior ha sido modificado por el art. 268, ley 2303. Tal disposición general otorga a los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin distinguir su grado o jerarquía, la potestad para "recurrir *siempre* a fin de controlar la legalidad del procedimiento", cualquiera que fuere el alcance que en su momento corresponda dar a esta expresión, e incluso para recurrir "en favor" del imputado, pero, en lo que ahora importa, dicha disposición ha sido instaurada para un universo de conductas ilícitas que revisten mayor entidad y trascendencia, esto es, para los delitos y no para las contravenciones o las faltas administrativas.

Sin perjuicio de compartir muchas de las razones que expone el señor juez Luis F. Lozano en su voto, con relación a la (des)interpretación del art. 45 de la ley local 1472, considero que no están dadas las condiciones en el caso ni es ésta la ocasión en la que corresponda revisar y/o excepcionar el criterio que invariablemente he sostenido en esta materia.

Voto entonces por *rechazar* formalmente esta presentación.

El juez José O. Casás dijo:

La queja presentada por la señora fiscal de Cámara debe ser rechazada.

La recurrente argumenta que el Ministerio Público Fiscal estaría legitimado en el caso para articular el recurso de inconstitucionalidad intentado y, en consecuencia, esta presentación directa ante el Tribunal. Para ello argumenta, en síntesis, que "se ha puesto en crisis la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, órgano con autonomía funcional, cuya función es 'promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República' (arts. 120 C.N. y 124 y 125, CCBA)" (fs. 67).

Si bien la recurrente reconoce que la jurisprudencia del Tribunal niega al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de recurrir ante esta instancia, entiende que algunos de sus integrantes la admiten cuando se encuentran configurados "supuestos de excepción" o "se desarrollen razones que justifiquen apartarse del criterio general" (con cita de los votos de mis colegas, doctores Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz *in re* "Ministerio Público —fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángel Martín s/inf. art. 85, CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. n° 6065/08, resolución del 24/9/2008) a lo que agrega que los jueces de este Tribunal "no se han expedido mayoritariamente sobre la aplicación

supletoria del art. 268 CPPCABA en el ámbito contravencional, que establece que el/la fiscal podrá recurrir siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento" (fs. 67).

Ante este planteo he de señalar, conforme ya lo sostuviera en el fallo citado precedentemente, entre tantos otros, que cuando se trata de un proceso contravencional, el art. 53, ley 12, como regla general, no concede al fiscal, en el marco de su rol de acusador, posibilidad 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 L.O. del Poder Judicial), ya que de la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor (véase mis votos *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. n° 110/99, resolución del 22/10/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 570 y ss. y "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 339/00, resolución del 5/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 247 y ss.). En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, quien no expuso razones que justifiquen el supuesto de excepción al que se refiere, la cuestión ha sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resulta de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPPCABA.

Lo expuesto basta para afirmar que la vía intentada —en función del sujeto procesal que se vale de ella— no puede habilitar la intervención de este Tribunal.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Al confirmar la sentencia de primera instancia que había concedido la suspensión del juicio a prueba (art. 45 del CC), pese a la oposición manifestada por el fiscal, la Sala I de la CPCyF sostuvo que de la norma citada se desprende que "(...) el instituto en cuestión consiste en un derecho para el imputado, quien posee la facultad acordada por la ley sin que ella pueda ser negada en la práctica mediante una oposición, lisa, llana, e incondicionada a la procedencia de dicho acuerdo, si se dan los requisitos legales". Agregó luego que si bien "(...) la tarea que la ley asignó al órgano jurisdiccional se limita a resolver sobre dicho acuerdo reservándose la facultad de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza (...) se advierte que la ley no previó solución para los supuestos en los cuales la

facultad legalmente reconocida al imputado para acordar la suspensión del juicio a prueba no pueda ser ejercida debido a la existencia de una drástica oposición a la procedencia de dicho derecho, omisión que no puede resultar equivalente a negar el derecho en tales supuestos". En tal contexto estimó que "(...) la resolución en crisis, lejos de resultar lesiva de principios constitucionales, encontró una adecuada solución a la negativa fiscal de acordar la suspensión del juicio a prueba que le reconoce la ley. Asimismo, las reglas de conducta aceptadas por la Magistrada de Grado no aparecen como desproporcionadas en relación a la conducta endilgada, máxime a falta de cuestionamiento fiscal sobre el punto específico" (fs. 36 vta. y 37/38).

2. El modo en que ha quedado resuelta la cuestión que motivó la intervención del *a quo* configura, por las razones que luego desarrollaré en profundidad, un manifiesto exceso jurisdiccional. Las atribuciones y el margen de control que los jueces se atribuyeron en relación con el instituto de la *probation* excede el que marca la ley (art. 45, CC) y permite la CCBA (art. 13, inc. 3º). La distorsión provocada llega a tal punto que la potestad de impulsar o no la acción contravencional queda reivindicada como propia del juez. No es otra la consecuencia de propiciar que, en esta materia, la opinión del fiscal no es vinculante para el magistrado y que, por ello, es posible conceder la suspensión de un juicio a prueba aunque el fiscal no hubiera prestado su conformidad para celebrar el acuerdo. Se trata, en definitiva, de sustituir al fiscal y privarlo de la posibilidad de decidir sobre el ejercicio de la acción contravencional para lo cual estaba investido privativamente ese Ministerio Público.

La gravedad de la cuestión cobra dimensión si se advierte que el resultado que engendra la tesitura de la Cámara —que no es otro que ampliar el ámbito de actuación de los jueces a expensas del ministerio al que compete decidir sobre el ejercicio de la acción—, por su contenido y alcance, sólo podría derivar de una norma. El efecto no es el de una sentencia que resuelve un caso desacertadamente sino, en cambio, el de una que permitirá apartarse sistemáticamente de la ley y la CCBA.

En tal sentido, resulta evidente que la decisión de la Cámara compromete de modo principal la inteligencia asignada a cláusulas de la CCBA (arts. 13, inc. 3º y 106) cuya interpretación en última instancia corresponde a este estrado (art. 113, inc. 2º, de la CCBA).

3. Por un lado, entonces, el pronunciamiento de autos remite al análisis de cuestiones de índole constitucional que, además, revisten influencia determinante para el normal desarrollo de la función jurisdiccional. Sin embargo, por otro, la solución del punto en esta instancia quedaría clausurada por las limitaciones que impone, en materia recursiva, el art. 53 de la ley 12.

Nótese que las facultades cuyo ejercicio se han arrogado los jueces de la causa recortan el ámbito de actuación del Ministerio Público Fiscal, en particular

el poder de suspender o no el ejercicio de la acción contravencional mediante la *probation*. En tales condiciones, cuando el acusador público defienda el ejercicio de las potestades afectadas por el pronunciamiento impugnado no vendrá a obrar a favor del imputado ni, por regla, pondrá en juego la decisión de cuestiones federales; únicos supuestos en los que se ha admitido su legitimación para articular el recurso de inconstitucionalidad y la queja por su denegatoria en consonancia con lo previsto por la norma procesal ya citada (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángelo Martín s/inf. art. 85 CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. nº 6065/08, sentencia del 24/9/2008).

A su vez, dado que el Ministerio Público integra el Poder Judicial (art. 124, CCBA) la hipótesis de un conflicto de poderes, pensable cuando el ministerio fiscal depende del Poder Ejecutivo, desaparece.

En suma, la gravedad de las consecuencia que proyecta el fallo impugnado a nivel institucional y la inexistencia de una vía alternativa e idónea para que el Tribunal se expida sobre las cuestiones en debate, imponen habilitar esta instancia de excepción a fin de no frustrar el ejercicio de competencias propias de este estrado.

4. Despejado lo anterior, corresponde señalar que el art. 13, inc. 3º, de la CCBA consagra a favor de los habitantes de la Ciudad el "sistema acusatorio". Ese sistema constituye una forma de ordenamiento de los procesos y, en verdad, de concebir el rol de los jueces. A su vez, como toda previsión constitucional, tiene que ser observada por todos los órganos de la Ciudad, a saber: por el legislador cuando dicta las leyes, por el Poder Ejecutivo cuando las aplica y, por último, por los jueces, los que deben adaptar sus interpretaciones de las leyes de modo de ponerlas en armonía con las normas a las que el art. 31 de la C.N. y la CCBA ponen en la cima del orden jurídico. En ese marco, para lo que ahora importa, quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro. Esto significa que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. Es decir, los jueces no pueden obrar a su propia instancia. Una parte legitimada a ese fin debe estimularlos. A su vez, la razón por la que la suspensión está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al Ministerio Público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. Pero el acuerdo es entre las partes, y el juez no puede sustituirlas ni sujetar su decisión de pactar a un control más extenso que el que marca la ley y

permite la CCBA. No constituye razón ni materia de ese examen la decisión de impulsar o no la acción pública. Es esta cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del "sistema acusatorio". La intervención del juez apunta a anticipar un pronunciamiento acerca de la validez de los compromisos que pactan recíprocamente fiscal e imputado, a saber, no impulsar la acción el primero, y cumplir ciertas cargas, el otro. Sin el pronunciamiento del juez, cabría al fiscal no acusar, pero no constituiría un derecho del imputado repeler ese hipotético impulso mostrando una conducta adecuada al cumplimiento de sus compromisos, a la ley en general o el agotamiento de un plazo. La emisión de esa resolución —de naturaleza judicial, y cuyo contenido es, por lo dicho, el de una homologación— constituye el modo en que las cargas y los derechos que de ellas se proyectan (que son causa fin de la suspensión) tengan el alcance que la ley les otorga. La homologación convierte el compromiso asumido por el Ministerio Público Fiscal de no proseguir el proceso mientras éste se encuentre suspendido, en un derecho del sujeto imputado, que, como tal, podrá ser invocado por él en el supuesto que eso no ocurra. También hace nacer a favor del imputado el derecho a que se extinga la acción cuando se haya observado correctamente el cumplimiento de las "reglas de conducta" acordadas y no hubiera cometido una nueva contravención (conf. lo dispuesto en el cuarto párrafo del mencionado art. 45). A su vez, visto desde el ángulo del Ministerio Público Fiscal, dicho acto judicial le otorga el derecho a reclamar el correcto cumplimiento de las "reglas de conducta" por el tiempo que fuesen acordadas. Dichos derechos y obligaciones no podrían ser asumidos "contractualmente", se necesita un acto judicial para su consagración y esto es, justamente, lo que viene a hacer el acto de la homologación. Esa circunstancia explicita los motivos principales de por qué resulta necesaria la aprobación por parte del juez del acuerdo celebrado entre las partes, en un proceso que se encuentra regido por el "sistema acusatorio", como lo es el contravencional (conf. mi voto *in re* "Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 3/12/2008).

Desde esa perspectiva, para el asunto que nos ocupa, la decisión del juez de pasar por sobre la voluntad expresada por el fiscal de no consentir la *probation*, se convierte en un modo de enervar la acción contravencional, que el fiscal pretende obviamente ejercer, sin causal alguna prevista en la ley a ese efecto. Dicho en otras palabras, a un conjetural pero previsible pedido de elevación a juicio, el juez, contestaría que el "acuerdo" que él ha homologado veda momentáneamente acceder a la petición fiscal.

A su turno, el contenido mismo de los compromisos que asumiría el procesado en dicha *probation* vendrían a quedar escogidos por el juez junto con el procesado, lo cual supone tanto soslayar inadmisiblemente al fiscal

como exceder no menos inadmisiblemente el rol de juez, pues no importaría pronunciamiento imparcial acerca del posible vicio de la voluntad de quien asume los compromisos, sino acerca de la legitimidad y oportunidad de lo que ha aceptado también obrando de hecho como parte.

5. Establecido el significado que a la luz de la constitución de la CCBA (art. 13, inc. 3º y 106) corresponde atribuir al art. 45 del CC, resulta evidente que el *a quo* no pudo afirmar válidamente que la opinión del fiscal no es vinculante para decidir acerca de la concesión de la suspensión del proceso a prueba.

A su vez, en tanto las consideraciones formuladas respecto de las cuestiones planteadas en autos, relativas exclusivamente a aspectos de derecho (v. gr., art. 45 CC, art. 13, inc. 3º y 106 de la CCBA), agotan el debate en torno a los agravios oportunamente articulados por el Ministerio Público Fiscal y sin que quede asunto alguno pendiente de decisión, corresponde revocar el decisorio de fs. 35/38 así como el de fs. 10/14 y devolver la causa a sus efectos (art. 31, ley 402). Pese a ello, dado que según surge de lo deliberado en el acuerdo este voto constituye una disidencia, no corresponde requerir los autos principales en orden a completar las constancias que justifican la solución indicada, dispuesta por tanto, sobre la base de los antecedentes que obran en estas actuaciones.

En consecuencia, las razones expuestas que servirían para otorgar efecto suspensivo a la queja, imponen directamente la necesidad de revocar las sentencias mencionadas, declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la primera de ellas, devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se radique la causa ante un juzgado así como, en su oportunidad, una sala distintos de los que ya tuvieron intervención, y se remita copia de esta sentencia a la titular del Juzgado PCyF Nº 20 y a la Sala I PCyF.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 66/73.

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

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

CXXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MOÑITA, PEDRO PABLO GONZALO Y OTRO C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional.
Pronunciamiento *extra petita.* Derecho de defensa.
Principio de congruencia. Docente. Regularización previsional.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja pues el agravio relativo a la alegada violación del principio de congruencia, por haberse pronunciado los jueces de grado sobre una cuestión no planteada en la demanda no puede prosperar, porque la interpretación de los escritos constitutivos de la litis para determinar el alcance de las pretensiones es por regla, de resorte exclusivo de los jueces de mérito; y además, el proceso no se ha resuelto *extra petita*, pues 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 del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde).*

2. No se puede tener por afectado el derecho de defensa del recurrente cuando no se muestra la relación directa entre lo resuelto con base en la interpretación de lo peticionado por la litigante y la referida cláusula constitucional ni, por lo demás, de qué defensas se habría privado como consecuencia del alcance asignado por los jueces de mérito a la pretensión de los actores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Se debe rechazar el recurso de queja que no cumple el requisito mínimo enunciado reiteradamente por este Tribunal, que es la formulación de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Los recursos de queja y de inconstitucionalidad deben ser admitidos parcialmente en relación con el mandato impuesto por el juez en la sentencia confirmada por la Cámara al Gobierno de la Ciudad, de presentarse ante el organismo previsional competente, porque se refiere a una petición que no está comprendida en la demanda. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6197/08 - 20/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Pedro Pablo Gonzalo Monita, Nilda Diana Solís, Martha Amalia Vicjan de Gugiard, Teresita Hemilce Albornoz y María Margarita Melega, personal docente dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) plantearon una demanda para que se declarase la inconstitucionalidad de los decs. 4937/91, 5261/91, 396/98 y 1442/98 en cuanto establecieron el carácter "no remunerativo" o "no bonificable" de los diversos adicionales allí creados. Consecuentemente, peticionaron que se obligase al GCBA demandado a incluir tales suplementos —incorporados a sus salarios mediante los códigos 020, 094, 095, 096, 097 y 206— dentro del rubro sueldo. También solicitaron que se les abonasen las diferencias devengadas ya que "...desde el momento de su aplicación ha generado diferencias en perjuicio de los actores, que más allá de la diferencia mensual que pueda resultar, viene reduciendo injustificadamente el importe que perciben en concepto de Sueldo Anual Complementario (SAC) y lo que es más grave aún, afecta su futuro haber jubilatorio..." (fs. 1/6).

El GCBA contestó la demanda y se opuso a su procedencia (fs. 7/16 vta.).

2. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda. En particular, declaró el carácter remunerativo de los suplementos creados por los decs. 4937/91 y 5787/91 y ordenó al estado local que abonase las diferencias salariales adeudadas por esos conceptos. También dispuso que el GCBA "deberá presentarse ante el organismo previsional y, allí, arribar a una solución acorde con las particularidades del caso" (fs. 17/18). Las costas fueron impuestas al GCBA.

3. La demandada apeló la sentencia (fs. 19/23 vta.). Los actores contestaron el memorial de agravios (fs. 24 y vta.).

4. La Sala I de la Cámara CAyT rechazó el recurso de apelación interpuesto por el GCBA, con costas (fs. 25/27 vta.).

En lo que interesa a los fines de esta queja, la Cámara consideró que la regularización de la situación previsional dispuesta en el fallo recurrido había sido peticionada por los actores en la demanda y, por ende, entendió que la sentencia de primera instancia no había afectado el principio de congruencia.

5. El demandado interpuso recurso de inconstitucionalidad. Entendió que la decisión de la Cámara era arbitraria porque lo condenaba a realizar aportes previsionales que no integraron el objeto litigioso. En ese orden de ideas, el

recurrente consideró violados la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, consagrados en los arts. 18 de la C.N. y 10 de la CCBA (fs. 30/35).

Los actores se opusieron a la admisibilidad y procedencia del recurso (fs. 36/37).

6. La Sala I no concedió el recurso de inconstitucionalidad (fs. 38/40).

7. El GCBA interpuso recurso de queja (fs. 42/49). A fs. 57/59 vta. expidió su dictamen el señor fiscal general adjunto quien consideró que se debía admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar las decisiones recaídas en la causa, en cuanto se condena al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora.

FUNDAMENTOS:

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, sentencia del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, sentencia del 29/11/2006; y "Cipullo, Beatriz Emilia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5774/08, resolución del 20/8/2008, entre otros.

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, en tanto ellos son conocidos por el recurrente al haber sido parte en todos los precedentes citados—, 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 primer término, porque la interpretación de los escritos constitutivos de la litis para determinar el alcance de las pretensiones es, por regla, de resorte exclusivo de los jueces de mérito. La consideración detallada de ese escrito por parte de la Sala I para resolver en el sentido en que lo hizo (véase punto VIII de los fundamentos, fs. 27 y vta.), priva de sustento a la tacha de arbitrariedad formulada por el recurrente. En este sentido, parece oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en su constante jurisprudencia que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa (doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; entre muchos otros).

Además, como lo señalé en los precedentes citados en el punto 1 de este voto, en mi concepto, no se ha resuelto el proceso con alcance *extra petita*, pues 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 [véase, en especial, fs. 5 vta. y fs. 6 (punto XIII.9) del escrito de demanda].

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 queja deducido por el GCBA.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el señor juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada, puesto que la alegada afectación del derecho de defensa en juicio (art. 13.3 CCBA) —que el recurrente sustenta en la vulneración del principio de congruencia por haber sido condenado a regularizar la situación previsional de los actores pese a que ello no constituyó materia de petición en la demanda y, en consecuencia, no integró la litis— carece de relación directa con lo resuelto.

En primer lugar, establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia de hecho regula-

da por las leyes procesales, cuya determinación es, por ello y como principio, privativa de los jueces de la causa.

Bajo la premisa enunciada, la resolución de la Cámara que, a partir de los términos utilizados en el petitorio y en el relato de los hechos de la demanda, consideró oportunamente introducida la mencionada pretensión, en principio, no constituye una de aquellas idóneas para habilitar esta instancia extraordinaria. No varía lo expuesto la invocada afectación del derecho de defensa del recurrente, en tanto éste no muestra la relación directa entre lo resuelto con base en la interpretación de lo peticionado por la litigante y la referida cláusula constitucional ni, por lo demás, de qué defensas se habría privado como consecuencia del alcance asignado por los jueces de mérito a la pretensión de los actores, máxime a la luz de los planteos opuestos por el propio GCBA al contestar demanda, oportunidad en que sostuvo que "[n]o está legitimada la actora, ni se dirige la causa, ni es esta la vía para examinar o calificar la conducta de la Ciudad de Buenos Aires con relación a la Administración Nacional de la Seguridad Social" (fs. 15 vta.), expresiones que dan cuenta de que el recurrente pudo prever —y en consecuencia, desplegar sus defensas— que la pretensión de los actores se extendía a la regularización de sus respectivas situaciones previsionales, lo que priva de relación directa al derecho invocado con lo resuelto y con las propias constancias de la causa.

2. El agravio relativo a la falta de legitimación de los actores y la falta de competencia de los tribunales locales para resolver una cuestión como la discutida, más allá de ser relevante para el pleito, no puede ser tratado en esta instancia, pues el recurrente no muestra haber observado el mínimo de diligencia que le era exigible a fin de mantener vivo su planteo. En efecto, aunque, como dije en el punto anterior, el GCBA anunció la cuestión al contestar demanda (fs. 15 vta.), no muestra haberla sometido a conocimiento de la Cámara en condiciones que la hayan colocado en situación de resolverla, lo que obsta a la posibilidad de que sean ahora retomados por el recurrente y abordados por este Tribunal en el marco de la vía intentada.

Por ello, voto por rechazar la queja deducida a fs. 42/49 por el GCBA.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), sin embargo el mismo no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el recurso en examen no reúne.

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 proceden-

cia 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).

En efecto, en ambos recursos el GCBA pretende fundamentar el caso constitucional en la causal de arbitrariedad de sentencia toda vez que la Cámara consideró que la regularización de la situación previsional había sido peticionada en la demanda inicial y, por ende, lo dispuesto en el fallo recurrido no había afectado el principio de congruencia.

Debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre otros), ya que se trata de una materia regulada por las leyes procesales cuya interpretación y aplicación es, en principio, atribución propia de tales magistrados y, 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, situación que no se verifica en autos.

En efecto, en su escrito de demanda la actora sostuvo que la liquidación como "no remunerativos" de distintos rubros salariales "...afecta su futuro haber jubilatorio, ya que como se demostrará, dichos rubros no se computan para el cálculo del haber de pasividad...", y en consecuencia solicitó expresamente "...(S)e ordene el pago de los aportes correspondientes ..." (véase fs. 6, punto 9 del petitorio). De esta manera, con precisión y claridad, la actora incorporó como objeto de la litis una pretensión de condena a la regularización previsional.

Ello diferencia esta situación de la resuelta por el Tribunal en autos "Farías" (sentencia del 26/5/2005), ya que en aquel caso la actora en ningún momento había peticionado la regularización de los aportes adeudados por la demandada (véase considerando 4° de mi voto).

3. 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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Más allá de cuestiones meramente semánticas —la palabra *arbitrariedad* que, como siempre, resulta utilizada en lugar de *agravio*—, lo cierto es que tal arbitrariedad consiste, según el mismo recurso de inconstitucionalidad y el de queja (véase fs. 31 vta. y 44 vta.), en la denuncia de lesión al principio de congruencia, en el sentido de que decide algo que la demanda no pide.

A contrario de aquello que explica el señor juez del trámite, yo reputo que el recurrente tiene razón, sólo parcialmente. La demanda habla del derecho previsional del actor en dos o tres renglones al referir los hechos del caso (véase fs. 1 vta./2, Cap. IV, segundo párrafo), y esa referencia sólo menta la afectación al haber jubilatorio futuro como efecto del petitorio básico: conversión de rubros no bonificables ni remunerativos en sus opuestos contradictorios. Pero en su petitorio, y como anexo a su demanda principal, el actor requirió que "[s]e ordene el pago de los aportes correspondientes y de las diferencias liquidadas en menos en concepto de sueldo anual complementario (SAC) con más sus intereses de ley..." (fs. 6).

En consecuencia, el recurso del Gobierno carece de sentido respecto de la orden de regularizar los aportes y contribuciones, a tono con la conversión demandada, pues el párrafo anterior demuestra, como lo comprenden las sentencias atacadas, que tal requerimiento existe en la demanda, más allá de la justicia o injusticia de lo requerido, ya decidido por los tribunales de mérito. Pero, en cambio, el recurso tiene sentido con referencia al mandato impuesto por el juez (sentencia confirmada por la Cámara) de presentarse ante el organismo previsional competente, petición que, cualquiera que sea la decisión correcta a dictar, no está comprendida en la demanda. De allí que el recurso proceda sólo parcialmente con relación a este último mandato, no contenido en la demanda.

2. Abierto a ese solo efecto —remedio a la decisión *extra petita*— el recurso de inconstitucionalidad rechazado, debo decir que la decisión sobre la impugnación resulta sustancialmente similar a lo ya decidido en los casos

"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, resolución del 14/9/2005; "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. n° 4075/05, sentencia 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. n° 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. n° 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.

En esas sentencias, se decía, sintéticamente, que tal mandato era poco menos que imposible, pues la parte actora no resultaba legitimada para pedir que otra persona cumpla con obligaciones que al demandado le competían respecto de un tercero; sólo cabía denunciarlo, si no cumplía con su deber ante el tercero.

Se expresaba también que idéntico deber le correspondía al actor, para cuyo cumplimiento nada decía el hecho de que hubiera un agente de retención. Además, el Poder Judicial de la CABA carecía de competencia para decidir acerca de obligaciones previsionales que eventualmente se adeudarían al órgano de recaudación nacional.

3.a) Conforme a esa explicación y a esos fallos previos, propongo:

a) Conceder parcialmente el recurso de queja interpuesto en relación con la condena a presentarse ante el órgano previsional nacional;

b) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad sólo parcialmente en relación al punto antes citado, y revocar la sentencia —confirmada por la Cámara— en el punto, que ordena al GCBA la presentación antedicha.

4. Debe modificarse la condena en costas en razón de la decisión que antecede. Como se trata de aceptar tan sólo parcialmente el recurso —lo que implica también su rechazo parcial—, las costas deben ser dirimidas por el orden causado.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

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

CXXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DEL ESTADO C/GCBA S/MEDIDA CAUTELAR'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional.
AMPARO: Medidas cautelares. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. Cuando el art. 22 de la ley 2145 prevé 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, establece cuál es la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, pero 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. En atención al significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva, cabe presumir, en el marco del art. 22 de la ley 2145, 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, de modo que el pronunciamiento que confirma una medida cautelar otorgada en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).

3. Las providencias que conceden medidas cautelares normalmente provocan algún perjuicio, y los que pretendan invocarse para lograr equiparar un interlocutorio con una sentencia definitiva, deben ostentar una intensidad que permita reputarlos como de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

4. La sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Cabe rechazar el recurso de queja si la mera reiteración de planteos que fueron oportunamente atendidos no permite tener por configurado un caso constitucional, ante la ausencia de crítica suficiente de los fundamentos desarrollados por la Cámara. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6260/08 - 27/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de Trabajadores del Estado (en adelante ATE) promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), con el objeto de que se la incorporase de manera permanente a la Comisión Negociadora Central de la Ciudad de Buenos Aires y cesasen —a su respecto— las prácticas obstructivas de la actuación de ATE, en función del ejercicio de la representación de los trabajadores de la Ciudad de Buenos Aires en el ámbito de la negociación colectiva sectorial (fs. 1/11 vta. y ampliación de fs. 82 vta., de los autos principales).

2. En el marco de la acción de amparo iniciada, ATE solicitó que se ordenase cautelarmente a la demandada que —hasta tanto se resolviese su inclusión en la Comisión Negociadora Central— se abstuviese de tomar decisiones que afectasen a los trabajadores. Esta medida fue rechazada por el juez de primera instancia, en tanto consideró que "...Las presentaciones efectuadas por la actora no permitían tener por acreditado *prima facie* si en la actualidad existe alguna negociación salarial a nivel del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de la cual se encuentra excluida ATE que imponga de manera urgente el otorgamiento de la medida requerida. Tampoco acerca de si existiría alguna decisión que imponga la exclusión de ATE en la Comisión Negociadora Central de la Ciudad

de Buenos Aires, como tampoco acerca de la vigencia de la Personería Gremial en el ámbito local...” (fs. 89/90 de los autos principales).

Frente a la inminencia de la reunión paritaria prevista para el 30/1/2008 sin su participación, ATE requirió nuevamente el dictado de una medida cautelar. En esta oportunidad, una medida innovativa que ordenase a la parte demandada que —hasta tanto se resolviese la cuestión de fondo— la incluyese en la negociación colectiva que estaba desarrollándose entre el Gobierno y el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante SUTECBA) y, en su caso, se la incorporase a la Comisión Negociadora Central (fs. 1/8 del incidente de medida cautelar).

El juez interviniente, tras habilitar la feria judicial (fs. 122 y vta. del incidente de medida cautelar), admitió la medida requerida (fs. 123/126). En este sentido, dispuso que —hasta tanto se dictase sentencia definitiva y que ella quedase firme— el GCBA procediese a “*...incorporar* a la actora, Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), a todas y cada una de las actividades que se desarrollen en el marco de las negociaciones paritarias que impliquen la discusión, modificación, disposición o ampliación de derechos de trabajadores de cualquiera de las categorías laborales existentes, en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se lleven adelante, se encuentren o no incluidas en las previsiones de la Comisión Negociadora Central (ley 471)...” (fs. 123/126 del incidente de medida cautelar).

3. Apelada la medida por el GCBA (fs. 135/142 vta.), la Sala l de la Cámara CAyT —previo traslado del memorial a la parte actora (el que fue contestado a fs. 144/154 vta.)— la confirmó (fs. 171/180 vta.).

Para así decidir, sostuvo que: *a)* ATE se hallaba suficientemente legitimada (*legitimatio ad processum*) para deducir la pretensión, toda vez que actuaba en esta causa en defensa de su propio derecho a participar en las negociaciones colectivas; *b)* la postura adoptada por la parte demandada al controvertir la medida resultaría contraria a sus propios actos anteriores, en la medida que, previamente —según expuso el fallo— habría admitido la procedencia de la participación de ATE en las negociaciones colectivas a nivel central; y *c)* en el contexto de esta causa, el progreso de la pretensión cautelar podía constituir una medida *prima facie* idónea para garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva entre el Estado y los trabajadores del sector público, preservándose el interés público relacionado con la observancia irrestricta del principio de legalidad en el marco de las relaciones laborales entre los trabajadores y el Estado empleador.

4. Disconforme con esa decisión, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 189/195 vta.).

A este respecto, adujo que el pronunciamiento recurrido afectaba directamente la garantía constitucional del debido proceso y la división de poderes ínsita en el sistema republicano de gobierno, al haberse arrogado la alzada funciones propias de los otros poderes estatales sin evaluar las consecuencias de gravedad institucional que tal conducta implicaba. Argumentó, también, que: *a)* en atención al contenido y al tribunal que la emitía, la resolución en crisis constituía —en virtud de lo dispuesto por el art. 22 de la ley 2145— una sentencia definitiva o equiparable a definitiva, susceptible de ser recurrida mediante el recurso de inconstitucionalidad; *b)* en tanto la medida incorporaba a la mesa de negociación paritaria a la parte accionante, importaba un evidente adelanto acerca del pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión traída a la litis, pues coincidía con el objeto de la pretensión principal deducida en autos; *c)* la decisión obligaba a su parte a incumplir un acto administrativo que gozaba de legitimidad, emanado de autoridad competente (Resolución de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo de la Nación de fecha 30/6/2005, en el marco del expte. nº 1.116.204/05); erigiéndose de esta manera el sentenciante en administrador, modificando el marco paritario en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires; y lo que es más grave aún, sin la participación de la totalidad de los actores que fueran parte del conflicto intersindical, como ser el caso de SUTECBA; *d)* la acción fue iniciada sin que la parte actora (ATE) contase con la legitimación debida, por lo que "...el tribunal incurre en notorio exceso de jurisdicción, al reconocer a la amparista un grado de representatividad mayor al de sus estatutos..."; *e)* la eventual sentencia que desestimase la pretensión de la actora devendría en inoficiosa, dado que para ese entonces ya se encontraría concluida la negociación paritaria materia de autos; *f)* lo decidido excedía los límites de la propia pretensión de la demandante, toda vez que las convenciones llevadas a cabo para solucionar los conflictos que motivaron la iniciación de esta demanda habían concluido, más aún los acuerdos allí alcanzados se hallaban en la etapa de ejecución; "...había desaparecido por completo la causa 'petendi' (...) la medida innovativa había perdido virtualidad en mérito a que se encontraba agotada en lo que hace a sus efectos..."; por otra parte, modificaba para el futuro el marco de negociaciones paritarias; *g)* existía una notoria incongruencia entre los fundamentos del fallo y la parte dispositiva, en tanto esta última prescindía del propio marco temporal de la pretensión cautelar, perpetuando los términos de una manda judicial dictada para atender un hecho puntual, que se encontraba concluido al momento del pronunciamiento dictado por la alzada; y *h)* la cautelar había sido dictada en franca violación del art. 106 de la Constitución local "...transgrediendo 'la esfera de poder asignada a los jueces' , en vulneración al principio de 'división de poderes' y de la garantía de 'defensa en juicio' (...). Este vicio, tiñe de patente arbitrariedad a la sentencia y su gravedad impone a los jueces el deber

de corregirlo 'de oficio' o en el marco del recurso de inconstitucionalidad, aun cuando afecte a sentencias que no sean definitivas..." (con cita del precedente "Cabiche", expte. nº 3259/04, del 9/2/2005 de este Tribunal). Concluyó, por tanto, en que la resolución afectaba de manera directa e inmediata la garantía constitucional del art. 18 de la C.N., ya que no podía considerársela una decisión judicial válida pues no se presenta como una derivación razonada del derecho aplicable. Por lo demás, puntualizó, en modo alguno se hallaba en riesgo la pluralidad sindical sin el dictado de la cautelar materia de agravio.

5. Luego de contestado el traslado del recurso articulado por el GCBA por parte de la actora (fs. 200/210 vta.), la Cámara de Apelaciones resolvió "...no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Costas a la demandada vencida (art. 62, CCAyT)" con sustento en que "El pronunciamiento impugnado (...) no reúne la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional. Además, la recurrente no ha demostrado debidamente que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva...". Señaló, también, que el GCBA no había logrado exponer debidamente un genuino caso constitucional (fs. 212/213).

6. Ante ello, el GCBA planteó la queja correspondiente (fs. 181/195 vta.). Centró sus objeciones en que la decisión recurrida no había considerado los agravios concretos introducidos oportunamente por su parte respecto de la afectación de la garantía de la defensa en juicio y del principio de división de poderes, ínsito en el sistema republicano de gobierno, con la gravedad institucional que ello implicaba. En definitiva, el recurrente señaló que el fallo "...no asume ninguno de los argumentos expuestos en el recurso oportunamente interpuesto..."; por tanto, lo tildó de arbitrario. Reiteró, además —entre otras cosas—, que la sentencia dictada: *a)* resultaba incongruente, en tanto prescindía de las circunstancias de la causa y del derecho aplicable al caso, dictando un fallo dogmático que excedía los límites de la propia pretensión cautelar; *b)* las convenciones a la fecha del pronunciamiento habían concluido; *c)* incurría en exceso de jurisdicción al considerar legitimada a la actora, pese a su falta de personería gremial; *d)* prescindió de considerar lo resuelto por los canales administrativos (Resolución de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo de la Nación en el expte. nº 1.116.204/05); lo que obligaba a su parte a incumplir un acto administrativo que gozaba de presunción de legitimidad; *e)* adjudicaba a ATE una legitimación que no poseía; *f)* no lograba demostrar cuál era la norma jurídica concreta y específica que obligaba a su parte a incorporar a ATE a la Comisión Negociadora Central; *g)* le ocasionaba un perjuicio de imposible reparación ulterior, en tanto "...*la participación en una negociación colectiva de una entidad sindical sin personería gremial en el ámbito local*, la que por la decisión ministerial previamente destacada corresponde a

SUTECBA, no solo *lleva a incumplir lo decidido administrativamente por el organismo competente* en este aspecto, el Ministerio de Trabajo de Nación, sino también a la *toma de trascendentales decisiones que afectan derechos colectivos por parte de quien no se encuentra legitimado para ello...*" (el destacado pertenece al texto original); y *h)* era definitiva, en virtud de lo establecido en el art. 22 de la ley 2145, pues la citada norma no hace distinción alguna respecto al tipo de resolución.

7. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no reunir la sentencia —objeto del recurso— el carácter de definitiva o equiparable a tal y por no haber el recurrente logrado demostrar la existencia de un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (fs. 199/201 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por el GCBA debe ser rechaza, toda vez que, conforme lo ha resuelto la Cámara y dictaminado el fiscal general adjunto, el recurso de inconstitucionalidad que ésta viene a defender no se dirige contra una sentencia definitiva, ni el recurrente ha logrado mostrar razones que lleven a equipararla a tal.

2. En lo atinente al requisito de sentencia definitiva en los procesos de amparo reglados por la ley 2145, la cuestión planteada por el GCBA 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.

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 Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de LPTSJ).

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 confirmó la medida cautelar otorgada en primera instancia —pese a lo sostenido por el GCBA— no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

3. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva. En efecto, el GCBA sostiene que la sentencia recurrida le provoca un perjuicio de imposible reparación ulterior, en tanto no asume ninguno de los argumentos que expusiera en el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto por su parte: falta de legitimación de ATE; negociaciones concluidas, lo que importaba la pérdida de vigencia de la cautela decretada; omisión de considerar lo resuelto por los canales administrativos de rigor (Resolución de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo de la Nación en el expte. nº 1.116.204/05) y la modificación del marco de discusión paritaria sin la participación de SUTECBA.

Tales argumentos —alega el recurrente— se vinculan con la afectación de la "... garantía de la defensa en juicio, la división de poderes ínsita en el sistema republicano de gobierno con la gravedad institucional que ello implica...":

Como sostuve en forma conjunta con el juez Casás, "[t]oda vez que las providencias que conceden medidas cautelares normalmente provocan algún perjuicio, los que pretendan invocarse para lograr equiparar aquel interlocutorio con una sentencia definitiva, deben ostentar una intensidad que permita reputarlos como de imposible o insuficiente reparación ulterior. Lo contrario conduciría a equiparar, por la mera existencia de perjuicio, toda cautelar otorgada con un pronunciamiento definitivo" ("Failde Moure, Pablo c/Estado nacional y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 5709/07 "Servicios Helicenter S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Failde Moure, Pablo c/Estado nacional y otros s/otros procesos incidentales'", expte. n° 5708/07, sentencia del 30/4/2008).

En autos, el GCBA no logra demostrar cuál sería el perjuicio de imposible reparación ulterior que le provoca la medida que viene impugnando. Aun cuando la presencia de una tercera parte podría afectar el curso de una tratativa, esto no puede presumirse en circunstancias que no se expone que ello ocurre ni, por ende, se indica en qué consiste la perturbación ni se la acredita.

El gravamen de imposible reparación ulterior no surge de la sola mención de que la cautelar ha sido dictada sin la participación de uno de los posibles afectados, al que, por cierto, no se puede presumir conocedor de la medida ni conforme con ella.

4. Por otra parte, el recurrente señala que el juez *a quo* concedió a la medida cautelar una extensión temporal mayor que la requerida y que, de no haber sido concedida con ese defecto, la intervención solicitada por el ATE ya se habría cumplido. Este planteo remite al examen del alcance de las pretensiones planteadas por la parte actora, cuestión que corresponde, por regla, a los jueces de las instancias de mérito, y el recurrente no ha mostrado que ello haya sido realizado en forma arbitraria por las instancias anteriores ni que de ello se desprenda la afectación de un derecho sólo susceptible de tutela inmediata.

5. En otro orden de ideas, la recurrente ha invocado estar frente a un supuesto de gravedad institucional sin explicar en qué consistiría esa situación.

En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto del señor juez del trámite, con el cual coincido en la ausencia del requisito de procedencia que implica la "sentencia definitiva", según surge de las sentencias del TSJ recaídas en los procesos que el señor juez menciona en su voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 181/195 fue interpuesto en tiempo y forma, sin embargo, no puede ser admitido.

2. La Sala I de la Cámara CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, por considerar que: *a)* la decisión atacada no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal, y *b)* no se ha logrado exponer un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

3. En cuanto al primer argumento utilizado por la Cámara para denegar la vía recursiva intentada, ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar*, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —véase mi voto en minoría *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, resolución del 27/8/2008—. En consecuencia, con sustento en los fundamentos brindados en el precedente citado —a los que me remito en homenaje a la brevedad—, entiendo que la sentencia atacada en el caso —que confirma una medida cautelar otorgada en favor de la parte actora— constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los planteos que el GCBA ha efectuado sobre el punto.

4. Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que el recurso no puede prosperar, pues no se ha logrado plantear un caso constitucional que habilite la instancia de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA. La demandada sostiene que ha expuesto "verdaderas cuestiones constitucionales" vinculadas con los alcances del amparo constitucional (art. 14, CCBA), las atribuciones privativas del órgano ejecutivo (arts. 102 y 104, CCBA) y el contenido del derecho de defensa y el debido proceso (arts. 10 y 13, CCBA) —conf. fs. 187 vta.—. Sin embargo, se advierte que la genérica invocación de cláusulas constitucionales efectuada no guarda relación con los planteos efectivamente desarrollados en el recurso.

4.1. La recurrente, en realidad, centra la fundamentación de su planteo en la alegada falta de legitimación activa de la asociación accionante para solicitar su participación en las negociaciones colectivas desarrolladas en el ámbito local. La Sala I, al dictar sentencia, ponderó el argumento a partir de la interpretación de diversos convenios de la OIT, previsiones de la ley local

471, de su dec. regl. 465/04 y de las leyes 23.551 y 24.185, para arribar a una conclusión opuesta a la sustentada por la demandada. Ahora bien, el simple cotejo de las actuaciones permite advertir que las objeciones esgrimidas por el GCBA resultan ser una transcripción de aquellas vertidas en el escrito de expresión de agravios presentado ante la Cámara (obrante a fs. 135/142 vta.). Así las cosas, la mera reiteración de planteos que fueron oportunamente atendidos no permite tener por configurado un caso constitucional, ante la ausencia de crítica suficiente de los fundamentos desarrollados por la Sala I para decidir el punto. Además, a todo evento, debe señalarse que la cuestión, en tanto remite a la interpretación de normas infraconstitucionales efectuada por el tribunal *a quo*, excede el ámbito propio del recurso deducido.

4.2. Por otra parte, la demandada afirma que la medida dictada ha perdido virtualidad. A tal fin, señala que las negociaciones entre representantes del sector gremial y del GCBA que fueron alegadas por la actora para motivar la solicitud de la nueva decisión precautoria ya habrían concluido y que, incluso, los acuerdos allí alcanzados se habrían ejecutado. A su entender, esta circunstancia torna incongruente el decisorio objetado —puesto que se refiere a una cuestión de hecho consolidada en lo atinente a su ejecución— y, por consiguiente, genera una vulneración en sus garantías constitucionales.

Ahora bien, el agravio recién aludido tampoco permite tener por configurado un caso constitucional. En primer lugar, porque este planteo exigiría que este Tribunal se adentrase en el examen del alcance de la pretensión esgrimida por la parte actora en el escrito obrante a fs. 7/13. Sobre este punto, resulta oportuno recordar que es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse, ya que se trata de una materia regulada por las leyes procesales cuya interpretación y aplicación es, en principio, atribución propia de tales magistrados (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre otros).

También se ha dicho que 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. Sin embargo, en el *sub examine* la recurrente no ha logrado demostrar que se haya configurado tal supuesto, máxime teniendo en consideración que la actora había solicitado su inclusión a la negociación colectiva que se estaba desarrollando durante el mes de enero de 2008 "y, en su caso, (que) se la incorpor(ase) a la Comisión Negociadora Central prevista en la ley 471, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo" (conf. fs. 7 vta. y 13).

Finalmente, cabe destacar que la decisión del juez de primera instancia que fuera confirmada en todos sus términos por la Cámara dispuso: hacer lugar a la medida cautelar solicitada y "ordenar al Gobierno de la Ciudad Buenos Aires que, *hasta tanto se dicte sentencia definitiva* y la misma quede firme, *proceda a incorporar la actora*, Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), *a todas y cada una de las actividades que se desarrollen en el marco de las negociaciones paritarias que impliquen la discusión, modificación, disposición o ampliación de derechos de trabajadores de cualquiera de las categorías laborales existentes, en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, que se lleven adelante, se encuentren o no incluidas en las previsiones de la Comisión Negociadora Central (ley 471)" (fs. 5). Así entonces, de cara al alcance de la medida cautelar que —más allá de su acierto o error— fuera efectivamente otorgada por los jueces de la causa, la construcción del caso constitucional a partir de la alegada incongruencia en que habría incurrido el *a quo* no resulta consistente.

5. En suma, los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA). Este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que "(l)a referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que, si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. este Tribunal *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.)".

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el juez de trámite. Sin embargo, quiero destacar que sorprende que la recurrente, con el propósito de defender el carácter de sentencia definitiva de la decisión que impugna, reproduzca literalmente –sin citar la fuente– parte de mi voto en la causa "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resuelta el 27/8/2008, como si fueran el resultado de la labor intelectual de la Procuración. Se trata, según entiendo, de una actitud que se ubica en el límite ético de la actuación profesional (conf. art. 24, Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal).

Sin perjuicio de la calificación que me merece ese proceder, lo cierto es que el intento de la quejosa es extemporáneo y fallido. El Gobierno debió introducir el punto en el recurso de inconstitucionalidad y no lo hizo; y por otra parte, la simple transcripción de los argumentos de mi voto *in re* "Pérez Molet" sin establecer su pertinencia con el caso en análisis, no demuestra que la sentencia dictada por el tribunal superior de la causa es definitiva.

Por lo expuesto, voto por desestimar por improcedente el recurso directo.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CXXVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CASTELL, MARCIAL OSVALDO S/INFR. ART. 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES —CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Conducción de vehículo en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA: Reglas de conducta. Acuerdo entre las partes. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Atribuciones. Exención de depósito. Beneficio de litigar sin gastos.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja que defiende un recurso de inconstitucionalidad que ataca el rechazo de una solicitud de suspensión del proceso a prueba desde que la decisión no importa una sentencia definitiva, pues manda proseguir con el procedimiento judicial hacia la sentencia. *(Voto del señor juez*

Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).

2. No corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja si 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 véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Ningún precepto constitucional confiere al presunto contraventor "un derecho" a la suspensión del proceso a prueba, sino que solamente se le garantiza "un derecho" a que su situación se decida en un "juicio previo fundado en ley" (arts. 17 y 18, C.N., y 13, CCBA). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. En materia contravencional la suspensión del proceso a prueba constituye una vía para resolver un conflicto y, a diferencia de lo que puede suceder con su par nacional (art. 76, CP), el art. 45 CC prevé expresamente la negociación de las reglas de conducta entre las dos partes que someten su "acuerdo", en tanto acto voluntario, a la aprobación del juez, tercero —imparcial— ajeno al conflicto y a dicha negociación, quien sólo puede ocuparse en ese momento de asegurar que la voluntad de las partes no haya estado viciada, y puede no aprobarlo cuando tenga 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El criterio general de actuación establecido por el Ministerio Público Fiscal mediante resolución que dispuso que en los supuestos en que se lleven adelante procesos por infracciones al art. 111 del CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—, cuando a criterio del fiscal el hecho haya puesto en peligro inminente la vida o la integridad de terceros, no se procederá a acordar suspensiones del proceso a prueba y se instará siempre la aplicación de la sanción de arresto que prevé la norma, salvo que circunstancias excepcionales justifiquen no hacerlo, más allá de resultar vinculante legalmente para los integrantes de ese Ministerio, deja un amplio margen de discrecionalidad en la determinación que corresponde a cada fiscal sobre la potencialidad lesiva de un hecho como el investigado y sobre el curso de acción que debe seguirse. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Si el recurrente ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos no corresponde reclamarle el depósito que exige el art. 34, LPTSJ. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. El art. 45 del CC fija taxativamente y para cualquier contravención que las condiciones de procedencia del instituto de la suspensión de juicio a prueba son la inexistencia de condenas contravencionales en los dos años anteriores al hecho que originó el proceso, el compromiso del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que necesariamente deberían ser decomisados en caso de condena y el cumplimiento de ciertas reglas de conducta y, a diferen-

cia del C.P., no establece ninguna excepción a tal suspensión, basada en el tipo de contravención que se investiga. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. En un Estado de derecho la facultad de modificar la ley penal, introduciendo por ejemplo, diferencias entre tipos de contravenciones, es competencia exclusiva e indelegable del poder legislativo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6291/08 - 27/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Marcial O. Castell interpuso recurso de queja (fs. 38/51) contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 31/32) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 19/28. Dicha impugnación fue presentada contra la resolución que confirmó la decisión de la jueza de primera instancia —de fecha 30/6/2008— que no hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado (fs. 3/4).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión atacada violaba las garantías de debido proceso y defensa en juicio, y los principios de legalidad, máxima taxatividad interpretativa e igualdad, debido a que se le negaba la suspensión del juicio a prueba cuando —según el recurrente— dicho instituto constituye un derecho del imputado.

3. La Sala III, aunque consideró que la resolución atacada era equiparable a una sentencia definitiva, declaró inadmisible el recurso intentado en razón de que no exponía un caso constitucional (fs. 31/32).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 55/57), propició el rechazo de la queja debido a que no se vinculaba a una sentencia definitiva —ni auto equiparable a tal—, ni presentaba un caso de competencia del Tribunal.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal, en el plazo fijado por la ley, y contiene —además del relato de los hechos principales del proceso— una crítica suficiente del auto denegatorio de fs. 31/32.

La Cámara consideró que la resolución de fs. 14/16 es equiparable a una sentencia definitiva pero sostuvo que el recurso no contenía un caso constitucional.

Frente a dicho auto denegatorio, la defensa —en la queja— logró acreditar que efectivamente había presentado un caso de competencia del Tribunal. No sólo volvió a explicar por qué la sentencia atacada resulta equiparable a definitiva —existencia de gravamen irreparable—, sino que también demostró que había confrontado sólidamente la decisión de fs. 14/16 con el principio de legalidad, la garantía de igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio.

2. El imputado solicitó la suspensión del proceso a prueba. Frente a dicho pedido, la fiscalía se opuso, y fundó su posición en razones de política criminal (resolución FG nº 69/08). Tanto en primera como en segunda instancia, los jueces compartieron la posición de la fiscalía que, en mi opinión es constitucionalmente inválida.

El art. 45 del CC fija taxativamente y para cualquier contravención, las condiciones de procedencia del instituto de la suspensión de juicio a prueba. Esos requisitos son la inexistencia de condenas contravencionales en los dos años anteriores al hecho que originó el proceso, el compromiso del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que necesariamente deberían ser decomisados en caso de condena y el cumplimiento de ciertas reglas de conducta.

Como se ve, el CC —a diferencia del C.P.— no establece ninguna excepción a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba basada en el tipo de contravención que se investiga.

La decisión adoptada por los jueces de mérito respecto del imputado, afecta en consecuencia, los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y la garantía de defensa en juicio, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva a Castell de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45, CC). En otros términos, como sucede con la negativa del fiscal interviniente, la única razón por la que los jueces deniegan la suspensión del juicio remite a la resol. FG nº 69/08, norma que no puede sustituir ni alterar la ley aplicable.

Por otro lado y más allá del deber que la resol. FG nº 69/08 pudiera imponer a los integrantes del Ministerio Público, es obvio que en un Estado de derecho la facultad de modificar la ley penal, introduciendo por ejemplo, diferencias entre tipos de contravenciones, es competencia exclusiva e indelegable del poder legislativo.

3. En consecuencia, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia recurrida y remitir 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. La queja cumple con los requisitos básicos que fija la ley 402. Sin embargo, defiende un recurso de inconstitucionalidad que no ataca la sentencia definitiva de la causa, sino, antes bien, el rechazo de una solicitud de suspensión del proceso a prueba que —por otra parte— el imputado puede replantear en el mismo proceso. Precisamente, la decisión significa todo lo contrario a una sentencia definitiva, pues manda proseguir con el procedimiento judicial hacia la sentencia. Esa razón me obliga a rechazar el recurso directo.

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 supuesto vicio.

2. Por lo demás, el recurrente —aunque menciona artículos de la Constitución local y de la nacional— sólo cuestiona la interpretación de normas infraconstitucionales (puntualmente, art. 45, CC), tarea propia de las dos instancias de mérito que trataron el punto.

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

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Coincido con el doctor Julio B. J. Maier en cuanto propone rechazar esta queja, porque el recurso de inconstitucionalidad que ella defiende no se interpuso —más allá de la opinión del tribunal *a quo*— contra una "sentencia definitiva" ni contra un auto que excepcionalmente y por sus efectos pudiera ser equiparado a una decisión de esa naturaleza.

En efecto, este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402. A diferencia de lo apuntado por los distinguidos integrantes de la Sala III, en autos no es posible equiparar su decisión anterior a una definitiva

porque no se advierte, con claridad, en qué consiste el perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior invocado, pues la resolución que denegó la solicitud de suspender el proceso a prueba por no contar con la conformidad del Ministerio Público Fiscal, no puso fin al proceso ni imposibilitó que aquél continúe según los parámetros normales y razonables propios de cualquier proceso contravencional. En otras palabras, no encuentro motivo alguno que justifique una intervención anticipada del Tribunal.

Más allá de los esfuerzos del recurrente por demostrar la analogía de los precedentes de la CSJN que menciona en su presentación (entre otros, *Fallos,* 320:2451 y 320:1919), lo cierto es que no comprendo de qué manera la vinculación de esta causa con aquéllos —referidos a otra materia y a otro instituto legal— puede encontrarse "en la trascendencia constitucional de los derechos invocados" (fs. 42), cuando aquella trascendencia no aparece —ni remotamente— explicada, desarrollada, demostrada o configurada en autos. La consecuencia que proyecta el pronunciamiento impugnado —como lo ha reconocido el propio quejoso— no es otra que la "continuación del proceso" y la eventualidad —aún incierta, pero sin dudas probable— de que se lleve a cabo un "juicio oral y público", lo cual, aunque pueda parecerle innecesario o injusto al presunto contraventor, no sólo no aparece como una consecuencia absurda o irrazonable, sino que ciertamente es una de las formas "normales" de culminación de todo proceso contravencional. En pocas palabras, el juicio es la regla y la "salida alternativa", casualmente, la excepción.

En mi concepto, no existe en autos afectación posible a los principios y derechos mencionados en la queja, básicamente, porque ningún precepto constitucional confiere al presunto contraventor "un derecho" a la suspensión del proceso a prueba, sino que solamente se le garantiza "un derecho" a que su situación se decida en un "juicio previo fundado en ley" (arts. 17 y 18, C.N., y 13, CCBA). Ello así, pues la eventualidad de que infraconstitucionalmente se haya previsto la posibilidad de prescindir de la realización del juicio cuya celebración, insisto, sí garantiza y resguarda la Constitución local, en ciertos supuestos y/o bajo ciertas condiciones, no pone en cabeza del imputado por una contravención "un derecho" a que ello efectivamente suceda. A lo sumo, el presunto contraventor cuenta —si se quiere— con un derecho a solicitar y proponer la celebración del "acuerdo" con la Fiscalía, mas no puede exigirlo, pues dicho "acuerdo" voluntario entre las partes se vincula directamente con los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad que han de guiar la actuación del representante del Ministerio Público Fiscal. Afirmar lo contrario importa tanto como desatender los claros términos del art. 45, ley 1472.

Sirve recordar aquí que en materia contravencional la suspensión del proceso a prueba constituye una vía para resolver un conflicto y, a diferencia de lo que puede suceder con su par nacional (art. 76, C.P.), 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, cit.; 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 (véase mi voto en "Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81, CC —oferta y demanda de sexo en espacios públicos— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033/08, resolución del 3/12/2008).

La cita anterior resulta pertinente justamente porque esto mismo es lo que ha ocurrido en autos. El razonamiento de los magistrados que formaron mayoría, en cuanto a la imposibilidad de otorgar una suspensión del proceso a prueba, lejos de ser injustificado o resultar constitucionalmente intolerable, tiene sustento en la falta del "acuerdo" entre las partes, frente a la oposición de una de ellas: el Ministerio Público Fiscal. De tal forma, los magistrados de la causa han optado por no exceder los límites de actuación que les impone la norma que regula este beneficio legal, evitando, en consecuencia, incurrir en desbordes o desajustes jurisdiccionales. Concretamente, si no se hubiera dado virtualidad a la disconformidad —por cierto, fundada— del agente fiscal y se hubiera decretado, a pesar de no existir acuerdo alguno, la suspensión del proceso a prueba, con la consecuente y *obligatoria* imposición de reglas de conducta por parte de la judicatura ante la falta de "negociación" entre las partes, los magistrados habrían impedido el normal ejercicio de la acción sin facultad alguna para hacerlo y, en definitiva, habrían subrogado a una de las partes "intervinientes" en la concertación de tal "acuerdo". Tan extraña forma de resolver la cuestión, además de constituir un desconocimiento manifiesto de las facultades privativas del Ministerio Público Fiscal, naturalmente habría importado una renuncia expresa a la facultad de dictar un pronunciamiento "imparcial" acerca de la necesaria "igualdad de condiciones para negociar" o sobre la inexistencia de "coacción o amenaza", examen que debe efectuarse como paso previo *y único* a homologar o no el acuerdo (art. 45, ley 1472).

Por lo demás, no puedo dejar de señalar que, en cuanto a la invocada afectación de los principios de igualdad y legalidad frente a la incorporación de recaudos "extralegales" que la ley no fija, el recurrente no ha demostrado cómo el "criterio general de actuación" establecido por el titular del Ministerio Público Fiscal, mediante la resol. 69/08 (*BOCBA* nº 2968, 10/7/2008), cuya inconstitucionalidad no ha sido concretamente planteada en este caso, dictado —asimismo— en uso de atribuciones legales cuya constitucionalidad tampoco aparece controvertida (art. 18, inc. 4º, ley 1903), colisiona con los mencionados principios constitucionales. No parece posible desconocer que, en el marco de otros procesos —aunque fueron penales—, ha sido la propia Defensa Oficial la que ha bregado por el dictado de un criterio general como el que aquí se cuestiona, por cierto, sobre una base argumental muy similar a la que ahora se utiliza para rechazar su aplicación a este caso (véase mi voto en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4994/2006, resolución del 23/5/2007).

A mayor abundamiento, para que quede bien claro qué es lo que aquí quiere discutirse, el mencionado criterio general de actuación establece que "en aquellos supuestos en que se lleven adelante procesos por infracciones al art. 111 del CC [*'conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'*], *cuando a criterio del fiscal* el hecho haya puesto en peligro inminente la vida o la integridad de terceros, no se procederá a acordar suspensiones del proceso a prueba y se instará siempre la aplicación de la sanción de arresto que prevé dicha norma, *salvo que circunstancias excepcionales justifiquen no hacerlo*" (art. 3º, resol. 68/09; no destacado en el texto original). Esta disposición, en lo que aquí interesa, más allá de resultar vinculante legalmente para los integrantes del Ministerio Público Fiscal deja un amplio margen de discrecionalidad en la determinación que corresponde a cada fiscal sobre la potencialidad lesiva de un hecho como el investigado y sobre el curso de acción que debe seguirse. Sin embargo, nada viene a agregar a un supuesto como el presente, puesto que, aun cuando tal "criterio general" no existiera, parece lógico y razonable que no se beneficie o premie con una suspensión del proceso a prueba a un presunto contraventor que habría incurrido *prima facie* en una conducta que reviste cierta gravedad adicional, tal como lo fundamentó el fiscal de grado, toda vez que habría conducido su rodado con un nivel de alcohol en sangre claramente superior al tolerado por la ley y además habría impactado contra el portón de una finca en el lugar del hecho, al perder el dominio efectivo de su vehículo, cuestiones —todas— que el acusador deberá demostrar en un juicio.

2. Por las razones brevemente expuestas, voto por rechazar la queja y tener presente el beneficio de litigar sin gastos concedido (fs. 37 y vta. del incidente que corre por cuerda).

El juez José O. Casás dijo:

Tal como expone la señora jueza, doctora Ana María Conde, con fundamentos a los que me remito en homenaje a la brevedad, a través de la queja agregada a fs. 38/51 se pretende la revisión de una sentencia que no es la definitiva (art. 27, ley 402) ni resulta equiparable a tal por sus efectos (véase, entre otros, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benitez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007).

Lo afirmado precedentemente resulta suficiente para rechazar la presentación directa efectuada. Sin embargo, a modo de *obiter dictum*, cabe resaltar que, tal como lo demuestra la argumentación de la doctora Conde, la decisión que en definitiva aquí se pretende impugnar se basa en una interpretación completamente plausible de la ley contravencional aplicable al caso (art. 45, CC).

Lo expuesto en nada se contradice con mi posición en otros supuestos relacionados con la interpretación que los jueces de mérito han dado a la norma contravencional referida ("Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. n° 6247/08 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. n° 6235/08, resoluciones del 29/4/2009*)* en tanto en aquellos casos debí rechazar sin más los recursos directos pues habían sido presentados por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien carecía de legitimación.

Finalmente, toda vez que el recurrente ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos en estas actuaciones, no corresponde reclamarle el depósito que exige el art. 34, LPTSJ.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja debe ser rechazado, porque el pronunciamiento a cuya revisión se aspira no constituye una sentencia definitiva, ni la recurrente ha logrado conectar el fallo impugnado con las garantías que invoca como requeridas de tutela inmediata bajo la advertencia de que, a su criterio, el control ulterior resultaría tardío e insuficiente ante el menoscabo causado por el rechazo del pedido de suspensión del juicio a prueba decidido en las instancias de mérito.

2. En tal sentido, el pronunciamiento a cuya revisión se aspira, al rechazar la *probation* por falta de acuerdo del fiscal, se limita a permitir la continuidad del

pleito. Despejado ese punto, conviene recordar los antecedentes que motivan la intervención requerida al Tribunal. La defensa solicitó al juez la suspensión del juicio a prueba y sugirió las reglas de conducta a cumplir (fs. 1/1vta.). Conferida vista de ese pedido, el fiscal consideró "...que no corresponde aplicar a las presentes actuaciones el instituto de la suspensión del proceso a prueba" (fs. 2) por las circunstancias que rodearon al hecho investigado (art. 111 del CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes). A este respecto, en línea con el criterio de actuación dispuesto por resolución del FG nº 69/08, el representante del Ministerio Público destacó que "...el recorrido del rodado marca Ford Taunus dominio WWE-656 conducido por el imputado finalizó cuando impactó contra el portón de la finca sit[o] en [la calle] Tilcara 3128, de esta ciudad..."; situación que, a su juicio, evidencia que el hecho imputado "...puso en peligro inminente la vida y la integridad física de terceros" (fs. 2). Ello así, el pronunciamiento atacado consideró que la actitud del acusador, por un lado, encuadraba en las previsiones del art. 45 del CC que exige acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público Fiscal, y por otro, aparecía fundada de modo suficiente (fs. 15 vta.).

Aunque el recurrente invoca la lesión de diversas cláusulas constitucionales (v. gr. derecho de defensa, legalidad, igualdad y razonabilidad), sus agravios se limitan a expresar la discrepancia con el modo en que los jueces ejercieron el control reclamado por la defensa en torno al instituto de la *probation* (art. 45, CC), sin demostrar que lo actuado lesione garantías que exijan tutela inmediata. Es esto, precisamente, lo que diferencia el supuesto de autos de los precedentes "Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del 31/10/2008, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009.

Entiendo que lo dicho en este voto es suficiente para rechazar el recurso articulado por el defensor general.

3. El depósito de la queja, por las razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad dene-

gado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que remito en honor a la brevedad, no debe ser exigido.

Por todo lo dicho, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada a fs. 38/51.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 38/51.

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

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

CXXVII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. LEY 255 —APELACIÓN'"

DERECHO CONTRAVENCIONAL: Prolongación irrazonable del proceso. Debido proceso. Organización, explotación y comercialización de juegos de apuestas sin autorización legal. ABSOLUCIÓN DEL IMPUTADO.

SUMARIOS:

1. Corresponde absolver al imputado si, más allá de los esfuerzos desplegados en la jurisdicción local por enjuiciar su conducta dentro del breve plazo fijado por la legislación contravencional y resolver dentro de ese plazo todos los recursos locales, la estrategia de la Defensa, al plantear y replantear recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, trajo aparejada como consecuencia insoslayable la prolongación inusitada e irrazonable del proceso tendiente a juzgar una ilicitud menor, referida a la organización, explotación y comercialización de juegos de apuestas sin la debida autorización legal (ley 255, arts. 2° y 3°). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Dado que en el proceso principal iniciado hace ya más de siete años —en el que se interpuso un recurso de hecho que nunca fue resuelto por parte de la CSJN— y en el incidente de prescripción, el plazo del proceso se extendió sobremanera, en atención a la naturaleza del ilícito y a la escasa complejidad de la investigación, esa dilación en arribar a un pronunciamiento definitivo y concluyente, más allá de que pueda entenderse juzgada la conducta enrostrada, vulnera el derecho del imputado al debido proceso por la incertidumbre en la que se encuentra inmerso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. n° 3726/04 - 27/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La conducta contravencional que la Justicia de la Ciudad imputó al Sr. Carlos Alberto Oniszczuk tuvo lugar entre los días 12 de febrero y 23 de agosto del año 2002. La audiencia de debate comenzó el día 21 de mayo y culminó el 5 de julio de 2003 con el dictado de una sentencia de condena (que en copia obra a fs. 1/12 del expte. nº 2620 del registro de este Tribunal Superior).

La sentencia del —por aquel entonces— juez de primera instancia fue parcialmente confirmada por los —también por aquel entonces— integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 41/51 del expte. nº 2620). Dicho pronunciamiento motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria dio lugar a la queja que fue resuelta por este Tribunal el día 13/5/2004 (fs. 146/165, expte. nº 2620).

El defensor general de la Ciudad en aquel momento, doctor Víctor E. Hortel, dedujo un recurso extraordinario federal contra la resolución anterior de este Tribunal que —en lo que aquí respecta— admitió la queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad local. Mientras se encontraba en trámite el recurso extraordinario federal, el defensor actuante ante la primera instancia presentó una solicitud que fue remitida a este estrado para que se declarase prescripta la acción contravencional seguida contra el encartado. El Tribunal, por mayoría, el día 1º/9/2004, resolvió devolver la solicitud de extinción al juzgado de primera instancia y denegar el recurso extraordinario federal (fs. 204/213, expte. nº 2620).

De acuerdo a lo que puede constarse en el sistema informático virtual de "consulta de expedientes" en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el defensor general de la Ciudad dedujo un recurso de hecho que al día

de la fecha no ha sido resuelto por el mencionado Tribunal (expte. nº 491/04, t. 40, letra O, tipo RHE, ingresado el día 14/9/2004).

2. La solicitud de extinción de la acción, por prescripción, mencionada en el punto que antecede fue rechazada por el —actual— titular del juzgado de primera instancia, el día 1º/10/2004 (fs. 3/4 del expte. nº 3726, del registro de este Tribunal Superior). Esta resolución fue impugnada por la Defensa Oficial del imputado y confirmada por los —actuales— miembros de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, el día 22/11/2004 (fs. 16/17 del expte. nº 3726 —a continuación todas las citas se referirán a este último expediente—).

La Defensa Oficial interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la decisión anterior, cuya denegatoria originó la interposición de la queja que se encuentra agregada a fs. 35/54. El Tribunal, por mayoría, admitió la queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad el día 30/4/2005 (fs. 65/72). Este último pronunciamiento, a su turno, fue impugnado mediante un recurso extraordinario federal (fs. 75/91), deducido por el entonces defensor general, que fue denegado por la mayoría del Tribunal el día 26/5/2005 (fs. 99/103).

La denegatoria de aquella impugnación motivó la interposición de otro recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. expte. nº 309/05, t. 41, letra O, tipo RHE, ingresado el día 15/6/2005, según lo consultado en la página web oficial). El Máximo Tribunal, con fecha 15/8/2006, hizo lugar a esa queja, declaró procedente el recurso extraordinario federal denegado en esta instancia y devolvió las actuaciones a este estrado para que se dictase "un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina" sentada *in re* "Caballero" —publicada en *Fallos,* 328:3928— (fs. 117/118).

En cumplimiento de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el día 13/12/2006, la mayoría de este Tribunal Superior revisó la interpretación que fue descalificada en la resolución revocatoria con relación a la prescripción de la acción en materia contravencional y, sobre la base de nuevos desarrollos no tenidos en cuenta en el precedente al que se remitió el alto Tribunal —*in re* "Caballero"—, resolvió rechazar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 121/133).

3. La defensora general sustituta, doctora Graciela Christe, continuó la intervención de su Ministerio y en representación del encartado, dedujo un nuevo recurso extraordinario federal (fs. 137/168) que también fue denegado por la mayoría de este Tribunal el día 14/3/2007 (fs. 173/178). La denegatoria de esa última impugnación, deducida contra la sentencia del día 13/12/2006, motivó la interposición de un nuevo recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (expte. nº 65/07, t. 43, letra O, tipo RHE, ingresado el día 23/3/2007; según la compulsa efectuada en la citada página web).

Por disposición del Alto Tribunal se le confirió vista de las actuaciones al Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi, quien consideró que debía desestimarse el recurso de hecho, porque la apelante, además de sustentar su impugnación en "afirmaciones dogmáticas" y no "hacerse cargo de refutar los argumentos en que se apoyó el [tribunal] *a quo* para desechar [su] pretensión [de que se declarase prescripta esta acción contravencional], estructurados esencialmente a partir de normas locales distintas de las que merecieron tratamiento en aquel precedente ['Caballero']", no había logrado demostrar "que la conclusión a la que se arribó producto del análisis de las normas [infraconstitucionales] locales como un conjunto armónico resulte manifiestamente arbitraria o sea contraria a la Constitución Nacional o al espíritu del CC local, ni que se haya prescindido de las consecuencias que derivan del criterio que se adoptó en una materia estrictamente local tanto en lo relativo a su legislación como a su aplicación jurisdiccional" (fs. 297/300).

Sin perjuicio de lo dictaminado por el Procurador General en cuanto a las diferencias existentes entre este caso y el precedente citado, el día 22/12/2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió "[q]ue al caso resulta aplicable —en lo pertinente—, y tal como se había decidido el 8/11/2005, lo resuelto por el Tribunal en 'Caballero' (*Fallos,* 328:3928), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad", por lo cual hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario federal, dejó sin efecto la decisión recurrida y devolvió las actuaciones para que se dicte "un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina allí expuesta" (fs. 301/302).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La reseña histórica que antecede pone en evidencia que el proceso contravencional iniciado en el año 2002 contra Carlos Alberto Oniszczuk se ha desmadrado totalmente y debe ser reconducido hacia la única alternativa tras siete años de infructuosos trámites: su culminación por afectación de la garantía constitucional de duración razonable del proceso (arts. 75.22, CN, 8.1, CADH, 10, CCBA).

2. Más allá de los esfuerzos desplegados en la jurisdicción local por enjuiciar la conducta del Sr. Oniszczuk dentro del breve plazo fijado por la legislación contravencional y resolver dentro de ese plazo todos los recursos locales, lo cierto es que la estrategia de la Defensa, al plantear y replantear recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, trajo aparejada una consecuencia insoslayable: la prolongación inusitada e irrazonable del proceso tendiente a juzgar una ilicitud menor, una contravención referida a la organización, explotación y comercialización de juegos de apuestas sin la debida autorización legal (ley 255, arts. 2º y 3º).

3. Para que el Tribunal resuelva lo que en derecho, justicia y equidad corresponde no es necesario atender a lo dispuesto por la CSJN en el último pronunciamiento que dictó en autos. Aunque en su sentencia (fs. 301/302) el Alto Tribunal no consideró ni se expidió sobre el acierto o desacierto de los nuevos argumentos brindados por la mayoría de este Tribunal en la decisión recurrida (fs. 121/133), que claramente diferían de lo fallado por la Corte en el precedente "Caballero" —circunstancia correctamente advertida por el señor Procurador General de la Nación—, lo cierto es que insistir en aquella línea argumental —que, insisto, aún no ha sido descalificada— sólo traería como consecuencia una mayor dilación del proceso, que, a esta altura, ya resulta intolerable desde la perspectiva de los derechos del contraventor y del recto servicio de justicia.

4. La duración razonable del proceso integra la garantía de la defensa en juicio. El voto de los jueces Carlos S. Fayt y Gustavo Bossert en la causa K. 60. XXXIII, "Kipperband, Benjamín s/estafas reiteradas por falsificación de documentos —incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal—", publicado en *Fallos,* 322:360, efectuó un detallado análisis de ese aspecto de la garantía, al que cabe remitirse.

De acuerdo a lo señalado en ese precedente "...la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, y (...) no puede traducirse en un número de días, meses o años" (considerando 8°). Entre las circunstancias a considerar, los ministros Fayt y Bossert señalaron: "la duración del retraso, las razones de la demora, y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado dicha prolongación. Tales factores si bien son de imprescindible consideración, no pueden ser valorados aisladamente, sino que deben ser ponderados y sopesados uno frente al otro, atendiendo a las circunstancias concretas de la causa" (considerando 9°; en similar sentido A. 2554. XL, "Acervo, Néstor Horacio s/contrabando —causa 51.221—", sentencia del 21/8/2007).

Las circunstancias a considerar en esta causa concreta son de índole legal y de orden fáctico. En ese sentido se debe tener presente: *a)* que la ley contravencional aplicable al caso, en atención a la fecha del hecho, regulaba el plazo de prescripción de la acción contravencional en un (1) año; *b)* que la única causal de interrupción del plazo de prescripción era la realización de la audiencia de debate; *c)* que la tramitación con celeridad del proceso en las instancias locales, a partir de la audiencia, insumía alrededor de 1 año — véase el punto 7 del voto del juez Guillermo Muñoz en la causa "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción", expte. n° 912-1, sentencia del 5/12/2001—; *d)* que la conducta atribuida al imputado se habría desarrollado hasta el 23/8/2002; *e)* que la audiencia de debate tuvo inicio el día 21 de mayo y culminó el 5/7/2003; *f)* que la sentencia de este Tribunal que admitió

el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad fue dictada el día 13/5/2004; *g)* que este Tribunal —por mayoría— el día 1º/9/2004 denegó el recurso extraordinario federal planteado por la defensa contra esa sentencia; *h)* que el recurso directo deducido ante la CSJN por el defensor general de la Ciudad, al día de la fecha, no ha sido resuelto por el máximo Tribunal (expte. nº 491/2004, t. 40, letra O, tipo RHE, ingresado el día 14/9/2004). Por otra parte, en este análisis de circunstancias no debe perderse de vista —principalmente—: *i)* que el incidente referido a la prescripción de la acción contravencional instado por el defensor de primera instancia mientras se encontraba en trámite el recurso extraordinario federal planteado contra la decisión —sobre el fondo— del Tribunal, del 13/5/2004, dio lugar a una primera sentencia del Tribunal el día 30/3/2005, y, a partir de allí, se sucedieron las diversas intervenciones de la CSJN mencionadas en las "resultas" de esta sentencia y que culminan en el pronunciamiento que ahora corresponde dictar.

Se constata, entonces, que tanto en el proceso principal iniciado hace ya más de siete años —en el que se interpuso un recurso de hecho el 14/9/2004 que nunca fue resuelto por parte de la CSJN— como en el incidente de prescripción, originado en el año 2004, el plazo del proceso se ha extendido sobremanera, en atención a la naturaleza del ilícito que le diera origen y a la escasa complejidad de la investigación. Y esa dilación en arribar a un pronunciamiento definitivo y concluyente, más allá de que pueda entenderse juzgada la conducta enrostrada, vulnera el derecho del imputado al debido proceso por la incertidumbre en la que se encuentra inmerso.

5. En síntesis, la duración razonable del proceso se relaciona pero no está determinada única o necesariamente por el plazo de prescripción de la acción. Independientemente de considerar que en esta causa, el plazo de prescripción de la acción no se ha agotado —por las razones que expuse en la decisión agregada a fs. 121/123— considero que, no obstante la actividad diligente de los órganos jurisdiccionales locales, este proceso debe terminar con la absolución del Sr. Oniszczuk, por aplicación de la invocada garantía constitucional (arts. 75.22, C.N., 8.1, CADH, 10, CCBA).

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto todos y cada uno de los razonamientos y conclusiones que lucen en el fundado voto de mi colega, la doctora Ana María Conde.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Comparto la solución propuesta por la señora jueza del trámite. Agrego, por lo demás, que en las sentencias del Tribunal del 30/3/2005 y 13/12/2006

—dictadas en esta causa— consideré que correspondía sobreseer al imputado en tanto, según mi interpretación del caso, la acción contravencional se encontraba prescripta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En las sentencias del 30/3/2005 y 13/12/2006 (a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad) me limité a constatar que se hallaba cumplido el presupuesto procesal de la prescripción de la acción, razón por la cual sin entrar en ninguna otra cuestión debatida en autos, expresé mi opinión de que correspondía dictar el sobreseimiento.

Por tanto voto por sobreseer al Sr. Carlos Alberto Oniszczuk.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Absolver* al Sr. Carlos Alberto Oniszczuk, cuyos demás datos personales obran en autos, de la imputación que oportunamente se le efectuara en la acusación formulada a fs. 212/218 del expte. n° 1315-00-CC/02, caratulado "Oniszczuk, Carlos Alberto s/ley 255 (Federico Lacroze 3531) —Apelación".

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

CXXVIII

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BS. AS. S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. METROVÍAS: Sanción. Competencia local.

SUMARIOS:

1. No se acredita cuestión federal que amerite la apertura del recurso extraordinario si sólo se revela la disconformidad de la recurrente con la inter-

pretación de normas locales efectuada en el interlocutorio atacado, que confirmó la competencia de la justicia local, y no se demuestra que esa interpretación genere un caso federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si el desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción cuestionada y reclamar la competencia federal, 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, sin proponerse 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. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. n° 6054/08 - 27/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 125/144 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 4/3/2009 por la que el Tribunal, por mayoría, admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso es contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, quien solicita su rechazo (fs. 151/157 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 125/144 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.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. e) del art. 3º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN, 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. 125/144 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.

3. Metrovías sostiene que el pronunciamiento del Tribunal es arbitrario por cuanto la priva de una tutela judicial efectiva, afectando la garantía constitucional prevista en los arts. 17, 18 y 19 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).

Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal intentado debe ser desestimado por inoficioso. 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). Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

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

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

2. Para justificar la existencia de una cuestión federal la recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas —sostiene que la sentencia recurrida le ocasiona "un agravio constitucional irreparable, en tanto se lo priva de una tutela judicial efectiva, al no poder tener acceso a sus jueces naturales, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 133 y vta.)—. Agrega que la controversia de autos compromete "un servicio público de carácter nacional" por tanto, a su criterio, "la competencia federal deriva de la propia naturaleza del conflicto" (fs. 131 vta.) pues para ejercer las potestades sancionatorias cuestionadas "hay que indefectiblemente interpretar y aplicar lo que prevé sobre el particular el

contrato de concesión de conformidad a las disposiciones que conforman el marco normativo de la concesión" (fs. 137 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 de éste, las partes se someten a la jurisdicción contencioso-administrativa federal de la Capital. También cita, por considerarlo aplicable al caso de autos, el precedente "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal Belgrano C Manuel Belgrano y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo' —*Fallos,* 328:2716—", resuelto por la CSJN con fecha 28/7/2005.

En oportunidad de entender en 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).[20] 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. 134, en el que la recurrente considera un "dispendio jurisdiccional" la forma en que se ha expedido este Tribunal, por

[20] 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".

entender que la Corte Suprema de Justicia "terminará ratificando su propia doctrina" plasmada en el fallo "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal Belgrano C Manuel Belgrano y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'", soslaya que el planteo deducido no justifica la apertura de la vía extraordinaria intentada ya que carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, y no explica ni fundamenta cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución, y con qué alcance. Además, 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.

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 83, punto 4.

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

CXXIX

"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. Sentencia definitiva. Citación de terceros. METROVÍAS.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si no se rebaten con éxito los fundamentos que dieron sustento al rechazo del recurso de queja frente a la decisión que rechazó un pedido de citación de terceros, consistentes en la inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional o de cuestión federal comprometida. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás. En sentido concordante, véase voto de la señora jueza Alicia e. C. Ruiz).*

2. El carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. n° 6080/08 - 27/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 222/238 recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 11/3/2009 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja interpuesto por su parte.

2. El recurso es contestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que solicita su rechazo (fs. 242/255).

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 Metrovías, no puede prosperar.

2. Es que los argumentos vertidos en el escrito de fs. 222/238 no alcanzan a rebatir con éxito los fundamentos que dieron sustento al rechazo del recurso de queja por parte de este Tribunal: inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional o de cuestión federal comprometida. En efecto, la presentación no hace más que reiterar cuestiones ya vertidas en escritos anteriores (recurso de inconstitucionalidad de fs. 26/32 vta. y recurso de queja de fs. 109/116 vta.) que fueron objeto de tratamiento y desestimadas en esta instancia. En consecuencia, ante la repetición por parte de Metrovías de esos argumentos, las razones señaladas en la decisión de fs. 183/190 son igualmente aplicables para considerar que no se está frente a una sentencia definitiva, ni se ha planteado en forma adecuada —tampoco ahora— una cuestión federal que habilite la vía extraordinaria.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros), en tanto se sustenten, como en el caso, en cuestiones de carácter local y procesal.

3. No basta para tener por configurado el requisito de sentencia definitiva —o, en la mejor de las hipótesis, de "sentencia equiparable a definitiva"— con señalar que la decisión que rechaza el pedido de citación de terceros formulado por Metrovías "...veda la participación de los terceros necesarios en la decisión de las cuestiones fundamentales dentro del proceso, lo cual genera un daño insubsanable en la medida en que ya se están resolviendo cuestiones fundamentales (e.g. el tema de la competencia) sin permitirle al Estado nacional defender sus intereses y exponer sus argumentos, los cuales no pueden más que reforzar nuestra posición, obligando tanto a mi mandante como al Estado nacional a iniciar nuevos procedimientos una vez finalizado el presente, elevando los costos de sus defensas y obstaculizando la plena defensa de sus posiciones..." (fs. 223 vta.). Ciertamente, a esta altura del proceso es prematuro aventurar cuál será el resultado del juicio. No es posible descartar de plano que la sentencia que finalmente decida el fondo resulte favorable a Metrovías.

Por otro lado, se advierte que, más allá de las declamaciones efectuadas, la recurrente no ha brindado ningún fundamento concreto que permita demostrar la irreparabilidad del agravio que el interlocutorio impugnado le genera, con el propósito de requerir la intervención prematura de nuestro Alto Tribunal para resolver el planteo de citación de un tercero a las presentes actuaciones.

4. 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, en general, y no les permite el acceso a sus jueces naturales, en particular, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19...” (fs. 228 vta.).

Pero aquí tampoco acierta Metrovías a articular una cuestión federal. A poco que se advierta, las cuestiones debatidas involucraban cuestiones de índole eminentemente local y procesal, ajenas —como regla— a la instancia extraordinaria federal. Lo que en definitiva pretende la recurrente es que —por esta vía— se vuelva a analizar el pedido de incompetencia que su parte oportunamente formulara, cuando tal cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal en la resolución que revisó el rechazo de la excepción previa destinada a lograr la intervención de la justicia federal (véase fs. 227).

5. Tampoco logra demostrar la recurrente —pese a los esfuerzos en este sentido— la vinculación directa e inmediata de los derechos que dice conculcados (arts. 17, 18 y 19 de la C.N.) con lo aquí debatido y con la decisión adoptada en el caso, que trata, centralmente, sobre la intervención de un tercero en el marco de un pleito en el que se discute la validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 27/EURSPCABA/06 que impuso una multa). La CSJN ha establecido que la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

6. El recurso interpuesto alega la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y en consecuencia pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria por falta de fundamentación (fs. 228 vta.), considerando que el fallo restringe el alcance de los derechos y las garantías reconocidos por los arts. 17, 18 y 19 de la C.N. (fs. 346 vta.). Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

En este punto cabe remarcar, que el carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento

definitivo" (doctrina de *Fallos,* 276:366; 302:890; 304:749; 304:1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

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 aún no dilucidada.

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

8. 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).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 222/238 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.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. a) del art. 3º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento"), que establece que se debe demostrar que la decisión recurrida es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN.

En estos obrados, el Tribunal rechazó la queja interpuesta por Metrovías S.A. contra la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el rechazo del pedido de citación como tercero del Estado nacional efectuado por la actora. Ello, por entender que el pronunciamiento de la Sala I no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable.

Lo resuelto por el Tribunal a fs. 183/190 tampoco constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se encuentra habilitada la vía extraordinaria federal.

Las consideraciones que formula la recurrente en torno del requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio de fs. 183/190. La empresa se limita a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores y que fueran desestimados. Por iguales motivos, Metrovías S.A. tampoco logra demostrar que se esté frente a una sentencia equiparable a definitiva. Esta circunstancia sella la suerte adversa del remedio intentado.

3. A mayor abundamiento, 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. 223/238 revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales y procesales efectuada en el interlocutorio atacado. Y, por lo demás, en la presentación en examen no se demuestra que dicha interpretación involucre cuestión alguna de índole federal.

4. Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal de fs. 222/238 debe ser desestimado por inoficioso. 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). 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. 190, punto 2.

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

En similar sentido se resolvió en la causa 6138/08 "Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 27/5/2009.

CXXX

"ASOCIACIÓN CIVIL ALIANZA PARA EL USO RACIONAL DE ENVASES EN ARGENTINA (AUREA) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Impugnación *in totum.*

SUMARIOS:

1. Corresponde declarar admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad si en la presentación se individualizan la norma que se estima inconstitucional, y las cláusulas constitucionales que podrían verse afectadas. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier)*

2. Si bien los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad no son concluyentes para tener a esta altura del proceso configurados en el caso los presupuestos que condicionan la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º CABA, ante la existencia de, cuando menos, duda razonable acerca de su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca de la cuestión planteada. *(Voto del señor juez José O. Casás)*

3. Aunque la demanda declarativa de inconstitucionalidad exhibe escaso desarrollo argumental en relación a los cuestionamientos de índole constitucional que la sustentan, y falta de precisión y rigor expositivo sobre determinados aspectos, el planteo central de la pretensión contiene fundamento suficiente para admitir la acción y permitir el debate de la cuestión en audiencia pública. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La impugnación *in totum* de una norma es óbice para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, pues se pretende desalentar cuestionamientos que por su inespecificidad fracasen en la identificación precisa de las reglas o segmentos de ellas que lesionan principios de garantía constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando el interesado no cumple la carga de identificar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La impugnación *in totum* de una norma sólo será admisible cuando quien demanda exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la misma, y debe ser desestimada cuando en la presentación no se explica cuál es la colisión con los preceptos constitucionales invocados que justificarían que se deje sin efecto la totalidad de la norma impugnada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6370/08 - 27/5/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) plantea a fs. 35/50 la inconstitucionalidad —en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA y art. 17 y cc., ley 402— del dec. 760/08 y anexo dictado por el Ejecutivo local, que reglamenta el art. 9º de la ley 1854 (ley "de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos").

Dice la actora que con el dictado de dicho decreto el Poder Ejecutivo "altera el espíritu de la norma que reglamenta, convirtiendo en tributo una norma que no lo es y asumiendo funciones reservadas exclusivamente a la Legislatura", en contradicción con los arts. 51, 81, 89, 90, 102 y 103 de la CCBA (fs. 49 vta.).

Afirma, asimismo, que la reglamentación impugnada ignora el principio rector de gestión integral tendiente a reducir la generación y la disposición de residuos de productos establecido por la ley 1854 y establece inconstitucionalmente una "norma tributaria con el objeto de recaudar un monto dinerario, denominada contribución especial, para financiar el sistema público de gestión de residuos de productos" (fs. 38 vta.).

2. A fs. 66/68 emite dictamen el señor fiscal general y, por los fundamentos que expone, propicia que se declare la admisibilidad formal de la acción en examen.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad (art. 18, inc. 2º, ley 402), sin embargo la acción es inadmisible.

2. La accionante no cumple adecuadamente con lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402 que exige, por un lado, la mención precisa de las normas que se estiman contrarias a la Constitución Nacional o a la CCBA y, por otro, el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión.

3. Respecto de la carga de identificar con precisión las reglas particulares del orden jurídico local cuestionadas, el Tribunal ha sostenido que se debe citar "con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza,

sea el Tribunal quien precise su objeto" (conf. "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Constitución y Justicia*, t. III, p. 620).

La accionante promueve acción declarativa de inconstitucionalidad "con el objeto de que V.E. declare la inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia (arts. 113, inc. 2º de la Constitución y 24 de la ley 402), del dec. 760/08 dictado y sancionado por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 25/6/2008 y publicado en *BOCBA* nº 2962 por ser contrario a los arts. 17 y 19 de la C.N. y arts. 10, 12 inc. 5º, 51, 81 inc. 9º, 102 y 103 de la CCBA" (fs. 4 vta.).

La referida solicitud de declaración de invalidez del decreto, al ser formulada de forma genérica —es decir, sin especificar cuáles son las previsiones de los artículos de la norma cuya constitucionalidad cuestiona— determina su inadmisibilidad de conformidad con lo establecido en el precedente citado, ya que el Tribunal no puede suplir al accionante en la delimitación del objeto de su acción.

4. Respecto de la fundamentación de la pretensión, también se ha indicado en el precedente indicado, que la impugnación *in totum* de una norma sólo será admisible cuando quien demanda exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la misma.

Sin embargo, la actora no explica cuál es la colisión con los preceptos constitucionales invocados que justificaría, a su criterio, que se dejase sin efecto la totalidad de la norma impugnada.

5. Como *obiter dictum* y respecto de los fundamentos de la acción, señalo que presuponen una definición de la naturaleza de la contribución económica prevista en el art. 9º, inc. b, *in fine* de la ley 1854 que eventualmente obligaría al Tribunal a expedirse en términos constitucionales sobre una norma que no integra el objeto de la pretensión.

Por lo expuesto, voto por declarar inadmisible la demanda.

El doctor José O. Casás dijo:

1. La actora se encuentra legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

2. En la presentación se individualiza la norma que se estima inconstitucional —dec. 760/08 y anexo dictado por el Ejecutivo local que reglamenta el art. 9º de la ley 1854—, al igual que las cláusulas constitucionales que podrían verse afectadas (principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado en los arts. 17 y 19 de la C.N. y arts. 10, 12, inc. 5º, 81, inc. 9º, 89 y 90 de la CCBA, y violación de los arts 102 y 103 de la Constitución local, en tanto el

decreto altera el espíritu de la norma que reglamenta "convirtiendo en tributo una norma que no lo es").

3. Si bien la impugnación constitucional se dirige contra el dec. 760/08 y su anexo, resulta claro que la pretensión se dirige centralmente a cuestionar los aspectos vinculados a la creación y régimen de la contribución económica a los sistemas públicos de gestión de residuos.

4. Aunque no se me escapa que los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada no son concluyentes para tener, a esta altura del proceso, configurados en el caso los presupuestos que condicionan la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, y tal como lo he propiciado en anteriores oportunidades (conf. "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3881/2005, resolución del 18/5/2005), considero que, ante la existencia de, cuanto menos, duda razonable acerca de su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca del planteo efectuado.

5. No es óbice a ello la falta de individualización de los tramos normativos de cada uno de los artículos del dec. 760/08 objeto de la tacha en cuanto la admisión formal de la acción se circunscribe tan sólo a la pretensión económica pública coactiva regulada por el reglamento en tanto se contravendría el principio de reserva de ley tributaria al deferir (en términos de subdelegación) a la autoridad de aplicación el establecimiento de diversos elementos estructurales —material, personal, espacial y temporal— faltantes, o insuficientemente definidos, así como, incluso, los cuantitativos, sin que para ello resulte menester, dicho ello *obiter dicta,* un cuestionamiento adicional respecto del art. 9º de la ley 1854, aunque la misma pueda no bastarse o autoabastecerse para tornar operativa la contribución y pudiera incurrir, igualmente, en vicios por delegación legislativa.

Por ello, y lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general, sin perjuicio del juicio definitivo de procedencia formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad que pueda efectuarse luego de escuchadas las partes en el debate con el que se sustancia este proceso, me pronuncio, en esta instancia preliminar, a favor de su admisibilidad.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

2. Las normas cuestionadas (arts. 3.3; 3.7; 4; 5.1; 5.2; y 5.3 del anexo del dec. 760/08 del Ejecutivo local) pueden ser objeto de la impugnación declarativa

directa de inconstitucionalidad, pues cumplen con el recaudo de ser de carácter general y emanadas de las autoridades de la Ciudad, conforme lo exigen los arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ.

3. Las impugnaciones que se formulan se basan, en lo sustancial, en razones de naturaleza constitucional. Se satisface, de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

En efecto, los actores sostienen que las normas cuestionadas son violatorias de los arts. 51, 81, 102 y 103 de la CCBA (fs. 49 vta.).

4. La demanda interpuesta, exhibe un escaso desarrollo argumental en relación con los cuestionamientos de índole constitucional que la sustentan, en particular la relación con lo dispuesto en el art. 9° de la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (ley 1854), norma ésta que no ha sido impugnada. También es posible observar falta de precisión y de rigor expositivo sobre determinados aspectos como la aplicación del procedimiento de doble lectura al caso (art. 89, inc. 8º, CCBA) o la omisión de que el decreto cuestionado trate determinados puntos que, a criterio de la parte actora, debieron ser incorporados en la reglamentación.

No obstante ello, considero que el planteo central contiene fundamento suficiente para admitir la acción y permitir el debate en audiencia pública de la cuestión (conf. mi voto en autos "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4807/06, resolución del 13/9/2006).

Por ello, sin perjuicio del juicio de procedencia de la acción que pueda efectuarse una vez escuchadas las partes en el proceso y, de conformidad con lo propiciado por el señor fiscal general en su dictamen, voto por declarar admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º de la ley 402 y cuestiona la constitucionalidad del dec. 760/08, por ser contrario a los arts. 17 y 19 C.N. y 10, 12, inc. 5º, 51, 81, inc. 9º, 102 y 103, CCBA). Sin embargo, la acción no puede ser admitida, porque no cumple con el recaudo de venir fundada según lo exigible en esta clase de procesos (art. 19.2 de ley 402).

2. Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha exigido que el promotor de la acción declarativa de inconstitucionalidad cumpla con explicar "de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99,

resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, entre otros). Por su parte, el art. 19, inc. 2º de la ley 402 establece que la acción debe contener "los fundamentos que motivan la pretensión, indicando los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados".

Como expresé en otras oportunidades, la exigencia de exponer fundamentos en sostén de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada a este Tribunal por el art. 113.3 CCBA, pues la actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley (conf. art. 17 de la ley 402), lo que implica que el vigor con que esta acción es esgrimida resulta vital para que un debate, organizado con formato judicial, rinda sus mejores frutos o, mejor aún, no arroje resultados no queridos, exigencia que no queda satisfecha si los argumentos sobre los que pretende apoyar la impugnación no se hacen cargo, al menos, de las objeciones que previsiblemente puedan aducirse para respaldar la compatibilidad o coherencia de las normas cuestionadas con los preceptos de la Constitución local que se aducen vulnerados (conf. mi voto *in re* "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3725/2004, sentencia del 16/4/2005, entre otros).

3. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas en el punto anterior, la impugnación que efectúa AUREA respecto del dec. 760/08 —reglamentario del art. 9º de la ley 1854 (de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos – Basura Cero)— por entender que incurre en un exceso reglamentario y afecta el principio de reserva de ley tributaria al establecer un tributo sin que éste haya sido creado previamente por una ley formal, todo ello, en oposición a los preceptos constitucionales indicados, no cumple con el recaudo de exponer fundamentos en los términos enunciados.

La actora postula la inconstitucionalidad del dec. 760/08, partiendo de la interpretación que propone del art. 9º de la ley 1854, sobre la base de que otra sería inconstitucional pues "una norma tributaria debe ser sancionada con el voto positivo de la mayoría absoluta de sus miembros de conformidad con el inc. 9º del art. 81" y "[e]ste procedimiento especial no ha sido contemplado en la sanción de la ley 1854, que fuera aprobada por mayoría simple" (fs. 40), a lo que agrega que "[n]o resulta inconstitucional el art. 9º de la ley 1854, atento que no crea la obligación tributaria, sino que la menciona como pauta de obligación. Y deja para una ley especial la creación de este tributo" (fs. 41). No cuestiona, en cambio, la constitucionalidad de dicha ley. La observación, aun de ser correcta, no se hace cargo del lenguaje claro de la ley 1854, cuyo art. 9º establece: "La reglamentación establecerá las pautas a que deberán someterse el productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona

responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, será obligado de acuerdo con los siguientes criterios: (...) *b)* Hacerse cargo directamente de la gestión de los residuos derivados de sus productos, o participar en un sistema organizado de gestión de dichos residuos o *contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión de residuos en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos*" (sin destacar en el original). En tales condiciones, AUREA omite toda consideración en relación con las razones por las que la definición del hecho imponible (poner en el mercado productos que con su uso se conviertan en residuos) y de la medida de la imposición (aquella necesaria para cubrir los costos de la gestión de los residuos) establecidas en la ley —cuya constitucionalidad no viene cuestionada en la demanda— no serían suficientes para dar nacimiento al tributo que luego el Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 102 CCBA, reglamentó.

En conclusión, la actora no se hace cargo de un argumento muy evidente: que la interpretación que efectúa del art. 9º de la ley 1854 no es una posible y que, en consecuencia, el sustento constitucional en el que se apoya para cuestionar al dec. 760/08 desaparece.

4. Tampoco puede ser admitida la demanda en relación al planteo dirigido a cuestionar la constitucionalidad del reglamento en el aspecto relativo al destino que prevé para los materiales resultantes de la gestión de los residuos, pues no sustenta dicha impugnación en norma constitucional alguna.

En suma, por lo dicho, voto por declarar inadmisible la demanda de inconstitucionalidad promovida por la Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina a fs. 35/50.

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.

2. La norma impugnada (el dec. 760/08 y anexo dictado por el Ejecutivo local, reglamentario del art. 9º de la ley 1854) reviste carácter general, por lo que la presentación satisface los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. La disposición es atacada por razones de naturaleza constitucional local y nacional, y la actora individualiza claramente en su presentación las cláusulas de esta jerarquía que estima afectadas (arts. 17 y 19 de la C.N., arts. 10, 12, inc. 5º, 51, 81, inc. 9º, de la CCBA —que consagran el principio de reserva legal en materia tributaria—, así como los arts. 102 y 103 de la CCBA, en el entendimiento de que "[e]l dec. 760/08... altera el espíritu de la norma que reglamenta, convirtiendo en tributo una norma que no lo es y asumiendo funciones reservadas exclusivamente a la Legislatura" (fs. 49 vta.).

De este modo, la presentación cumple otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley local 402.

4. Por lo demás, los fundamentos que motivan la pretensión se sustentan en una interpretación de la normativa objeto de tacha que, a mi juicio, debe considerarse una hermenéutica posible o elegible del decreto impugnado y su anexo (sin que, en modo alguno, ello equivalga a afirmar categóricamente, en este primer estadio de análisis de la admisibilidad de la demanda, la plausibilidad de dicha interpretación).

5. Otro aspecto vinculado a la fundamentación de la demanda es el carácter *in totum* de la impugnación de la norma atacada, formulada por la actora. Es doctrina del TSJ la que, en principio, establece que este tipo de descalificación, en una acción declarativa de inconstitucionalidad, es óbice para la procedencia de la demanda (véase "Rodríguez Simón, Fabián c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3055/04, decisión del 15/5/2004, primer considerando, y "Asociación Argentina de Compañías de Seguros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2953/04, resolución del 12/4/2004, mi voto, primer considerando, entre otros).

Sin embargo, es menester reflexionar acerca de la razón en la que estriba y sobre la que se apoya esta exigencia. Parece claro que, al rechazar las descalificaciones de un plexo normativo en su totalidad, el Tribunal pretende desalentar presentaciones impugnativas que, por su inespecificidad, fracasen en la identificación precisa de la o las reglas, o los segmentos de ellas, que lesionan (presuntamente) principios de jerarquía constitucional. Ello 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.

Sin embargo, resulta claro que el objeto de la impugnación intentada por AUREA se dirige contra un decreto reglamentario y su anexo que, a más de "convertir en tributo una norma que no lo es" (según lo interpreta la actora), avanza asimismo en la imposición de "la forma, monto, características y demás elementos de este tributo" (fs. 47 vta.). Eventualmente, podrá requerírsele a la actora (por ejemplo, en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 6º de la ley 402) que repare el defecto de la impugnación *in totum* excluyendo aquellos artículos del decreto o del anexo atacados que revistan carácter puramente formal.

6. Finalmente, la actora se ciñe, en su petitorio, a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia de las normas (fs. 50).

7. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la acción es admisible (art. 21, LPTSJ). Corresponde, por lo

tanto, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* admisible la acción de inconstitucionalidad introducida a fs. 35/50 por la Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA).

2º. *Correr traslado* de la demanda al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo de treinta (30) días, para que comparezca y la conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesario producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

CXXXI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CERIANI, NÉLIDA MATILDE C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIÓN DE EMPL. PÚB.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada CSJN 4/07. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Se debe rechazar el recurso extraordinario federal cuando en su presentación no se da cumplimiento a los recaudos señalados en los arts. 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Corresponde rechazar el recurso extraordinario federal si el Tribunal consideró improcedente la queja, principalmente porque no lograba rebatir los argumentos dados por la Cámara de Apelaciones para denegar el recurso de

inconstitucionalidad, y se reproduce la misma fundamentación sin plantear tampoco ahora una cuestión federal. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. Obsta a la concesión de recurso extraordinario el carácter no federal de la cuestión debatida, ya que determinar si la cesantía de la actora dispuesta por el GCBA resultaba legítima o ilegítima involucraba cuestiones de hecho, prueba y derecho local infraconstitucional relativas al empleo público cuya interpretación y vigencia en el caso de las normas respectivas es privativa de los tribunales de la Ciudad, y ajenas a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. No es procedente el recurso extraordinario que fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho y de derecho común local que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

5. Si el recurso interpuesto se reduce a alegar la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y los agravios vertidos no hacen más que reiterar lo expresado con anterioridad en los recursos de queja y de inconstitucionalidad, traduciendo solamente la disconformidad del recurrente con la interpretación de los hechos y las normas constitucionales en juego sin demostrar la presunta arbitrariedad invocada, no corresponde habilitara el remedio extraordinario. *(Votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

6. La invocación de gravedad institucional no permite la concesión de recurso extraordinario, pues para la procedencia de esta causal es requisito *sine qua non* la existencia de cuestión federal, que no se ha demostrado en autos. *(Votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. n° 6099/08 - 27/5/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 78/94 vta.) contra la decisión de fecha 11 de marzo de 2009 (fs. 70/75) mediante la cual el Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por éste.

Corrido el traslado pertinente, la parte actora guardó silencio (véase diligencia de fs. 96 vta. y providencia de fs. 97).

FUNDAMENTOS:

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

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

2. La primera de ellas, porque el escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente —en su totalidad— la fundamentación del recurso de queja de fs. 39/45 vta. y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 27/30. El Tribunal consideró improcedente la queja —principalmente— porque no lograba rebatir los argumentos dados por la Cámara de Apelaciones para denegar el recurso de inconstitucionalidad articulado por su parte, ni plantear una cuestión constitucional (conf. punto 1 del voto de la jueza Ruiz, al que adhirieron los jueces Lozano, Casás y Maier; puntos 2 a 3 del voto de la jueza Conde, a los que adhirieron los jueces Lozano, Casás y Maier). En consecuencia, ante la repetición por parte del demandado de esos argumentos, las razones señaladas en la decisión de fs. 78/94 son igualmente aplicables para considerar que no se ha planteado en forma adecuada, tampoco ahora, una cuestión federal que habilite la vía extraordinaria.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio— no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros). Ello así, pues la nueva presentación no rebate por medio de una crítica concreta y circunstanciada las razones en que se apoya el fallo apelado (cuestiones de carácter local y procesal).

3. La segunda razón del rechazo: obsta a la concesión del recurso —como se adelantó— el carácter no federal de la cuestión debatida.

En el caso, determinar si la cesantía de la actora dispuesta por el GCBA resultaba legítima o ilegítima involucraba cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenos a la instancia extraordinaria cuya apertura se pide.

Como puede advertirse, el asunto trata aspectos relativos a la relación de empleo público que ligó a la actora con la Ciudad de Buenos Aires. La decisión que el GCBA persigue de la Corte federal exigiría que ésta considere normas de derecho local relativas al empleo público, es decir, se pretende que la Corte

Suprema de Justicia sustituya a los jueces de grado en la valoración del derecho infraconstitucional.

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

4. La tercera razón, que justifica y completa lo afirmado precedentemente, reside en que las garantías constitucionales genéricamente invocadas (arts. 17, 18, 19 y 31 C.N. y 102 de la CCBA) no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho y de derecho común y local que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos,* 300:130).

Atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, es necesario que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. En el caso, el recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentalmente con la cuestión debatida ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base, tal como ya había sido puesto de manifiesto en la sentencia de fecha 11/3/2009.

5. La cuarta razón: el recurso interpuesto se reduce, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal y, en consecuencia, pretende introducir la cuestión constitucional federal por afectación de las garantías del debido proceso, defensa en juicio y de los principios de legalidad y separación de poderes. Sin embargo, la admisibilidad del recurso por esta causal, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137, es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

Ahora bien, los agravios —pese a los esfuerzos del GCBA por querer demostrar lo contrario— no hacen más que reiterar lo expresado con anterioridad en los recursos de queja y de inconstitucionalidad. En definitiva, ellos sólo traducen la disconformidad del recurrente con la interpretación de los hechos y

las normas infraconstitucionales en juego que constituyen el fundamento de la decisión, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad. Tales razones impiden habilitar el remedio extraordinario que se pretende.

6. Y la quinta razón estriba en que tampoco la invocación de la existencia de gravedad institucional —que el GCBA escuetamente formula a fs. 79 vta.— permite la concesión del recurso, pues para la procedencia de esta causal es requisito *sine qua non* la existencia de cuestión federal, lo que no ocurre en autos. Ello conforme doctrina de la CSJN, que ha dicho que "la invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N.*"* (*Fallos,* 311:121).

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

8. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen por su orden, en atención a que la parte actora no contestó el traslado del recurso extraordinario (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Imponer* las costas por su orden.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 75, punto 2.

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

CXXXII

"SAPOZNIKOW, JACOBO DAVID S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SAPOZNIKOW, JACOBO DAVID C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Se debe rechazar el recurso extraordinario federal cuando en su presentación no se da cumplimiento a los recaudos señalados en los arts. 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal cuando no se encuentra controvertida una cuestión federal, y el debate ha tenido como objeto determinar qué interpretación corresponde asignarle a la noción de empresa prevista en el C.F. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio— no son revisables en la instancia extraordinaria. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La admisibilidad del recurso extraordinario por la causal de arbitrariedad es estricta, pues no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento ordinario como la sentencia fundada en la ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6008/08 - 27/5/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

Jacobo D. Sapoznikow interpuso recurso extraordinario federal (fs. 179/199 vta.) contra la decisión de fecha 4/3/2009 (fs. 150/175) mediante la cual el

Tribunal rechazó, por mayoría, la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado deducido por su parte.

Corrido el traslado pertinente, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) solicitó su rechazo (fs. 202/221 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal planteado por el recurrente, no obstante haber sido interpuesto en tiempo oportuno, no puede prosperar.

2. Primeramente, cabe señalar que en el *sub lite* no se encuentra controvertida la interpretación de norma federal alguna. La naturaleza local de la cuestión debatida obsta a la concesión del presente recurso. Los planteos del recurrente y las decisiones de los jueces locales versaron, principalmente, acerca de la interpretación que corresponde asignarle a la noción de "empresa" prevista en: el C.F., t.o. año 1999, la ordenanza 40.731 (textos vigentes durante los años 1991 a 1998) y los decs. 8553/87 y 2143/99. En el caso, el punto a determinar era si el actor ejercía su actividad en forma de "empresa" y si había renunciado a la prescripción que había operado respecto de los períodos 1993, 1994 y 1995. Las objeciones del recurrente con relación a esas cuestiones giran en torno a la interpretación y valoración de los hechos, pruebas y normas locales infraconstitucionales (referidas al ISIB) aplicadas para la decisión de la causa. De tal forma, los agravios no plantean cuestiones que requieran, como ya señalamos, la interpretación de regla federal alguna por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. En definitiva, el actor persigue con el recurso que la Corte federal sustituya a los jueces de mérito locales en la decisión de cuestiones ajenas a la instancia extraordinaria.

Esa situación priva a los preceptos de la C.N. por el actor invocados (los arts. 17, 18 y 19) de relación directa con lo resuelto. La sola mención de preceptos constitucionales —sobre la que el actor pretende construir su impugnación— no basta —de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la CSJN— para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional invocado (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de

todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por reglas de derecho que no son federales (*Fallos,* 310:2306). En este punto, el recurrente —por cierto— no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal.

3. Por lo demás, el Tribunal, por mayoría, consideró improcedente la queja —sustancialmente— porque no lograba plantear una cuestión constitucional (conf. puntos 1, 2 y 3 del voto del juez Maier, a los que adhirieron la Dra. Conde y la Dra. Ruiz; situación que, a su vez, da cuenta de la improcedencia de la afirmación del recurrente relativa a la ausencia de argumentos coincidentes en la decisión adoptada por el Tribunal).

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

4. Ahora bien, si lo que pretende el actor es que se abra la instancia extraordinaria federal con sustento en la causal de arbitrariedad, sabido es que 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).

Y el recurso, pese a los esfuerzos que realiza Sapoznikow para demostrar lo contrario, pretende —básicamente— reeditar el análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho local ajenas a la revisión de la CSJN en la vía intentada.

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

6. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen 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:

Comparto la solución propuesta por el señor juez de trámite con apoyo en los argumentos que expone en los aparts. 3, 4 y 5 de su voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Jacobo D. Sapoznikow, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 175, punto 3.

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

CXXXIII

"SERVICIOS EMPRESARIOS DIPLOMAT S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SERVICIOS EMPRESARIOS DIPLOMAT S.R.L. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando no cumple el requisito necesario de formular una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio, y su contenido se limita a hacer una transcripción literal del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

2. El recurso de queja sólo introduce un debate relativo a la interpretación de reglas comunes —infraconstitucionales— y de determinación de cuestiones de hecho, como la existencia de un error que afectó el discernimiento, ambos as-

pectos que no corresponden a la competencia del Tribunal por la vía intentada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido de ordinario en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6189/08 - 27/5/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Servicios Empresarios Diplomat S.R.L (en adelante: SED) inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que se revoquen las resoluciones por medio de las cuales la Dirección General de Rentas determinó de oficio el impuesto sobre los ingresos brutos y aplicó a la actora una multa por evasión fiscal (resol. 4558/DGR/99), y rechazó el recurso de reconsideración que planteara contra esa decisión (resol. 3004/DGR/00). Asimismo, la actora impugnó la resol. 860/SHyF/01 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas que rechazó el recurso jerárquico interpuesto contra aquella.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda, con costas (fs. 302/312 del expediente principal).

2. SED apeló la sentencia (fs. 325/335). El GCBA contestó el memorial de agravios y solicitó el rechazo del recurso (fs. 346/351). La Sala II de la Cámara CAyT resolvió: "Rechazar los agravios de la recurrente y, por ende, confirmar la sentencia de grado, con costas (arts. 62, CCAyT)" (fs. 353/358).

3. Contra esa resolución, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 364/371 vta.), que fue contestado por el GCBA (fs. 375/386), y denegado por la Sala II (fs. 388/389 y resolución aclaratoria de fs. 392).

4. En razón de la denegatoria, la actora interpuso el recurso de queja obrante a fs. 7/14 vta. El fiscal general adjunto en su dictamen propició el rechazo del recurso directo (fs. 27/29) con fundamento en que "no contiene una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución de fojas 1/2, aclarada por la Cámara según constancia de fojas 4. De ese modo, considero que el peticionante no satisface la carga procesal consistente en efectuar una crítica

concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad sino que, por el contrario, no dedica —siquiera un párrafo— a ese fin...". Señaló también que la "presentación directa no hace más que transcribir el escrito mediante el cual dedujo el recurso de inconstitucionalidad (fs. 364/371 vta., del expediente principal nº 3935/0), reiterando sus mismos defectos. Es que, ambos, proclaman en forma genérica la vulneración de los derechos constitucionales amparados por la Constitución Nacional y de la Ciudad, no logrando establecer la adecuada correspondencia entre los derechos —cuya afectación genérica invocan— y el contenido de la sentencia recurrida. Es decir, ninguno de ellos logra exponer con la seriedad debida un caso constitucional".

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso directo interpuesto por SED a fs. 7/14 fue deducido en tiempo y forma. Sin embargo, no puede ser admitido.

La actora no intentó desvirtuar los argumentos que utilizó la Sala II para denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la empresa accionante se limitó a transcribir un fragmento del auto denegatorio de fs. 1/2, pero no dedicó una sola línea de su presentación a rebatirlo. El resto del escrito es una transcripción literal del recurso de inconstitucionalidad.

Como he señalado en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). En otras palabras, así como fue obligatorio para los jueces de la Sala II fundar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende venir en queja ante el Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

En el caso, SED transcribe apenas parcialmente la providencia que impugna (fs. 9 vta), sin proponerse refutar las razones que motivaran la decisión del *a quo*. La recurrente, pues, no cumplió con la carga de demostrar el error que a su juicio habrían cometido los jueces de la Sala II al cerrar su acceso al TSJ.

De lo señalado se sigue que el escrito de fs. 7/14 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, toda vez que no está prevista en el ordenamiento procesal su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo (conf. mi voto en autos "Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Technology Burreau S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4426/05, sentencia del 21/6/2006).

En consecuencia, voto por no hacer lugar al recurso de queja interpuesto.

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

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza del trámite y agrego que, en todo caso, el recurso sólo introduce un debate relativo a la interpretación de reglas comunes (por tanto, infraconstitucionales) y de determinación de cuestiones de hecho (existencia de un error que afectó el discernimiento), ambos aspectos que no corresponden a la competencia del Tribunal por la vía intentada. El TSJ ya ha aclarado en múltiple jurisprudencia que su intervención recursiva no significa la existencia de una tercera instancia para la determinación de los hechos y el derecho común aplicable, razón por la cual el recurso de inconstitucionalidad procede excepcionalmente, con motivo de la interpretación de una regla constitucional de la cual depende la solución del caso; la interpretación diferente a la de la sentencia recurrida sobre reglas de derecho común o sobre los hechos valiosos del caso, no es materia del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, resulta aplicable al caso la reiterada doctrina del 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., entre otros, "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.).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, por coincidir en lo sustancial con lo allí expresado. En efecto, el recurso de queja omite, en forma total, impugnar la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, siendo éste un requisito ineludible para avanzar en el tratamiento del contenido del recurso. Así, la falta de cuestionamiento a dicho auto, como la inexistencia de algún argumento tendiente a rebatir su fundamento, resultan suficientes para desestimar la queja.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Servicios Empresarios Diplomat S.R.L. y *dar por perdido* el depósito de fs. 19.

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

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

CXXXIV

"MARTINELLI, CRISTIAN RENÉ S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'BORTOLUS, DAVID ERNESTO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO POR MORA'"

RECURSO DE QUEJA por retardo, privación o denegación de justicia. AMPARO POR MORA.

SUMARIO:

1. Si la duración del trámite otorgado a la causa que suscita esta intervención ha alcanzado el tiempo total que la legislación estimada aplicable estipula para arribar a la sentencia final en amparos que exigen producir prueba (arts. 11,12 y 17 de la ley 2145), y se han frustrado los intentos de incorporar a la causa la documentación en poder de la demandada, deviene imperativo conciliar el derecho del actor a acceder a una sentencia en un plazo acorde con las características del proceso, por lo que corresponde hacer lugar a la queja por retardo y fijar un plazo de dos días para que el juez interviniente dicte sentencia que resuelva el amparo por mora. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

Expte. n° 6530/09 - 27/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Cristian René Martinelli promueve a fs. 17/19 "causa por privación y denegación de justicia" respecto del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 14, a raíz del "conjunto de diversas, injustificadas e inconducentes medidas adoptadas (...) en la tramitación de la causa, que ha extendido indefinidamente el trámite e impedido el dictado de la sentencia definitiva; todo bajo un manto de falsa y supuesta regularidad en el procedimiento" (fs. 17).

En lo que aquí interesa, expresa que "los hechos aludidos alteraron la celeridad propia del tipo de proceso (amparo)", debido a que la magistrada de grado ha ejercido de manera abusiva y arbitraria las facultades establecidas por los arts. 29 y 27, inc. 5º, CCAyT (fs. 17 y vta.).

Finalmente sostiene que "la norma procesal no prevé ningún otro recurso ordinario ni extraordinario, ni queda otro remedio procesal que pueda ejercerse ante la juez interviniente" fs. 17 vta.).

2. A fs. 23/24 obra el informe y las copias certificadas de las actuaciones acompañadas como anexo (fs. 25/91).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Del relato efectuado en la queja, el informe de la magistrado agregado a fs. 23/24 y las copias certificadas de las actuaciones obrantes a fs. 25/91, surge que:

1.1. El rito impuesto por la jueza al planteo de amparo por mora fue el del amparo regulado por la ley local 2145, "en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto por el art. 14 de la CCBA" (véase fs. 57, puntos III y IV y punto 2, del informe).

1.2. El Sr. Martinelli al momento de interponer el amparo por mora el pasado 19/11/2008 acompañó, como prueba documental (conf. art. 10, ley 2145), entre otras, la copia del reclamo administrativo por él interpuesto contra la omisión administrativa agregado a fs. 58/59 de la presente queja, individualizando la fecha y lugar de presentación, aunque omitiendo precisar expresamente su número alegando que la administración se habría negado a conferirle la vista de las actuaciones, salvo a uno de los coactores del principal.

1.3. La accionada al contestar la demanda no acompañó la documental —expedientes administrativos por los cuales se le requería información—, aunque "con carácter eventual", solicitó una prórroga a fin de informar el estado actual de dichas actuaciones individualizadas en esas condiciones por los actores (fs. 68, punto III).

1.4. La magistrada el 19/12/2008 tuvo por contestado en legal tiempo y forma el informe y, en "atención a lo solicitado y la naturaleza de la acción intentada", otorgó un plazo de cinco (5) días "a fin de que la demandada informe cuál es el estado del trámite de las actuaciones administrativas vinculadas a la causa y para que, en su caso, acompañe, copias certificadas de las mismas" (véase fs. 71 del incidente).

1.5. Frente a la solicitud de sentencia requerida por el letrado patrocinante de los actores invocando el transcurso del término otorgado a la accionada (fs. 74

ídem), la jueza, previo a todo trámite, como medida para mejor proveer, requirió el 9/2/2009 a la Dirección General de Música, dependiente del Ministerio de Cultura del Gobierno que, en el plazo de cinco (5) días, remitiera "copias certificadas de las actuaciones administrativas labradas con motivo de los reclamos presentados por los amparistas" (fs. 75 *ídem*).

1.6. La Procuración General contestó a lo resuelto pidiendo una nueva prórroga de cinco (5) días a fin de dar cumplimiento a lo solicitado, "atento que la información requerida deberá ser recabada ante distintas dependencias del Gobierno" (fs. 80 *ídem*). Pedido que fue concedido por la jueza según surge a fs. 81 *ídem* el día 23 de marzo del corriente.

1.7. El 15/4/2009 —vencido el plazo aludido en el punto anterior— se reiteró nuevamente el pedido de dictado de sentencia (fs. 87), que produjo por respuesta de la magistrada la decisión de reiterar los oficios ya ordenados —ahora bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias (fs. 88)—, lo que motivó, a su vez, el recurso de revocatoria de fs. 89 en el cual se reiteró a "la jurisdicción que ordene el pronunciamiento expreso del GCBA en un caso concreto" con las constancias de la causa (fs. 89/90). El recurso fue rechazado en los términos que da cuenta la constancia de fs. 91.

2. De la precedente reseña de lo actuado en el principal, resulta evidente que:

a) La duración del trámite otorgado a la causa que suscita esta intervención ha alcanzado el tiempo total que la legislación estimada aplicable estipula para arribar a la sentencia final en amparos que exigen producir prueba (arts. 11, 12 y 17 de la ley 2145).

b) La parte que ha acudido en queja ha empleado los medios con que la ley 2145 la dota para alcanzar una solución en la causa.

c) En sus diversas intervenciones, las partes, han dejado sentada la posición que asumen en torno al derecho y/o defensas que cada una postula. El GCBA sostuvo que no existe, en cabeza del requirente, derecho a obtener un pronunciamiento de la Administración, relativo a los nombramientos de músicos ejecutores de la Banda Sinfónica de la CABA. Sólo con carácter eventual, el demandado solicitó ampliación del plazo otorgado para informar sobre el estado administrativo del trámite de los actores.

A su turno, la actora pidió en dos oportunidades que se dictara sentencia aún sin contar con el expediente administrativo vinculado a la orden de pronto despacho judicial requerida.

d) El resultado negativo que arrojaron los intentos por incorporar la documentación en poder de la demandada a la causa, no demuestra que

estén agotados los medios que el ordenamiento pone a disposición de los jueces para superar una desobediencia como la que nos ocupa (v. gr., denuncia penal u orden de secuestro). En cambio, esa circunstancia, sí prueba que no hay razones válidas que permitan al juez optar por un mecanismo que no permite avizorar un camino procesal que dé satisfacción al requerimiento de solución judicial requerido por el Sr. Martinelli.

e) La denuncia por retardo de justicia viene formulada por uno de los cuatro coactores que, según las copias y el informe remitidos por el juzgado, integrarían un litis consorcio facultativo sin que obren datos relativos a la postura de los demás accionantes.

3. En las condiciones descriptas, deviene imperativo conciliar, por un lado, el derecho del Sr. Martinelli a acceder a una sentencia en un plazo acorde a las características del proceso por él instado y, por otro, el respeto que exige el ámbito de decisiones privativas del juez de la causa que no puede ser invadido al momento de resolver una queja por retardo o denegación de justicia.

Desde esa perspectiva, la protección del mencionado derecho se logra mediante la fijación de un plazo que impida diferir la solución del pleito tanto como dure la contumacia a la orden de remitir las actuaciones administrativas solicitadas. A su vez, en resguardo de las potestades que la ley asigna al juzgado, no corresponde al TSJ más que asegurar la emisión de la sentencia en un plazo cierto y coherente con la naturaleza del proceso articulado. Empero la situación analizada, además, exige garantizar que a más tardar agotado ese término, resultará inexorable emitir la sentencia final, sea con las actuaciones administrativas incorporadas al proceso o sin ellas haciendo, en su caso, pesar sobre las partes pertinentes las consecuencias de las cargas legales por ellas incumplidas. Así como, a título de ejemplo, corresponde a la parte actora acreditar dentro de sus posibilidades la configuración de los presupuestos exigidos para emitir una orden de pronto despacho judicial, será la demandada quien deba argumentar y formar convicción en torno a que la pretensión formulada no pone en juego la inactividad formal de la administración sino que pretende instar el ejercicio de competencias materiales cuya oportunidad, mérito o conveniencia excederían el ámbito propio del amparo por mora intentado.

En consecuencia, voto por hacer lugar a la queja y, atento el estado de la causa, fijar un plazo de dos días para resolver acerca de la actual necesidad y, en su caso, el modo de incorporar las actuaciones administrativas requeridas a fs. 88, supuesto este último en el que, para la ejecución de las medidas dispuestas, regirá un plazo máximo de cinco días. Cualquiera sea el resultado, una vez agotado el lapso pertinente, comenzará a correr el término previsto por el art. 17 de la ley 2145.

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

Nos adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja de retardo de justicia planteada por el Sr. Cristian René Martinelli y, en su mérito, indicar a la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 14 que deberá proceder a dictar sentencia que resuelva el amparo por mora interpuesto en los autos "Bortolus, David Ernesto y otros c/GCBA s/amparo por mora", expte. nº 32.091/0 en las condiciones indicadas en el punto 3 de este pronunciamiento. Dictada la sentencia, lo deberá informar a este Tribunal.

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

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

CXXXV

"DEHEZA SAICF E I S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DEHEZA SACIF C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Multa tributaria: naturaleza. Ley penal más benigna: aplicación a personas jurídicas. Condonación de la sanción.

SUMARIOS:

1. Las objeciones relativas a la validez de la sanción, al margen de la mención de las garantías constitucionales invocadas, remiten al análisis de la inteligencia asignada al art. 77 del C.F., así como a la valoración de cuestiones de hecho y prueba, circunstancia que constituye, por regla, una tarea privativa de los jueces de mérito y ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

2. No se menoscaban los principios de aplicación de la ley penal más benigna, de legalidad, de razonabilidad e igualdad, con motivo de que la multa

cuestionada se encuentra condonada de oficio en virtud de lo dispuesto por las leyes 671 y 1078, pues la ley penal más benigna opera cuando se morigeran, a favor del imputado, las consecuencias atribuidas a una conducta reprochada por el ordenamiento, de modo que excede ese ámbito el supuesto en el que una ley, previo cumplimiento de requisitos en ella establecidos, enerva la sanción impuesta a raíz de una conducta prohibida que no se modifica en ningún aspecto y sigue constituyendo un ilícito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. No se verifica un supuesto de aplicación del principio de ley penal más benigna, si la omisión de pago de los tributos ha sido siempre punible (sancionable administrativamente con multa) y el recurrente no refiere su queja al hecho de una modificación legal de la sanción, sino que, antes bien, se trata tan sólo de establecer si el contribuyente deudor está incluido o excluido de una moratoria impositiva (leyes locales 671 y 1078), que, entre sus consecuencias, incluyen el perdón de la sanción de multa, en una especie de conmutación o amnistía para ese deudor. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No obsta a la invocación del principio de ley penal más benigna la circunstancia de tratarse de una sociedad anónima, al menos en función de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando debió expedirse sobre las garantías judiciales instituidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, donde dejó expresado que los principios de mención resultaban aplicables tanto a las personas físicas como a las de existencia ideal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Las regulaciones normativas que se invocan con la pretensión de lograr la condonación de la multa —leyes 671 y 1078 y los decs. regls. 2076/01 y 1736/03—, no conducen a que se opere la aplicación del principio de ley penal más benigna, pues se trata de leyes intermedias que, al tener circunscripta su vigencia, tuvieron naturaleza excepcional y no revisaron la condición de prohibida de la conducta reprochada por el ordenamiento, con lo cual la omisión de impuestos permaneció siendo ilícita. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El hecho de que se privilegie a un contribuyente que se encontraba en la marginalidad fiscal y que de modo remiso regularizó su situación tributaria, condonándole la multa y, total o parcialmente, los intereses, mientras que, correlativamente en paralelo, se mantiene la sanción respecto de otro contribuyente que obló el total de su obligación —incluso con anterioridad al pago del primer contribuyente— y continuó discutiendo solamente la procedencia de la multa, parece un dualismo difícil de justificar. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. No se verifica la afectación de los principios de igualdad y de razonabilidad en la selección para conformar los distintos grupos de contribuyentes, permitiendo a los incumplidores tributarios, y particularmente a aquellos, el acogimiento a regímenes que les facilitan pagar tarde, hacerlo en moneda devaluada —a falta hoy de indexación legal—, y ver condonadas multas e intereses, generando en el colectivo de los contribuyentes una indisimulable sensación de desánimo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6194/08 - 3/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Deheza SAICF e I interpone queja (fs. 249/270) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 2) dirigido a cuestionar la sentencia de la Sala II, Cámara CAyT (fs. 5/15) que confirmó la de primera instancia (fs. 218/227) en cuanto había rechazado la demanda mediante la cual se cuestionó la validez y vigencia de la multa de $ 637.836,80 impuesta a la actora por resol. 6151-DGR/00. La sanción aplicada corresponde al 65 % del ISIB que se estimó omitido, calculado a partir de la determinación de oficio, sobre base cierta, relativa a los períodos 1995 (4º a 12º ant. mensual), 1996 (1º a 12º ant. mensual), 1997 (1º a 12º ant. mensual), 1998 (1º, 2º, 4º a 12º ant. mensual), 1999 (1º a 12º ant. mensual) y 2000 (1º y 2º ant. mensual).

Esa diferencia, según explica la recurrente (fs. 249/250), obedecería a la discrepancia de la CABA en relación con el criterio de distribución aplicado a los ingresos que percibe como comisiones por venta de combustible. En tal sentido, señala que "(...) mientras que Deheza atribuyó en la Ciudad de Buenos Aires sus ingresos de conformidad con el régimen general del Convenio (arts. 2º y ss. del C.M.), la DGR pretendió que lo hiciera bajo el régimen especial del Convenio". Por ello, enfatizó que se trata "(...) exclusivamente de una objeción vinculada con la distribución de la base imponible para el pago del Impuesto, y no con la falta de pago del mismo pues jamás se negó que Deheza haya pagado el Impuesto sobre el 100 % de las comisiones, sino sólo cuánto de ese 100 % se le debió pagar a Ciudad de Buenos Aires y cuánto a Provincia de Buenos Aires". Su postura, sin embargo, fue rechazada al presentarse el caso concreto ante la Comisión Arbitral y el Plenario (fs. 101/102 y 123/125). Igual suerte corrieron los recursos administrativos presentados ante la autoridad fiscal local (fs. 189/195 y 198/199).

Frente a ello, la contribuyente explica que decidió pagar la deuda reclamada, obligación que con intereses, según indica, ascendió a la cantidad de $ 2.562.098,37. En cambio, exclusivamente respecto de la multa, la empresa indica que resolvió plantear la demanda cuyo rechazo suscita estas actuaciones (fs. 250 vta.).

Desde el inicio del pleito, la recurrente desplegó diversos argumentos contra la multa aplicada. En primer término sostuvo que la multa se encuentra condonada de oficio en mérito a lo dispuesto por las leyes 671 y 1078, más sus

respectivos decretos reglamentarios. Por otra parte, esgrimió que fue multada "(...) por la simple constatación objetiva" de una "(...) supuesta falta de pago, lo que es jurídicamente inadmisible, por violatorio del principio de culpabilidad que rige en materia sancionatoria". Tampoco considera que la conducta reprochada configure la infracción imputada (omisión), porque "en el caso no se omitió base imponible alguna (...) sino que la controversia versó únicamente respecto de la distribución del total del impuesto pagado". A su vez, la empresa postula que "(...) la eximente de error de derecho excusable (...) ha sido arbitrariamente descartada" con menoscabo del derecho de defensa en juicio y de propiedad. También señala que en las condiciones de autos la multa impuesta vulnera el principio de razonabilidad y proporcionalidad de la pena. Finalmente, cuestiona la validez del acto administrativo que confirmó la multa, por falta de motivación, lo que redundaría según explica, en el menoscabo del debido proceso y la defensa en juicio (fs. 251/253).

2. La sentencia a cuya revisión se aspira, para lo que ahora importa, resolvió que en tanto "(...) la empresa actora abonó la deuda fiscal con fecha 11/8/2003 —es decir una vez fenecido el plazo de vigencia estipulado por la ley 671 y antes de comenzar a regir el sistema establecido por la ley 1078— su conducta no aparece alcanzada por el marco legal de excepción dispuesto por las normas mencionadas". También sostuvo que las leyes aludidas, por tratarse de leyes intermedias (dictadas para regir por un período de tiempo limitado y ante circunstancias de excepción), generan situaciones excluidas de la protección que brinda el principio de la ley penal más benigna. Tampoco se estimó comprometido el art. 16 de la C.N. pues se dijo que "la garantía constitucional de la igualdad no asegura la uniformidad del régimen impositivo en el tiempo, por lo cual la diferencia entre situaciones anteriores y posteriores a un nuevo régimen legal no configuran agravio a dicha garantía". Por otra parte, el *a quo* consideró que las constancias del expediente administrativo citadas en el pronunciamiento, prueban que el modo seleccionado por el contribuyente para liquidar el ISIB en concepto de comisiones excede "(...) la mera diversidad en la distribución de la base imponible entre dos jurisdicciones" porque "(...) aplicar dos regímenes diversos para idéntica actividad cumplida en dos jurisdicciones implica (tomando como ejemplo una posición determinada del ISIB: anticipo 9 de 1997) una diferencia que alcanza, aproximadamente, a la suma de pesos diecinueve mil ($ 19.000)". Con ello se tuvo por acreditado el elemento material de la conducta reprochada y se explicó luego cómo se daba por configurado, en el caso, el elemento subjetivo. A ese respecto, nuevamente con apoyo en las constancias obrantes en el expte. nº 13.211/03 antes mencionadas, la Sala II indicó que tomando la actividad de la contribuyente como un proceso "único económicamente inseparable" —presupuesto de aplicación del Convenio Multilateral— la decisión de liquidar mediante el régimen general y el especial no

resulta razonable. Además, destacó que a ello se suma la circunstancia de que "la propuesta interpretativa de la actora pareciera ser, no la más idónea aplicación del CM, sino, a todo evento, la más 'accesible' en términos financieros". El pronunciamiento también valoró que la inteligencia allí propiciada resultaba coincidente con la formulada por los órganos del Convenio. En definitiva, el *a quo* concluyó que en la situación de autos "(...) no se advierte la existencia del supuesto de error excusable" y tuvo en cuenta que "(...) por tratarse de una empresa de cierta entidad, pudo informarse convenientemente acerca de su obligación y del alcance de ella".

Finalmente, la sentencia impugnada rechazó el pedido de reducción de la sanción por entender que "(...) la fijación de la multa en un sesenta y cinco por ciento (65 %) del gravamen omitido —cuando la norma establece la posibilidad de estipular un monto graduable hasta el cien por ciento (100 %) de aquél—, no aparece como irrazonable o excesivo; máxime cuando (...) no se configura ninguno de los supuestos de exoneración y reducción de sanciones enumerados por el art. 82 del C.F. (t.o. 2000, ley 322)".

Por su parte, la nulidad del acto administrativo que rechazó el recurso jerárquico de la contribuyente también fue desestimada.

3. En el contexto reseñado, al interponer el recurso de inconstitucionalidad, Deheza se agravia por violación del principio que propicia la aplicación de la ley penal más benigna, al haberse rechazado el planteo de condonación formulado. También denuncia la violación del principio de legalidad, por haberse exigido requisitos no previstos por el régimen de condonación aludido. Además, invoca violación del principio de razonabilidad e igualdad, en tanto se niega una condonación a quien cumplió con la obligación principal y se la acuerda a deudores que no pagaron el tributo cuyo incumplimiento justifica la multa. Por su parte, estima vulnerado el principio de culpabilidad en materia de sanciones tributarias porque se confirmó una multa atendiendo exclusivamente a la falta de ingreso del tributo y se califica esa conducta como culpable cuando, según el recurrente, está probado que su obrar no puede ser sindicado como negligente. A su vez, sostiene que la sanción cuestionada vulnera la proporcionalidad de la pena. Finalmente, se agravia por la lesión al derecho de defensa generada, tanto por el acto administrativo que confirmó la multa sin motivación, como por la sentencia impugnada que, a su criterio, es técnicamente arbitraria por no estar fundada en ley.

4. Ante la denegatoria de ese recurso, que el *a quo* fundó en la ausencia de caso constitucional, Deheza viene en queja. En su presentación, la actora, postula la admisibilidad formal del remedio procesal intentado y sostiene que al denegarlo, el *a quo*, incurrió en arbitrariedad pues no refuta la existencia de los agravios constitucionales por ella invocados.

5. Al dictaminar, el señor fiscal general adjunto recordó que "(...) la interpretación de los preceptos impositivos en el orden local, a diferencia de lo que ocurre en materia federal, no habilitan la vía recursiva de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º de la CCBA y el art. 26, inc. 4º de la ley local 7". A ello agregó que esa limitación no se supera con "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento". Por lo tanto, dado que a su criterio, los recursos articulados por la contribuyente trasuntan su discrepancia con lo resuelto por la Cámara —en cuanto a la interpretación y aplicación que hizo sobre las normas tributarias de naturaleza infraconstitucional y la valoración de los hechos y las pruebas—, el dictamen propicia rechazar la queja (fs. 278/280).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja no puede prosperar, porque, no obstante que se busca apoyo en el principio de personalidad de la pena, proporcionalidad y legalidad, así como en el que propicia la aplicación de la ley penal más benigna y en los de razonabilidad e igualdad, los agravios del recurrente no muestran relación directa entre ellos y cuestiones susceptibles de tratamiento en la vía intentada.

2. Las objeciones relativas a la validez de la sanción, al margen de la mención de las garantías constitucionales invocadas, en verdad, remiten al análisis de la inteligencia asignada al art. 77 del C.F., así como a la valoración de cuestiones de hecho y prueba. Esos tópicos, tal como señala el señor fiscal general adjunto, exceden la competencia del Tribunal en la vía intentada (art. 27 de la LPT). En efecto, establecer cuáles son los presupuestos de hecho y derecho requeridos para tener por configurada la infracción imputada en autos constituye, por regla, una tarea privativa de los jueces de mérito y ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad.

3. Aunque para superar ese obstáculo se postula la arbitrariedad de la sentencia impugnada, el recurrente no demuestra que el pronunciamiento incurra en contradicciones o carezca de fundamentos que permitan descalificarlo como decisión jurisdiccional válida.

En tal sentido, Deheza invoca que se le imputa una infracción que no cometió, por cuanto en autos sólo se habría probado que distribuyó mal el impuesto total liquidado, pero no que omitió declarar base imponible alguna. Según sus propias palabras, la empresa "(…) atribuyó en la Ciudad de Buenos Aires sus ingresos de conformidad con el régimen general del Convenio (arts. 2º y ss. del C.M.), la DGR pretendió que lo hiciera bajo el régimen especial del Convenio" y que por tanto se trata "(...) exclusivamente de una objeción vinculada con la distribución de la base imponible para el pago del Impuesto, y

no con la falta de pago del mismo pues jamás se negó que Deheza haya pagado el impuesto sobre el 100 % de las comisiones, sino sólo cuánto de ese 100 % se le debió pagar a Ciudad de Buenos Aires y cuánto a Provincia de Buenos Aires" (fs. 249 vta./250).

Por un lado, esa argumentación, no desconoce que la suma abonada a la CABA fue inferior a la debida. El *a quo*, como ya lo había hecho la jueza de primera instancia, resaltó que las constancias administrativas indicaban que la inspección fiscal detectó diferencias en el pago del ISIB. En especial, se hizo mérito del análisis obrante a fs. 656 de las actuaciones administrativas (expte. nº 13.211/03) según el cual, el mecanismo de liquidación adoptado por la contribuyente, al combinar el régimen general (art. 2º) con el especial (art. 11), provocaba una disminución de la carga tributaria generada por la percepción de comisiones. Para el anticipo 9/97, la obligación se reducía en un 28 %. Ese dato, no controvertido por la recurrente, brindaría apoyo a la conclusión del *a quo* relativa "al inexacto cumplimiento de la obligación tributaria respecto del Gobierno de la Ciudad (...) en tanto incide en forma relevante en los ingresos que percibe el Fisco local" lo que da "(...) cuenta de la efectiva omisión en el ingreso del tributo" (fs. 11 vta.).

La inexistencia de infracción, siempre dentro de la tesitura propuesta por Deheza, consistiría en no haber ocultado ingresos de lo que resultaría que abonó impuesto sobre la totalidad de la base imponible. Sin embargo, asumiendo que es correcta su afirmación acerca de que declaró la totalidad de los ingresos y que sobre ellos abonó impuesto, no se desprende de ello que haya abonado la totalidad de lo debido, aun cuando a una jurisdicción distinta pero dentro de las vinculadas por el Convenio Multilateral. Sostener esta última tesis requería mostrar que aquello que tributó en la Provincia de Buenos Aires es, de todos modos, idéntico a lo que debió ingresar como pago del ISIB liquidado a favor de la CABA según el régimen del art. 11 del CM. Ese dato no fue aportado por la recurrente. En realidad, lo determinante a ese fin no es, como pretende la actora, mostrar que siempre declaró el 100 % de la base imponible (comisiones). Para saber si no se dejó de pagar impuesto, cualquiera fuera el reparto entre las jurisdicciones involucradas, sería menester probar que el tratamiento fiscal para la actividad que nos ocupa es igual en CABA y en Provincia de Buenos Aires o, en su caso, que en esta última la alícuota aplicable es mayor. De lo contrario, la distribución a favor de la jurisdicción que ejerce una menor presión fiscal constituye un medio de tributar una suma total —sumando lo abonado en todas las jurisdicciones— menor que la que corresponde a la distribución según lo previsto en el Convenio Multilateral. En ese orden de ideas, poder elegir discrecionalmente la regla de reparto —arts. 2º u 11 en el caso—, supone tanto como elegir el tratamiento fiscal de un mismo hecho imponible.

Frente a ello, ni aun la admisión a los fines argumentativos del planteo de la recurrente relativo a la configuración de la infracción que se le imputa conduciría a invalidar la multa, en tanto no comprueba que lo pagado al Fisco de la Provincia de Buenos Aires coincida o supere lo que se debió tributar a la CABA. La tesis de la contribuyente, al margen de su acierto o error sobre el que aquí nada se dice, carece de aptitud para mostrar la arbitrariedad del pronunciamiento que tuvo por probada la materialidad de la conducta que originó la multa cuestionada.

4. La validez de la sanción también se cuestiona por cuanto, según la recurrente, ella fue aplicada sin que exista demostración en torno a la negligencia o culpabilidad que requeriría toda sanción tributaria.

Nuevamente, Deheza soslaya que la sentencia impugnada explicó las razones por las que tenía por probada la concurrencia del elemento subjetivo para tenerla por incursa en la infracción y pasible de la sanción impuesta. Con apoyo en las constancias administrativas *supra* citadas, la Sala II destacó que "la propuesta interpretativa de la actora pareciera ser, no la más idónea aplicación del CM, sino, a todo evento, la más 'accesible' en términos financieros". Según el pronunciamiento impugnado, la conducta desplegada por la contribuyente, según pruebas que Deheza no rebate, acredita "la existencia del elemento subjetivo que requiere el tipo previsto en el Código Fiscal (...)" pues tratándose de la interpretación de un asunto "respecto del que (...) no existe (y la actora no ha demostrado lo contrario) mayores discrepancias, forzoso resulta concluir en la verificación de la conducta culposa necesaria para la configuración del ilícito" (fs. 12). A este respecto, la recurrente omite rebatir, tanto en el plano fáctico como argumental, los fundamentos dados por el a *quo* que, entonces, permanecen incólumes.

A su vez, en línea con lo dicho en el punto 3, párrafo cuarto, para mostrar la arbitrariedad de la sentencia era necesario acreditar que el método de liquidación usado no era menos gravoso para la actora. A ese fin, bastaba con indicar que la legislación de la Provincia de Buenos Aires replica el tratamiento fiscal que establece, para las comisiones, la ley tarifaria de la CABA, o asume uno más gravoso. Tampoco dejo de advertir que, en determinadas situaciones, el Convenio vía Protocolo Adicional, prevé la posibilidad de, una vez interpuesta la acción de repetición, obtener del Fisco que recibió base imponible en exceso, documentos de crédito a favor del contribuyente y a la orden del Fisco acreedor.

5. Despejado lo anterior, corresponde resolver los planteos vinculados con la invocada violación del principio que propicia la aplicación de la ley penal más benigna, así como del principio de legalidad, de razonabilidad e igualdad. Todos ellos, según postula la recurrente, quedan menoscabados al haberse

desconocido que la multa cuestionada se encuentra condonada de oficio en virtud de lo dispuesto por las leyes 671 y 1078.

En primer término, para enmarcar los argumentos que siguen, corresponde hacer una aclaración. La ley penal más benigna, en lo que aquí interesa, opera cuando se morigeran, a favor del imputado, las consecuencias atribuidas a una conducta reprochada por el ordenamiento (v. gr., se reduce una pena de 5 a 2 años). En cambio, excede ese ámbito el supuesto en el que una ley, previo cumplimiento de requisitos allí establecidos, enerva la sanción impuesta a raíz de una conducta prohibida que no se modifica en ningún aspecto y sigue constituyendo un ilícito.

Surge con toda evidencia del relato de los antecedentes de esta causa que la empresa actora, luego de que fueran rechazados los recursos articulados ante los órganos del Convenio y la autoridad fiscal local en orden a impugnar las diferencias en el pago del ISIB que originaron la sanción aplicada por resol. 6151-DGR/00, abonó la deuda y planteó la demanda que suscita estas actuaciones, exclusivamente, en relación con la multa. Fue entonces este proceso judicial el primer y único ámbito en el que la contribuyente ha requerido se declare condonada la multa impuesta en su contra.

En oportunidad de analizar el régimen previsto por la ley 671, en una situación que presenta cierta similitud con el tema que ahora nos atañe, señalé que el acceso a los beneficios allí establecidos, exige verificar "(…) la concurrencia de requisitos y su corroboración no incumbe al Poder Judicial, sino que es una función típicamente administrativa". Además, sostuve que esa conclusión "(…) 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" y en tanto "la reglamentación del régimen prevé la posibilidad de caducidad de los beneficios otorgados (…) el otorgamiento en sede judicial implicaría darle a ese acto una firmeza indeseada". Expliqué entonces que al alcanzar la condonación fuerza de cosa juzgada judicial, consecuencia de haberse otorgado el beneficio mediante una sentencia, la situación sería inmodificable y, por tanto, de imposible caducidad, en contra de los dispuesto por el propio régimen legal. A su vez, desafortunadamente, la elusión de esa aporía conduciría, de modo necesario, a socavar la autoridad de la cosa juzgada judicial. Finalmente, en el precedente al que aludo, advertí que lo dicho no "implica que los actos administrativos, emitidos a propósito de las solicitudes de condonación, no sean revisables. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que como 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 (…)" (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sanatorio Parque S.A c/GCBA s/impugnación actos administrativos'", expte. n° 5548/07, sentencia del 24/9/2008).

Los agravios de la recurrente no explican por qué, en el caso, correspondería apartarse de la regla enunciada. Por lo tanto, los principios constitucionales cuya lesión se invoca, no resultan a esta altura comprometidos pues otorgar la condonación requerida no es función que corresponda a los órganos permanentes del Poder Judicial.

6. Por su parte, el planteo de la nulidad alzado contra el rechazo del recurso jerárquico articulado para impugnar la multa, fundado en la falta de motivación que padecería, remite al estudio de aspectos de derecho infraconstitucional, hecho y prueba ajenos a la vía intentada. En este punto, la decisión impugnada, más allá de su acierto o error, contiene fundamentos suficientes (v. gr. subsanación y rechazo implícito, cons. 6, fs. 14, y 4, fs. 15, de los votos de mayoría) que impiden descalificarla como decisión jurisdiccional válida.

Idéntica argumentación y solución merece el planteo orientado a lograr la reducción de la pena frente a las consideración vertidas por el *a quo* en el punto 5 de la sentencia atacada (v. gr. graduación por debajo del máximo admitido e inexistencia de los presupuestos legales que admiten la exoneración o reducción conforme al art. 82 del C.F.).

Finalmente, la invocada vulneración del principio de proporcionalidad de la pena carece del desarrollo mínimo exigible para analizar el punto pues ni siquiera se intenta enunciar, menos aún probar, que la sanción impuesta es mayor o igual que la prevista para proteger bienes jurídicos de menor importancia (conf. mi voto *in re* "Buenos Aires Container S.A c/GCBA s/recurso apel. jud. C7 decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 24/9/2008).

En consecuencia, por todo lo expuesto voto, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por rechazar la queja articulada por Deheza SAICF e I.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo interpuesto por Deheza SAICF e I a fs. 249/270 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 "en el *sub lite*, 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". Asimismo, consideraron que "de los términos de la sentencia cuestionada surge que los temas principales tratados en ella versaron sobre la interpretación asignada a la conducta de la actora a los fines de determinar la procedencia de la demanda. Se analizaron las cuestiones planteadas por las partes con fundamento en las disposiciones legales que rigen

la materia, coincidentes con las invocadas en sus presentaciones". Por último, los jueces entendieron que el recurrente sólo discrepaba con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre tales reglas de derecho común infraconstitucional, y sobre la valoración de las circunstancias de caso. En cuanto a la tacha de arbitrariedad introducida por la actora, la Sala sostuvo que era improcedente ya que "más allá de la circunstancia de que el apelante discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido" (fs. 1 y vta.).

3. En el apartado IV de su escrito, Deheza SAICF e I intenta, sin éxito, fundar la admisibilidad del recurso directo.

Para criticar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad sostiene que "[su] parte no se limitó a 'discrepar' sino que fundó las razones de hecho y de derecho que obstaban a la confirmación de la sanción", y que "Deheza no se limitó a mencionar vagamente que se hubieran vulnerado sus derechos constitucionales". Más adelante agrega que "la resolución en queja no refuta ni desestima las causales de arbitrariedad imputadas por mi parte en su recurso, sino que solo cita principios generales que rigen en la materia". Luego afirma que "la resolución de la Excma. Cámara ni siquiera menciona, y mucho menos trata y refuta, los defectos de fundamentación que mi parte le endilgara a la sentencia del 13/6/2008". Finalmente, tacha de arbitrario y dogmático al auto denegatorio en razón de su supuesta carencia de fundamento.

El recurrente enuncia las impugnaciones referidas pero no logra construir una argumentación suficiente para sustentar la queja.

Deheza SAICF e I expresa su desacuerdo con los argumentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad, pero no logra sostener sus críticas. Concretamente, no puede demostrar que la Cámara haya incurrido en un error cuando dice que en el recurso de inconstitucionalidad se cuestionan la interpretación de normas infraconstitucionales y cuestiones de hecho y prueba que, en principio, no habilitan esta instancia de excepción. Tampoco demuestra que el modo en el que se ha decidido viole alguno de sus derechos o garantías constitucionales.

En efecto, la solución del caso remite al examen de situaciones fácticas y de normativa infraconstitucional que en principio no habilitan la vía extraordinaria intentada.

Como puede verse, el recurrente no exhibe más que su disconformidad con los criterios con los que la Sala II interpreta normas infraconstitucionales y de derecho común, y valora cierta prueba. En consecuencia, no se desvirtuaron los fundamentos por los cuales los jueces declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, y esta carga del recurrente no es suplida por la invocación de arbitrariedad en la queja.

En casos como el presente, en el que el *a quo* expuso las razones que motivaran la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la afectada debió 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. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el escrito de fs. 249/270, 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.

4. En consecuencia, coincido con la solución que propicia el juez de trámite, y voto por rechazar la queja interpuesta por Deheza SAICF e I.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Que se adhiere al voto del señor juez del trámite y desea resaltar los siguientes aspectos:

1. El recurso no se funda en la invalidez de alguna norma aplicada por la sentencia en crisis para alcanzar la solución del caso planteado, sino que, por lo contrario, regresa sobre los aspectos cuestionados y argumentos que fundan su recurso de apelación, para indicarle al Tribunal —dicho de manera general— la distinta interpretación que de hechos y normas (de derecho común, infraconstitucional) su parte realiza. Como en la mayoría de los recursos, éste denomina también *arbitrariedad* a la contrariedad que le provoca la sentencia discrepante con sus argumentos y, por tanto, condenatoria para esa parte (en lenguaje universal: *agravio*). También de manera general se debe decir que tanto el tribunal, como la vía intentada, no son idóneos para valorar hechos y prueba, ni para interpretar reglas de Derecho común (infraconstitucionales), tarea que corresponde a los tribunales de mérito. La sentencia criticada —puede leerse— se ha ocupado de todos los agravios comprendidos en el recurso de apelación que examinaba y los ha contestado con argumentos sólidos, contrarios al recurrente; resulta imposible de sostener que esa sentencia es infundada, más allá del acierto o del error que subjetivamente podamos atribuirle a ella y a sus fundamentos, según criterios propios. Desde este punto de vista, el recurrente sólo repite en el recurso argumentos anteriores que revelan una distinta interpretación, a favor de su parte, de los hechos y de las normas de derecho común que presiden el fallo. Así, le es aplicable al recurso la advertencia tantas veces repetida por el TSJ acerca de que el recurso de inconstitucionalidad no establece una tercera instancia de mérito. El recurso de inconstitucionalidad no erige al TSJ en una

tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común (conf., entre múltiples fallos del TSJ, expte. nº 4749/06: "Alberti, Gabriela Solange c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", res. el 15/11/2006, y jurisprudencia allí citada; "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000 en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Buenos Aires, 2000, Ad-Hoc, t. II, pp. 20 y ss.), ni su competencia comprende la valoración de hechos y la interpretación del derecho común, infraconstitucional (por fuera de aquella que pudiera ser necesaria para establecer la validez de la norma, según un precepto constitucional).

2. Aun cuando no se impugne una regla por inconstitucional, es posible todavía el recurso por un comportamiento del tribunal *a quo* que no respeta un principio de categoría superior. Esta categoría es alcanzada por el principio de la *ley más benigna* que menciona el recurrente (conf. arts. 9º, CADH, y 15.1, PDCyP, ambas convenciones con categoría de derecho constitucional). Sin embargo, no parece tratarse aquí de la aplicación de ese principio, pues la omisión de pago de los tributos ha sido siempre punible (sancionable administrativamente con multa) y el recurrente no refiere su queja al hecho de una modificación legal de la sanción, sino que, antes bien, se trata tan sólo de establecer si el contribuyente deudor está incluido o excluido de una moratoria impositiva (leyes locales 671 y 1078), que, entre sus consecuencias, incluyen el perdón de la sanción de multa, en una especie de conmutación o amnistía para ese deudor. Sin que ahora pretenda analizar los hechos o interpretar las reglas respectivas, advierto solamente que tal moratoria está sujeta a cierto tipo de condiciones en la conducta del deudor. Y advierto también que la sentencia se ocupa de la fijación de los hechos a este respecto y de la interpretación de las reglas jurídicas —sin tacha de inconstitucionalidad— respectivas, para concluir que el contribuyente deudor, en esta ocasión, no se encuentra comprendido en el régimen previsto por las leyes de moratoria impositiva respectivas (considerando 2). Me parece claro que no se trata de la aplicación del principio básico citado.

3. El otro principio constitucional importante se vincula al reproche de culpabilidad. A más de advertir que, por tratarse de una empresa (persona jurídica o de existencia ideal), la referencia a este principio, normalmente aplicable como garantía sólo a las personas físicas, procede de manera meramente analógica, diré que aquí también la sentencia, más allá de su acierto o error, comprende una valoración completa de la situación de hecho para dejar de lado todo error excusable —sostenido por el recurrente como eximente de culpabilidad—. Interpretar la regla del error, fijar los hechos que conducen a la decisión sobre este aspecto y, por último, a su inclusión en la categoría normativa de "excusable" son tareas propias de los jueces de mérito que no pueden ser suplidas por las valoraciones de este tribunal. Y la sentencia en crisis

(consid. 3) contiene los argumentos razonables que explican suficientemente la decisión contraria al recurso.

Estos son los puntos cruciales del recurso que debo destacar para coincidir con el señor juez del trámite, con la sentencia recurrida y con el señor fiscal general adjunto, para apreciar la queja como de fundamentación constitucional tan sólo aparente y, por tanto, rechazarla.

La jueza Ana María Conde dijo:

Como destacan mis colegas preopinantes, el presente recurso de queja debe ser rechazado ya que no constituye una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Ello en tanto no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad, particularmente la inexistencia de un genuino caso constitucional.

Y es que los agravios del recurrente se limitan a discrepar con la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —art. 77, C.F. año 2000, leyes 671 y 1078, C.M.—, y con la ponderación que realiza la Cámara de cuestiones de hecho y prueba —valoración de la conducta tributaria de la actora a fin de determinar su negligencia o la existencia de error excusable de derecho, proporcionalidad de la sanción, regularidad del procedimiento administrativo—, cuestiones todas ellas ajenas al ámbito del recurso de inconstitucionalidad y propias de los jueces de mérito, sin demostrar la necesaria vinculación con cláusulas de jerarquía constitucional.

Esta objeción no puede ser superada con la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, ya que la sentencia definitiva de la Cámara, más allá de su acierto o desacierto, contiene argumentos serios y fundados, que le confieren validez en cuanto acto jurisdiccional.

En conclusión, los agravios constitucionales desarrollados por la recurrente son aparentes, meras invocaciones de principios y derechos constitucionales sin relación directa con lo resuelto en esta causa. Por estas consideraciones y las desarrolladas en el mismo sentido por mis colegas preopinantes, a las que me remito, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora.

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante este tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402. Sin embargo, en mi parecer, corresponde abrirla por el agravio relativo a la aplicación en la especie del *principio de ley penal más benigna*, reforzado con los de *igualdad y razonabilidad*, sin perjuicio de lo cual, la suerte adversa del recurso de inconstitucionalidad no varía, por no conmover éste los fundamentos brindados por el *a quo*.

2. En efecto, el recurso de hecho, salvo la excepción consignada en el punto precedente, no ha logrado articular adecuadamente agravios constitucionales, lo

que torna inatendible, en esta instancia, el recurso y la queja con que pretende sostenérselo, aspectos en los cuales me remito a los fundamentos brindados en su voto por el juez de trámite doctor Luis F. Lozano.

Ello es así pues, pese al esfuerzo argumental que se realiza en la pieza procesal por la que se insta la intervención de este estrado, al efectuarse una completa caracterización de diversos principios, derechos y garantías constitucionales que se alega se encuentran involucrados en estas actuaciones (véase punto IV del recurso de inconstitucionalidad), no se logra justificar la *relación directa e inmediata* de las regulaciones constitucionales invocadas con los agravios que, a criterio de la recurrente, le provoca la sentencia del inferior.

Como ya se ha dicho en anteriores precedentes, "la referencia ritual a derechos y garantías constitucionales, si no se acredita precisa y circunstanciadamente cómo juegan en la especie y su vinculación con lo decidido, resulta insuficiente para fundar la apelación extraordinaria que se intenta, ello por cuanto, 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, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Ciñéndome al *principio de aplicación de la ley penal más benigna* 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, en cuanto lo proyecta a los distintos ámbitos del derecho represivo y, por consiguiente, al *derecho penal tributario*, cabe resaltar que ha adquirido rango constitucional en virtud de lo prescripto por el art. 75, inc. 22 de nuestro Estatuto Fundamental, que reconoce 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 establecido, 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 la Administración y los jueces, quienes no pueden excepcionarla en los casos que se sometan a su consideración.

4. Por otra parte, en forma reiterada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha reconocido a la mayor parte de las multas tributarias *naturaleza penal*, al apuntar que funcionan, esencialmente, no como indemnización, sino como sanciones ejemplificadoras e intimidatorias enderezadas a lograr el acatamiento de los preceptos legales. Así lo ha entendido el Alto Tribunal, entre otros en los siguientes precedentes:

a) *multas aduaneras* —causas: "El Fisco nacional contra D. Saturnino Soage y Cía. sobre contrabando" (*Fallos*, 18:350), sentencia del 5/12/1876; "Compañía Swift contra el Gobierno Nacional, por devolución de una suma de dinero" (*Fallos*, 156:100), sentencia del 15/11/1929; "Chadwick, Weir y Compañía Limitada en autos con la Aduana de la Capital, sobre defraudación. Recurso de hecho" (*Fallos*, 162:224), sentencia del 21/9/1931; "Cía. Swift de La Plata v. Nación Argentina" (*Fallos*, 184:162), sentencia del 7/7/1939; "Ángel García y Aurelio García" (*Fallos*, 184:417), sentencia del 1º/9/1939; "Aduana v. N. Neuman, Sociedad en Comandita" (*Fallos*, 196:179), sentencia del 14/7/1943; "Pedro Jajan y Otra" (*Fallos*, 237:704), sentencia del 22/5/1957; "Aduana de Mendoza v. Ventura Heriberto Fernández" (*Fallos,* 239:449), sentencia del 27/12/1957; "Nación Argentina v. José Aguirre Cámara y Otros" (*Fallos,* 239:501), sentencia del 30/12/1957; "Hersch Wolczanski" (*Fallos,* 267:457), sentencia del 15/5/1967; "S.A. Guillermo Miras C.I.F. v. Administración Nacional de Aduanas" (*Fallos,* 287:76), sentencia del 18/10/1973; "SAIyC Papelera Hurlingham v. Administración Nacional de Aduanas" (*Fallos,* 288:356), sentencia del 6/5/1974; "Alberto Bigio v. Dirección Nacional de Aduanas" (*Fallos,* 289:336), sentencia del 29/8/1974; "Hercyk Leon Frydman y Otra" (*Fallos,* 297:215), sentencia del 24/3/1977; "Cimac S.C.A. v. Nación Argentina" (*Fallos,* 304:892), sentencia del 22/6/1982; "Industria Automotriz 'Santa Fe'" (*Fallos,* 304:1692), sentencia del 25/11/1982; "Jaime Bahar y Otros" (*Fallos,* 305:373), sentencia del 22/3/1983; "Citrex SAIC" (*Fallos,* 308:1224), sentencia del 14/8/1986; y "Citrex SAIC" (*Fallos,* 308:2043), sentencia del 28/10/1986—;

b) *multas en los impuestos internos o a los consumos específicos* —causas: "El Fisco nacional, contra don José Crespo Bru, por cobro de una multa; sobre competencia" (*Fallos,* 66:332), sentencia de 9/2/1897; "Don Daniel J. y Vicente Espoueys, entablan recurso contencioso contra una resolución de la Administración General de Impuestos Internos que le impuso una multa" (*Fallos,* 151:293), sentencia del 30/5/1928; "Gobierno Nacional contra la Compañía de Seguros Independencia, sobre cobro de pesos" (*Fallos,* 160:13), sentencia del 24/12/1930; "Administración de Impuestos Internos contra don Martiniano Malmonge Nebreda, por defraudación de impuesto interno al tabaco" (*Fallos,* 169:309), sentencia del 15/11/1933; "Banco Ítalo Español Argentino, síndico de la quiebra de la Sociedad 'Sucesores de Ángel Rossi', en los autos 'Sucesores de Ángel Rossi', apelando de una resolución de Impuestos Internos. Recurso de hecho" (*Fallos,*

170:149), sentencia del 21/2/1934; "Riscossa Hermanos v. Impuestos Internos" (*Fallos,* 182:364), sentencia del 5/12/1938; "Procurador Fiscal v. Isaac Sosa Paez y otros" (*Fallos,* 183:216), sentencia del 22/3/1939; "General Motors Argentina S.A. v. Impuestos Internos, recurso de hecho" (*Fallos,* 183:383), sentencia del 8/5/1939; "Impuestos Internos v. Antonio Pérez y Santos" (*Fallos,* 187:569), sentencia del 6/9/1940; "Lumeras y Menéndez v. Impuestos Internos" (*Fallos,* 187:683), sentencia del 25/9/1940; "Marcos, Alfonso y Pedro Nicolodi v. Impuestos Internos" (*Fallos,* 204:243), sentencia del 15/3/1946; "Jose Santamarina v. Nación Argentina" (*Fallos,* 210:65), sentencia del 20/2/1948; "Jose Paviolo S.A. Ltda." (*Fallos,* 211:1380), sentencia del 25/8/1948 y "Antonio Díaz y José Quirino Martins" (*Fallos,* 212:240), sentencia del 3/11/1948; "S.A. Industrial y Comercial 'Ragor'" (*Fallos,* 228:375), sentencia del 22/4/1954—;

c) *multas tipificadas en la ley 11.683* —causas: "Ignacio García v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" (*Fallos,* 192:229), sentencia del 13/4/1942; "Eugenio Robba v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" (*Fallos,* 195:56), sentencia del 24/2/1943; "Jorge Fares v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" (*Fallos,* 200:495), sentencia del 29/12/1944; "Ernani, Luis Castellini v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" (*Fallos,* 205:173), sentencia del 3/7/1946; "S.A. Tricerri" (*Fallos,* 270:29), sentencia del 9/2/1968; "Roque Humberto Belli v. Dirección General Impositiva" (*Fallos,* 298:57), sentencia del 14/6/1977; y "Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L. v. Dirección General Impositiva" (*Fallos,* 303:1548), sentencia del 15/10/1981—;
d) *recargos de la ley 11.683* —causa: "Eduardo Francisco Zielli" (*Fallos,* 271:338), sentencia del 13/9/1968—;
e) *multas en los impuestos de sellos* —causas: "Don Antonio Urraco contra don Francisco Troanes, por cobro de pesos; sobre multa por infracción de la ley de sellos" (*Fallos,* 34:167), sentencia del 7/8/1888; y "Leonor Blanco v. Necha Esterkes" (*Fallos,* 259:195), sentencia del 29/7/1964—;
f) *multas en los impuestos a la transmisión gratuita de bienes* —causa: "Federico O. Bemberg y Otro v. Provincia de Buenos Aires" (*Fallos,* 247:225), sentencia del 1º/7/1960—;
g) *multas en los impuestos de patentes* —causa: "Provincia de San Juan v. Pablo Posleman" (*Fallos,* 185:188), sentencia del 17/11/1939—; y
h) *multas en contribuciones especiales* —causa: "Nación Argentina v. Cangiani Hnos. y Cía." (*Fallos,* 270:381), sentencia del 10/5/1968—.

En consonancia con los precedentes desarrollados en el párrafo anterior, el *principio de aplicación de la ley penal más benigna* en materia tributaria fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas causas, pudiéndose citar, a modo de ejemplo, *in re* "Luis Dolub v. Impuestos Internos" —*Fallos*, 220:114—, sentencia del 6/6/1951 e *in re* "Eligio Rodríguez" —*Fallos*, 221:388—, sentencia del 29/11/1951.

Más aún, en el último de los pronunciamientos referidos, el Alto Tribunal remarcó la *aplicación judicial de oficio* del régimen represivo más benigno, con sustento, a esa fecha, en el texto constitucional reformado en 1949, en donde —como hoy lo hacen los tratados internacionales elevados a rango constitucional— por el art. 29, segundo enunciado, se contemplaba: "Siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado".

5. De más está señalar que la recurrente pudo invocar el principio de que intenta valerse, sin que obste a ello la circunstancia de tratarse de una sociedad anónima, al menos en función de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando debió expedirse sobre las garantías judiciales instituidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, donde dejó expresado que los principios de mención resultaban aplicables a las personas físicas como a las de existencia ideal (conf. *in re* "Sociedad Anónima Expreso Sudoeste —SAES— v. Provincia de Buenos Aires —Ministerio de Economía—" —*Fallos*, 319:3415—, sentencia del 27/12/1996).

6. De todos modos, las regulaciones normativas que se invocan con la pretensión de lograr la condonación de la multa —leyes 671 y 1078 y los decs. regls. 2076/01 y 1736/03—, no conducen, en la especie, a que se opere dicho resultado. Ello es así, en tanto estuvieron dirigidas a instituir en *dos oportunidades, acotadas en su extensión temporal*, el *régimen de presentación espontánea* con pago al contado o con plan de facilidades, lo que traía aparejado, en caso de acogimiento, la consiguiente condonación o reducción, según el caso, de los intereses resarcitorios y la condonación total de las multas materiales y formales, importando, entonces, *plexos con proyección sancionatoria de excepción,* que instituían *un régimen singular no permanente*, esto es *de carácter temporal*, inhábil para que operara el *principio de aplicación de la ley penal más benigna*, por cuanto no significaron una ponderación diferente de las conductas incriminadas que llevaran a reputarlas como no punibles y a que, por tanto, subsistieran en el tiempo como tales. Así, pues, como lo remarcó el *a quo*, los preceptos de que se ha hecho mérito importaron *leyes intermedias* que, al tener circunscripta su vigencia, tuvieron naturaleza excepcional y no revisaron la condición de prohibida de la conducta reprochada por el ordenamiento, con lo cual la omisión de impuestos permaneció siendo ilícita, lo que descarta la aplicación del principio

invocado por la recurrente. Este criterio fue sustentado, asimismo, por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital frente a regímenes de presentación espontánea en impuestos nacionales en las causas: "Edmundo Nieva y Cía. S.R.L. c/D.G.I.", sentencia del 4/7/1995 (Sala I) e *in re* "Banco Baires S.A. (T.F. 12646-I) c/D.G.I.", sentencia del 6/9/1995 (Sala V), en ambos casos con remisión al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa: "S.A. Frigorífico Yaguané C.I.F.A." —*Fallos*, 293:522—, sentencia del 4/12/1975.

7. El hecho de que se privilegie a un contribuyente que se encontraba en la marginalidad fiscal y que de modo remiso regularizó su situación tributaria —presentando las declaraciones juradas originales o rectificatorias, saldando el impuesto o ingresando en un plan de pagos—, condonándole la multa y, total o parcialmente, los intereses, mientras que, correlativamente en paralelo, se mantenga la sanción respecto de otro contribuyente que —después de concluida una controversia sobre la aplicación del Convenio Multilateral para Evitar la Doble Imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos— obló el total de su obligación —incluso con anterioridad al pago del primer contribuyente— y continuó discutiendo solamente la procedencia de la multa, parece un dualismo difícil de justificar.

Al respecto, se hace imprescindible hacerse cargo de que tempranamente el Alto Tribunal, con remisión a los fundamentos brindados por el Juez Federal de Sección, *in re* "Criminal, contra D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión; —sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato" —*Fallos*, 16:118—, sentencia del 1º/5/1875, dejó establecido que: "El principio de 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 acepción de ese derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social".

Sentada la premisa antecedente, debe ponderarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso conformado con una base fáctica equivalente a la discutida en autos, debió ponderar si se infringían principios y garantías constitucionales al tratarse de forma dispar, frente al Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes de la Provincia de Córdoba, a los contribuyentes que habían iniciado y exteriorizado la sucesión del causante, que originaba la obligación de ingreso del tributo ante la Dirección General de Rentas (manteniendo viva la obligación de pago del tributo, actualización, intereses, recargos y multas) de aquellos que, en una actitud reticente, no lo habían hecho (remitiendo el impuesto y su actualización y condonando los intereses, recargos y multas).

La norma cuestionada en dicha ocasión fue la ley 6067 [Boletín Oficial del 20/7/1977], por la que se estableció: "*Art. 1º.* Decláranse extinguidas por remisión las obligaciones tributarias sustantivas, sus intereses, recargos, multas y actualización por el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes que no hayan sido exteriorizadas a la fecha de publicación de la presente ley...// *Art. 3º.* Los beneficios de esta ley no alcanzan a los contribuyentes y responsables del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes exteriorizados antes de la publicación de la presente ley, quienes deberán abonar las obligaciones tributarias sustantivas, sus intereses, recargos, multas y actualización.// *Art. 4º.* Los beneficios de esta ley no alcanzan a las sumas efectivamente ingresadas —al contado o con facilidades de pago, pendientes o no— a la fecha de publicación de la misma, en concepto de impuesto, intereses, recargos, multas y actualización, ni los contribuyentes y responsables tendrán derecho a repetición o compensación alguna".

Es que en el año 1976, a través de la ley 21.282, el gobierno de facto recientemente instalado sancionó para todo el país el Impuesto sobre el Patrimonio Neto, norma que por su art. 19 derogó el Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Titulo Gratuito (impuesto sucesorio en el orden nacional), mientras que por el art. 20, en una suerte de *unitarización tributaria*, dispuso: "El Ministerio del Interior requerirá de las jurisdicciones provinciales la derogación de los tributos locales que gravan las transmisiones gratuitas de bienes".

Volviendo a la norma provincial de Córdoba, ante la derogación del impuesto sucesorio, como quedó visto, los contribuyentes diligentes que actuaron con acatamiento de la ley fiscal y exteriorizaron los bienes en la sucesión debieron afrontar el pago del gravamen, actualización, intereses, recargos y multas, mientras que los que se habían sustraído de la obligación fiscal, al punto de no haber siquiera exteriorizado los bienes, cualquiera fuera la fecha de muerte del causante —anterior o posterior a la derogación del impuesto—, tuvieron por extinguidas —por remisión o condonación, según el concepto— las obligaciones tributarias por capital, actualización, intereses, recargos y multas.

El Tribunal cimero, *in re* "Ana María Ariaudo de Zehnder v. Provincia de Córdoba" —*Fallos*, 305:823—, sentencia del 23/6/1983, luego de declarar formalmente procedente el recurso extraordinario, dejó sentado que la garantía de igualdad contenida en el art. 16 de la ley fundamental no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria, ni importe ilegitima persecución o indebido privilegio de personas, más allá de que *el fundamento sea opinable.* Para agregar, concretamente, que no era violatoria de la garantía de igualdad la ley cordobesa que había distinguido entre contribuyentes que hubieren exteriorizado sus obligaciones tributarias por el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes a la fecha de publicación de la norma de aquellos que no lo habían hecho, añadiendo que la determinación del sector beneficiado por la condona-

ción respondía a un criterio objetivo, cual era la falta de exteriorización de la obligación fundada, según el Mensaje de la ley, en la valoración económica y el costo administrativo y presupuestario —obviamente menor— de perseguir el cobro ciñéndose a los contribuyentes que hubieran exteriorizado los bienes del acervo sucesorio. Tal pronunciamiento me motiva una reflexión: en el caso se priorizaron razones puramente recaudatorias a pesar de que ellas condujeron a un tratamiento de disfavor respecto de los contribuyentes exteriorizados, dispuestos a atender su obligación de pago, respecto de aquellos otros renuentes a hacerlo, mimetizados en la topografía de la economía informal, con lo cual se impulsó, ante la desidia del Fisco en desplegar sus actividades fiscalizadoras y verificadoras, una suerte de excursión de caza, limitada al área interna del zoológico, más allá de que los contribuyentes inscriptos como tales y regularmente cumplidores puedan convertirse, por las malas políticas tributarias, en animales exóticos o especies en vías de extinción.

Habida cuenta de que en el *sub lite* ha quedado firme la atribución del elemento subjetivo de la infracción tributaria, en tanto los fundamentos vertidos por el *a quo* para así hacerlo no han sido adecuadamente rebatidos por la recurrente —conf. voto del juez Luis. F. Lozano—; no encontrando argumentos suficientes de *lege lata*, y evitando la tentación de caer en un activismo judicial extremo que me llevaría a receptar algunos de los agravios articulados en la queja, me decido por someterme al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del que he hecho mérito, en virtud del cual, en casos como el ocurrente, para el Alto Tribunal no habría afectación de los principios de igualdad y de razonabilidad en la selección para conformar los distintos grupos de contribuyentes, a pesar de que la confesa finalidad recaudatoria condujera a perder de vista la cuestionable disparidad de trato que se suscita, permitiendo a los incumplidores tributarios, y particularmente a aquellos, el acogimiento a regímenes que les facilitan pagar tarde, hacerlo en moneda devaluada —a falta hoy de indexación legal—, y ver condonadas multas e intereses, generando en el colectivo de los contribuyentes una indisimulable sensación de desánimo.

Lo expuesto me recuerda el juicio crítico que a las prácticas habituales de nuestros gobernantes, y que explicarían el fracaso de la Argentina como Nación, realizó, desde su perspectiva, el jurista Carlos Santiago Nino en las páginas de su obra: *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (Emecé Editores S.A., Buenos Aires, 1992), donde, en el capítulo 2, refiriéndose a la falta de políticas institucionales en la Argentina, nos recuerda que desde la *época colonial* en Buenos Aires, se vivió al margen de la ley, ya que la Ciudad creció y se consolidó al amparo del *contrabando con terceras naciones* (conf. pp. 53 y 54), tolerado por las autoridades virreinales y facilitado por el monopolio comercial de España.

Por su parte, el profesor emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Colonia, Alemania, Klaus Tipke, en su clásica monografía: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, nos enseña: "El legislador que no muestra su propia moral tributaria y cuyas leyes distan mucho de constituir un código moral tributario difícilmente puedan provocar reparos morales en la conducta del contribuyente. Por lo contrario les hacen perder su conciencia social", agregando, más adelante, que el ciudadano sólo queda obligado frente al Estado a condición de reciprocidad y el Estado solo puede esperar que el contribuyente obre con rectitud si ha recibido el buen ejemplo moral de dicho Estado en cuanto a la tributación (conf. ob. cit., pp. 120 y 121, Marcial Pons, Madrid, 2002), a lo que cabe añadir que es desmoralizante que el Fisco premie, con su inactividad frente a la evasión, el incumplimiento masivo de las obligaciones tributarias, para luego, con una finalidad recaudatoria que compense su incompetencia, privilegiar a los incumplidores con remisiones y condonaciones, en desmedro de la comunidad de contribuyentes que de modo regular aportan al levantamiento de las cargas públicas.

En mérito a las consideraciones precedentes, entiendo que la queja, en lo formal, es sólo parcialmente procedente, dicho ello sin perjuicio de que respecto de los agravios en que ha sido habilitada la competencia de este estrado, corresponda rechazar el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia apelada.

Atento a las particularidades del caso, en lo atinente a los agravios por los que se habilitó el recurso de inconstitucionalidad, corresponde imponer las costas por su orden (art. 62, 2º párrafo del CCAyT) y proceder a la devolución del depósito por la queja.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Deheza SAICF e I.

2º. *Dar por perdido* el depósito de fs. 248.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

CXXXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ZOCCOLI, EZEQUIEL C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Contestación extemporánea de la demanda.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja si no se demuestra que el objeto recurrido sea una sentencia definitiva o, al menos, que la decisión sea equiparable a una sentencia de esas características. *(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. El cuestionamiento de la decisión interlocutoria de la Cámara que, en el marco de un litigio por daños y perjuicios, tuvo por extemporánea la contestación de demanda presentada por el recurrente, no se dirige 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. El recurso de queja no acredita que la decisión de la Cámara, que tuvo por extemporánea la contestación de demanda presentada por el recurrente, genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión como la criticada a una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Sólo puede admitirse equiparar una decisión que no es definitiva a una sentencia de tal carácter, cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiera 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).*

5. No hay omisión por parte del *a quo*, de aplicar lo dispuesto en los arts. 119, inc. 6º y 286 del CCAyT, si el recurrente parte de la premisa errónea de que se trataba de un plazo indeterminado para la contestación de la demanda, pues surge de las actuaciones que el plazo para contestarla se encontraba claramente determinado en la resolución de primera instancia que rechazó la excepción de prescripción interpuesta por su parte. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

6. Para equiparar un decisorio a uno de carácter definitivo, deben brindarse fundamentos tendientes a demostrar el carácter irreparable del agravio

que supuestamente causa el pronunciamiento en crisis. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6196/08 - 3/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Gabriel Hernán Czernikier, Liliana Alicia Vitale, Luis Rafael Zoccoli, Ezequiel Horacio Zoccoli, Marta Beatriz Cancela, Paolo Andrés Impagliazzo y Martín Alejandro Kranevitter promovieron demanda por daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) y contra Nelson Rubén Travagli por la suma de $ 1.131.400, lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos, intereses, accesorios y costas (fs. 91/118).

En lo que interesa a los fines de esta queja, el GCBA opuso —como de previo y especial pronunciamiento— excepción de prescripción (fs. 139/143 vta.).

El juez de primera instancia rechazó la excepción intentada e hizo saber a las partes —en ese pronunciamiento— que "...una vez firme o consentida la presente, quedarán reanudados los plazos procesales suspendidos a fs. 150.// Regístrese y notifíquese por Secretaría" (fs. 119/121 vta.). Esta decisión fue confirmada por la Sala ll de la Cámara CAyT. Posteriormente, fue desestimado por dicho Tribunal el recurso de inconstitucionalidad articulado a su respecto (ver referencias del GCBA a fs. 2 vta./3 y fs. 11, último párrafo; la resolución de fs. 162 y lo expresado por la actora a fs. 232/236 vta., tres últimos párrafos del punto 6).

2. Frente a la reanudación de los plazos para contestar demanda requerida por el GCBA y la presentación consecuente del escrito respectivo (fs. 144/161 vta.), el juez de grado ordenó la devolución de ese escrito (contestación de demanda del GCBA) por resultar extemporánea: el término para contestar demanda —computado de la manera en que se le había hecho saber a las partes por cédula, se reanudaba una vez firme el rechazo de la excepción de prescripción— y, por tanto, ya había vencido, según la notificación cursada al GCBA (fs. 162).

Disconforme con la decisión, el GCBA dedujo recurso de revocatoria con apelación en subsidio (fs. 163/169 vta.). La Cámara CAyT, a su

turno, confirmó la falta de adecuación temporal del escrito presentado por el GCBA (fs. 177 y vta.). El recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra dicha confirmación, también fue declarado inadmisible por la Sala ll —previa contestación por la parte actora: fs. 232/236 vta.— por no constituir la resolución apelada sentencia definitiva, ni causar al recurrente un agravio tal que resulte de imposible o insuficiente reparación ulterior (fs. 206/208).

Ante ello, el GCBA interpuso la queja correspondiente (fs. 1/15 vta.). Centró sus agravios en que la decisión vulneraba en forma grave el derecho constitucional del debido proceso al subsistir las objeciones formuladas en oportunidad del recurso de inconstitucionalidad planteado por su parte. El recurso afirmó que la sentencia recurrida: *a)* cercenaba potestades constitucionales propias de la Administración; *b)* incurría en arbitrariedad al intentar sustituir a uno de los poderes constitucionales, vulnerando la división de poderes; *c)* le causaba agravio al no respetar la letra del articulado que manda a notificar en forma expresa la reanudación de los plazos procesales; y *d)* vulneraba el derecho de defensa e igualdad entre las partes en el proceso, en tanto no sólo le impedía contestar demanda, sino, también, producir la prueba oportunamente ofrecida por su parte.

3. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja, en tanto consideró —al igual que la Sala ll— que el pronunciamiento recurrido —principalmente— no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional, ni se había demostrado que le ocasionase al recurrente un perjuicio irreparable (fs. 240/243).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja deducida a fs. 1/15 vta., aunque interpuesta en tiempo y forma, no puede tener acogida favorable por varias razones.

La primera remite a los graves defectos de fundamentación que exhibe el escrito del recurso. 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, el recurrente no demuestra que el objeto recurrido es una sentencia definitiva o, al menos, que —en la versión amplia de ese requisito, que no comparto— la decisión sea *equiparable* a una sentencia de esas características.

Por lo contrario, el recurso de queja que obra a fs. 1 y ss. parece confundir la mera discrepancia con los fundamentos de la decisión impugnada —esto es, la negativa a aceptar su contenido—, con la crítica suficiente exigida para validar

la queja. El escrito consiste, por una parte, en afirmaciones genéricas respecto de la arbitrariedad, de la defensa en juicio y del derecho a la igualdad, definidas en abstracto y sin indicación alguna acerca del contenido concreto del juicio, y, por la otra, 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 interlocutoria de la Cámara que, en el marco de un litigio por daños y perjuicios, tuvo por extemporánea la contestación de demanda presentada por el recurrente. La Ciudad 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.

3. Por lo demás, el recurso tampoco toma a su cargo el acreditar que la decisión de la 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 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. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001, no consiente, en principio —tan siquiera para la interpretación del requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal (ley nacional 48, art. 14)—, la conocida teoría de la 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 que conduce a reconocer una tercera categoría en función de la idea de "equiparabilidad", sobrepuesta al binomio "sentencia definitiva"/"sentencia no definitiva" (véase mi voto *in re* "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, resolución del 9/11/2005, punto 2). Mi misma opinión sólo admite una equiparación tal, cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiere que el tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica (el ejemplo de la Constitución italiana y la privación de libertad). La invocación y prueba de un precepto de tal índole —pese a los intentos realizados en este sentido— no resulta expresada por el recurrente en la causa (conf. mi voto *in re* "Asoc. Civil Golf Club Lagos de Palermo", expte. nº 2778/03, sentencia del 16/6/2004). Dado que la suerte del proceso no ha sido todavía definida en la instancias de mérito con un pronunciamiento definitivo, no se advierte —ni lo explicita el GCBA— que

le impediría, en caso de ser eventualmente acogida la demanda, interponer los recursos pertinentes contra ella.

Empero, aunque se defienda la opinión que admite sentencias equiparables a las definitivas, aun cuando sean interlocutorias, creo que no existe la menor duda en afirmar que la recurrida no es una de ellas o —vale lo mismo— que el recurrente no ha logrado demostrar con el recurso la certeza de tal equiparación. Prueba de ello resulta ser la posibilidad, todavía existente, de que el recurrente triunfe en el pleito, esto es, que se rechace la demanda del actor. De todos modos, aun en caso contrario, el recurrente podrá todavía argumentar sobre la base del cercenamiento o la limitación de la defensa en juicio para intentar casar la sentencia contraria a sus intereses que su intervención efectiva hubiera evitado.

4. Tampoco existe cuestión constitucional relacionada con el agravio referido al vencimiento del plazo para contestar la demanda. Aunque la solución que adopto sobre los otros presupuestos del recurso me exime de mayor referencia en cuanto a esta cuestión, baste decir que, otra vez, se utiliza libremente la palabra *arbitrariedad* para denotar mera discrepancia con la solución del caso —agravio— y pretensión de una tercera instancia de mérito.

En efecto, la omisión de aplicar lo dispuesto en los arts. 119, inc. 6º y 286 del CCAyT, en que el recurrente afirma que incurrió el *a quo*, no es tal. Ciertamente, y a poco que se repare, el GCBA parte de una premisa errónea: que se trataba de un plazo indeterminado. En contra de lo afirmado, surge de las actuaciones que el plazo para contestar demanda se encontraba claramente determinado en la resolución de primera instancia que rechazó la excepción de prescripción interpuesta por su parte, al señalar que "...una vez firme o consentida la presente, quedarán reanudados los plazos procesales suspendidos a fs. 150" (fs. 119/121 vta., punto 2). Una vez que la Cámara resolvió, primero, el recurso de apelación y denegó, luego, el de inconstitucionalidad planteados por el GCBA, y que transcurrió el tiempo hábil para acudir en queja ante este Tribunal, se cumplió la condición a la que la sentencia de primera instancia había sujetado la reanudación de ese plazo.

Debo resaltar que este aspecto del pronunciamiento (la reanudación de los plazos procesales) le fue notificado oportunamente por cédula al GCBA y éste nada dijo al respecto, por lo que quedó firme y consentido. En resumidas cuentas, la situación en la que hoy se halla el recurrente no es sino el producto de su propia conducta discrecional de la que ahora no puede quejarse.

Para concluir, cabe agregar —siguiendo la jurisprudencia de la CSJN— que: "La invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos,* 304:749, 1717; 306:1679; 312:311).

5. Por lo demás, si el recurrente, confusamente, pretende reeditar antiguas defensas de la Administración local, cuyos abogados sostienen invariablemente la ilegitimidad del control judicial sobre los actos de la Administración, como inmiscución judicial en los actos reservados al Ejecutivo, por tanto actividad contraria a la división republicana entre poderes del Estado, regulada por las leyes de competencia, nada menos idóneo para el debate del punto que el control que los jueces ejercen sobre el procedimiento judicial y sus actos, con el fin de incorporarlos o dejarlos de incorporar a ese procedimiento. En general, respecto de la alegada lesión a la división de poderes y avasallamiento de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, he sostenido con anterioridad, en voto conjunto con los jueces Ruiz y Muñoz, que: "La genérica invocación de una lesión al principio de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración (…), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia los haga inmunes de todo control judicial" (expte. n° 1891/02, "González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo", resolución del 11/12/2002).

6. Las consideraciones que anteceden me llevan a rechazar el recurso de queja planteado por el GCBA a fs. 1/15 vta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier —por los fundamentos que desarrolla en los puntos 2 y último párrafo del punto 3 de su voto— en que la queja no se dirige a cuestionar una sentencia definitiva ni equiparable a tal, por lo que debe ser rechazada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Por los argumentos expuestos en el punto 1 de los fundamentos del voto del señor juez de trámite, propicio declarar improcedente el recurso de queja interpuesto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que contiene el voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 1/15 vta.

2. En primer lugar, y tal como lo destaca mi aludido colega, la recurrente ha omitido efectuar una crítica concreta y desarrollada del auto denegatorio. En particular, a fin de poder equiparar el decisorio impugnado a uno de carácter definitivo, la demandada debía brindar fundamentos tendientes a demostrar el

carácter irreparable del agravio que supuestamente le causa el pronunciamiento en crisis —que declaró extemporánea la presentación de su escrito de contestación de demanda—. Sin embargo, ningún esfuerzo argumental se advierte en este punto. Por este motivo, no puede afirmarse sin más que el decisorio cuestionado sea susceptible de ser impugnado por la vía prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA; máxime cuando nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado en numerosas ocasiones que no revisten carácter definitivo a los fines del recurso extraordinario federal las resoluciones que disponen dar por perdido el derecho de contestar la demanda (conf. doctrina de *Fallos*, 296:751; 302:1174; 306:431; 307:515, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Por otro lado, la recurrente tampoco ha logrado delinear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. En lo que a esta cuestión se refiere, la quejosa alega la arbitrariedad del pronunciamiento recurrido por haberse prescindido de aplicar en autos lo normado en los arts. 119, inc. 5º, y 286 del CCAyT. Sobre el punto basta señalar que, más allá de su acierto o error, la Cámara expresamente ponderó e interpretó los hechos del caso y las normas infraconstitucionales en juego para concluir que la exigencia allí establecida —notificación personal o por cédula de la resolución que declara la reanudación de plazos suspendidos— no resultaba aplicable al caso, puesto que en el *sub examine* no existió plazo indeterminado alguno que justificara la adopción de tal proceder —en tanto expresamente se había dispuesto que la reanudación de los términos procesales se produciría una vez firme o consentida la resolución que resolvió las excepciones planteadas (conf. copia de la resolución del señor juez de grado obrante a fs. 119/121 vta.).

Así las cosas, los dichos del recurrente traducen exclusivamente su desacuerdo con lo decidido por los jueces de la causa sobre cuestiones de índole estrictamente procesal, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento que brindó sustento a la decisión objetada. En este sentido, este Tribunal ya ha dicho en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La decisión cuya revisión se pretende por vía del recurso de inconstitucionalidad no configura una sentencia definitiva o equiparable, en los términos del art. 27, LPT.

Tal como surge de las constancias del expediente, la Cámara confirmó la decisión de primera instancia que tuvo por extemporánea la contestación de la demanda por parte del GCBA. Es evidente que dicha resolución no ha puesto fin al litigio, no impide su continuación, ni tampoco conduce necesariamente al acogimiento de la demanda.

La recurrente tampoco ha demostrado sufrir un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, que permita transformar en "equiparable a definitiva" la resolución impugnada, sino que se limita a sostener que "...(L)a decisión cuestionada aun tratándose de una sentencia interlocutoria, dictada por la Excma. Cámara, es equiparable a una sentencia definitiva, al impedir el ejercicio del derecho de defensa e imposibilitar la integración de la litis y el ofrecimiento de prueba..." (vs. 4 de la queja).

Esta afirmación resulta insuficiente y dogmática, ya que el recurrente no indicó las defensas o medidas probatorias, esenciales para una justa resolución de esta litis, que la resolución recurrida le impidió oponer o producir en este juicio; por otra parte, el GCBA puede intervenir en el proceso para resistir la pretensión de la actora, ya sea en la etapa probatoria o en la recursiva, vía recurso de apelación contra la sentencia definitiva que se dicte en autos. Todo ello permite considerar no acreditada la invocada lesión irreparable a su derecho de defensa en juicio.

3. Por otra parte, en sus recursos, la actora no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 3264/04, resolución del 23/2/2005). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional.

En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica, la violación de sus derechos de legalidad, igualdad, debido proceso y defensa en juicio, en la que habría incurrido la Cámara al dictar un fallo arbitrario en cuanto a la valoración de los hechos y la aplicación del derecho, pero sin exponer —en un argumento formalmente adecuado— un caso constitucional.

Cabe recordar que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre

constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

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, constituyendo un mero desacuerdo con la interpretación debidamente fundada efectuada por la Cámara sobre la situación fáctica del caso y la aplicación de normas infraconstitucionales (arts. 119, 284 y 286 CCAyT), cuestiones ajenas al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos*, 237:69).

En este caso, la Cámara confirmó la providencia del juez de primera instancia que consideró extemporánea la contestación de demanda, basándose en que no había "indeterminación de plazos" que justifique la aplicación del art. 119, inc. 6º, CCAyT, ya que las partes habían sido debidamente notificadas que una vez firme o consentida la resolución de las excepciones opuestas por el demandado, se reanudarían los plazos procesales suspendidos, lo que no mereció reproche alguno (véase punto 4 de la resolución obrante a fs. 177). Para demostrar la arbitrariedad de dicha sentencia, el recurrente debía rebatir este argumento esencial, pero no lo hizo, sino que se limitó a insistir con una interpretación alternativa de la normativa procesal, y a cuestionar, de manera claramente extemporánea, a la providencia que había dispuesto la reanudación automática de los plazos (véase fs. 12 vta., primer párrafo, de la queja).

5. Por todo ello, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la actora.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CXXXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN DE DOCENTES ADEMYS C/GCBA S/RECUSACIÓN (ART. 16, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Recusación de juez.
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Temor razonable de parcialidad.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de inconstitucionalidad pues no se ha demostrado que la actitud del juez recusado en que el GCBA apoya el pedido de apartamiento suscite al recusante un temor razonable de parcialidad sobre la actuación, en esta causa, del magistrado al que le ha sido asignada, conforme las reglas generales dispuestas a ese fin con carácter previo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La circunstancia de que ni el Jefe de Gobierno ni el Procurador General son parte en el pleito ni se ve que tengan intereses personales en él, no obstante que se esté juzgando el modo en que ha ejercido y ejerce sus facultades el gobierno encabezado por el primero y asistido en el máximo nivel por el segundo, introduce un hiato entre lo que pueden ser las inclinaciones del juez y la posibilidad de que se traduzcan en decisiones en la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. La decisión que pone fin al incidente de recusación de un magistrado no es una sentencia definitiva, en tanto el proceso seguirá su curso hasta que se dicte una decisión de mérito, después del litigio entre las partes, que revista ese carácter, esto es, que ponga fin al asunto mediante una solución que responda al objeto material que se demanda y sobre la base del cual se ejerció la defensa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6398/09 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recusó con causa al titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2, Dr. Roberto Andrés Gallardo, con fundamento en el art. 11, inc. 9º) del CCAyT. Sostuvo, también, que la recusación debía entenderse como ampliación, por una causa sobreviviente, de las causales de recusación contra dicho magistrado que se encontraban en trámite.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires alegó que con fecha 8/9/2008 el recusado realizó una conferencia de prensa en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en la que denunció al Poder Ejecutivo porteño, acusándolo por desplazarlo de su función a través de una presunta maniobra procesal. El GCBA consideró que las expresiones del magistrado estaban dirigidas a personas que cumplen una determinada función en la Administración y por actos realizados en el ejercicio de esa actividad, por lo que se verifica la causal de enemistad, odio o resentimiento exteriorizada por hechos conocidos contra el GCBA (fs. 3/5 del incidente).

2. El Dr. Roberto Andrés Gallardo formuló oportunamente el informe contemplado en el art. 16 del CCAyT. Desconoció encontrarse abarcado por esa causal fundada en el inc. 9º, del art. 11 del CCAyT. En este sentido, sostuvo que la enemistad, odio o resentimiento —como motivo de recusación— regía exclusivamente respecto de las partes, que no era aplicable a los letrados, apoderados o representantes, y que la enemistad no podía experimentarse respecto de una persona jurídica de carácter público como lo era la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3. La Sala II de la Cámara CAyT rechazó la recusación. Para así resolver, el tribunal se expresó en términos similares a los del informe del juez recusado. Asimismo, puntualizó la Sala, que dicha causal debía tener apoyo en circunstancias objetivamente comprobables que —a su juicio— no se configuraban en el presente caso (fs. 8/9 vuelta del incidente).

4. La Procuración interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala II (fs. 19/32 vta., del incidente).

Fundó la admisibilidad de su impugnación en que el caso presentaba una verdadera cuestión constitucional ya que la decisión dependía en forma directa e

inmediata de la inteligencia de las normas de la CCBA que definen los principios de juez natural, juez imparcial, derecho de defensa en juicio, debido proceso y acceso a la tutela judicial efectiva. En sus agravios el Gobierno mencionó distintas causas de arbitrariedad.

Asimismo, manifestó que el planteo de recusación había generado una amplísima repercusión en todos los medios de prensa y había causado una inusitada conmoción en la opinión pública; razón por la cual, consideraba que no sólo resulta aplicable al caso la doctrina sobre la "gravedad institucional", sino que era evidente que se ha planteado un verdadero "conflicto entre los poderes de la Ciudad" en los términos del art. 113, inc. 1º, CCBA.

Finalmente, criticó al tribunal porque al resolver —a su juicio— había asumido el rol de legislador, en tanto había consagrado excepciones o dispensas no previstas en el art. 11, inc. 9º del CCAyT lesionando el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la C.N.

La Sala II no concedió el recurso de inconstitucionalidad por ausencia de sentencia definitiva. Para ello tomó en cuenta precedentes del Tribunal Superior y la falta de una relación adecuada entre el caso de autos y las referencias jurisprudenciales traídas por el impugnante, donde se asentaban excepciones al requisito de sentencia definitiva. Añadió que tampoco había un caso constitucional dado que la decisión versaba sobre cuestiones de hecho y de derecho procesal. Para desestimar el agravio por arbitrariedad, señaló que esta impugnación no tenía por objeto corregir sentencias equivocadas o que los litigantes consideren tales, sino que revestía un carácter estrictamente excepcional y no podía fundarse en la mera disconformidad de quien recurría con la interpretación que hacían los tribunales de justicia respecto de las normas que aplicaban, en tanto no excedían las facultades de apreciación de los hechos y aplicación del derecho que eran propias de su función y cuyo acierto o error, en principio, no habilitaba la intervención del Tribunal Superior de Justicia. Calificó, por último, a la gravedad institucional como una invocación meramente genérica sin precisión ni desarrollo eficientes (fs. 34/35 vuelta del incidente).

5. Contra la decisión que denegó el recurso de inconstitucionalidad el Gobierno interpuso el presente recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad (fs 36/44 vta.). A fs. 53/70 produjo su dictamen el señor fiscal general, quien propició rechazar la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La cuestión propuesta en estos autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta en fecha reciente por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA s/queja por recurso de incons-

titucionalidad denegado en: 'Giménez Solano, Gabriela Andrea c/GCBA y otros s/recusación (art. 16, CCAyT)'", expte. nº 6200/08, sentencia del 11/3/2009. Como allí lo sostuviera, los argumentos brindados en el expediente "Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16 CCAyT)", expte. nº 6190/08, resolución del 5/3/2009 —especialmente dirigidos al inc. 3º del art. 11, CCAyT— son, *mutatis mutandi*, aplicables a la causal de recusación prevista en el art. 11, inc. 9º del CCAyT (enemistad manifiesta); este último supuesto de apartamiento también debe ser leído con las particularidades que conlleva que sea alegado por el GCBA.

2. En el caso, no se ha demostrado que la actitud del juez recusado en que el GCBA apoya el pedido de apartamiento suscite al recusante un temor razonable de parcialidad sobre la actuación, en esta causa, del magistrado al que le ha sido asignada, conforme las reglas generales dispuestas a ese fin con carácter previo. Más allá del juicio que merezcan los dichos del magistrado recusado que el GCBA denuncia o el sentimiento que los inspire, éstos no resultan suficientes para proyectar un temor razonable de parcialidad. La circunstancia de que ni el Jefe de Gobierno ni el Procurador General son parte en el pleito ni se ve que tengan intereses personales en él, no obstante que se esté juzgando el modo en que ha ejercido y ejerce sus facultades el gobierno encabezado por el primero y asistido en el máximo nivel por el segundo, introduce un hiato entre lo que pueden ser las inclinaciones del juez y la posibilidad de que se traduzcan en decisiones en la causa. Esta separación entre la parte y sus representantes puede esfumarse tanto por el compromiso objetivo de los representantes con la evolución y resultado del pleito como por la percepción, necesariamente teñida de subjetividad, que el magistrado tenga a ese respecto.

En otras palabras, el objeto del expediente —en donde se cuestiona la constitucionalidad de la nota 40046/DGPDYND/08 que ordenaba el descuento de haberes por el día de paro a los docentes adheridos a la medida de fuerza, con motivo de los paros realizados en fecha 17/7 y 3/9/2008— no tiene relación con la persona del Jefe de Gobierno o del Procurador General de la Ciudad. Por lo demás, si bien la temática en discusión podría considerarse sensiblemente ligada al desarrollo de los objetivos políticos del Gobierno, no puede presumirse que el juez actuará de modo arbitrario y ello no ha sido alegado por el GCBA.

Por otra parte, vale aclarar que el juez recusado —al momento de articularse la recusación por parte del GCBA— la única medida que había adoptado era hacer saber el juez que iba a conocer en la causa (dato que surge del sistema informático del Consejo de la Magistratura de la Ciudad).

3. Por las razones expuestas, corresponde admitir la queja interpuesta a fs. 36/44 vta. y rechazar el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 19/32

vuelta del incidente de recusación. Por Secretaría deberá agregarse copia del pronunciamiento del Tribunal *in re* "Dorelle".

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

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Ya me he expresado sobre el significado de la exigencia de la *sentencia definitiva* como condición de la competencia del TSJ conforme al recurso que le es propio (conf. sentencia recaída el 11/3/2009 *in re* "Giménez Solano, Gabriela Andrea c/GCBA" en cuyo contexto afirmé que: "conforme con esa inteligencia (se refiere a la enumeración de casos que contiene la propia sentencia), la decisión que pone fin al incidente de recusación de un magistrado no es una sentencia definitiva, en tanto el proceso seguirá su curso hasta que se dicte una decisión de mérito, después del litigio entre las partes, que revista el carácter expresado, esto es, que ponga fin al asunto mediante una solución que responda al objeto material que se demanda y sobre la base del cual se ejerció la defensa".

"Como ya lo dije las excepciones admitidas, a mi juicio, fijan un criterio peligroso institucionalmente en varios sentidos. En un primer sentido —quizás el más jurídico— ello significa abrir la competencia del Tribunal a cualquier caso, esto es, en la práctica, admitir esa competencia cuando el juez que decide, a la manera de los círculos de tiza de Brecht, considere que el proceso está mal encaminado por los jueces de mérito, o que la solución incidental es injusta. Exceso en la competencia vale lo mismo que decir exceso de poder, pues, en el sistema republicano, la competencia concedida por ley funciona a la manera de límite del poder del funcionario público al que se refiere. En un sentido más político, el inmiscuirse continuamente por diferentes razones en los procedimientos judiciales que tramitan las instancias de mérito representa un control continuo de los actos procesales que integran el procedimiento para, eventualmente, tacharlos cuando, según el juez que decide, ellos no son correctos. Control de los actos procesales de un procedimiento judicial de mérito significa, antes bien, control de los jueces que los llevan a cabo dentro de una organización vertical al extremo, en la cual se parte del principio de que quien está en la cúspide tiene siempre razón y la impone. Estas son las razones jurídicas y políticas por las que no acepto la extensión, mediante una cláusula de apertura, de la condición que, en verdad, se propuso cerrar la competencia del TSJ, cláusula de apertura que transforma aquello que la ley quiso cerrar. De alguna manera, está también, en el fondo de ella, un pecado de soberbia: siempre los que están en la cúspide tienen razón, son más idóneos, inteligentes y visionarios que los que están debajo de ellos, pensamiento que nada tiene

de republicano. La justicia vertical (de *gabinete*) es propia del Estado-nación monocrático, antes de su organización como una República".

Por lo demás, repárese en que, si la tendencia continúa en este sentido, ella tornará imposible la labor racional del TSJ —como ya la ha tomado respecto de la CSJN— por la cantidad de casos que sólo desde el punto de vista teórico serán pasibles de excitar la jurisdicción de un tribunal pensado para otra tarea. Desde este punto de vista, me pregunto yo: ¿qué pasará con este caso si el juez cuya recusación ha fracasado dicta una sentencia sobre el fondo de la cuestión favorable al hoy recurrente?; ¿tendrá sentido la recusación planteada por el recurrente?; ¿podrá la contraparte ampararse en ella para negarle validez a la decisión final contraria a sus intereses? Esta pregunta, según creo, explica mejor que una larga exposición, el sentido de que la ley contenga la condición de la sentencia definitiva como exigencia para la procedencia del recurso de tribunales que sólo operan excepcionalmente, en el caso de recursos limitados por el motivo de injusticia que propone el recurrente.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La cuestión a resolver no difiere en sustancia a lo resuelto, en el expte. nº 6190/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16 CCAyT)'", por este Tribunal Superior de Justicia el día 5/3/2009.

Por razones de brevedad me remito a lo decidido en el precedente indicado y voto por rechazar la queja por improcedente, con costas.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fs. 36/44 vta.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fs. 19/32 vuelta del incidente de recusación.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 5/3/2009, en los autos "Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)" (expte. nº 6190/08).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se agregue la queja al expediente principal y se devuelva al tribunal remitente.

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

CXXXVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'FREDIANI, JORGE CAYETANO C/AGENCIA GUBERNAMENTAL DE CONTROL Y OTROS S/RECUSACIÓN (ART. 16 CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Recusación de juez.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja si el recurrente, no obstante habérsele requerido en dos oportunidades la presentación de la copia del escrito por el cual presumiblemente habría recusado al juez de grado por la causal prevista en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT, no la acompañó, pues tal pieza resulta ser un elemento esencial para el tratamiento del recurso deducido, desde que es la que dio origen a la sentencia que hoy es objeto de queja, circunstancia que impide al Tribunal adentrarse en el conocimiento del recurso articulado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La decisión que pone fin al incidente de recusación de un magistrado no es una sentencia definitiva, en tanto el proceso seguirá su curso hasta que se dicte una decisión de mérito, después del litigio entre las partes, que revista ese carácter, esto es, que ponga fin al asunto mediante una solución que responda al objeto material que se demanda y sobre la base del cual se ejerció la defensa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

En ambos expedientes se agrega copia de la sentencia dictada en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'". (Expte. nº 6190/08. 5/3/2009). Se transcriben los sumarios referidos a dicha resolución:

Sumarios:

1. La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad en un incidente de recusación no es la sentencia definitiva a la que se refiere el art. 27 de la ley 402, porque no resuelve el pleito ni impide su continuación, pero es equiparable a ella, por la gravedad institucional emergente de la circunstancia de que el supuesto sobre cuya base la recurrente viene cuestionando la intervención en la causa del juez se repite en todas o casi todas las que tiene asignadas y a las que en el futuro le serán asignadas a ese magistrado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Las normas supralegales (arts. 18 de la C.N. y 13, inc. 3º de la CCBA) garantizan la imparcialidad de los jueces al individuo gobernado, y dicha condición opera también en beneficio del Estado, cuando por medio de la ley se le otorga al gobierno litigante el derecho a recusar como lo hacen los particulares. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La selección del juez debe ser producto de reglas, y no de criterios personales, y también debe serlo su separación, para asegurar tanto la imparcialidad como el carácter natural de la asunción de competencia en el caso; o, mejor aún, para asegurar lo primero cumpliendo con lo segundo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires contempla el instituto de la recusación en causas en que la Ciudad es parte, sin establecer diferencias en su utilización por parte del GCBA, y los supuestos del art.11 de ese cuerpo legal deben ser leídos teniendo en mira el aseguramiento de la imparcialidad, y con ese propósito, interpretados teleológicamente, razón por la que las hipótesis no contempladas pueden ser deducidas de la CCBA en la medida en que su admisión constituya el único modo de asegurar la imparcialidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La imparcialidad del juez funciona como parte de la garantía constitucional de defensa en juicio, que asiste al particular frente al Estado, y el apartamiento del juez corresponde cuando existe razonable temor de que esté influido, respecto del resultado del pleito, por razones distintas a las que constituyen el contenido del debate. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Las causales de recusación (coincidentes con las que de concurrir imponen la carga a los magistrados de excusarse) deben ser leídas con las adaptaciones del caso cuando la parte recusante es el Estado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Los supuestos de recusación previstos en el art. 11 del CCAyT no deben ser leídos en forma taxativa, sino teniendo en mira el aseguramiento de la imparcialidad del juez, y procurando su adecuación en cada caso, en particular cuando el estado es el recusante. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Las facultades que detenta el Estado para solicitar el apartamiento de un juez en un litigio varían según ese Estado opere en un sistema en el cual el pueblo se reservó el poder de enjuiciar a sus magistrados o en uno en el que se despojó de él, pues, en el primer caso, la causal invocada en el proceso judicial no podrá coincidir con aquellas otras que darían lugar al juicio político; en cambio, en el segundo, el legislador podría disponer que tanto unas como otras causales den lugar a la recusación del magistrado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Las causales de recusación están concebidas como supuestos en que alguna relación del juez con la materia a debatir o las partes en el debate lo involucra de manera tal que se hace aconsejable apartarlo aun antes de que se expida acerca de cualquier cuestión relevante, en bien de la certeza acerca de la imparcialidad con que la decisión final o cualquiera de las intermedias será emitida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El apartamiento de un magistrado no puede quedar sometido al libre arbitrio de un funcionario o, incluso de un abogado de la Administración, y admitir que el solo hecho de existir una causa pendiente entre el Gobierno y el

juez es suficiente para que se conceda una recusación, implica, en la práctica, brindar al GCBA la posibilidad de elegir cuáles expedientes está dispuesto a que tramiten en el juzgado en cuestión y cuales no, situación que no resulta acorde con la garantía del juez natural ni tampoco parece perseguir la imparcialidad del juzgador (o su apariencia). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. El GCBA podría requerir el apartamento de un magistrado en todos aquellos en que demuestre la existencia de un razonable temor de parcialidad comprobable de acuerdo a pautas objetivas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La recusación constituye un mecanismo útil para asegurar la imparcialidad del juez, entendida dentro de las causales del art. 11 del CCAyT así como en aquellos otros supuestos en que opere directamente con base en la CCBA, observando siempre la circunspección necesaria para dar cabal efecto al principio del juez natural; de lo que se desprende que no procede por la sola circunstancia de que exista un pleito pendiente entre el juez y el GCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. No basta la sola existencia de un juicio pendiente entre el GCBA y su juez (art. 11, inc. 3°, CCAyT) para apartar a éste último de las causas en que el primero es parte, cuando por la naturaleza de su competencia, dicho apartamiento pueda ser discrecionalmente determinado en la generalidad de las causas que le estén sometidas o debieran estarlo, a menos que el recusante acredite la concurrencia en el caso de una circunstancia que, sumada a la del inc. 3° del art. 11, CCAyT, o por sí sola, justificase en el recusante un razonable temor de parcialidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

14. La gravedad institucional invocada en el caso permite sortear el recaudo de sentencia definitiva que exige el art. 27 de la ley 402 para incitar la competencia apelada del Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que la recusación constituye una herramienta pensada para que, de manera excepcional, se aparte a los jueces designados según la Constitución del ejercicio de su competencia —asignada por reglas obligatorias— en un determinado proceso, por existir nítidas razones que hagan dudar acerca de su imparcialidad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

15. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no impide al Estado formular recusación por la causal del art. 11, inc. 3º, CCAyT puesto que ella podría resultar idónea, en ausencia de otras vías preventivas o reparadoras más severas —como la promoción del enjuiciamiento—, para brindar efectiva tutela al derecho de defensa que le asiste a quien gerencia los intereses públicos, frente a la manifiesta falta de imparcialidad de un magistrado, ello siempre y cuando el Estado logre, efectivamente, justificar que la existencia del pleito pendiente que se denuncia le hace presumir, con elementos de convicción suficientemente serios, expresamente invocados y probados, que el magistrado recusado no

tendrá la imparcialidad necesaria para sentenciar la causa que tramite ante sus estrados. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

16. La promoción por parte del GCBA de una acción de daños y perjuicios contra el titular del Juzgado y una asociación civil, no se exhibe como suficiente e idónea para validar la recusación deducida, puesto que a la denuncia de pleito "pendiente" no se han adunado argumentos de peso que logren demostrar que, por las especiales particularidades de la citada demanda, el magistrado aludido no se encuentre en condiciones de sentenciar con imparcialidad el presente caso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

17. La apertura del recurso de queja por la causal de gravedad institucional se ve facilitada por el criterio sostenido en punto a la interpretación del concepto de "sentencia definitiva" que contiene la ley de amparo local 2145, por el juego de sus arts. 20 y 22 pues, aún si no se hubiera logrado demostrar la existencia de gravedad institucional en el caso, el pronunciamiento atacado, al rechazar una recusación con causa considerada apelable por la ley de amparo 2145 (art. 20), constituye derechamente una "sentencia definitiva" a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 22). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

18. Cabe rechazar el recurso de queja pues la resolución que culmina un incidente de recusación no es una sentencia definitiva, condición necesaria para su procedencia ante el TSJ. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

19. El incidente de recusación debe ser resuelto en última instancia por los tribunales de mérito, si han resuelto mal y el vicio continúa y afecta la sentencia, entonces el recurrente tiene oportunidad de impugnarla por ese motivo. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

20. El recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA y en el art. 33 de la ley 402— no es una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino una impugnación primera, autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6419/09 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. De las actuaciones acompañadas por el GCBA al recurso de queja surge que la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires habría,

presumiblemente, recusado al juez Roberto Andrés Gallardo, con sustento en la causal prevista en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT. La copia de ese escrito no fue agregada a esta queja, no obstante los requerimientos que en ese sentido efectuó el Tribunal al recurrente (fs. 50, punto lV y fs. 86, punto ll). El GCBA adjuntó, en cambio, copia de la presentación por la que recusó al magistrado con fundamento en lo dispuesto en el inc. 9º del art. 11 del CCAyT, cuestión que no se relaciona con la queja traída a conocimiento del Tribunal (fs. 3/5).

2. Entre las copias efectivamente agregadas, luce el informe que el juez recusado formuló oportunamente, en el cual negó hallarse incurso en la causal de recusación alegada por el GCBA (inc. 3º del art. 11 del CCAyT). Asimismo, sostuvo que la demanda iniciada por la Procuración General constituía un mero "artilugio procesal" para desplazarlo de las causas y que las recusaciones masivas en procesos de amparo implicaban, en los hechos, el vaciamiento de la jurisdicción de un magistrado por fuera de los canales constitucionales habilitados al efecto, con expresa alusión al texto del art. 121 y concordantes de la CCBA (fs. 6 y vta.).

3. La Sala II de la Cámara CAyT rechazó —en lo que importa a esta queja— la recusación fundada en la causal prevista en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT. Para así resolver, el tribunal afirmó que el instituto de la recusación previsto en los arts. 11 y concordantes del CCAyT debía ser interpretado a la luz de las particularidades características que reviste el fuero —en la especie contencioso administrativo y tributario— y que el solo hecho de que el juez revistiera el carácter de demandado con anterioridad o posterioridad a la iniciación del pleito no implicaba necesariamente que fuera aplicable de modo automático el inc. 3º del art. 11 del CCAyT. También rechazó la posición del GCBA, por cuanto importaría que el recusado no podría intervenir en la totalidad de los asuntos radicados ante su tribunal con lo que se vería privado del ejercicio de la competencia que la CCBA le atribuye, en cualquier supuesto en el cual estuviese circunstancialmente en litigio con la Ciudad.

En la misma resolución la Sala II consideró que la conducta de la Procuración General, bajo el pretexto de asegurar la intervención de un juez equidistante y ecuánime, conlleva el efecto de apartar al juez natural del trámite de todas las causas en que el Gobierno sea parte y que de progresar la recusación se afectaría la regla del juez natural, la debida administración de justicia y la independencia judicial, en contra del propósito que preside el instituto cuya aplicación se requiere.

4. La Procuración interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa decisión (fs. 13/31).

Al desarrollar sus críticas contra este pronunciamiento, limitó sus agravios al rechazo de la causal prevista en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT. Fundó

la admisibilidad de su impugnación en que el caso presentaba una verdadera cuestión constitucional ya que la decisión dependía en forma directa e inmediata de la inteligencia de las normas de la CCBA que definen los principios de juez natural, juez imparcial, derecho de defensa en juicio, debido proceso y acceso a la tutela judicial efectiva. En sus agravios el Gobierno mencionó distintas causas de arbitrariedad. A su juicio, la sentencia recurrida excedió el principio de congruencia y los límites del "caso o controversia", incluyó jurisprudencia y doctrina que no guardarían relación con lo discutido y una interpretación dogmática y arbitraria del inc. 3º, art. 11 del CCAyT. Criticó al tribunal porque sostuvo que existían otras vías de reparación y garantía —como el recurso de apelación— al derecho de defensa del recusante, y por fin denunció una supuesta "interpretación elusiva de la ley".

La Sala II desestimó el recurso de inconstitucionalidad por ausencia de sentencia definitiva (fs. 33/34 vta.). Para ello tomó en cuenta precedentes del Tribunal Superior y la falta de una relación adecuada entre el caso de autos y las referencias jurisprudenciales traídas por el impugnante, donde se sientan excepciones al requisito de sentencia definitiva. Añadió que tampoco había un caso constitucional dado que la decisión versaba sobre cuestiones de hecho y de derecho procesal. Para desestimar el agravio por arbitrariedad, señaló que esta impugnación no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que los litigantes consideren tales, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional y no puede fundarse en la mera disconformidad de quien recurre con la interpretación que hacen los tribunales de justicia respecto de las normas que aplican, en tanto no excedan las facultades de apreciación de los hechos y aplicación del derecho que son propias de su función y cuyo acierto o error, en principio, no habilita la intervención del Tribunal Superior de Justicia. Calificó, por último, a la gravedad institucional como una invocación meramente genérica sin precisión ni desarrollo eficientes.

5. Contra la decisión que denegó el recurso de inconstitucionalidad, el Gobierno interpuso el correspondiente recurso de queja.

Frente a ello, la jueza de trámite requirió al recurrente que acompañase —entre otras cosas— copia del escrito por el cual recusaba al juez Gallardo por la causal prevista en el art. 11, inc. 3º del CCAyT. Habiendo adjuntado una copia distinta de la oportunamente solicitada, se intimó nuevamente a la parte a que agregase la copia faltante.

Vencido el plazo para hacerlo, sin que se hubiera dado cumplimiento a lo ordenado, se remitieron las actuaciones al señor fiscal general, quien propició el rechazo del recurso directo intentado por no reunir los requisitos mínimos formales para ser tratada, en tanto no se habían adjuntado las copias de las piezas solicitadas por el Tribunal (escrito de recusación interpuesto por la causal del art. 11, inc. 3º del CCAyT).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz 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. Es que el recurrente, no obstante habérsele requerido en dos oportunidades la presentación de la copia del escrito por el cual presumiblemente habría recusado al juez de grado por la causal prevista en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT (ver providencias de fs. 50 y 86, notificadas a fs. 51 vta. y 87 vta.), no la acompañó. Tal pieza, a poco que se advierta, resulta ser un elemento esencial para el tratamiento del recurso deducido, pues es la que dio origen a la sentencia que hoy es objeto de queja. En efecto, la circunstancia apuntada impide al Tribunal adentrarse en el conocimiento del recurso articulado, toda vez que se desconoce concretamente qué cuestiones fueron originariamente propuestas por la demandada, éstas de indudable trascendencia para delimitar y analizar —en definitiva— la procedencia del remedio intentado.

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. n° 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 lo expuesto, voto —de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general— por rechazar la queja interpuesta.

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

1. Tal como lo destaca en su voto la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, las deficiencias formales que presenta la queja a estudio resultan un valladar insalvable para adentrarse en el tratamiento de la cuestión que se intenta proponer ante este estrado. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso incoado a fs. 38/48 vta.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, a todo evento, cabe señalar que la cuestión que agravia a la interesada, que aparentemente se referiría al rechazo de una recusación formulada por el GCBA con apoyo en el art. 11, inc. 3°, del CCAyT ("Tener el juez/la juez/a pleito pendiente con el recusante"), ya ha sido abordada por este estrado en un caso similar [*in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'", expte. nº 6190/08, sentencia del 5/3/2008]; pronunciamiento que resulta de conocimiento para la parte recurrente por haber intervenido en él.

Así lo votamos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Ya me he expresado sobre el significado de la exigencia de la *sentencia definitiva* como condición de la competencia del TSJ conforme al recurso que le es propio (conf. sentencia recaída el 11/3/2009 *in re* "Giménez Solano, Gabriela Andrea c/GCBA") en cuyo contexto afirmé que: "conforme con esa inteligencia (se refiere a la enumeración de casos que contiene la propia sentencia), la decisión que pone fin al incidente de recusación de un magistrado no es una sentencia definitiva, en tanto el proceso seguirá su curso hasta que se dicte una decisión de mérito, después del litigio entre las partes, que revista el carácter expresado, esto es, que ponga fin al asunto mediante una solución que responda al objeto material que se demanda y sobre la base del cual se ejerció la defensa".

"Como ya lo dije, las excepciones admitidas, a mi juicio, fijan un criterio peligroso institucionalmente en varios sentidos. En un primer sentido —quizás el más jurídico— ello significa abrir la competencia del Tribunal a cualquier caso, esto es, en la práctica, admitir esa competencia cuando el juez que decide, a la manera de los círculos de tiza de Brecht, considere que el proceso está mal encaminado por los jueces de mérito, o que la solución incidental es injusta. Exceso en la competencia vale lo mismo que decir exceso de poder, pues, en el sistema republicano, la competencia concedida por ley funciona a la manera de límite del poder del funcionario público al que se refiere. En un sentido más político, el inmiscuirse continuamente por diferentes razones en los procedimientos judiciales que tramitan las instancias de mérito representa un control continuo de los actos procesales que integran el procedimiento para, eventualmente, tacharlos cuando, según el juez que decide, ellos no son correctos. Control de los actos procesales de un procedimiento judicial de mérito significa, antes bien, control de los jueces que los llevan a cabo dentro de una organización vertical al extremo, en la cual se parte del principio de que quien está en la cúspide tiene siempre razón y la impone. Éstas son las razones jurídicas y políticas por las que no acepto la extensión, mediante una cláusula de apertura, de la condición que, en verdad, se propuso cerrar la competencia del TSJ, cláusula de apertura que transforma aquello que la ley quiso cerrar. De alguna manera, está también, en el fondo de ella, un pecado de soberbia: siempre los que están en la cúspide tienen razón, son más idóneos, inteligentes y visionarios que los que están debajo de ellos, pensamiento que nada tiene de republicano. La justicia vertical (de gabinete) es propia del Estado-nación monocrático, antes de su organización como una República".

2. Por lo demás, repárese en que, si la tendencia continúa en este sentido, ella tornará imposible la labor racional del TSJ —como ya la ha tornado respecto de la CSJN— por la cantidad de casos que sólo desde el punto de vista teórico

serán pasibles de excitar la jurisdicción de un tribunal, pensado para otra tarea. Desde este punto de vista, me pregunto yo: ¿qué pasará con este caso si el juez cuya recusación ha fracasado dicta una sentencia sobre el fondo de la cuestión favorable al hoy recurrente?; ¿tendrá sentido la recusación planteada por el recurrente?; ¿podrá la contraparte ampararse en ella para negarle validez a la decisión final contraria a sus intereses? Estas preguntas, según creo, explican mejor que una larga exposición, el sentido de que la ley contenga la condición de la sentencia definitiva como exigencia para la procedencia del recurso de tribunales que sólo operan excepcionalmente, en el caso de recursos limitados por el motivo de injusticia que propone el recurrente.

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

La cuestión traída a conocimiento del Tribunal en estas actuaciones es sustancialmente idéntica a la resuelta *in re* "Dorelle", ya citado por mis colegas preopinantes. Toda vez que no existen razones para apartarse de lo dicho en esa oportunidad y la doctrina allí sentada resulta aplicable al caso, deviene pertinente agregar a este pronunciamiento copia de dicho precedente.

Por las razones expuestas, corresponde admitir la queja interpuesta a fs. 38/48 vta. y rechazar el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 13/31. Por Secretaría deberá agregarse copia del pronunciamiento del Tribunal *in re* "Dorelle".

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal el 5/3/2009 en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'", como parte integrante del voto del juez Lozano.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CXXXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SANTESSO, ADRIANA C/GCBA Y OTRO S/AMPARO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Personal contratado. Concursos. Principio protectorio. Personas con necesidades especiales. Principios de progresividad y no regresividad. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: Principio de división de poderes. Facultades de los jueces. AMPARO: Cuestión procesal.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja que no cumple con la carga de efectuar una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, requisito sin el cual no es posible avanzar en la evaluación de la procedencia del recurso denegado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La sentencia de la Cámara no designó al empleado que hoy reclama judicialmente como actor por su situación, sino que, por lo contrario, decidió acerca de la facultad del PE para disponer la desvinculación del amparista, de modo que no es posible afirmar que el hecho de que los jueces decidan la controversia entre la Administración y el actor, conforme lo prevé el art. 106 de la Constitución local, constituye un apartamiento de su función y una destrucción del principio republicano de la división de poderes; sino que responde a la matriz institucional de la CBA y de la Nación, y constituye una aplicación correcta de la función establecida para el Poder Judicial en las constituciones respectivas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Es una práctica condenable que el Estado, que es el principal garante de los derechos sociales (conf. art. 1º, CADH y 2º del PIDESC), y del principio protectorio en materia laboral (art. 14 bis, C.N.), se valga de reglas constitucionales como la del concurso público (art. 43, CCBA) para no asumir su responsabilidad y vulnerar los derechos constitucionales de sus propios empleados, práctica que resulta mucho más grave cuando se trata de la protección especial que establece el art. 42 de la CCBA para las personas con necesidades especiales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Corresponde rechazar el recurso de queja si la recurrente no se ha encargado de rebatir la conclusión sostenida por el tribunal *quo*, relativa a que la actora tenía derecho a continuar en el desempeño de sus funciones, a partir del examen de numerosas normas que tienden a la protección e inserción laboral de personas con necesidades especiales y de ligar la existencia de una obligación estatal de emplear a personas con discapacidad con los principios de progresividad y no regresividad que entendió aplicables al *sub examine*. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Las objeciones vinculadas con la interpretación del art. 14 de la CCBA remiten al análisis de una cuestión de índole exclusivamente procesal, en tanto el recurrente omite demostrar cómo y por qué las consecuencias de preterir las vías ordinarias, al haberse admitido al amparo como cauce formal del proceso, se proyectan en la sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La decisión de la Cámara que se limitó a declarar ilegítimo el modo en que se produjo la desvinculación laboral de la actora y no a nombrarla, no se muestra ajena al ámbito previsto por el art. 106 de la CCBA, y resulta insuficiente la invocación ritual del principio de división de poderes (arts. 102 y 104 de la CCBA), sin indicar cómo el control de legitimidad realizado por el poder judicial, en una causa y referido a un hecho concreto, llevaría a exceder las potestades asignadas a esa rama, al tiempo que recortaría otras privativas del poder administrador. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El debate que se centra en la interpretación y aplicación de una norma infraconstitucional —cláusula transitoria de la ley 1502— y en la valoración de cuestiones de hecho y prueba —necesidad o no de cubrir el cargo que desempeñaba la actora antes de la desvinculación—, refiere a cuestiones que resultan ajenas al ámbito del recurso extraordinario local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Cabe hacer lugar al recurso de queja si el agravio se refiere a la afectación de la facultad constitucional para designar agentes públicos (art. 104, inc. 9º, CCBA). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. El hecho de que alguien demande al Estado ante los órganos judiciales competentes representa el ejercicio de un derecho por parte del administrado, y no vulnera el principio de división de poderes (art. 1º, C.N. y arts. 1º, 80 y 102 CCBA). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

11. El sometimiento de la actividad de la administración pública a un control posterior por parte de los órganos judiciales competentes forma parte de la distribución del poder en funciones de los diferentes órganos estatales, para garantizar el sistema republicano; revisión judicial que debe ser más rigurosa cuando se trata de examinar la razonabilidad de decisiones que la administración define como "propias y excluyentes" y "discrecionales" dentro de la órbita de sus facultades, y más acentuada cuando se discute el alcance de un derecho constitucionalmente garantizado (arts. 42 y 43, CCBA) que asiste a la actora, por tratarse de una persona con necesidades especiales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. La conducta de la Administración de separar a la actora de sus funciones, quien ya había sido contratada, previo superar con éxito un procedimiento de selección, sólo basándose en la interpretación aislada de las

facultades propias y excluyentes del Jefe de Gobierno, reconocidas por la Constitución, referidas a la contratación de personal de la administración pública, pero reglamentadas por la propia Constitución y la ley en este contexto, no resulta correcta, pues prescindió de articular esas facultades con el plexo de disposiciones de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales de DDHH, y de la propia Constitución local dirigidas a la protección calificada que el Estado debe brindar a las personas con necesidades especiales; de modo que su desvinculación resulta irrazonable, arbitraria e ilegítima. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

13. La circunstancia de que la actora no ingresó a la administración pública mediante concurso público y abierto, no puede ser utilizada por la demandada como argumento para fundar su recurso, por tratarse del incumplimiento de un mandato constitucional y legal por parte del GCBA, que es quien tiene la facultad y la obligación de llamar a concursos para ocupar los cargos públicos y, correlativamente, de un derecho ciudadano, cuyo titular o portador no es, precisamente el Estado, y menos aún puede admitirse esa defensa si en el caso rige, además, la obligación de la Ciudad de incluir personas con necesidades especiales hasta cubrir un 5 % de su personal, a fin de garantizarles su plena integración (conf. art. 42, CCBA), aún en los casos de contrataciones temporarias (conf. cláusula transitoria de la ley local 1502). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

Expte. nº 6430/09 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Adriana Santesso interpuso acción de amparo contra el GCBA (Ministerio de Gobierno, Secretaría de Seguridad, Subsecretaría de Control Comunal, Dirección General de Control de la Calidad Ambiental), a fin de que "disponga la reincorporación en forma inmediata al trabajo de la que suscribe". Asimismo solicitó que se declare la nulidad de la notificación del acto que deja sin efecto su designación como empleada de la demandada, y estimó que la modalidad de contratación que la vinculaba con el GCBA era inconstitucional, por lo que debía reconocérsele su derecho a la estabilidad en el empleo, y que en consecuencia "se [le] abonen los salarios caídos desde el momento de la baja hasta [su] efectiva reincorporación".

La actora refiere que es discapacitada, que el 1º/10/2005 fue incorporada al cuerpo de inspectores del GCBA en materia ambiental como resultado del

concurso llamado por la demandada en julio del mismo año, y que "[r]ecién en ese momento, (…) a los efectos de instrumentar la modalidad de trabajo la dicente es impuesta de que el Gobierno de la Ciudad no puede nombrar agentes en planta permanente ni transitoria, por lo que se le sugirió signar una modalidad contractual temporal, manifiestamente ilegal, ya que encubría una clara relación de dependencia bajo la modalidad de una locación de servicios". Manifiesta que además del fraude laboral que habría cometido el Gobierno, "[s]e han violado prescripciones específicas referidas a la situación de discapacidad que sufre la presentante", y que la actividad de la demandada lesiona los arts. 14 bis, 16, 17 y 75 incs. 19 y 22 de la C.N.

Como medida cautelar peticionó que "se suspenda la aplicación de lo notificado hasta tanto se dirima la cuestión de fondo, ordenando a la demandada a reincorporar a la que suscribe en las condiciones contractuales vigentes al tiempo de la notificación impugnada" (fs. 1/9).

En la contestación de demanda, el GCBA adujo que el amparo no era la vía apropiada para discutir el tema traído a debate, y que la demanda era improcedente pues pretendía que el GCBA renunciara a la potestad de decidir con quiénes establece relaciones de empleo prevista en el art. 104, inc. 9º de la CCBA. Asimismo, sostuvo que no hubo acto ilegítimo por parte de la administración, pues "es la propia actora quien reconoce expresamente haber suscripto un contrato de locación de servicios", de lo que deduce que la actora no era titular de un derecho constitucional que le permitiera exigir su continuación como personal contratado, ni su incorporación a la planta permanente del GCBA (10/15).

La jueza de primera instancia rechazó el amparo con fundamento en que "no se ha demostrado la existencia de una conducta de la administración manifiestamente ilegítima o arbitraria", en tanto la Sra. Santesso "aceptó los términos de la relación jurídica, que no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza transitoria", y estimó que "el carácter permanente de las tareas asignadas al personal contratado no importa borrar la limitación temporal de su nombramiento" (fs. 17/21).

La parte actora recurrió la sentencia (fs. 23/26), y los agravios fueron contestados por el GCBA a fs. 27/29 vta. La Sala I resolvió: "Hacer lugar al recurso de apelación y en consecuencia ordenar la reincorporación de la actora a las tareas que desempeñó hasta su baja, con costas de la alzada a la demandada vencida" (fs. 31/39 vta.). Para fundar su decisión, en primer término la Sala estimó procedente el cauce procesal escogido para dirimir la cuestión (amparo art. 14, CCBA). Luego de reseñar la normativa vigente en materia de empleo público (punto IV) y de protección de las personas con necesidades especiales (punto V), poniendo especial énfasis en al art. 43 de la CCBA y en la cláusula transitoria de la ley 1502 sobre incorporación de personas con necesidades especiales al sector público de la ciudad, consideró que "cabe aplicar a la es-

pecie, (…) el principio de no regresividad de modo que, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce respecto de personas que se encuentran en una situación particular como la actora —esto es, el reconocimiento de un *status* jurídico básico de inclusión social—, su vigencia no puede dejarse de lado posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. En efecto, una vez que la administración cumple con los mandatos constitucionalmente impuestos y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligada a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación" (fs. 35 vta./36). En razón de ello, la Sala I estimó que "sin necesidad de determinar la existencia de fraude laboral o no, corresponde —con sustento en las normas internacionales y constitucionales que protegen a las personas con necesidades especiales—, reincorporar a la accionante a las funciones que desempeñó en forma habitual hasta el día 31/12/2007, fecha en que la demandada, con sustento en la decisión de no renovar el contrato de locación de servicios, dejó sin empleo a la accionante" (punto X). Asimismo, la Cámara entendió que el derecho de la actora a ser reintegrada no implica de por sí reconocer su derecho a la estabilidad, sino que "el régimen de empleo debe mantenerse vigente —siguiendo la actora revistiendo en planta transitoria— hasta que se convoque al correspondiente concurso público", solución que, según entiende, "compatibiliz[a] las reglas constitucionales que establecen el ingreso a la planta permanente de la administración previo concurso público abierto y las normas protectorias de las personas con capacidades especiales" (fs. 37 vta.).

Esta resolución motivó el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 40/47), en el que Gobierno de la Ciudad se agravió de que el decisorio impugnado "afecta directamente la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 de la C.N.; art. 13, CCBA), la división de poderes ínsita en el sistema republicano de gobierno (arts. 1º, 80 y 102 de la CCBA; art. 1º, C.N.) y las facultades propias del Jefe de Gobierno (art. 104 de la CCBA).// Ello así, por contener una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA, apartarse manifiestamente del régimen legal aplicable al caso y afectar las potestades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre las que se encuentra la de designar al personal de la administración"; y lo tachó de arbitrario, de efectuar una interpretación errada del art. 43 de la CCBA y de la cláusula transitoria de la ley 1502, y de afectar el patrimonio público, al que considera amparado por la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17, C.N.) (fs. 40/47).

La Sala I resolvió no conceder el recurso incoado por el GCBA (fs. 49/50 vta.).

Ante la denegatoria, la Procuración General interpuso el recurso directo que obra a fs. 51/63 vta.

En oportunidad de emitir su dictamen, el fiscal general adjunto se pronunció en favor del rechazo de la queja (fs. 73/75).

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. La Cámara denegó el acceso del GCBA al Tribunal pues entendió que su recurso de inconstitucionalidad no se encontraba debidamente fundado, y que esta carencia "no puede suplirse mediante la invocación genérica de disposiciones constitucionales o la alegación de que la Cámara efectuó una interpretación errónea del derecho que rige el caso". En apoyo de su afirmación, la Sala I citó, entre otros, el precedente del Tribunal "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja" expte. nº 131/99.

Asimismo, la Sala consideró que la deficiente fundamentación del recurso se verifica en tanto el recurrente, al momento de desarrollar sus agravios constitucionales, no supera su mera enumeración ritual.

Por último, los jueces *a quo* estimaron que las razones constitucionales que pudiere introducir el recurrente no sólo deben estar desarrolladas de forma clara y precisa, sino que además han de dirigirse a criticar los argumentos de la sentencia que se pretende impugnar, lo que entienden que el GCBA no ha cumplido en este caso.

En cuanto a la tacha de arbitrariedad introducida por la demandada, la Sala valoró que era una causal por la que el recurso no podía concederse, en tanto "la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica".

Otro tanto ocurrió con la invocación de "gravedad institucional", que los jueces consideraron improcedente por tratarse de una construcción de la Corte Federal y no encontrarse justificada en el recurso su traslación al ámbito local, además de "no configura[r] un agravio autónomo".

3. El Gobierno dedica un capítulo específico de la queja que interpone a fundar su admisibilidad (capítulo V, fs. 60 vta./62 vta.).

En él, la demandada intenta cuestionar las razones dadas por la Sala I para no conceder el recurso de inconstitucionalidad. Así, sostiene que "[l]a resolución denegatoria carece de suficiente fundamentación", y postula que el tribunal *a quo* ha denegado su recurso "en base a meros dogmatismos (…) puesto que no ha fundado concretamente el rechazo del remedio intentado, por lo que

la resolución es meramente formularia y por ende afectatoria del derecho de defensa en juicio (art. 13, inc. 3º de la CCBA y art. 18 de la C.N)" (fs. 61).

Más adelante, el GCBA afirma que "en la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, el Superior omitió tratar los agravios constitucionales (…), soslayando que en autos se había decidido no solo en forma contraria al plexo constitucional aplicable, sino que se había prescindido de las constancias de la causa y de cuestiones decisivas, entre otras, que no concurría ningún acto, hecho u omisión manifiestamente arbitrario y/o ilegítimo por parte del GCBA (conforme arts. 43, C.N. y 14 de la CCBA).// Sin embargo, el Tribunal de alzada omitió tratar dichas cuestiones y falló con prescindencia de las circunstancias fácticas y jurídicas actuales, las cuales determinaban la manifiesta improcedencia de la acción de amparo (…) [p]or lo tanto, en la especie, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado por la alzada, en razón que existía cuestión constitucional suficiente y bastante, dado que en autos se ha efectuado una interpretación infiel y deformante de las normas contenidas por los arts. 43 de la C.N. y 14 de la CCBA" (fs. 61 vta.).

Sin embargo, el recurso directo en análisis no explica cómo el decisorio impugnado afecta su derecho de defensa en juicio ni señala cuáles serían las constancias de la causa ni las cuestiones que la Sala I ha omitido considerar.

Por otro lado, si bien el Gobierno insiste en que la Sala I se equivocó al cerrar su acceso al TSJ, en ningún momento da razones que refuten los argumentos de la Cámara y logren demostrar su error, como tampoco rebate adecuadamente la afirmación de la Cámara que considera que el quejoso se limita a invocar de forma genérica diversas disposiciones constitucionales.

El resto de la presentación del Gobierno consiste en un relato secuencial de las etapas que atravesó la causa, y en la reiteración de las impugnaciones del recurso de inconstitucionalidad.

En síntesis, el Gobierno incumple con la carga de efectuar "una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad" (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre muchos otros), requisito sin el cual no es posible avanzar en la evaluación de la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado.

Por las razones indicadas, corresponde rechazar la queja del GCBA.

4. Solo a modo de *obiter dictum,* formularé las precisiones que siguen.

El Gobierno no logra plantear un caso constitucional de conformidad con lo prescripto por el art. 27 de la ley 402 ya que —contrariamente a lo que sostiene— la sentencia de la Sala I le dio un tratamiento adecuado a los agravios de la Sra. Santesso de conformidad con las reglas del debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCBA)

al interpretar la normativa internacional, constitucional e infraconstitucional aplicable al litigio.

La decisión de Cámara fundó de manera eficiente por qué correspondía revocar la decisión de la jueza de primera instancia que rechazó la acción con fundamento en que *a)* la Ley de Empleo Público establece la necesidad de que se realice un concurso público abierto como requisito para el ingreso y sanciona con la nulidad a las designaciones realizadas en violación a sus disposiciones; y *b)* la actora aceptó los términos de la relación jurídica que no constituyó una relación de empleo público sino un vínculo transitorio, cuya limitación temporal y la potestad de ambas partes de dar por finalizado el contrato en cualquier momento no cesaban por el carácter permanente de las tareas asignadas a la actora.

En la queja, el Gobierno vuelve sobre estos argumentos al plantear que "lo que se decide en este debate judicial es el modo de contratación del personal que forma parte del GCBA", que "la decisión que se adopte deberá decidir sobre la vigencia o no del art. 43 de la CCBA en cuanto dispone el ingreso a la planta de personal permanente del GCBA mediante el procedimiento del concurso", y que la decisión "deberá establecer la vigencia del art. 104, inc. 9º de la CCBA en cuanto otorga sólo al señor Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la facultad de designar personal en la administración" (fs. 60 vta.).

Sin perjuicio de que la fundamentación del GCBA es insuficiente para sostener sus planteos constitucionales, y solo evidencia su discrepancia con la decisión impugnada por ser adversa a sus intereses, corresponde efectuar algunas consideraciones respecto de las cuestiones que alega.

En primer lugar, conviene señalar que de los términos de la sentencia de Cámara surge que no se trata en el caso de que el Poder Judicial haya "designado personal en la Administración" (cuestión que efectivamente vulneraría el art. 104, inc. 9º de la CCBA, tal como he dicho en el precedente "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo —art. 14, CCBA— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" nº 5860 y su acumulado expte. n° 5854/08, sentencia del 7/7/2008), sino de decidir sobre el derecho que le asiste o no a un empleado que la propia Administración ha designado, a impugnar la validez de la desvinculación que ésta ha dispuesto, a su juicio arbitrariamente. En palabras de mi colega Julio B. J. Maier en el precedente "Corne, Roberto Miguel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3827/05, sentencia del 5/7/2005, con las que coincido, "[u]na cosa resulta ser la competencia del señor Jefe de Gobierno como jefe de la Administración y, por tanto, órgano que designa a sus colaboradores y otra, muy distinta, la constituye el derecho de los empleados y funcionarios públicos de reclamar del Estado cualquier violación del estatuto legal que los rige y conducir el caso ante los órganos judiciales encargados del control. La

sentencia de la Cámara no ha sido la que ha designado al empleado que hoy reclama judicialmente como actor por su situación, sino que, por lo contrario, ha decidido acerca de la facultad del PE para disponer la desvinculación del amparista, un caso de empleo público como tantos otros. Dicho en términos más sencillos, nadie le impuso al PE el nombramiento del actor y la sentencia sólo considera ilegítima [su] desvinculación (…) y restablece su derecho. No es posible afirmar que el hecho de que los jueces decidan la controversia entre la Administración y el actor, conforme lo prevé el art. 106 de la Constitución local, constituye un apartamiento de su función y una destrucción del principio republicano de la división de poderes; por lo contrario, ello responde a la matriz institucional de la CBA y de la Nación, y constituye una aplicación correcta de la función establecida para el Poder Judicial en las constituciones respectivas".

En segundo lugar, cabe también decir aquí que es una práctica condenable que el Estado, que es el principal garante de los derechos sociales (conf. art. 1º, CADH y 2º del PIDESC), y en lo que aquí respecta, del principio protectorio en materia laboral (art. 14 bis, C.N.), se valga de reglas constitucionales como la del concurso público (art. 43, CCBA) para no asumir su responsabilidad y vulnerar los derechos constitucionales de sus propios empleados. En este sentido, tengo dicho que "[l]a invocación de reglas constitucionales (el llamado a concurso público […]) no puede servir de excusa para eludir la aplicación de normas jurídicas de rango superior, más concretamente de principios constitucionales subordinantes de aquella regla" ("Alberti, Gabriela Solange c/GCBA y otros s/amparo —art. 14, CCBA— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4749/06, sentencia del 15/11/2006).

Esta práctica resulta mucho más grave en el presente caso en razón de la protección especial que establece el art. 42 de la CCBA para las personas con necesidades especiales.

5. De los aparts. 1, 2 y 3 se sigue que, como lo adelantara en el último párrafo del punto 3, voto por rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que propicia la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 51/63.

2. En mi concepto, el recurso de hecho no puede prosperar en tanto no logra demostrar que en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad local se haya expuesto fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

En lo que aquí interesa, el GCBA cuestiona la sentencia de la Sala I que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la señora Adriana Santesso y, en consecuencia, ordenó la reincorporación de la actora a las tareas que des-

empeñó hasta su baja, en planta transitoria o mediante contrato de trabajo por tiempo indeterminado, hasta tanto se sustancie el concurso público correspondiente a dicho cargo, y el pago de una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de los salarios que dejó de percibir desde el cese hasta su efectiva reincorporación.

La demandada plantea la arbitrariedad del aludido decisorio en tanto considera que el *a quo* "termina en definitiva regulando el régimen de contratación de las personas con necesidades especiales, soslayando los recaudos establecidos legalmente a tal efecto". En particular, señala que se habría vulnerado el régimen constitucional y legal vigente —art. 43 de la CCBA, ley 471, ley 1502 y su decreto reglamentario— dado que las aludidas normas supeditan la efectiva obligatoriedad de la incorporación de personas con necesidades especiales a la existencia de una previa necesidad de cubrir cargos. Además, resalta que el ingreso a los cuadros de la administración, sea en planta permanente, transitoria o como personal contratado, debe efectivizarse mediante el dictado de un acto administrativo emanado de autoridad competente, no por orden judicial. En consecuencia, a su criterio, se configuraría una vulneración del principio de división de poderes. Así, concluye que el pronunciamiento resulta dogmático, al no atender las particularidades del caso en decisión (conf. fs. 57 queja).

3. Ahora bien, más allá del acierto o error del razonamiento efectuado por los jueces de la causa para decidir del modo referido en el punto precedente, los argumentos esgrimidos por la demandada no conforman una crítica concreta y razonada de los diversos fundamentos contenidos en la sentencia objeto de tacha.

Ello así, puesto que la recurrente no se ha encargado de rebatir la conclusión sostenida por el tribunal *a quo*, relativa a que la actora tenía derecho a *continuar* en el desempeño de sus funciones, a partir del examen de numerosas normas que tienden a la protección e inserción laboral de personas con necesidades especiales y de ligar la existencia de una obligación estatal de emplear a personas con discapacidad con los principios de progresividad y no regresividad que entendió aplicables al *sub examine*.

Para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante (véase para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros). De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, es necesario que la recurrente vincule los derechos constitucionales supuestamente vulnerados con la cuestión efectivamente discutida en la causa, toda vez que la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento,

es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf., "Carrefour Argentina S. A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

En suma, el apuntado defecto en la fundamentación del recurso se convierte en un valladar insalvable para revisar la sentencia que se pretende poner en crisis en esta oportunidad, situación que, lógicamente, impide también valorar la afirmación del tribunal *a quo*, en punto a la ausencia de pruebas que permitan corroborar que la falta de renovación del contrato involucrado se debió a presuntas anomalías en algunas inspecciones llevadas a cabo por la actora —sin que lo expuesto, de todos modos, importe adoptar una decisión sobre las alegadas irregularidades.

4. Finalmente, cabe resaltar que nada corresponde decidir respecto de la procedencia de la vía del amparo para tramitar una acción como la presente, comprensiva de una pretensión indemnizatoria, en tanto el GCBA no ha mantenido ante el Tribunal agravio alguno al respecto.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por mi colega, jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propicia rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

2. De manera preliminar, corresponde recordar que en el pronunciamiento a cuya revisión se aspira el *a quo* hizo lugar a la demanda "(...) revocando la sentencia de grado en todas sus partes. Así pues, se ordena a la demandada que reincorpore a la accionante a las tareas que desempeñó hasta su baja —sea en planta transitoria o mediante contrato de trabajo por tiempo indeterminado— y hasta tanto se sustancie el concurso público correspondiente a dicho cargo, concurso que deberá preveer el cupo del 5 % destinado a personas con capacidades especiales que demuestren idoneidad para la función. Asimismo, se le dé 50 % de los salarios que dejó de percibir desde el cese hasta la efectiva reincorporación. Con costas de ambas instancias a la vencida en virtud del principio objetivo de la derrota" (voto del juez Balbín al que adhirió el vocal Corti fs. 38).

Ese pronunciamiento, aceptó la procedencia del amparo como cauce idóneo para sustanciar el pleito, y luego de reseñar el marco normativo que estimó aplicable (art. 75, inc. 23, C.N.; art. 6º de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas, art. 22, 63 y 64 de la Declaración de Viena, art. 18 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

les; leyes nacionales 25.280 y 22.431; arts. 42 y 43 de la CCBA; leyes locales 120, 471, 447, 1502, 1523; véanse considerandos IV y V), arribó al resultado *supra* indicado.

En sus recursos, el GCBA estima que está en juego la interpretación y aplicación de diversas cláusulas de la CCBA (arts. 42 y 43 de la CCBA), así como el debido proceso, por cuanto la sentencia interpreta de modo irrazonable el art. 14 de la CCBA, y finalmente la división de poderes, porque por su intermedio se asume el ejercicio de una competencia privativa del Ejecutivo (nombramiento de los cuadros de la administración) imponiendo erogaciones al Tesoro que no están previstas presupuestariamente (fs. 45). Además, la recurrente descalifica el fallo por reputarlo arbitrario en tanto consideró que la cláusula transitoria de la ley 1502 imponía directamente el nombramiento en la planta transitoria o contratada sin ponderar que esa disposición requería, según indica, comprobar la necesidad de cubrir cargos bajo la modalidad de contratos de locación de servicios.

En tal contexto, los agravios se circunscriben a controvertir la orden de reincorporación dispuesta, sin objetar la indemnización admitida por el *a quo* cuestión que, ante el resultado anticipado en el punto 1, ha devenido firme y excede el ámbito de la intervención requerida a este Tribunal.

3. Las objeciones vinculadas con la interpretación del art. 14 de la CCBA remiten al análisis de una cuestión de índole exclusivamente procesal, en tanto el recurrente omite demostrar cómo y por qué las consecuencias de preterir las vías ordinarias, al haberse admitido al amparo como cauce formal del proceso, 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, sentencia del 29/11/2006). En concreto, el recurrente no acredita por qué el debate de autos excede la complejidad tolerable para los amparos ni que, en tales condiciones, la necesidad de esclarecer la validez en torno a la desvinculación laboral de la actora no requiera una celeridad que justifique contraer el derecho de defensa de la demanda. Tampoco explica el GCBA cuáles fueron las defensas de las que se vio privado a causa del trámite brindado al proceso y cómo por su intermedio se hubiera logrado modificar la suerte del pleito. Ello así, la cláusula constitucional invocada carece de relación directa con la sentencia atacada sin que corresponda al Tribunal expedirse sobre aspectos procesales, de hecho y prueba que resultan, por regla y en el caso por las razones brindadas, ajenos a la vía intentada.

4. Por su parte, tanto la invocada vulneración del principio de división de poderes fundada en el exceso jurisdiccional que supone formular nombramientos mediante sentencias, como la pretendida controversia en torno a la interpretación de los arts. 42 y 43 de la CCBA y de las "normas federales" aludidas por el GCBA

(fs. 40 y 43), según explicaré, fracasan en su intento por demostrar la configuración de la cuestión constitucional y/o federal requerida para habilitar la revisión del pronunciamiento impugnado en la vía intentada (art. 27, ley 402 y *Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Aunque en la sentencia se ordenó reincorporar a la accionante, según quedó dicho luego de pasar revista al plexo normativo vinculado a la temática de autos, incluidas disposiciones de la Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes federales, el *a quo* en definitiva sostuvo que la ley local 1502 impone al GCBA "emplear —como mínimo en el 5 % del total de los puestos de trabajo— a personas con necesidades especiales" y agregó que esa norma "determina que la incorporación de aquéllas es obligatoria cuando se trate de cargos de la planta permanente en el sector público de la Ciudad" para finalmente destacar que "la cláusula transitoria de la misma norma dispone que mientras no se realicen los concursos para ingresar a la planta permanente y deban cubrirse los cargos por medio de contratos de locación de servicios, la incorporación de personas con capacidades diferentes es 'obligatoria', siempre que reúnan las condiciones de idoneidad, hasta cubrir el cupo del 5 %" (fs. 35 vta.).

Así entonces, por un lado, la decisión atacada que se limitó a declarar ilegítimo el modo en que se produjo la desvinculación laboral de la actora y no a nombrarla (como indica con acierto en su voto mi colega Alicia E. C. Ruiz), no se muestra ajena al ámbito previsto por el art. 106 de la CCBA. Resulta insuficiente para modificar lo dicho la invocación ritual del principio de división de poderes (arts. 102 y 104 de la CCBA), sin indicar cómo el control de legitimidad realizado por el poder judicial, en una causa y referido a un hecho concreto, llevaría a exceder las potestades asignadas a esa rama, al tiempo que recortaría otras privativas del poder administrador. Hay una evidente diferencia entre, restablecer un derecho que impacta sobre competencias de alguna rama de gobierno, y aquella otra situación en la que órganos permanentes del Poder Judicial disponen, en resguardo por ejemplo de la mera legalidad, del ejercicio privativo de atribuciones asignadas a los Poderes Legislativo y/o Ejecutivo. El primer supuesto, verificable en estas actuaciones, encuadra en el sistema previsto por la CCBA el segundo, en cambio, lo desborda (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corne, Roberto Miguel c/GCBA s/recurso de inconstitucionalidad concedido'", expte. nº 3827/05, sentencia del 5/7/2005).

Por otra parte, como la sentencia encuentra en la normativa local allí citada (véase transcripción del segundo párrafo de este punto) apoyo suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales y normas federales citadas, estas últimas carecen de relación directa con lo resuelto. En realidad, más allá del acierto o error de las consideraciones formuladas al respecto por el *a quo*, cualquiera fuera la interpretación que se adoptara a su respecto ella resultaría

ineficaz para modificar el pronunciamiento cuestionado. A su turno, revisar la interpretación asignada a la ley local 1502 es, en ausencia de una cuestión constitucional o federal, asunto ajeno a la vía del art. 27 de la ley 402.

5. Finalmente, si bien el recurrente postula que la condena es insostenible porque el fallo omite acreditar la necesidad de cubrir el cargo en juego, condición impuesta a su criterio por la cláusula transitoria de la ley 1502, no se hace cargo de refutar la afirmación del *a quo* según la cual las funciones cumplidas por la actora revisten el carácter de permanente en los términos de la ley 471, ni de probar que la contratación de la actora como inspectora hubiera obedecido, por ejemplo, a circunstancias excepcionales ausentes en la actualidad.

En suma, las objeciones del GCBA traducen su discrepancia con la interpretación asignada a normas locales (v. gr. leyes 471 y 1502) así como a cuestiones de hecho y prueba (v. gr. funciones cumplidas como inspectora) que exceden el ámbito del recurso articulado si, como en el caso, no se prueba la existencia de defectos lógicos o de fundamentación que impidan calificar a la sentencia como una decisión jurisdiccional válida.

Por todo lo dicho, acorde con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja planteada a fs. 52/63.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja en análisis no rebate el fundamento en que se basó la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. En sus recursos de inconstitucionalidad y queja, el recurrente pretende construir un caso constitucional en torno, por un lado, a la arbitrariedad de la sentencia lesiva del debido proceso, y, por otro lado, al avasallamiento de la división de poderes y el desconocimiento de las facultades propias del Jefe de Gobierno en cuanto a la designación de los funcionarios y agentes de la Administración pública.

En su demanda, la parte actora solicita se anule la desvinculación del puesto de trabajo que le había otorgado la Administración pública local mediante

un contrato de locación de servicios, y se ordene su reinstalación en el cargo. La sentencia cuestionada, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, no le otorgó un nuevo puesto de trabajo a la actora sino que anuló la desvinculación dispuesta por el GCBA y, consecuentemente, ordenó su reincorporación, de manera tal que el agravio relativo a la vulneración del art. 104, inc. 9º, CCBA —que le confiere al Jefe de Gobierno la potestad de nombrar a los funcionarios y agentes de la Administración pública—, es aparente e infundado.

Por otro lado, la Cámara realizó un análisis de la normativa protectoria de los derechos de las personas con necesidades especiales, que le permitió arribar a la conclusión que el GCBA habría violado el derecho de la actora a continuar en el desempeño de sus funciones. Más allá del acierto o error de dicho análisis y conclusión —aspecto sobre el cual no cabe emitir opinión—, el fallo resulta suficientemente fundado en cuestiones de hecho y argumentos de derecho, lo que permite desechar la tacha de arbitrariedad, limitada para aquellos supuestos en que las decisiones judiciales incurren en errores groseros que las descalifican como actos jurisdiccionales válidos, lo que no ocurre en este caso.

Asimismo, el GCBA manifiesta que la sentencia de la Cámara no tuvo en consideración que la cláusula transitoria de la ley 1502 sujeta dicha contratación a la condición previa de que efectivamente exista la necesidad de cubrir cargos bajo la modalidad de contrato de locación de servicios. Pero este planteo pierde de vista que la actora fue designada originariamente en el cuerpo de inspectores del GCBA en materia ambiental, que desempeña tareas regulares y estables de la Administración, que por dicha condición se presume continúan siendo realizadas en la actualidad. Y por otra parte, el debate planteado se centra en la interpretación y aplicación de una norma infraconstitucional —cláusula transitoria de la ley 1502— y en la valoración de cuestiones de hecho y prueba —necesidad o no de cubrir el cargo que desempeñaba la actora antes de la desvinculación—, cuestiones que resultan ajenas al ámbito del recurso extraordinario local intentado.

3. En cuanto al cuestionamiento del amparo como vía idónea para tramitar las pretensiones de autos, así como también la oposición a la indemnización pretendida por la actora, cabe resaltar que en los recursos de inconstitucionalidad y queja no se reeditaron estos planteos defensivos, lo que impide su consideración en esta instancia y oportunidad.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Julio J. B. Maier dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA, demandado en la causa, contra la resolución de Cámara de fs. 49/50, que resuelve no conceder el recurso de inconstitucionalidad planteado, sólo puede prosperar en relación al agravio

referido a la afectación de la facultad constitucional para designar agentes públicos (art. 104, inc. 9º, CCBA). En lo restante, como se verá, la queja debe ser rechazada.

Básicamente, el recurso directo es idéntico, en lo sustancial, al de inconstitucionalidad, y solo se diferencia de éste, en un intento por profundizar el agravio referido a la supuesta intromisión de la justicia en facultades propias del poder ejecutivo de la Ciudad, particularmente las relativas al nombramiento y contratación del personal de la administración pública.

2. En primer lugar, analizaré sucintamente a los argumentos vertidos por el apelante en el recurso de inconstitucionalidad, que fueran reiterados en la queja. Ellos pueden resumirse de la siguiente manera:

a) *Violación de la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 C.N. y art. 13 CCBA):* no asiste razón al recurrente, toda vez que no alcanza a poner en juego precepto constitucional alguno del cual se derive una lesión de este principio. La sola invocación por parte del GCBA de dicha garantía no implica que se encuentren acreditadas, en el caso, circunstancias que evidencien su afectación. Las afirmaciones del quejoso, en este punto, que no se encuentran directamente relacionadas con el caso en análisis —sino tan solo en apariencia—, implican una mera discrepancia con la resolución impugnada, por adversa a sus intereses, y no son suficientes para habilitar la instancia revisora por parte del TSJ en los términos del art. 27, ley local 402.

b) *Violación de la división de poderes (art. 1º, C.N. y arts. 1º, 80 y 102, CCBA):* sobre este agravio explicado de modo genérico, reitero lo sostenido en diversos precedentes a este respecto, en el sentido de que el hecho de que alguien demande al Estado ante los órganos judiciales competentes no puede representar sino el ejercicio de un derecho por parte del administrado (véase mi voto en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 29/6/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, p. 642, y sus citas; entre otros).

c) *Gravedad institucional:* tampoco se configura en esta causa el supuesto de gravedad institucional, que requiere que esté en tela de juicio un recurso extraordinario federal (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Repetto, Domingo José María s/expropiación'", sentencia del 11/2/2009). Aún más, nadie explica cómo el acto de dejar sin efecto la baja de un empleado de la Administración puede jaquear casi de muerte tan sólo al Estado que lo emplea y a sus instituciones, mucho menos aún, al Estado federal.

d) *Arbitrariedad:* por último, el apelante se limita a manifestar genéricamente su discrepancia con la resolución impugnada, una decisión extensa y adecuadamente fundada, más allá de su acierto o desacierto desde el punto de vista subjetivo. Por ello, tampoco puede prosperar el recurso por este motivo (véase TSJ *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 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.; y mis votos en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", sentencia del 26/5/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII. pp. 438/439; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", citado más arriba).

De todo ello, se deduce que el recurso de inconstitucionalidad ha sido, en relación a tales agravios, correctamente denegado por la Cámara de Apelaciones, por no constituir un planteo serio, referido al caso, para la tacha de inconstitucionalidad intentada.

3. La queja sí prospera respecto del agravio que la demandada propone con más profundidad en el remedio directo que en el recurso de inconstitucionalidad: lo que se decide en la causa es el modo de contratación del personal que forma parte del GCBA, facultad ésta que corresponde al señor Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de acuerdo con lo establecido en el art. 104, inc. 9º, de la CCBA. En este sentido, el recurrente sostiene que ha existido un exceso de jurisdicción, con un notorio apartamiento de la normativa aplicable.

Cabe aclarar, en primer término, de acuerdo con lo sostenido por la señora jueza del trámite, que, en el caso, el poder judicial no designó personal de la administración (cuestión que efectivamente vulneraría el citado artículo), sino que decidió sobre el extremo opuesto de la relación de empleo: la validez de la extinción de la relación, en función del derecho que le asiste a la amparista.

El control judicial de la administración pública no es ni una lesión al sistema republicano de gobierno, ni una intromisión de la justicia en las facultades del Jefe de Gobierno porteño [véase mi voto en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", sentencia del 12/11/2008], sino todo lo contrario. El sometimiento de la actividad de la administración pública a un control posterior por parte de los órganos judiciales competentes forma parte de la distribución del poder en funciones de los diferentes órganos estatales, justamente para garantizar ese sistema republicano. Esta revisión judicial debe ser más rigurosa

cuando se trata, como en el caso, de examinar la razonabilidad de decisiones que la administración define como "propias y excluyentes" y "discrecionales" dentro de la órbita de sus facultades. Y más aún, debe acentuarse el control por parte del poder judicial, cuando lo que está en discusión es el alcance de un derecho constitucionalmente garantizado (arts. 42 y 43, CCBA) que asiste a la actora, por tratarse de una persona con necesidades especiales.

Creo oportuno recordar lo sostenido en mi voto correspondiente a la causa "Tobías Córdova, Álvaro Juan María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tobías Córdova, Álvaro Juan María c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", sentencia del 14/9/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, pp. 1016 y ss.), por resultar igualmente aplicable a la situación planteada en autos. El caso citado versó sobre la petición de un ciudadano al GCBA a fin de que le provea un empleo, y la solución que propuse fue favorable al actor, toda vez que la omisión del demandado de contestar los reclamos del actor durante cuatro años, desde su primera presentación, configuró —de acuerdo con las circunstancias fácticas acreditadas en la causa (sentencia)— un *dejar de hacer inconstitucional e ilegal por parte del Gobierno de la Ciudad.*

En dicho precedente destaqué la operatividad de la protección garantizada por los arts. 42 y 43 CCBA a las personas con necesidades especiales, y la diversidad de normas que también disciplinan la referida tutela (a título de ejemplo cité la ley nacional 22.431, las leyes locales 447 y 471, y las resoluciones de la Legislatura local 91/03, 2699/03 y 4629/03; a las que corresponde agregar la cláusula transitoria de la ley local 1502 y las normas internacionales citadas por la Cámara a fs. 33/4, entre otras múltiples disposiciones). En virtud de dicha operatividad, las cláusulas comportan un mandato constitucional que están obligados a cumplir los órganos estatales, en particular, el Poder Ejecutivo.

Al respecto, en dicha causa sostuve lo siguiente: la Constitución local establece la *garantía* de la Ciudad para la efectividad de ciertos derechos. Afirmé también que la protección de las personas con capacidades diferentes —anteriormente subsumida en el paradigma de la "seguridad social" y hoy desarrollada en un capítulo constitucional específico— *impone* a los poderes públicos la *obligación de efectuar prestaciones* cuyo correlato es el derecho de los beneficiarios a exigirlas. Y continué: a mi juicio, la CCBA, ante un ciudadano discapacitado que requiere del Gobierno la provisión de un empleo a fin de intentar su "plena integración" y frente a normas constitucionales (y legales reglamentarias, en el caso: cupo no agotado) que establecen el deber de hacerlo ["La Ciudad (...) [e]jecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral" (art. 42, CCBA)] con el objeto de tornar prácticas las condiciones para la efectivización del derecho correlativo, la invocación del cupo y los

restantes extremos establecidos en la legislación, no permite dejar de exponer razones materiales o sustantivas que inhabilitan el requerimiento.

En esta causa, la señora Santesso no peticiona el ingreso a la Administración, pues ella ya había sido contratada por el demandado, previo superar con éxito un procedimiento de selección. Luego, cumplió funciones durante poco más de un año y no se ha demostrado ni invocado en autos que no lo hiciera con la idoneidad exigida, tal como lo señalara la Cámara en el fallo apelado, extremo sobre el cual el GCBA no se agravió. Esto es, la actora demostró, para acceder a la función pública, que satisfacía los requisitos de idoneidad para el cargo que pretendía ocupar, y nada permite afirmar que su desempeño no estuviera acorde con las exigencias de la función para la que fue incorporada.

Por ello, la conducta de la Administración de separar a la actora de sus funciones, sólo basándose para ello en la interpretación aislada de las facultades propias y excluyentes del Jefe de Gobierno, reconocidas por la Constitución, referidas a la contratación de personal de la administración pública, pero reglamentadas por la propia Constitución y la ley en este contexto, no resulta correcta, ya que ha prescindido de articular tales facultades con el plexo de disposiciones de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales de DDHH, y de la propia Constitución local dirigidas a la protección calificada que el Estado debe brindar a las personas con necesidades especiales. De tal forma, la desvinculación de la actora resulta irrazonable, arbitraria e ilegítima.

4. En otro orden de ideas, es cierto que la señora Santesso no ingresó a la administración pública mediante concurso público y abierto, pero dicha circunstancia no puede ser utilizada por la demandada como argumento para fundar su recurso, por tratarse del incumplimiento de un mandato constitucional y legal por parte del GCBA, que es quien tiene la facultad y la obligación de llamar a concursos para ocupar los cargos públicos, y, correlativamente, de un derecho ciudadano, cuyo titular o portador no es, precisamente el Estado. Menos aún puede admitirse esa defensa por parte del recurrente en este caso, en el cual rige, además, la obligación de la Ciudad de incluir personas con necesidades especiales hasta cubrir un 5 % de su personal, a fin de garantizarles su plena integración (conf. art. 42, CCBA), aún en los casos de contrataciones temporarias (conf. cláusula transitoria de la ley local 1502).

5. Obiter dictum quiero aclarar que no me he pronunciado respecto de la vía del amparo utilizada —argumento central de la sentencia de primera instancia para rechazar la demanda—, porque el GCBA abandonó esta línea defensiva en el recurso de inconstitucionalidad, sin expresar razón alguna. Ello me induce a afirmar que tradujo el conflicto como una mera cuestión jurídica, con aceptación de las cuestiones de hecho invocadas en la demanda y sin introducir una nueva cuestión de este tipo, conforme lo ha fijado la sentencia criticada.

Ello quiere decir que la vía no le ha provocado desmedro defensivo alguno, y que representaría un exceso de mi parte ingresar a la cuestión *de oficio*, en este momento procesal.

6. En virtud de todo lo anteriormente expuesto, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de queja interpuesto por el GCBA y por rechazar el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto admitido. Con costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CXL

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Establecimiento de utilidad nacional. Competencia local. Interpretación de normas locales. Derecho común. Sanciones correctivas.

SUMARIOS:

1. No existe cuestión federal que amerite la apertura del recurso extraordinario si el recurrente revela su disconformidad con la interpretación de normas locales efectuada en el interlocutorio atacado, que confirmó la competencia de la justicia local. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Dado que en esta etapa del proceso la competencia del Tribunal se encuentra circunscripta a verificar la admisibilidad del recurso extraordinario

interpuesto por Metrovías, queda excluida, en principio, una decisión acerca de la petición imposición de sanciones correctivas solicitada por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, en relación a los recursos articulados por la actora con anterioridad al recurso extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. El desconocimiento de las competencias locales, invocado por Metrovías, para invalidar la sanción impuesta por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos local 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 que la recurrente proponga 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. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. n° 6216/08 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 334/353 recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 25/3/2009 por la que el Tribunal, por mayoría, admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso es contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, quien solicita su rechazo y peticiona "la imposición de sanciones correctivas a quien corresponda de la recurrente, toda vez que sistemáticamente en exceso ritual manifiesto y sustantivo, opone recursos de recursos de recursos, de inconstitucionalidad, sobre la inconstitucionalidad, con la consiguiente y consecuente dilatación de los plazos, y dispendios en la justicia" (fs. 361 y vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 334/353 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.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. e) del art. 3º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN, 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. 334/353 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.

3. Metrovías sostiene que el pronunciamiento del Tribunal es arbitrario por cuanto la priva de una tutela judicial efectiva, afectando la garantía constitucional prevista en los arts. 17, 18 y 19 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).

4. En cuanto a la imposición de sanciones correctivas a Metrovías solicitada por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires (punto lV del escrito de fs. 360/362), en relación a los recursos articulados por la actora con anterioridad al recurso extraordinario federal, cabe señalar que en esta etapa del proceso la competencia del Tribunal se encuentra circunscripta a verificar la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por Metrovías, lo que excluye, en principio, una decisión acerca de la petición formulada por el Ente Único.

Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal intentado debe ser desestimado por inoficioso. 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). Así lo voto.

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

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

2. Para justificar la existencia de una cuestión federal la recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas —sostiene que la sentencia recurrida le ocasiona "un agravio constitucional irreparable, en tanto se lo priva de una tutela judicial efectiva, al no poder tener acceso a sus jueces naturales, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 341 vta.)—. Agrega que la controversia de autos compromete "un servicio público de carácter nacional" por tanto, a su criterio, "la competencia federal deriva de la propia naturaleza del conflicto" (fs. 340) 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. 345 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 de éste, las partes se someten a la jurisdicción contencioso administrativa federal de la Capital. También cita, por considerarlo aplicable al caso de autos, el precedente "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal Belgrano C Manuel Belgrano y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'" —*Fallos*, 328:2716—, resuelto por la CSJN con fecha 28/7/2005.

En oportunidad de entender en 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 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).[21] 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).

[21] 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".

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. 342 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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'", soslaya que el planteo deducido no justifica la apertura de la vía extraordinaria intentada ya que carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, y no explica ni fundamenta cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución, y 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 aún no dilucidada.

6. Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Metrovías S.A. Las costas de la incidencia se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota y por

no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68 del CPCCN).

7. Respecto de las sanciones correctivas que el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires solicita que se aplique a Metrovías S.A., adherimos —en este punto— a lo propiciado por la jueza de trámite en su voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Los votos fundados de mis colegas, que comparto, eliminan por adhesión mi necesidad de fundar el rechazo del recurso extraordinario intentado.

Empero, quiero remitir también a la sentencia dictada por el TSJ respecto del recurso de inconstitucionalidad intentado previamente, en la cual, con remisión a votos míos anteriores, he contradicho un requisito básico para que proceda el recurso sobre cuya admisibilidad hoy decidimos: no se trata de una *sentencia definitiva*, ni de una asimilable a ella, ni el recurrente ha intentado, tan siquiera, demostrar que ella le provoca un perjuicio *irreparable* en un futuro. Por lo contrario, se trata de una decisión interlocutoria que, además, puede ser corregida en el futuro. La verificación de ese aserto, incluso en contra de doctrina de la CSJN, incomprensible para mí, que no significa otra cosa —a mi juicio— que una extensión de su poder jurisdiccional fijado por las reglas que limitan su competencia judicial —en el caso, la CSJN sólo dirime "cuestiones de competencia" positivas o negativas trabadas entre dos jueces de distinta jurisdicción judicial, que no tienen otro superior común—, aparece en la lectura de los fallos citados por mí al decidir el recurso de inconstitucionalidad (sentencia del 25/3/2009).

2. También comparto la decisión acerca del pedido de ejercicio de la competencia disciplinaria, básicamente porque Metrovías no ha hecho otra cosa que ejercer una facultad que le concede la ley positiva, la de recurrir.

Empero, según ya lo expresé, estoy muy lejos de cohonestar su comportamiento. Ante toda intervención del ejercicio por parte de la Ciudad de Buenos Aires del poder de policía natural y propio de su Administración, Metrovías demanda, y demanda ante los tribunales contencioso administrativos de la Ciudad, para, a renglón seguido, interponer, contra su propia demanda, una excepción de competencia que le permite luego recurrir por inconstitucionalidad y, según la opinión conocida de este Tribunal, plantear el recurso extraordinario. Multiplíquese esta historia por centenas y se tendrá una noción de la utilización por la empresa de su "derecho de acceso a la jurisdicción". Ello incluso no sería reprochable si no fuera por su propia caracterización como "aforado" federal —que, lamentablemente, se le ha reconocido en una oportunidad—, al mejor estilo de la competencia por razón de la persona, y por su clara pretensión de valerse de artilugios jurídicos para quedar en un especie de "limbo de control",

pues, al no aceptar el control ejercido por la Ciudad en ejercicio de su poder de policía, así sucede, en tanto el Estado federal —con razón— no desarrolla su poder de inspección y control sobre una empresa que sólo presta servicios en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *No hacer lugar* al pedido de sanciones correctivas efectuado por el Ente Único de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires en el punto lV de su presentación de fs. 360/362.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 291, punto 4.

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

CXLI

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

Expte. n° 6081/08 - 3/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 155/171 recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 4/3/2009 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja interpuesto por su parte.

2. El recurso es contestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que solicita su rechazo (fs. 176/189 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 Metrovías no puede prosperar.

2. Los argumentos vertidos en el escrito de fs. 155/171 no alcanzan a rebatir con éxito los fundamentos que dieron sustento al rechazo del recurso de queja por parte de este Tribunal: inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional o de cuestión federal comprometida. En efecto, la presentación no hace más que reiterar cuestiones ya vertidas en escritos anteriores (recurso de inconstitucionalidad de fs. 29/35 vta. y recurso de queja de fs. 53/62) que fueron objeto de tratamiento y desestimadas en esta instancia. En consecuencia, ante la repetición por parte de Metrovías de esos argumentos, las razones señaladas en la decisión de fs. 132/139 son igualmente aplicables para considerar que no se está frente a una sentencia definitiva, ni se ha planteado en forma adecuada —tampoco ahora— una cuestión federal que habilite la vía extraordinaria.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros), en tanto se sustenten, como en el caso, en cuestiones de carácter local y procesal.

3. No basta para tener por configurado el requisito de sentencia definitiva —o, en la mejor de las hipótesis, de "sentencia equiparable a definitiva"— con señalar que la decisión que rechaza el pedido de citación de terceros formulado por Metrovías "...veda la participación de los terceros necesarios en la decisión de las cuestiones fundamentales dentro del proceso, lo cual genera un daño insubsanable en la medida en que ya se están resolviendo cuestiones fundamentales (e.g. el tema de la competencia) sin permitirle al Estado nacional defender sus intereses y exponer sus argumentos, los cuales no pueden más que reforzar nuestra posición, obligando tanto a mi mandante como al Estado nacional a iniciar nuevos procedimientos una vez finalizado el presente, elevando los costos de sus defensas y obstaculizando la plena defensa de sus posiciones..." (fs. 156 vta./157). Ciertamente, a esta altura del proceso es prematuro aventurar cuál será el resultado del juicio. No es posible descartar de plano que la sentencia que finalmente decida el fondo resulte favorable a Metrovías.

Por otro lado, se advierte que, más allá de las declamaciones efectuadas, la recurrente no ha brindado ningún fundamento concreto que permita demostrar la irreparabilidad del agravio que el interlocutorio impugnado le genera, con el propósito de requerir la intervención prematura de nuestro Alto Tribunal para resolver el planteo de citación de un tercero a las presentes actuaciones.

4. 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, en general, y no les permite tener acceso a sus jueces naturales, en particular, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 161 vta.).

Pero aquí tampoco acierta Metrovías a articular una cuestión federal. A poco que se advierta, las cuestiones debatidas involucraban cuestiones de índole eminentemente local y procesal, ajenas —como regla— a la instancia extraordinaria federal. Lo que en definitiva pretende la recurrente es que —por esta vía— se vuelva a analizar el pedido de incompetencia que su parte oportunamente formulara, cuando tal cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal en la resolución que revisó el rechazo de la excepción previa destinada a lograr la intervención de la justicia federal (véase fs. 132/139).

5. Tampoco logra demostrar la recurrente —pese a los esfuerzos en este sentido— la vinculación directa e inmediata de los derechos que dice conculcados (arts. 17, 18 y 19 de la C.N.) con lo aquí debatido y con la decisión adoptada en el caso, que trata, centralmente, sobre la intervención de un tercero en el marco de un pleito en el que se discute la validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 35/EURSPCABA/06 que impuso una multa). La CSJN ha establecido que la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

6. El recurso interpuesto alega la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y en consecuencia pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria por falta de fundamentación, considerando que el fallo restringe el alcance de los derechos y las garantías reconocidos por los arts. 17, 18 y 19 de la C.N. (fs. 161 vta.). Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, es estricta pues tiende a cubrir casos de

carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

En este punto cabe remarcar, que el carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento definitivo" (doctrina de *Fallos*, 276:366; 302:890; 304:749; 304:1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

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 aún no dilucidada.

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

8. 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).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 155/171 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.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. a) del art. 3º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento"), que establece que se debe demostrar que la decisión recurrida es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN.

En estos obrados, el Tribunal rechazó la queja interpuesta por Metrovías S.A. contra la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el rechazo del pedido de citación como tercero del Estado nacional efectuado por la actora. Ello, por entender que el pronunciamiento de la Sala I no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable.

Lo resuelto por el Tribunal a fs. 132/139 tampoco constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se encuentra habilitada la vía extraordinaria federal.

Las consideraciones que formula la recurrente en torno del requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio de fs. 132/139. La empresa se limita a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores y que fueran desestimados. Por iguales motivos, Metrovías S.A. tampoco logra demostrar que se esté frente a una sentencia equiparable a definitiva. Esta circunstancia sella la suerte adversa del remedio intentado.

3. A mayor abundamiento, 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. 155/171 revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales y procesales efectuada en el interlocutorio atacado. Y, por lo demás, en la presentación en examen no se demuestra que dicha interpretación involucre cuestión alguna de índole federal.

4. Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal de fs. 155/171 debe ser desestimado por inoficioso. 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). 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. 138, punto 2.

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

CXLII

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

Expte. n° 6096/08 - 3/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 483/499 recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 4/3/2009 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja interpuesto por su parte.

2. El recurso es contestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que solicita su rechazo (fs. 506/519 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, 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.

2. Los argumentos vertidos en el escrito de fs. 483/499 no alcanzan a rebatir con éxito los fundamentos que dieron sustento al rechazo del recurso de queja por parte de este Tribunal: inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional o de cuestión federal comprometida. En efecto, la presentación no hace más que reiterar cuestiones ya vertidas en escritos anteriores (recurso de inconstitucionalidad de fs. 388/394 vta. y recurso de queja de fs. 432/440 vta.) que fueron objeto de tratamiento y desestimadas en esta instancia. En consecuencia, ante la repetición por parte de Metrovías de esos argumentos, las razones señaladas en la decisión de fs. 459/466 son igualmente aplicables para considerar que no se está frente a una sentencia definitiva, ni se ha planteado en forma adecuada —tampoco ahora— una cuestión federal que habilite la vía extraordinaria.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles

recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros), en tanto se sustenten, como en el caso, en cuestiones de carácter local y procesal.

3. No basta para tener por configurado el requisito de sentencia definitiva —o, en la mejor de las hipótesis, de "sentencia equiparable a definitiva"— con señalar que la decisión que rechaza el pedido de citación de terceros formulado por Metrovías "...veda la participación de los terceros necesarios en la decisión de las cuestiones fundamentales dentro del proceso, lo cual genera un daño insubsanable en la medida en que ya se están resolviendo cuestiones fundamentales (e.g. el tema de la competencia) sin permitirle al Estado Nacional defender sus intereses y exponer sus argumentos, los cuales no pueden más que reforzar nuestra posición, obligando tanto a mi mandante como al Estado Nacional a iniciar nuevos procedimientos una vez finalizado el presente, elevando los costos de sus defensas y obstaculizando la plena defensa de sus posiciones..." (fs. 484 vta./485). Ciertamente, a esta altura del proceso es prematuro aventurar cuál será el resultado del juicio. No es posible descartar de plano que la sentencia que finalmente decida el fondo resulte favorable a Metrovías.

Por otro lado, se advierte que, más allá de las declamaciones efectuadas, la recurrente no ha brindado ningún fundamento concreto que permita demostrar la irreparabilidad del agravio que el interlocutorio impugnado le genera, con el propósito de requerir la intervención prematura de nuestro Alto Tribunal para resolver el planteo de citación de un tercero a las presentes actuaciones.

4. 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, en general, y no les permite el acceso a sus jueces naturales, en particular, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 490).

Pero aquí tampoco acierta Metrovías a articular una cuestión federal. A poco que se advierta, las cuestiones debatidas involucraban cuestiones de índole eminentemente local y procesal, ajenas —como regla— a la instancia extraordinaria federal. Lo que en definitiva pretende la recurrente es que —por esta vía— se vuelva a analizar el pedido de incompetencia que su parte oportunamente formulara, cuando tal cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal en la resolución que revisó el rechazo de la excepción previa destinada a lograr la intervención de la justicia federal (véase fs. 488 vta.).

5. Tampoco logra demostrar la recurrente —pese a los esfuerzos en este sentido— la vinculación directa e inmediata de los derechos que dice conculcados (arts. 17, 18 y 19 de la C.N.) con lo aquí debatido y con la decisión adoptada en el caso, que trata, centralmente, sobre la intervención de un tercero en el

marco de un pleito en el que se discute la validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 17/EURSPCABA/06 que impuso una multa). La CSJN ha establecido que la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

6. El recurso interpuesto alega la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y en consecuencia pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria por falta de fundamentación, considerando que el fallo restringe el alcance de los derechos y las garantías reconocidos por los arts. 17, 18 y 19 de la C.N. (fs. 490). Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

En este punto cabe remarcar que el carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento definitivo" (doctrina de *Fallos*, 276:366; 302:890; 304:749; 304:1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

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 aún no dilucidada.

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

8. 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).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 483/499 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.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. a) del art. 3º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento"), que establece que se debe demostrar que la decisión recurrida es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN.

En estos obrados, el Tribunal rechazó la queja interpuesta por Metrovías S.A. contra la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el rechazo del pedido de citación como tercero del Estado nacional efectuado por la actora. Ello, por entender que el pronunciamiento de la Sala I no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable.

Lo resuelto por el Tribunal a fs. 459/466 tampoco constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se encuentra habilitada la vía extraordinaria federal.

Las consideraciones que formula la recurrente en torno del requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio de fs. 459/466. La empresa se limita a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores y que fueran desestimados. Por iguales motivos, Metrovías S.A. tampoco logra demostrar que se esté frente a una sentencia equiparable a definitiva. Esta circunstancia sella la suerte adversa del remedio intentado.

3. A mayor abundamiento, 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. 483/499 revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales y procesales efectuada en el interlocutorio atacado. Y, por lo demás, en la presentación en examen no se demuestra que dicha interpretación involucre cuestión alguna de índole federal.

4. Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal de fs. 483/499 debe ser desestimado por inoficioso. 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). 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. 466, punto 2.

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

CXLIII

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

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia.

Se deniega el recurso extraordinario federal deducido contra la decisión del Tribunal Superior que rechazó el recurso de queja, y por tanto, no hizo lugar al pedido de citación de terceros, pues no se trata de una sentencia definitiva ni resulta equiparable a tal, dado que no se acreditó la irreparabilidad del agravio ocasionado por la decisión interlocutoria, y porque no existe cuestión federal comprometida, al debatirse cuestiones de carácter eminentemente local y de derecho procesal.

Expte. n° 6053/08 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 114/130 recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 18/3/2009 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja interpuesto por su parte.

2. El recurso es contestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que solicita su rechazo (fs. 135/148 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, 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.

2. Los argumentos vertidos en el escrito de fs. 114/130 no alcanzan a rebatir con éxito los fundamentos que dieron sustento al rechazo del recurso de queja por parte de este Tribunal: inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional o de cuestión federal comprometida. En efecto, la presentación no hace más que reiterar cuestiones ya vertidas en escritos anteriores (recurso de inconstitucionalidad de fs. 35/41 vta. y recurso de queja de fs. 49/58) que fueron objeto de tratamiento y desestimadas en esta instancia. En consecuencia, ante la repetición por parte de Metrovías de esos argumentos, las razones señaladas en la decisión de fs. 82/88 son igualmente aplicables para considerar que no se está frente a una sentencia definitiva, ni se ha planteado en forma adecuada —tampoco ahora— una cuestión federal que habilite la vía extraordinaria.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros), en tanto se sustenten, como en el caso, en cuestiones de carácter local y procesal.

3. No basta para tener por configurado el requisito de sentencia definitiva —o, en la mejor de las hipótesis, de "sentencia equiparable a definitiva"— con señalar que la decisión que rechaza el pedido de citación de terceros formulado por Metrovías "...veda la participación de los terceros necesarios en la decisión de las cuestiones fundamentales dentro del proceso, lo cual genera un daño insubsanable en la medida en que ya se están resolviendo cuestiones fundamentales (e.g. el tema de la competencia) sin permitirle al Estado nacional defender sus intereses y exponer sus argumentos, los cuales no pueden más que reforzar nuestra posición, obligando tanto a mi mandante como al Estado nacional a iniciar nuevos procedimientos una vez finalizado el presente, elevando los costos de sus defensas y obstaculizando la plena defensa de sus posiciones..." (fs. 115 vta./116). Ciertamente, a esta altura del proceso es prematuro aventurar cuál

será el resultado del juicio. No es posible descartar de plano que la sentencia que finalmente decida el fondo resulte favorable a Metrovías.

Por otro lado, se advierte que, más allá de las declamaciones efectuadas, la recurrente no ha brindado ningún fundamento concreto que permita demostrar la irreparabilidad del agravio que el interlocutorio impugnado le genera, con el propósito de requerir la intervención prematura de nuestro Alto Tribunal para resolver el planteo de citación de un tercero a las presentes actuaciones.

4. 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, en general, y no les permite el acceso a sus jueces naturales, en particular, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 121).

Pero aquí tampoco acierta Metrovías a articular una cuestión federal. A poco que se advierta, las cuestiones debatidas involucraban cuestiones de índole eminentemente local y procesal, ajenas —como regla— a la instancia extraordinaria federal. Lo que en definitiva pretende la recurrente es que —por esta vía— se vuelva a analizar el pedido de incompetencia que su parte oportunamente formulara, cuando tal cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal en la resolución que revisó el rechazo de la excepción previa destinada a lograr la intervención de la justicia federal (véase fs. 119 vta.).

5. Tampoco logra demostrar la recurrente —pese a los esfuerzos en este sentido— la vinculación directa e inmediata de los derechos que dice conculcados (arts. 17, 18 y 19 de la C.N.) con lo aquí debatido y con la decisión adoptada en el caso, que trata, centralmente, sobre la intervención de un tercero en el marco de un pleito en el que se discute la validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 59/EURSPCABA/06 que impuso una multa). La CSJN ha establecido que la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos*, 187:624; 248:129, 828; 268:2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

6. El recurso interpuesto alega la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y en consecuencia pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria por falta de fundamentación, considerando que el fallo restringe el alcance de los derechos y las garantías reconocidos por los

arts. 17, 18 y 19 de la C.N. (fs. 121). Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

En este punto cabe remarcar que el carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento definitivo" (doctrina de *Fallos*, 276:366; 302:890; 304:749; 304:1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

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 aún no dilucidada.

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

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

8. 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).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 114/130 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.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. a) del art. 3º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento"), que

establece que se debe demostrar que la decisión recurrida es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN.

En estos obrados, el Tribunal rechazó la queja interpuesta por Metrovías S.A. contra la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el rechazo del pedido de citación como tercero del Estado nacional efectuado por la actora. Ello, por entender que el pronunciamiento de la Sala I no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable.

Lo resuelto por el Tribunal a fs. 82/88 tampoco constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se encuentra habilitada la vía extraordinaria federal.

Las consideraciones que formula la recurrente en torno del requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio de fs. 82/88. La empresa se limita a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores y que fueran desestimados. Por iguales motivos, Metrovías S.A. tampoco logra demostrar que se esté frente a una sentencia equiparable a definitiva. Esta circunstancia sella la suerte adversa del remedio intentado.

3. A mayor abundamiento, 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. 114/130 revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales y procesales efectuada en el interlocutorio atacado. Y, por lo demás, en la presentación en examen no se demuestra que dicha interpretación involucre cuestión alguna de índole federal.

4. Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal de fs. 114/130 debe ser desestimado por inoficioso. 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). 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. 88, punto 2.

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

CXLIV

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Rubros no remunerativos. Diferencias salariales. Regularización previsional. Pronunciamiento *extra petita.* Principio de congruencia. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja porque los planteos formulados sólo traducen el desacuerdo de la recurrente con un aspecto de la sentencia objetada que remite a la consideración de una cuestión propia de los jueces de la causa, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido con su razonamiento toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable al caso o de las alegaciones de las partes, por lo que el decisorio impugnado no puede ser revisado en esta instancia. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez. Julio B. J. Maier).*

2. En atención a que se ha decidido que los suplementos reclamados 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, deberán ser ventiladas en el proceso de ejecución de sentencia. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Corresponde admitir el recurso de queja que contiene una crítica puntual al auto denegatorio y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en atención a que el pago de aportes y contribuciones debidas al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones no fue reclamado por la actora, por lo que la decisión que obliga al GCBA a regularizar la situación de las contribuciones adeudadas, afecta el principio de congruencia (arts. 145, inc. 7º y 247, CCAyT), es *extra petita* y, por tanto violenta el derecho de defensa. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El recurso de queja debe progresar por cuanto en ella se demuestra que la condena relativa a la regularización de la situación previsional de los actores, al no encontrar respaldo en la normativa aplicable, vulnera el derecho de defensa del demandado e impone una obligación ajena a las potestades propias de las autoridades locales. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La regularización de la situación previsional materia de debate excede las potestades de los tribunales locales e involucra un insuperable problema de legitimación. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6177/08 - 17/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Graciela B. Adano, Rosa C. Pascual, Marina M. Veliz, Sandra H. Casajus, Adriana C. Lorenzo, Delia L. Dubini, Marta I. Muñoz, Ofelia E. Pérez, Graciela E. Rodríguez de Fernández Ridano, Liliana M. Russel, Celina B. Bochatay, Ileana E. Achilli, Nilda E. Lababe, Nora B. Pizza, Cristina Massetani, Hebe M. Sonería, Mirtha Blasa Ventiere y Mabel C. Salomone promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los decretos que crearon los suplementos: Adicional Salarial Docente, Suma Fija No Remunerativa, Fondo Educativo y Suma Remunerativa No Bonificable, en virtud de que los suplementos mencionados constituyen un 'aumento encubierto de los haberes' y liquide en forma correcta y acorde a derecho los Rubros 001 (Sueldo Básico) y 005 (Antigüedad) que constan en el recibo de sueldo de la totalidad del Personal de Docentes dependientes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 1 vta./2 vta). Con mayor precisión puede indicarse que los actores solicitaron: *1)* Se declarara la inconstitucionalidad de *i)* el dec. 4748/90 que creó el "Adicional Salarial Docente" y los sucesivos que lo mantuvieron; *ii)* del dec. 4937/91 y los sucesivos que prorrogaron hasta la interposición de la demanda la "suma fija no remunerativa docente"; *iii)* del dec. 5787/91 que creó el "fondo educativo" y los sucesivos que los mantuvieron por normas de carácter anual hasta el año 1998, siendo su última aprobación el dec. 22/99; *iv)* del dec. 1442/98 que implementó la "suma remunerativa no bonificable"; *2)* Se obligue a la demandada a incluir dentro del rubro Sueldo Básico, el "Adicional Salarial Docente" código 020, la "Suma Fija No Remunerativa" código 094, el "Fondo Educativo" código 096 y la "Suma Remunerativa No Bonificable Dec. 1442/98" código 206 (conf. fs. 1 vta. y 2 de la demanda) y, *3)* se abonen, en consecuencia, las correspondientes diferencias salariales en concepto de antigüedad y de sueldo anual complementario con más sus correspondientes intereses.

2. El Gobierno opuso excepción de prescripción, que fue reconocida por el magistrado de primera instancia, quien declaró prescriptos los créditos

devengados con una antigüedad mayor a cinco años, contados desde la fecha de interposición de la demanda (fs. 40/40 vta.).

A fs. 44/56 luce la contestación del GCBA. En su presentación señaló la inconsistencia de los planteos de inconstitucionalidad, describió el marco normativo y sostuvo que los decretos que crearon los suplementos a los que aluden los actores, fueron dictados dentro de las atribuciones exclusivas de la administración, que estuvieron condicionados por las necesidades del servicio y por las posibilidades financieras del erario público. Afirmó también que en el ámbito docente y bajo el régimen de la ordenanza 40.593, los únicos componentes salariales obligatorios son la asignación por cargo y la bonificación por antigüedad. Expresó que los suplementos sobre los que versa el litigio son adicionales particulares que se incluyen en la categoría "restantes atribuciones que les correspondan en virtud de disposiciones legales" que, si bien no integran el haber mensual no deben ser incluidos en el sueldo básico, dado que fueron creados conforme apreciaciones propias del administrador en orden a su oportunidad y conveniencia. Como corolario de su posición, el Gobierno agrega que esos suplementos obedecieron a una decisión política con apoyo en las facultades discrecionales de la administración que no puede ser juzgada ni reemplazada por el poder judicial.

3. El juez de primera instancia hizo lugar a las diferencias salariales y declaró la inconstitucional de los decs. 4937/91, 5787/90, y 1442/98. Asimismo, estableció que las sumas otorgadas por los decs. 4937/90 y 1442/98 tienen carácter bonificable.

En cuanto a la situación previsional de los actores, ordenó que la demandada integrara el pago de los aportes, con las diferencias existentes y sus intereses correspondientes.

4. El GCBA apeló la sentencia y cuestionó *i)* la declaración del carácter remunerativo y bonificable por antigüedad de los suplementos que reclaman los actores; *ii)* el pago de aportes previsionales sobre las diferencias salariales reconocidas; *iii)* el pago de diferencias salariales —por deuda previsional— a partir de los cinco años contados desde la interposición del reclamo administrativo (o, subsidiariamente, en caso de no existir, desde la interposición de la demanda) y, *iv)* las costas impuestas a su cargo.

5. El tribunal superior de la causa consideró *i)* que las asignaciones creadas por los decs. 4937/91 y 5787/91 debían incluirse dentro del salario laboral, en tanto se adecuaban a lo prescripto por el art. 118, inc. c) del Estatuto Docente, confirmando, por lo tanto y en este aspecto, el decisorio de primera instancia; *ii)* revocó la sentencia del juez de grado en cuanto declaraba bonificables por antigüedad los adicionales establecidos por decs. 4748/90 y 1442/98; *iii)* respecto de la condena a regularizar la situación previsional de los actores,

la Sala rechazó el agravio sobre el particular por entenderlo inoportuno; *iv)* en lo que atañe al agravio sobre la prescripción, el tribunal superior de la causa lo consideró abstracto; finalmente, *v)* el tribunal recurrido modificó la distribución de costas que quedaron establecidas en el orden causado.

6. Contra la sentencia de Cámara el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad. Luego de justificar la admisibilidad de la vía impugnativa, el recurrente enumeró sus objeciones y centró la crítica en la falta de legitimación del Gobierno como sujeto obligado a cumplir la condena por aportes y contribuciones previsionales, entendiendo que ese agravio no había sido tratado ni ponderado en su totalidad y que esa omisión tornaba arbitrario el decisorio recurrido.

7. El tribunal superior de la causa declaró inadmisible el recurso por no haberse planteado en forma clara y precisa una cuestión constitucional que guardara concreta relación con la sentencia impugnada. Para así decidir, hizo hincapié en que la arbitrariedad alegada sólo expresaba discrepancia de la parte acerca de la interpretación de normas infraconstitucionales aplicadas por los jueces. El Gobierno dedujo entonces recurso de queja.

8. A fs. 68/70 luce el dictamen del fiscal general adjunto quien propicia el rechazo del recurso directo en atención a que los argumentos expuestos por el recurrente, tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja, no lograban conectar las cuestiones alegadas con la violación de normas y principios constitucionales.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en forma, tiempo y dirige al menos una crítica puntual al auto denegatorio, lo que permite avanzar en cuanto a si el recurso de inconstitucionalidad es o no admisible.

2. La admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad determina la apertura de la competencia recursiva extraordinaria del Tribunal Superior de Justicia, lo que tiene dos consecuencias.

La primera, más fácilmente observable, consiste en la posibilidad de examinar los agravios del recurrente dirigidos contra la sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa.

La segunda, generalmente implícita pero no por ello menos relevante, se vincula con el ejercicio del deber que tiene cualquier órgano jurisdiccional de observar si están reunidos los presupuestos procesales constitutivos del proceso. Como es obvio, tampoco el Tribunal Superior está exento de esta obligación, en razón de que los presupuestos procesales definen la constitución válida del proceso y, luego, la recta administración de justicia.

Las aclaraciones precedentes resultan imprescindibles porque, si bien coincido con el fiscal general adjunto en cuanto a que el Gobierno no plantea un caso constitucional, lo cierto es que su presentación pone de manifiesto que en esta causa se ha producido una grave violación de los presupuestos procesales.

En concreto, los actores carecen de legitimación activa para erigirse en titulares de créditos por aportes previsionales. El derecho sustantivo dispone que no son ellos sino la AFIP la autorizada para reclamar esas eventuales acreencias. De allí que, ni la sentencia de primera instancia ni la de segunda (ninguna de las cuales está firme vistos los recursos ordinarios y extraordinarios deducidos) son válidas en ese punto.

En el expte. nº 5427/07 "Skiba, Juán Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5381/07 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en: 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", sentencia del 12/3/2008, expresé la importancia de la observancia de los presupuestos procesales.

Y en lo que hace expresamente al caso, me remito a mi voto 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). Allí hice lugar al agravio del Gobierno que denunciaba una condena *extra petita* y, en forma subsidiaria me referí a la falta de legitimación activa. En los presentes obrados, a diferencia del precedente mencionado, ese tema es central y definitorio para resolver el recurso a favor del GCBA. La reiteración es necesaria: se trata de un proceso que no está debidamente constituido porque la obligación impuesta al demandado no puede ser exigida ni reclamada en este juicio por los actores sino por un sujeto distinto (AFIP) que no es parte del mismo.

Por lo expuesto, corresponde dejar sin efecto el fallo de Cámara, en cuanto confirma la condena establecida por el juez de primera instancia respecto a la deuda por aportes y contribuciones derivadas de las diferencias salariales, y asimismo revocar en ese punto la sentencia. Las costas deberán imponerse en el orden causado, toda vez que en el modo de resolverse el litigio es decisiva la actuación de la jurisdicción y no el esfuerzo alegatorio del recurrente. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada a fs. 46/55 debe progresar por cuanto allí se demuestra que la condena relativa a la regularización de la situación previsional de los actores —conf. punto (i) de la sentencia de fs. 212/215 vta.—, al no encontrar respaldo en la normativa aplicable, vulnera el derecho de defensa

del demandado e impone una obligación ajena a las potestades propias de las autoridades locales. Ello así, corresponde analizar el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA.

2. El *a quo*, en lo que al recurso a estudio importa, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al GCBA a "...integrar [las diferencias que puedan resultar a favor de los actores en concepto de aportes y contribuciones] en su totalidad con más los intereses aplicables que determine la normativa vigente en la materia, en la Caja del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones..." (fs. 182). Fundó esa solución, principalmente, en que el Gobierno recurrente había formulado en forma tardía los planteos tendentes a controvertir la decisión reseñada. En este orden de ideas, señaló que esos agravios al estar dirigidos a cuestionar la "...competencia de este fuero [esto es: el CAyT de la CABA] para ordenar […] el pago de aportes y contribuciones", debieron haber sido formulados como excepción de previo y especial pronunciamiento, conf. lo manda el art. 282, inc. 2º, del CCAyT. No obstante ello, el *a quo,* "a mayor abundamiento", señaló con relación a ese planteo que, tal como lo había manifestado en otros precedentes, el fuero "...resulta[ba] competente para ordenar a la Ciudad el pago de aportes jubilatorios..." (fs. 214 vta.).

3. Primeramente, cabe señalar que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto afirma que el *a quo* yerra al calificar los planteos dirigidos a controvertir la condena impuesta a integrar las diferencias en concepto de aportes y contribuciones (es decir, a regularizar la situación previsional de los actores), como una excepción de incompetencia (conf. el art. 282, inc. 2º del CCAyT) (véase fs. 227 vta./229). Esa excepción tiene por propósito obtener el reconocimiento de que la causa está fuera del universo a cuyo respecto puede ejercer el magistrado sus competencias y, una ulterior reconducción del proceso al remitirse el expediente al juez que se estime competente; esto último, siempre que el tribunal competente pertenezca a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que en caso contrario la causa deberá ser archivada (conf. art. 286, inc. 1º, del CCAyT).

En el caso, el Gobierno con su planteo no ha buscado que los jueces de mérito intervinientes declinen su competencia a favor de otro tribunal. Lo que ha pretendido la parte demandada es obtener una sentencia de rechazo vinculada con la pretensión orientada a que se condene a su parte a integrar las diferencias en concepto de aportes y contribuciones al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, fundada en la falta de legitimación de los accionantes para formular ese pedido, puesto que, a juicio del Gobierno, quien detenta esa legitimación es el organismo de recaudación federal; circunstancia que, a su vez, daría cuenta de que ese planteo por la materia en juego no puede ser resuelto por los tribunales locales (v. de la apelación ante la Cámara las fs. 201/202 vta. y del recurso de inconstitucionalidad fs. 227 vta./228 vuelta y *pássim*).

4. En tal sentido, resulta aplicable la constante jurisprudencia de este Tribunal que, por mayoría, tiene resuelto para supuestos análogos al que nos ocupa, que la regularización de la situación previsional requerida excede las potestades de los tribunales locales e involucra un insuperable problema de legitimación (conf. TSJ *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, resolución del 14/9/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Velaz Liliana Mirta y otrs c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5526/07, resolución del 30/4/2008).

Esa solución, a su vez, no queda conmovida como pretende la Sala I de la Cámara CAyT, por la afirmación según la cual "...para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas —excepción hecha de las cuestiones que ha[n] sido expresamente atribuidas por el legislador en la Ciudad al conocimiento de otros tribunales locales— sino que a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1º del CCBA (*sic rectus*: CCAyT)" (fs. 214 vta.). El criterio postulado sólo comprende a los asuntos propios del fuero mencionado que son los que pueden ser resueltos por autoridades locales. Con ese alcance, la norma sirve para determinar la radicación de una causa cuya solución dependa de la interpretación de derecho privado o público local y sólo en tales supuestos resulta indiferente cuál de ellos rige la solución del pleito pues ante la presencia de autoridades administrativas de la CABA en juicio opera la competencia del fuero CAyT (art. 2º de la ley 189).

La regla enunciada, invocada en el vacío pierde sentido y, a su vez, interpretada fuera de contexto conduce a una solución equivocada. Basta señalar a este respecto que, el criterio usado por la ley 189 para definir el ámbito del proceso contencioso administrativo local, nunca podría cambiar las previsiones del art. 116 de la C.N. A su turno la delimitación del mencionado ámbito, evidentemente inspirada en la restricción que la ley 24.588 provoca sobre las potestades jurisdiccionales de la CABA, tampoco se expandiría en el sentido que pretende el *a quo* con el goce pleno de esa función actualmente retaceada, porque la previsión legal invocada por la Sala I no rige cuando la pretensión en juego no corresponde a la competencia local. En tanto el supuesto que nos ocupa se inscribe en esta última hipótesis, por los argumentos desarrollados en la jurisprudencia citada, punto 4 primer párrafo, a los que remito por razones de brevedad, la sentencia cuestionada, en este aspecto, incurre en un exceso jurisdiccional.

Por ello, habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, y revocar la sentencia de fs. 212/215 vta. en cuanto condenó al GCBA a regularizar la situación previsional de los actores. Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja deducido por el GCBA no puede prosperar.

2. La parte demandada objeta la decisión de la Cámara que, en lo que aquí interesa, confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto le ordena regularizar la situación previsional de los actores —a partir del reconocimiento judicial del carácter remunerativo de diversos suplementos salariales por ellos percibidos.

La representación del Estado local alega, básicamente, la *arbitrariedad* de la sentencia aludida, por considerar que el tribunal *a quo* habría omitido tratar la totalidad de sus agravios al interpretar sus planteos como una objeción a la *competencia* del fuero local para imponer la obligación cuestionada. El recurrente, por el contrario, afirma que sus agravios tendían a exponer la *ausencia de legitimación* de la parte actora para obtener una condena con el alcance peticionado. En este sentido, el GCBA expresa que la accionante carecería de acción para exigir el pago de la deuda previsional reclamada y que lo pretendido resultaría ajeno a esta jurisdicción, en tanto, desde su punto de vista, sólo el órgano federal recaudador estaría legitimado para solicitar la satisfacción de las acreencias que se hubiesen detectado a favor del sistema previsional.

3. Determinado el alcance del agravio que sostiene al recurso, entiendo que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

En primer lugar, debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos*, 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre otros).

Desde esta perspectiva, estimo que los agravios planteados no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.

En efecto, más allá del acierto o error de los argumentos brindados por la Cámara para resolver el aspecto del litigio que viene controvertido, se advierte

que el *a quo* ha ponderado las defensas esgrimidas por el GCBA a la luz de las normas infraconstitucionales involucradas y, a continuación, las ha desestimado mediante fundamentos expresos. En consecuencia, los planteos formulados sólo traducen el desacuerdo de la recurrente con un aspecto de la sentencia objetada que remite a la consideración de una cuestión propia de los jueces de la causa, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido con su razonamiento toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable al caso o de las alegaciones de las partes. Por este motivo, el decisorio impugnado no puede ser revisado en esta instancia.

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

4. Por lo demás, en mi concepto, la regularización de la situación previsional de la parte 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 y, por lo tanto, todo lo que hace al esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional debía ser abordado por los estrados de esta jurisdicción local en tanto se encontraba dentro de los términos en que quedó trabada la litis. Así las cosas, decidido que los suplementos de marras son remunerativos y se deben tomar como base a todos los efectos previsionales, las acciones, operaciones y parámetros que deberán seguirse para cumplir aquella directiva (y los eventuales problemas que se pueden llegar a generar) deberán ventilarse en el proceso de ejecución de sentencia [conf. mi opinión en los precedentes: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, sentencia del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido",

expte. nº 4763/06, sentencia del 29/11/2006; y "Cipullo, Beatriz Emilia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5774/08, resolución del 20/8/2008, entre otros].

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Según se puede observar en el recurso de hecho, en su parte relacionada con la crítica de la decisión impugnada que le rechazó el recurso de inconstitucionalidad (Cap. III del escrito de interposición: fs. 47 vta. a 50 vta.), el recurso en examen sólo se funda en la tan famosa *arbitrariedad* de la decisión de rechazo, motivo acerca de cuya utilización el recurrente puede ser declarado confeso: sintéticamente, la decisión de rechazo habría omitido tratar el argumento de la falta de legitimación de su parte para cumplir la condena impuesta —regularizar aportes previsionales— y, además, carece de fundamentación suficiente —es aparente la que pretende sustentar la decisión final en orden a la cuestión previsional suscitada— (ver Cap. III, punto 5, final, fs. 49 vta.).

En primer lugar, esa crítica no sólo nada dice sobre la decisión de rechazo, pues "el decisorio en crisis" —según nombra el recurrente—, esto es, la decisión de rechazo, sólo se ocupa de las exigencias del recurso interpuesto, limitado en sus motivos, para excitar la competencia del TSJ, y no se ocupa de dirimir la cuestión previsional —en verdad, antes dirimida en la sentencia final—, sino que, además, introduce una confusión total entre la crítica al fallo provisional sobre la admisibilidad del recurso, que nuestras leyes procesales atribuyen casi siempre al tribunal que dictó la resolución impugnada, y la crítica del recurso rechazado que tiene por objeto la sentencia de mérito obtenida después de cumplidos los pasos previstos por la ley procesal para el procedimiento judicial, crítica previa que, para colmo de males, también está fundada principalmente en la *arbitrariedad* de aquella sentencia.

Empero, en segundo lugar, una vez que por interpretación le damos algún sentido al recurso de hecho, la crítica es también inconducente al destino que se le adjudica, porque el mismo recurrente, al trascribir párrafos de la decisión impugnada por el recurso de hecho, proporciona el conocimiento de que ella, de manera alguna, carece de la expresión de las razones por la cuales rechaza el recurso interpuesto (la decisión puede leerse íntegra a fs. 44 y vta.); en verdad, fundado el recurso de inconstitucionalidad en la *arbitrariedad* de la sentencia, el tribunal *a quo* le ha contestado que lo impugnado originariamente —la sentencia— no se trata de una decisión *manifiestamente carente de fundamento*, *desprovista de todo apoyo*, *fundada tan sólo en la voluntad de los jueces* que la han dictado (el énfasis es, en parte, nuestro y, en parte, de la misma decisión,

fs. 44 vta.). Y, a fuer de verdad, ella tiene razón: la sentencia tiene fundamentos y ellos no constituyen un mero capricho, más allá de su acierto o desacierto.

Por lo demás, yo sostengo una posición sobre el motivo "arbitrariedad" mucho más estricta que la comprensión genérica sobre ella, esto es, que la de mis propios colegas del TSJ y que la doctrina de la CSJN, creadora del motivo. No considero necesario repetir aquí las razones por las cuales todo recurso extraordinario viene fundado en ese motivo, espúreo para ellos, ni su utilización por los litigantes como sinónimo de *agravio*, exigencia básica de todo recurso, ni su inidoneidad para fundar una tercera instancia que la ley procesal no concede (conf. *inter alia* mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo publico [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de institucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). Un ejemplo de tal uso en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (véase fs. 40 y ss., n° 2).

Por lo expuesto, el recurso de hecho fracasa al criticar la resolución de rechazo del *a quo* y, en razón de ello, no habilita la vía recursiva.

2. En "Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005 y en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3792, resolución del 29/6/2005 —entre múltiples casos—, yo observé, en lo pertinente, que los actores carecen de legitimación para reclamar aportes previsionales derivados de la recomposición salarial fijada por una sentencia que les reconocía ciertas sumas —esto es, aportes de sumas aún no cobradas—, en todo caso créditos que, incluso como agente de retención, el demandado deberá ingresar a otro patrimonio. Adviértase que el mismo actor, conforme a la recomposición de su salario, contraerá seguramente deudas relativas a aportes previsionales, sobre los cuales operará el gobierno como agente de retención, cuando dé ejecución a la sentencia, según lo invoca el señor juez José O. Casás. Todo este punto, expuesto de modo meramente subsidiario en aquellos fallos por la razón apuntada, con motivo del sistema jubilatorio aplicable para los empleados de la Ciudad de Buenos Aires, representa un contrasentido si se lo quiere mencionar como "condena", según lo expuesto inmediatamente antes, y un salto por sobre la competencia de los tribunales de la Ciudad: recuérdese que el órgano recaudador, según el sistema, pertenece a la Administración nacional, lo mismo que el fuero judicial ante el cual plantear estos problemas.

Ello no me impide confirmar una sentencia que sólo de modo declarativo le pide al Estado-ciudad "la regularización de la situación previsional del accionante", esto es, un buen comportamiento previsional a la hora del pago de las

sumas objeto de la condena; ella no significa, de modo alguno —aun cuando yo crea que está de más—, la solución de un conflicto con el ente recaudador consistente en la condena de ingresar una suma determinada. En realidad, no estoy confirmando la sentencia sino, tan sólo, estableciendo el fracaso del recurso de queja, que pudo haberse evitado.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien este Tribunal ya ha resuelto situaciones similares ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, sentencia del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 4075/05, sentencia del 14/12/2005; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 4304/05, sentencia del 31/5/2006; "Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4739/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4748/06, sentencia del 8/11/2006), en tales oportunidades la Procuración se limitó a cuestionar la condena a regularizar la situación previsional de los accionantes en virtud de la afectación del principio de congruencia, por entender que dicha cuestión no había sido planteada en la demanda, mientras que en esta oportunidad introduce el agravio basado en la falta de legitimación del accionante para exigir el pago de la deuda previsional reclamada que impediría dar cumplimento a ese aspecto de la sentencia.

Ello constituye una diferencia sustancial entre éste y los anteriores casos, que permite adoptar un criterio distinto en la resolución del recurso de hecho interpuesto por el GCBA.

2. Sentado lo expuesto, el presente recurso de queja no logra rebatir el principal fundamento en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un genuino caso constitucional.

En efecto, como acertadamente destaca el Dr. Casás en el apart. 3° de su voto —al que me remito y adhiero—, más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara presenta argumentos razonables, que permiten desechar la tacha de arbitrariedad deducida.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CXLV

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

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

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja si no se da cumplimiento a la carga de realizar una crítica concreta y detallada del auto denegatorio ni se rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. No es admisible el recurso de queja si no se expone una cuestión constitucional y solo se enuncia una discrepancia con la sentencia de Cámara en cuanto a la valoración que ese tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar la decisión impugnada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

3. La doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde pueda discutirse cuestiones de hecho o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El recurso de queja es procedente si contiene una crítica concreta, puntual y profunda del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, en la que se invoca la afectación de derechos consagrados en la Constitución Nacional, vulnerados por una interpretación "irrazonable, forzada e ilógica" del tribunal de mérito. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

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

Expte. n° 6259/08 - 17/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Marcelo José Gentile inició demanda por cobro de pesos contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por diferencias retroactivas e impagas por su mal reencasillamiento durante el período transcurrido entre el 1º/4/1992 y el 30/6/1994, con más intereses y costas (fs. 1/4).

Manifiesta que fue encasillado por aplicación del dec. 670/92 a partir del 1º/4/1992 en el nivel D-00-347 y que con fecha 8/6/1994, la administración

—por disposición 178/DGRH/94— lo reencasilló aplicando el dec. 922/94, a partir del 1º/7/1994. Entiende que "el dec. 922/94, fue dictado a fines de corregir el erróneo encasillamiento que realizó la demandada al 1º/4/1992, por aplicación del dec. 670/92, del personal que prestaba servicios, en funciones jurídicas, en el ámbito de la Procuración General" (fs. 2).

2. El juez de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario hizo lugar parcialmente a la demanda, con costas (fs. 50/54). Consideró que "el reencasillamiento dispuesto por la resol. 178/DGRH/94 debe considerarse como sustituto de su anterior, produciendo efectos desde el 1º/4/1992" (fs. 53 vta.). En consecuencia, declaró la nulidad parcial de la resol. 178/DGRH/94 en cuanto dispone que el reencasillamiento del Sr. Marcelo José Gentile tiene lugar "a partir del 1º/7/1994", y condenó al GCBA al pago de las diferentas salariales reclamadas entre el 1º/4/1994 y el 30/6/1994, más intereses. Esta decisión fue apelada por la demandada a fs. 57/62, y por el actor a fs. 63/68.

3. La Sala II de la Cámara CAyT, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y revocó la sentencia de primera instancia. Impuso las costas de ambas instancias a la actora vencida y reguló los honorarios de la representación letrada de la Procuración (fs. 78/81). Para así decidir, sostuvo que "la ampliación efectuada mediante dec. 922/94 en modo alguno implicó una aceptación de un encasillamiento erróneo sino una mejora, por razones de equidad (cons. 3º de la norma), de la situación salarial de algunos agentes que cumplían funciones profesionales" (81 vta.).

4. Contra esta decisión, el Sr. Gentile interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 84/115), por afirmar que la misma violaría sus derechos constitucionales de defensa en juicio, de igual remuneración por igual tarea, de igualdad ante la ley, así como su derecho de propiedad. Asimismo, planteó la arbitrariedad del fallo recurrido.

La Cámara a fs. 129/130, decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad e imponer las costas a la vencida. Entendió que las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales, y que de las impugnaciones planteadas no surgen fundamentos para descartar la validez de la sentencia.

5. Frente a tal rechazo, el actor dedujo recurso de queja ante el Tribunal (fs. 135/151).

6. El fiscal general adjunto, al contestar la vista que le fuera conferida, consideró que no correspondía expedirse sobre la cuestión por no encontrarse comprometido el interés social ni hallarse en juego normas constitucionales o de derecho público que trasciendan el mero interés de las partes (fs. 156/157).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja interpuesta satisface los requisitos de tiempo y forma exigidos legalmente, sin perjuicio de lo cual no puede prosperar.

2. El escrito que defiende el recurso de inconstitucionalidad, pese a los esfuerzos argumentales del recurrente, 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 n° 665-CC/00— 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 (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

3. En efecto, aunque en el escrito de fs. 135/151 el recurrente afirma que ha "…señalado y desarrollado diez agravios constitucionales, precisando en cada caso todos los derechos de nivel o grado constitucional del suscripto que la sentencia dictada por la Sala II me conculcó…" (fs. 136 vta.), indicando entre ellos la afectación de los derechos de defensa, de igual remuneración por igual tarea y de propiedad, lo cierto es que toda su argumentación remite centralmente al agravio de arbitrariedad por falta de fundamentación, incorrecta aplicación de la ley y falta de valoración de la prueba aportada.

En verdad, la queja no hace más que reiterar los defectos que ya contenía 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. Ciertamente, en ninguno de los recursos existe una argumentación de tipo constitucional que supere la mera enumeración de principios y artículos de la Constitución Nacional, brindando el fundamento que un recurso de esta naturaleza requiere para su procedencia.

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", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 20 y ss.); 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.

4. Por otro lado, el actor aspira a respaldar su reclamo de diferencias salariales por erróneo encasillamiento, planteando un conflicto entre la interpretación que del dec. 922/94 efectuara la Cámara y los principios constitucionales de igual remuneración por igual tarea y de propiedad, es el propio actor quien funda sus argumentaciones en interpretaciones de los decs. 670/92 y 922/94, lo que con claridad coloca la cuestión fuera del alcance recursivo que ahora pretende (fs. 146/149).

En suma, lo que intenta obtener el recurrente no es algo distinto a que el Tribunal revise la interpretación de los citados decretos —derecho infraconstitucional— y valore las constancias probatorias de la causa para establecer si el actor ha sido o no mal encasillado en el SIMUPA, cuáles eran las tareas que desempeñaba al momento de su ingreso, si hubieron o no reuniones con el Gobierno o si la intención de las autoridades era o no poner fin al conflicto. Todas estas cuestiones resultan, en principio ajenas al remedio intentado (art. 27, LPT).

Más allá del acierto o error de la decisión recurrida, la interpretación dada por la Cámara al alcance de los decs. 670/92 y 922/94 ya mencionados aparece adecuadamente razonada y fundada en el plexo jurídico que se estimó necesario analizar y cuya aplicación fuera invocada por la propia parte actora. A ello se agrega que el actor no ha logrado controvertir el argumento central de la sentencia puesta en crisis, cual es que el dec. 922/94 no constituyó una enmienda del encasillamiento efectuado primitivamente, ni una aclaración, ni tampoco admitió la existencia de un error de la Administración efectuado en el dec. 670/92 que dio ingreso originariamente al actor al régimen establecido mediante el SIMUPA. Es precisamente la falta de prueba acerca de la equivocación que se adjudica al Gobierno, lo que impide que prospere el reclamo por diferencias salariales.

5. En suma y pese a los esfuerzos realizados por el recurrente para derivar de su planteo una cuestión constitucional y sustentar un genérico agravio de arbitrariedad, su crítica se traduce en una discrepancia con el desarrollo argumental de la Cámara que no resulta suficiente para avalar la irrazonabilidad de la interpretación dada al dec. 922/94 en cuanto a su naturaleza y al alcance de su vigencia.

Este Tribunal ha dicho desde antiguo que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga

infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros]. Al respecto, el Tribunal cimero ha establecido que "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Por las razones expuestas corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 135/151.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza del trámite, más aún cuando el contenido genérico de *arbitrariedad* que el escrito de recurso atribuye a la sentencia en crisis, me mueve a recordar que antes de ahora tengo dicho que "mi posición sobre el motivo 'arbitrariedad' es mucho más estricta que la comprensión genérica de mis colegas del TSJ 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 publico [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de institucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). Por lo demás, el recurso pretende, como lo dice bien el voto de la señora jueza del trámite, una nueva valoración probatoria, con el objeto de fijar hechos distintos a los del fallo criticado, y una nueva interpretación de reglas de derecho común (infraconstitucionales) que den razón a su interés, no otra cosa que la apertura de una tercera instancia de mérito, no incluida en la ley procesal, frente a la cual no cabe otra solución que reiterar la incompetencia del Tribunal para esa tarea. El repaso de los diez —llamados— agravios que contiene el recurso de inconstitucionalidad verifica la circunstancia apuntada, a más de que el último de esos agravios, que parece contener una regla de principio (*in dubio pro operario*), sólo se traduce en una dudosa regla de interpretación jurídica —no se trata de una regla de valoración probatoria— de una norma local, sobre cuya interpretación la Cámara no ha tenido de manera alguna la duda que parece hallar el actor. Así se advierte mi imposibilidad, en el caso, de

concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito —última instancia para valorar prueba e interpretar reglas de derecho común que contiene la ley procesal—, sentencia a todas luces fundada, cualquiera que sea su grado de acierto o desacierto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto las consideraciones vertidas en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y la solución que allí se propicia, consistente en rechazar el recurso de queja incoado por el señor Marcelo José Gentile a fs. 135/151 vta.. Ello así, puesto que, tal como lo advierte mi aludida colega, en autos no se ha logrado configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

2. Si bien el actor alega la vulneración de sus derechos de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis, C.N.), de igualdad ante la ley (art. 14, C.N.), de propiedad (art. 17, C.N.) y de defensa en juicio (art. 18, C.N.) —conf. fs. 140/vta.—, se advierte que los *diez agravios* desarrollados tienden únicamente a fundar su planteo de arbitrariedad del decisorio que pretende poner en crisis.

En lo que a este punto respecta, el accionante se agravia de la interpretación que el *a quo* efectuara del dec. 922/94 —en virtud del cual determinado personal de la Procuración General de esta Ciudad pasó a revestir, a partir del 1°/7/1994, una diferente y más favorable situación escalafonaria dentro del SIMUPA—. El recurrente sostiene que esta norma resultó una enmienda del criterio establecido en el dec. 670/92 —por el cual el personal profesional que revistaba en funciones jurídicas había sido encasillado en una categoría inferior—. Asimismo, afirma que quedó demostrado que existió un erróneo encasillamiento inicial y que, por este motivo, el dec. 922/94 sustituyó el que fuera efectuado mediante el dec. 670/92. En consecuencia, manifiesta que el nuevo encasillamiento debe entenderse operado a partir del 1°/4/1992, fecha de la categorización primigenia.

3. Ahora bien, debe señalarse que los magistrados de la Sala II hicieron expresa consideración de la pretensión esgrimida y de las normas infraconstitucionales involucradas y sobre estas cuestiones sustentaron un criterio opuesto al planteado por el actor —esto es, que no correspondía reconocer efecto retroactivo al dec. 922/94 ni el pago de las consiguientes diferencias salariales, en tanto la interpretación de sus términos no permitía entender que éste hubiese venido a enmendar error alguno en la inicial categorización—. Así las cosas, más allá del acierto o error de la conclusión a la que arribó el pronunciamiento que se pretende poner en crisis, los dichos del recurrente sólo expresan su discrepancia con lo decidido mas no logran demostrar la inconsistencia del razonamiento efectuado ni, en consecuencia, la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. En este punto, resulta oportuno des-

tacar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

La circunstancia apuntada resulta suficiente para sellar la suerte adversa del recurso articulado a fs. 135/151 vta.; máxime teniendo en cuenta que el planteo sometido a consideración de los jueces de la causa no tenía por objeto la declaración de nulidad del acto que dispuso el primer encasillamiento del actor sino la determinación del alcance temporal de la segunda y más favorable categorización, que el recurrente propugnó a partir de su interpretación de dos normas de naturaleza infraconstitucional —decs. 670/92 y 922/94—, que, vale reiterar, no fueron reputadas inválidas.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. *Recurso de queja*

a) El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma. Asimismo, logra dirigir una crítica concreta, puntual y profunda contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

b) Destaco que el actor subraya en su recurso directo "que la sentencia que rechaza el recurso de inconstitucionalidad es alarmantemente escueta" y que "si se extrajeran del mismo [del auto denegatorio] las citas jurisprudenciales, tendríamos que la decisión adoptada solo descansa en el último párrafo del considerando 5º de cuatro renglones, y en el último renglón del considerando 6º".

c) El recurrente rebate exitosamente, a lo largo de todo el recurso de hecho, la calificación del tribunal superior de la causa que entiende que el recurso de inconstitucionalidad se apoya únicamente en una mera discrepancia del quejoso con la decisión impugnada. En palabras del actor: "no se trata tan sólo de un disgusto del suscripto con el mismo [con el fallo], de una mera disconformidad, sino que, en rigor, tenemos verificado que la interpretación fue irrazonable, forzada e ilógica, a tal punto que aquello que sostuvo la Sala II resulta ser contrario a lo

que han sostenido, casi por unanimidad, todos los jueces de primera instancia del fuero cuando fallaron en casos análogos al presente, cuyas sentencias han sido citadas en el recurso de inconstitucionalidad".

d) Del mismo modo, y con buenos argumentos, el actor controvierte la afirmación de la Cámara respecto de la ausencia de caso constitucional. Gentile dice con acierto que "no es el rango que las normas que se interpretaron en el fallo poseen en la pirámide del orden jurídico el extremo que otorga viabilidad al recurso, sino la afectación de derechos consagrados en la Constitución Nacional que, precisamente esa interpretación judicial de las normas, trajo consigo" (fs. 136). Y agrega que "no sólo señaló el yerro en que incurrieron los jueces, cuando interpretaron el derecho aplicable, o negaron extremos que han sido probados en el expediente, o aplicaron normas incorrectas, sino que, en lo que aquí interesa, se precisó cada uno de los derechos consagrados en nuestra Carta Magna que han sido conculcados por ese proceder, lesión que apareció tras el confronte de las decisión judicial con muchos de los derechos consagrados en nuestra C.N." (fs. 137).

e) El auto denegatorio es, entonces, objeto de una crítica que logra ponerlo en crisis. Al resultar procedente la queja, es posible entrar en los agravios del recurso de inconstitucionalidad.

2. *Recurso de inconstitucionalidad*

a) El actor sostiene que ha planteado diez agravios de índole constitucional. Es oportuno precisar cuál es el tópico común de sus impugnaciones para determinar si ellas alcanzan para sostener el recurso interpuesto.

b) En la demanda y en cumplimiento de la carga del inc. 5º) art. 269 del CCAyT, el actor expone sucintamente el derecho en que apoya su reclamo: el principio de igual remuneración por igual tarea.

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

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

La presentación (fs. 136 del recurso) del Sr. Gentile es eficiente en este punto, ya que como bien lo indica no se trata simplemente de leer decretos y resoluciones sino de hacerlos desde la Constitución y tomando en cuenta qué derechos pueden resultar afectados. De lo contrario —como lo han señalado el actor y el juez de primera instancia (punto III de los considerando del fallo)—, sucede que entre el 1º/4/92 y el 1º/7/92 la situación escalafonaria del recurrente habría quedado en un estado de indeterminación respecto del régimen que le sería aplicable.

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

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

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

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

d) Los agravios primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo del recurso de inconstitucionalidad remiten a los aspectos que he referido en el apartado anterior. En el primer agravio se demuestra la vinculación entre el dec. 922/94 y la normativa previa, en especial con el dec. 670/92, en donde exhibe que el dec. 922/94 se autodesigna como una ampliación del dec. 670/92, con lo que aquél asumió una función extensiva y de integración sin ninguna pretensión de autonomía. Asimismo, en este agravio el actor demuestra claramente, en consonancia con los considerandos del magistrado de primera instancia, cómo el dec. 922/94 vino a corregir un error original de encasillamiento que es precisamente lo que justifica el reclamo de las diferencias salariales. Resulta correcto también, su señalamiento en cuanto a que se afecta su derecho de defensa, porque el decisorio atacado no es una derivación del

derecho positivo vigente ya que al inaplicar el principio protectorio —de claro alcance normativo y, por lo tanto, operativo— carece de fundabilidad y es nulo al infringir el sistema de fuentes (conf. art. 27, inc. 4º, CCAyT). Del mismo modo, aparece nítida la afectación del derecho de propiedad del actor: la falta del debido encasillamiento y la posterior corrección con efectos solo hacia el futuro, lo privó en forma antijurídica de las diferencias que le correspondían desde la entrada en vigencia del dec. 670/92 (1º/4/1992). Los otros agravios mencionados (tercero a décimo) son variaciones argumentativas sobre el mismo tema. Otro tanto puede predicarse de aquellos agravios dirigidos a refutar al vocal que votó por sus fundamentos.

Por lo expuesto, es procedente la queja, y debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia recurrida, con costas a la demandada. Así voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Marcelo José Gentile.

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

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

CXLVI

"GARAVENTA, LILIANA DORA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GARAVENTA, LILIANA DORA C/BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/DESPIDO'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. DESPIDO: Reincorporación. Indemnización. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Devolución de las actuaciones. Conjueces.

SUMARIOS:

1. Las cuestiones pendientes de resolución formuladas en la demanda —reincorporación de la actora, salarios caídos e indemnización por daño mo-

ral—, y otras que pudieran derivar necesariamente de ellas, como la compensación parcial de la indemnización percibida con la que pudiera corresponderle, exigen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho infraconstitucional aplicable, y son ajenas a la competencia que ejerce el Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad, y deberán ser resueltas por la Cámara al decidir nuevamente, de acuerdo con el criterio establecido por la CSJN para el caso, el recurso de apelación de la parte actora contra el fallo de primera instancia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró procedente el recurso extraordinario y ordenó devolver las actuaciones a este estrado, al TSJ sólo le compete hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, anular la sentencia dictada por el *a quo* sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y ordenar que la Sala interviniente se pronuncie nuevamente integrada por jueces distintos, de conformidad con el principio de imparcialidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde*).

3. En el ejercicio de su competencia apelada, es frecuente que la Corte Suprema se encuentre en situaciones en las que no puede resolver la contienda sino solamente sus aspectos formales, porque a diferencia de los jueces de la causa, su actuación está limitada por la reserva del art. 75, inc. 12 de la C.N., en virtud de la cual en tales supuestos la Corte revoca y devuelve las actuaciones a los magistrados que determinen las normas locales que organizan la justicia del lugar para que ellos disponga del caso observando las soluciones adoptadas en instancia federal acerca de las cuestione de esta índole. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. En atención a que todos los integrantes del Tribunal han emitido opinión sobre el fondo del asunto, lo que obsta a que sean ellos quienes nuevamente resuelvan la controversia, en resguardo del principio de imparcialidad y del derecho de defensa de las partes (art. 8º, CADH), corresponde la integración con conjueces mediante una acordada que defina un mecanismo provisorio y excepcional para su designación, a los efectos de tratar el recurso de inconstitucionalidad, con las prevenciones efectuadas por la CSJN. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 4180/05 - 17/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mediante resolución 26/96 la presidencia del Banco de la Ciudad de Buenos Aires dispuso “desvincular” a la Sra. Liliana Dora Garaventa del

banco. La Sra. Garaventa planteó el 15/9/1997, ante la justicia nacional en lo Civil, una demanda (fs. 10/23, expediente principal) dirigida contra el banco tendiente a que: *a)* se ordene su reincorporación como empleada del banco, con la jerarquía presupuestaria de Jefe de Departamento; *b)* se la indemnice por los haberes caídos desde su separación hasta su efectiva reincorporación; y *c)* se resarza del daño moral sufrido como consecuencia de la ilegítima extinción de la relación de empleo.

También solicitó, en forma subsidiaria a la reincorporación, una indemnización consistente en el pago de los salarios que corresponderían al período incluido entre su egreso y la fecha de su jubilación, más sus intereses. La actora estimó la indemnización debida como pretensión subsidiaria en la suma $ 762.997,16. En relación con este resarcimiento, se plantea en la demanda la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, por reputarlo violatorio de los arts. 14, 14 bis, 17 y 28 de la C.N., así como del principio de "afianzar la justicia" contenido en el Preámbulo.

2. El banco demandado se opuso a las pretensiones de la actora. Consideró legítima la cesantía motivada en la reestructuración del banco, con fundamento en el art. 16, inc. c) del Estatuto del Personal del Banco Ciudad, vigente desde 1992, que posibilita la separación del personal mediante pago de indemnizaciones. Agregó que la actora fue previamente indemnizada con la suma de $ 59.770,02. El demandado indicó también que la norma aplicada rige desde 1992 y no fue impugnada ni atacada de nulidad por la contraria. Sostuvo que la reforma del Estatuto fue legítima, pues se basó en el dec. PEN 1917/91, referido a la reorganización de la banca oficial. Cuestionó el derecho a la estabilidad propia, invocado por la actora, pues la modificación al régimen de estabilidad le es plenamente oponible (fs. 176/182).

3. Radicadas las actuaciones en la justicia local (fs. 312), el juez de primera instancia rechazó la demanda (fs. 397/407).

4. La actora apeló la decisión (fs. 410 y 424/437). Previo traslado a la contraria —que fue contestado a fs. 441/448—, la Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia recurrida (fs. 450/456).

5. La Sra. Garaventa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 464/477 vta.) que, luego de ser contestado por el banco (fs. 479/484), fue denegado por la Sala (fs. 486/487).

6. Contra el rechazo, la actora planteo el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 46/52 vta., expediente de queja).

7. El Tribunal, por mayoría, resolvió "*1.* Admitir el recurso de queja interpuesta —debió decir: interpuesto— por Liliana Dora Garaventa. *2.* Rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora, con costas" (fs. 66/83, expediente de queja).

8. La actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 87/101 vta.) que, previo traslado y contestación por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 104/111 vta.), fue concedido parcialmente por el Tribunal.

9. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia apelada y ordenó devolver las actuaciones al Tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido por ella, e impuso las costas a la parte vencida (fs. 127). El párrafo en que se funda la decisión expresa: "Que resulta de aplicación al *sub lite* la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente 'Madorrán', registrado en *Fallos,* 330:1989 —cuyos fundamentos y conclusiones, desarrollados en los votos concurrentes, se dan por reproducidos por razones de brevedad—, en cuanto la desvinculación de la actora se sustentó en disposiciones que autorizaron su 'despido' y que fueron incorporadas al estatuto de la demanda [*sic*] en reemplazo del régimen de estabilidad propia que regía al momento de su ingreso".

10. Recibidas las actuaciones, se llamaron los autos al Acuerdo.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Al emitir mi voto en la sentencia revocada por la CSJN sostuve que "la actora, en la demanda, planteó diversas cuestiones constitucionales, de las cuales sólo ha mantenido y replanteado en todas las instancias que la desvinculación afectó su derecho a la estabilidad en el empleo público —por tratarse de un banco que es un sujeto de carácter público del Gobierno local— y su derecho adquirido a un régimen laboral de estabilidad propia emergente del estatuto de personal vigente al momento en que ella ingresó a la institución. La actora afirma tener un derecho subjetivo a la estabilidad propia, que está amparado por la protección constitucional a la propiedad. De tal manera, funda la cuestión constitucional en los arts. 14 bis y 17 de la C.N."; con tal alcance admití la queja y consideré el recurso de inconstitucionalidad que ella planteara.

De igual forma, al conceder (parcialmente) el recurso extraordinario federal expresé que "la actora alegó que la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales en las sentencias de las instancias anteriores resultaban contrarias a derechos reconocidos por disposiciones de la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 17). En tanto la decisión del Tribunal rechazó la interpretación del derecho federal propuesta por la recurrente y los agravios formulados por

ella contra la resolución cuestionada, su insistencia respecto de la lesión de tales derechos en el recurso extraordinario federal enmarca la impugnación en el motivo descripto en el art. 14, inc. 2º, de la ley 48, en tanto se ataca la validez de un acto de la Administración local y la sentencia se pronuncia por la validez del acto, o, de otra manera, en el inc. 3º de la ley señalada, si se reputa que el recurso sólo pretende la interpretación de una cláusula constitucional. En todo caso resulta habilitada la jurisdicción apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

2. El nuevo pronunciamiento a dictar resulta acotado por decisiones anteriores: *a)* la sentencia del Tribunal, en cuanto consideró admisible la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, y *b)* el fallo de la CSJN que estableció que debe aplicarse la doctrina del precedente "Madorrán" para decidir la causa.

3. Vale la pena observar que la sentencia de la CSJN no ha advertido, a mi juicio, una diferencia sustancial entre la situación planteada en autos y el caso "Madorrán".

En el precedente que la Corte invoca, el punto 3°) de los fundamentos del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi señala: "...son ajenas al debate —esto es, se trata de una afirmación cierta y firme, base de la sentencia— las conclusiones del *a quo* relativas a que la actora debe ser calificada como empleada pública"; pertenencia a la Administración que también es señalada en el punto 4°) de los fundamentos del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, y en el punto 1°) del voto de la jueza Argibay. En esta causa, por lo contrario, quedó establecido que la relación de la Sra. Garaventa con el Banco de la Ciudad de Buenos Aires no era de derecho público, administrativo, sino de derecho privado. Así, en el punto 2, segundo párrafo de mi voto señalé: "También se dijo que la relación laboral que existió entre las partes fue de derecho privado y no administrativa, cuestión que, por resolverse sobre la base de reglas infraconstitucionales (carta orgánica del banco, LCT, estatuto, convenio colectivo), debe ser admitida como parte del sustrato sobre el que se dará tratamiento al agravio admitido". Ese criterio fue reiterado por mí en los puntos 7 ("La forma jurídica adoptada por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires no determina la forma en que deben ser considerados sus empleados. Es claro que, como ha sido detalladamente señalado por el *a quo*, las normas de la ex Municipalidad y las actuales de la Ciudad referidas a los empleados públicos no abarcan a los empleados del Banco de la Ciudad") y 8 ("En suma: la actora no estaba sometida al régimen y tutela del empleo público..."). También el juez José O. Casás se expresó en ese sentido: "*2.* En primer término, debe destacarse que ha quedado consentida la apreciación de los jueces de la causa en cuanto se afirma —a partir de la interpretación de reglas que residen

en el plano infraconstitucional— que la relación laboral entre la actora y el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, según las normas vigentes al momento del distracto, se rige por el derecho privado y no por el derecho administrativo —véanse sentencias de primera instancia (fs. 404, autos principales) y de Cámara (fs. 455, también de los autos principales)—...".

No obstante ello, la sentencia de la Corte dictada en esta causa dispuso de "aplicación al *sub lite* la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente 'Madorrán'...". A pesar de esta advertencia, la CSJN sólo ha fijado —en el caso— el criterio aplicable para juzgar la validez de las normas en que se fundó el acto que separó a la Sra. Garaventa de su empleo en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires y también el criterio jurídico para juzgar la validez del acto segregatorio en sí mismo.

4. Las cuestiones pendientes de resolución —formuladas por la actora en su demanda (reincorporación, salarios caídos e indemnización por daño moral) y otras que pudieran derivar necesariamente de ellas (compensación parcial de la indemnización percibida con la que pudiera corresponderle; intereses, etcétera)—, exigen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho infraconstitucional aplicable. Tales cuestiones, sobre las que no se han pronunciado hasta ahora las instancias de mérito según el resultado de sus sentencias, son ajenas a la competencia que ejerce el Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad, y deberán ser resueltas por la Cámara al decidir nuevamente, de acuerdo con el criterio establecido por la CSJN para el caso y ahora aplicado por el TSJ, el recurso de apelación de la parte actora contra el fallo de primera instancia.

Al TSJ sólo le compete anular la sentencia dictada por el *a quo* sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y mandar decidir nuevamente sobre él a la Sala, integrada por jueces distintos a los que decidieron anteriormente, de conformidad con el principio de imparcialidad. La Sala decidirá a mérito de la apreciación de la prueba producida en el proceso sobre estos extremos, con aplicación del criterio jurídico ya decidido por sentencia final sobre el punto.

5. A mi juicio —quizás no compartido por todos— la CSJN debería evitar dar órdenes a otros tribunales como si fueran los súbditos de un aparato burocrático organizado verticalmente, en homenaje al resguardo de la *imparcialidad* de los jueces. Ello hubiera implicado, en el caso, decidir *definitivamente* en este proceso el punto jurídico que, en verdad, resolvió y dejar para la jurisdicción local y sus leyes las implicaciones que ese criterio imponía a los tribunales locales, cosa que también hizo, aunque con lenguaje autoritario. Era sólo cuestión de admitir la queja y decidir el caso federal planteado definitivamente, revocando las sentencias locales opuestas al criterio sentado, sin obligar a una

nueva decisión sobre un recurso ya agotado, de jueces que antes opinaron en sentido contrario, aspecto que, formalmente, provoca el problema que la señora jueza Alicia Ruiz pone de manifiesto. Con ello indico que nuestra decisión reviste sólo carácter formal: vehículo para trasladar el criterio de la CSJN sobre la cuestión federal involucrada hasta los tribunales locales encargados de dar solución al caso.

6. Por lo expuesto voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. Liliana Dora Garaventa, con el alcance señalado por la CSJN en la sentencia de fs. 127, y revocar el fallo de la Sala II de la Cámara CAyT, que consta a fs. 450/456 del expediente principal; *b)* devolver las actuaciones a la Cámara para que otros jueces distintos a los que intervinieron en esa sentencia, dicten un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la actora; y *c)* imponer las costas del recurso a la parte vencida.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo sostiene en su voto el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, y más allá de la opinión del suscripto en lo que hace al tipo de relación laboral existente entre la actora y el Banco Ciudad —desde mi punto de vista, en el proceso había quedado consentida la apreciación de los jueces de la causa que la encuadraban en el derecho privado—, a partir de lo decidido en el caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 127), las cuestiones pendientes de resolución exigen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho infraconstitucional aplicable. Tales aspectos, sobre los que no se han pronunciado las instancias de mérito, resultan ajenos a la competencia que ejerce el Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso deducido ante este estrado por la Sra. Garaventa, dejar sin efecto la decisión de la Sala II, Cámara CAyT y remitir el expediente a la alzada de dicho fuero para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

No participo, en cambio, de lo expresado por mi distinguido colega en el punto 5 de su voto, pues, si bien corresponde defender decididamente las autonomías de los estados locales que integran la República y, especialmente, la independencia de sus magistrados y el ejercicio pleno de sus funciones judiciales, lo cierto es que, para lo que ahora importa, el art. 16 de la ley 48 habilita a la CSJN, al revocar una sentencia, tanto para efectuar una declaratoria sobre el punto disputado y devolver la causa para que sea nuevamente juzgada como para resolver sobre el fondo del asunto.

Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. Garaventa con el alcance decidido por la CSJN, y dejar sin efecto la decisión de la Sala II de la Cámara CAyT; *b)* devolver el expediente a la Cámara para que, por

quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por la actora, y *c)* imponer las costas del recurso a la vencida.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La Corte Suprema de Justicia dejó sin efecto la sentencia definitiva dictada por este Tribunal y ordenó la devolución de las actuaciones a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con la doctrina establecida en la causa "Madorrán" (*Fallos,* 330:1989), dictada con posterioridad al fallo que revoca.

2. En consecuencia de ello, corresponde anular la sentencia dictada por el *a quo* y ordenar que se dicte un nuevo pronunciamiento que decida las cuestiones pendientes de resolución formuladas en la demanda, las cuales, por tratarse de cuestiones propias de las instancias de mérito que no fueron analizadas con anterioridad, resultan ajenas a la competencia de este Tribunal.

Por ello, voto: *a)* haciendo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. Liliana Dora Garaventa, con el alcance señalado por la CSJN en la sentencia de fs. 127, y revocar el fallo de la Sala II de la Cámara CAyT, que consta a fs. 450/456 del expediente principal; *b)* mandando devolver las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento; *c)* imponiendo las costas del recurso a la parte vencida.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La CSJN hizo lugar al recurso extraordinario federal concedido, revocó la anterior sentencia de este Tribunal y devolvió las actuaciones para que, por quien correspondiese se dicte un nuevo pronunciamiento. El agravio que motivó esa intervención de la Corte fue el relacionado con la vulneración de la garantía de estabilidad en el empleo público, consagrada en el art. 14 bis de la C.N. El recurrente también había basado su pretensión de estabilidad en la inteligencia de haber adquirido derecho al mantenimiento de las condiciones estatutarias vigentes al momento de su ingreso como empleada del Banco Ciudad, lo que estaría amparado por la garantía de la propiedad sobre el derecho contractual y protegido por el art. 17, C.N. La Corte, desechando implícitamente las razones que este Tribunal tomó en consideración para sostener que la estabilidad no le era aplicable —a saber, que no se trata de una función administrativa sino de un servicio prestado para desarrollar en una actividad comercial en situación de libre concurrencia y sujeta al derecho privado por normas nacionales, en razón de lo cual no hubo impedimento que en ella se sustente para modificar el régimen general aplicable; aun cuando en algún momento ese hubiera contemplado una

protección mayor, puesto que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de normas generales (*Fallos,* 291:359; 300:61; entre muchos otros)—, consideró aplicable la doctrina que surge de su precedente "Madorrán" (*Fallos,* 330:1989; pronunciamiento posterior al anterior pronunciamiento de este Tribunal en autos), y mandó dictar nueva sentencia sujetando a ella la solución del pleito. El TSJ también destacó, si bien a modo de *obiter dictum,* que en el *sub judice* había quedado resuelto que la relación que vinculaba a las partes era una de empleo privado y que, además, su desvinculación había sido dispuesta en el marco de una reorganización de la estructura administrativa del banco.

2. La obligación de que las autoridades de los estados federados en el ejercicio de sus funciones acaten las decisiones de las autoridades del Gobierno nacional proviene del art. 31 y es el sistema que impone el régimen de Gobierno federal que rige en nuestro país. Los jueces provinciales son destinatarios de esa norma. En cierta manera los principales; no solamente porque sólo a ellos se refiere el art. VI, cl. 2ª de la Constitución de los Estados Unidos, que le sirvió de fuente, sino porque la declaración de inconstitucionalidad, aun de normas locales, está reservada en la visión de la Corte Suprema, a los jueces (*Fallos,* 269:243).[22] Ese artículo impone a todos los jueces locales el deber de aplicar las normas federales que constituyen la Ley Suprema de la Nación, a saber, la Constitución, los tratados internacionales, las leyes que en su consecuencia sancione el Congreso, con la reserva del art. 75, inc. 12 y el 116. Este último artículo, el 116 junto con el 117, ponen a la Corte Suprema en la cúspide de la interpretación de la suprema ley de la Nación; ese mandato se encuentra reglamentado por la ley nacional 48. En esas normas, el constituyente y legislador nacional plasmaron la solución que juriprudencialmente había sido dispuesta tiempo antes por la Corte Suprema estadounidense en los precedentes "Martín v. Hunter's Lessee" (14 U.S. 304 —1816—) y "Cohens v. Virginia"[23]

[22] En el precedente citado la CSJN sostuvo que "[c]ualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe —sin embargo— admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede".

[23] En lo que aquí importa *Mr. Chief Justice* Marshall, al pronunciar la opinión de la Corte, señaló: "[q]ue los Estados Unidos forman, para muchos, y los más importantes propósitos, una nación, no ha sido hasta ahora negado. En la guerra, somos un sólo pueblo. En lograr la paz, somos un sólo pueblo. En toda la regulación comercial somos el mismo y único pueblo. En muchos otros asuntos, el pueblo americano es uno; y el único gobierno que es capaz de controlar y manejar sus intereses en tales asuntos, es el gobierno de la Unión. Es su gobierno y, en ese carácter, ellos no tienen otro. América eligió ser, en muchos aspectos, y para muchos

(19 U.S. 264 —1821—). Para asegurarla frente a la eventual resistencia de los jueces locales, el art. 16 de la ley 48 prevé que la CSJN tendrá facultades para resolver "...sobre el fondo del asunto, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón".

En el ejercicio de su competencia apelada, es frecuente que la Corte Suprema se encuentre en situaciones en las que no puede resolver la contienda sino solamente sus aspectos federales. Ello así, porque, a diferencia de los jueces de la causa, su actuación está limitada por la reserva del art. 75, inc. 12. Cuando ocurre una de estas frecuentes situaciones, la Corte Suprema revoca y devuelve a los jueces de la causa a fin de que ellos dispongan del caso, ciertamente observando las soluciones adoptadas en instancia federal acerca de las cuestiones de esa índole.

---

propósitos, una nación; y para todos esos propósitos, su gobierno es completo; para todos esos asuntos es competente. El pueblo ha declarado, que en el ejercicio de todos los poderes dados para esos asuntos es supremo. Puede entonces, en la prosecución de esos asuntos, legítimamente controlar a todos los individuos o gobiernos dentro del territorio americano. La constitución y leyes de un estado, en tanto sean contrarias a la Constitución y las leyes de los Estados Unidos, son absolutamente nulas. Esos estados son parte constitutiva de los Estados Unidos; son miembros de un gran imperio —para algunos propósitos soberanos, para algunos propósitos subordinados [...] En un gobierno reconocidamente supremo, en lo relativo a los asuntos de vital interés para la nación, no hay nada inconsistente con el sentido común, nada incompatible con la naturaleza del gobierno, en hacer supremas a todas sus ramas, en tanto respecta a esos temas, y en tanto eso sea necesario para su cumplimiento. El ejercicio del poder de revisar por vía de apelación las sentencias de las cortes locales que puedan contravenir la Constitución o las leyes de la nación, es, creemos, esencial para el resguardo de esos asuntos".

En su idioma original: "[t]hat the United States form, for many and for most important purposes, a single nation has not yet been denied. In war, we are one people. In making peace, we are one people. In all commercial regulations, we are one and the same people. In many other respects, the American people are one, and the government, which is alone capable of controlling and managing their interests in all these respects, is the government of the Union. It is their government, and in that character they have no other. America has chosen to be, in many respects, and to many purposes, a nation, and for all these purposes, her government is complete; to all these objects, it is competent. The people have declared that, in the exercise of all powers given for these objects, it is supreme. It can, then, in effecting these objects, legitimately control all individuals or governments within the American territory. The Constitution and laws of a State, so far as they are repugnant to the Constitution and laws of the United States, are absolutely void. These States are constituent parts of the United States. They are members of one great empire —for some purposes sovereign, for some purposes subordinate […] We think that, in a government acknowledgedly supreme, with respect to objects of vital interest to the nation, there is nothing inconsistent with sound reason, nothing incompatible with the nature of government, in making all its departments supreme so far as respects those objects and so far as is necessary to their attainment. The exercise of the appellate power over those judgments of the State tribunals which may contravene the Constitution or laws of the United States is, we believe, essential to the attainment of those objects".

¿Cuál es el juez que debe conocer acerca de la contienda devuelta por la Corte Suprema? No uno que escoja la Corte federal sino aquél que determinen las normas locales que organizan la justicia del lugar. Es por ello que la Corte Suprema se limita a decidir que una nueva sentencia sea dictada "por quien corresponda".

Como sostuve en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'", expte. nº 6190/08, sentencia del 5/3/2009, "...así como la selección del juez debe ser producto de reglas, y no de criterios personales, también debe serlo su separación, para asegurar tanto la imparcialidad como el carácter natural de la asunción de competencia en el caso; o, mejor aún, para asegurar lo primero cumpliendo con lo segundo". En definitiva, no corresponde que los magistrados sean apartados o se aparten del conocimiento de causas que le fueron asignadas en virtud de reglas legislativas. El apartamiento fundado en la garantía del juez imparcial, que siempre será postulable para el interesado no debe quedarle impuesto sin su consentimiento. Ni las reglas locales, ni las que surgen de la ley nacional 48 disponen el apartamiento de los jueces a quienes es devuelto un caso luego de la intervención de la CSJN por vía de recurso extraordinario federal. En cambio, el atr. 16 de esa ley nacional sí dispone para supuestos extremos en que sus decisiones son desoídas, y sólo en esas circunstancias, la posibilidad de que la Corte Suprema resuelva el fondo del asunto o incluso ordenar la ejecución especialmente. De esta forma, se resguarda tanto la supremacía del ordenamiento federal como la autonomía de las autoridades de los gobiernos locales que no podrán desatender la decisión del órgano nacional sobre las cuestiones federales pero mantendrán su independencia para resolver los asuntos de su competencia.

3. Con respecto al derecho a la estabilidad, cuestión que motivó la intervención de la CSJN, la Cámara de Apelaciones sostuvo que el actor no tenía derecho al mantenimiento de un régimen general y que, por ello, no podía pretender seguir amparado por un estatuto de personal que ya no se encontraba vigente. Luego, recordó que —en ese momento— "...el criterio sustentando por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que estabilidad consagrada por el art. 14 bis de la C.N. es impropia, pues el agente separado del cargo por la autoridad administrativa no tiene derecho a ser reincorporado aun cuando puede reclamar la indemnización correspondiente (*Fallos,* 310:1065), como así también que la estabilidad no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función, sino el derecho a un equitativo resarcimiento (*Fallos,* 310:1258)".

La forma en que fueron resueltas las cuestiones planteadas en la causa y los agravios que motivaron la intervención de este Tribunal, llevaron a que se trate la cuestión relativa a la vigencia de la garantía de estabilidad del empleo

público y, en líneas generales, se confirme la sentencia del *a quo*. Esa cuestión, por lo demás tenía la capacidad de hacer útil la intervención de este estrado, toda vez que resolvía el caso traído a conocimiento y dejaba sentada la postura de la máxima autoridad local en una materia controvertida, intervención que no hubiera podido ser soslayada ante la necesidad de tratar la cuestión que reseñaré a continuación.

4. Resulta útil, a esta altura del desarrollo de la causa, repasar cuál es el régimen normativo al que estuvo sujeta la relación jurídica trabada entre las partes. La actora ingresó el 9/3/1976 a desempeñarse en el BCBA. Para ese entonces, conforme al plenario "Wulff" ("Wulff, Carlos E. v. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", Cámara Nacional Civil en pleno, 14/3/2001), el contrato se regía por el Convenio Colectivo 18/1976, cuyo art. 1° menciona al BCBA entre los empleadores alcanzados por él. Esta era una norma nacional que no podía ser ignorada ni por la demandada ni por las autoridades locales de la entonces Municipalidad de Buenos Aires. Con posterioridad, el 18/9/1991, el dec. nac. 1917/91 sujetó el empleo en bancos oficiales nacionales (entre los que se encontraba el demandado), a un régimen estatutario que se completaba con normas del directorio que en virtud de las competencias que el propio decreto otorgaba a esas entidades. Vale recordar que la vigencia de los convenios colectivos quedó suspendida por la ley nacional 22.425 (1981), suspensión luego levantada por la 23.862 (1990). En el marco resultante, la Resolución de Directorio 1487 de 1992 estableció un nuevo estatuto, emitido en ejercicio de competencias delegadas por un decreto, dictado en ejercicio de facultades delegadas en el PEN, a su vez, por las leyes nacionales 23.696 y 23.697.

En tales condiciones, la aplicación de la doctrina "Madorrán" a esta clase de vínculo jurídico viene a eliminar el derecho que reconoce el CCT 18/76 a los bancos oficiales en lo que hace a la extinción del vínculo. La situación presenta, sin embargo, un matiz significativo respecto de la que llevó a declarar "nulo e inconstitucional" el art. 7º el CCT 56/92 en lo que hacía a la estabilidad impropia de los servidores públicos que se desempeñen en las aduanas. Las aduanas no actúan en un mercado sujeto a competencia; es más, sólo existen aduanas nacionales. Ello lleva a que las normas que rijan la prestación de servicios personales en esa repartición sean aplicables a un único empleador. En el caso que nos ocupa, el despido fue compensado conforme un sistema de normas provenientes de un convenio colectivo homologado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

La doctrina "Madorrán" prevé la estabilidad propia de los trabajadores a los que alcanza. Esa estabilidad puede ser disminuida en situaciones excepcionales. En el supuesto del empleo público regido por leyes referidas solamente a esta modalidad de prestación de servicios personales, es la ley la que, apelando a la situación de excepción, puede disponer la disminución momentánea de la

estabilidad y la compensación que correspondiere a la extinción del vínculo. El supuesto que nos ocupa tiene los matices que he venido comentando. De hecho, así lo resaltó el Procurador Fiscal ante la CSJN (fs. 124/126) cuando dictaminó a favor de confirmar el anterior pronunciamiento de este estrado. No es el legislador local el que regula la relación jurídica sino que es la Nación la que asume la competencia de hacerlo. La respuesta a la situación excepcional queda sujeta a la decisión local, pero ella no puede apartarse de las normas que surgen de la aplicación de la legislación nacional a los pactos de los representantes de trabajadores y empleadores de la actividad. Aplicada la doctrina "Madorrán" al *sub lite*, no cabe ejercer el derecho a despedir con indemnización salvo en una situación excepcional, en cuyo supuesto la compensación no puede ser escogida por el legislativo local sino que ha de ser la que el convenio colectivo manda.

5. Los jueces de mérito establecieron en el momento oportuno, y ello no fue motivo de agravio, que la Sra. Garaventa fue cesanteada en virtud de una norma de alcance general que preveía la reestructuración del banco demandado. De ello se desprende que la cesantía —dispuesta por la Resolución de Presidencia 26/96, convalidada por la resolución del directorio 1472/96— que viene siendo cuestionada, resulta compatible con la doctrina sentada por la CSJN en "Madorrán". La sentencia de primera instancia, expresamente confirmada por la de Cámara en este punto (fs. 453 vta.), sostuvo que "...el dec. 1917/91 [...] dispuso la reorganización del sistema bancario oficial, del cual formaba parte el Banco de la Ciudad. En los considerandos de esa medida se estableció la necesidad de compatibilizar 'el plantel de agentes a las necesidades reales de cada institución, las que habrán de surgir de dicha reestructuración' (considerando segundo) e invocaba otros beneficios que se seguirían de tal reestructuración.// El art. 5º del decreto mencionado establecía que los órganos de conducción de las entidades bancarias a reestructurar procederían a 'derogar, o en su caso a modificar, las disposiciones vigentes de los Estatutos de Personal, a fin de adecuarlos a la Ley de Contrato de Trabajo, Ley de Emergencia Económica, Ley de Reforma del Estado y sus decretos reglamentarios y a las disposiciones del convenio colectivo de trabajo aplicable'.// Con esta base, el Directorio de la entidad demandada aprobó, por conducto de la resol. 1487/91, el nuevo Estatuto de Personal del Banco actualmente en vigor" (fs. 400 vta. del expte. principal). Luego agregó que "[f]ue en ese contexto normativo que se produjo la modificación de la estructura orgánica del Banco. En tal sentido, el Directorio entendió que dicha estructura 'de acuerdo a su diseño actual, no se ajusta a las nuevas políticas crediticias, administrativas y operativas a implementar' por ese cuerpo. En función de ello, se estimó necesario delegar en el Presidente del Directorio 'la tarea de reorganizar los niveles de conducción del Banco, redimensionando su estructura y desvinculando del mismo a aquellos funcionarios que no guarden el perfil necesario para implementar las nuevas

políticas en las cuales está empeñada esta conducción'. Con ese fundamento se autorizó al titular de la entidad a 'tomar en forma urgente las medidas conducentes a reformar la estructura organizativa actual del banco y a desvincular de la institución a los funcionarios y empleados que sea menester, y dar traslado a los funcionarios y empleados que sean necesarios para cumplir con los objetivos fijados' (véase art. 1º de la resol. 1159/96).// En ejercicio de esta autorización, el Presidente del banco 'desvinculó', entre otros agentes, a la pretensora de autos..." (fs. 401 del expte. principal).

6. Al mandar a dictar nuevo pronunciamiento aplicando la doctrina "Madorrán", la CSJN soslayó implícitamente el marco descripto más arriba; a pesar del tratamiento que había merecido en las instancias previas. De esa forma, la CSJN no trató las cuestiones relacionadas con el tipo de relación que vinculaba a las partes, así como tampoco la existencia de una reestructuración capaz de justificar la desvinculación de la actora aún en el caso de que se tratase de una relación de empleo público. Así las cosas, deben suponerse que esas argumentaciones no fueron propuestas en forma adecuada a criterio de la Corte Suprema.

7. Consecuentemente, corresponde sentenciar observando lo dispuesto por la CSJN, en cuanto a que la Sra. Garaventa no pudo ser desvinculada en la forma en que lo dispuso el BCBA pues gozaba de estabilidad propia. La demanda suma a la pretensión de ser reincorporada una pretensión indemnizatoria, para lo que es necesario establecer cuestiones de hecho ajenas, como principio, a la competencia de este Tribunal, por lo que la causa debe ser devuelta a la Cámara CAyT para que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a lo dispuesto por la CSJN, conforme lo reseñado más arriba.

Por ello, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 450/456 y reenviar para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto. Costas a la vencida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia definitiva que el Tribunal Superior de Justicia dictara en los presentes actuados, por entender que "resulta de aplicación al *sub lite* la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente 'Madorrán', registrado en *Fallos,* 330:1989 —cuyos fundamentos y conclusiones, desarrollados en los votos concurrentes, se dan por reproducidos por razones de brevedad—, en cuanto la desvinculación de la actora se sustentó en disposiciones que autorizaron su 'despido' y que fueron incorporadas al estatuto de la demanda en reemplazo del régimen de estabilidad propia que regía al momento de su ingreso".

En consecuencia, la CSJN ordenó devolver los autos al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que, por quien corresponda, fuera dictado un nuevo pronunciamiento "con arreglo a la presente".

2. Anulado el fallo del Tribunal, sólo está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad, ya que la queja que fuera admitida en estos estrados no puede volver a ser objeto de tratamiento en esta instancia. Si se retrotrajera el trámite a la consideración del recurso de hecho, se incurriría en *reformatio in peius* en contra de la actora, quien pese a haber triunfado ante la Corte Suprema de Justicia, quedaría en peores condiciones que antes de interponer recurso extraordinario federal.

3. Sucede que en el caso todos los integrantes del Tribunal han emitido opinión sobre el fondo del asunto, lo que obsta a que sean ellos quienes nuevamente resuelvan la controversia, en resguardo del principio de imparcialidad y del derecho de defensa de las partes (art. 8º, CADH). Corresponde, entonces la integración con conjueces a los efectos de tratar el recurso de inconstitucionalidad, con las prevenciones efectuadas por la CSJN.

4. Ahora bien, el art. 24 de la ley 7 prevé la designación de diez conjueces "con iguales requisitos y procedimiento que los previstos para ser juez o jueza del Tribunal Superior de Justicia".

La previsión legal no ha sido satisfecha por los órganos constitucionalmente competentes (Poder Ejecutivo y Legislativo locales), razón por la cual es imperioso decidir de qué modo deberá convocarse a los jueces que entenderán en este expediente.

Insisto en destacar que están en juego principios y derechos de jerarquía constitucionales —imparcialidad y defensa en juicio ya mencionados— como también el de acceso a la justicia. Es deber de los jueces asegurar la efectividad de estos principios y derechos que son plenamente operativos, aun sin la debida reglamentación de detalle de nivel infraconstitucional.

El Tribunal Superior de Justicia, entonces frente a la inactividad de los otros poderes públicos, deberá establecer las reglas correspondientes, aún de manera transitoria. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el reciente caso "Halabi" (CSJN, H. 270. XLII; rex "Halabi, Ernesto c/P.E.N. —ley 25.873 dec. 1563/04— s/amparo-ley 16.986", 24/2/2009), recordando la doctrina sentada en el caso Siri, ha expresado "…que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

5. Una situación como la referida habilita al Tribunal para que, mediante acordada defina un mecanismo provisorio y excepcional de designación de conjueces, consistente en convocar a los presidentes de las cámaras en lo CAyT y PCyF y a otros tres camaristas elegidos por sorteo, del que serán excluidos quienes ya hubiesen intervenido en el juicio.

Dictada la acordada se comunicará a las partes, a los presidentes de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo y Tributario y Penal, Contravencional y de Faltas, al Sr. Jefe de Gobierno y a la Legislatura de la CABA. Así voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. Liliana Dora Garaventa, con el alcance señalado por la CSJN en la sentencia de fs. 127.

2º. *Revocar* el fallo de la Sala II de la Cámara CAyT, que consta a fs. 450/456 del expediente principal.

3º. *Devolver* las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento.

4º. *Imponer* las costas del recurso a la parte vencida.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

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

CXLVII

"SASTRE, GRACIELA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/SASTRE, GRACIELA S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Juicio ejecutivo. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. OBLIGACIÓN TRIBUTARIA: Prescripción. Plazos. Código Civil. Interpretación de normas infraconstitucionales. POTESTAD TRIBUTARIA.

SUMARIOS:

1. Resulta procedente el recurso de queja si en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad los magistrados se internaron en el campo de la

fundabilidad de ese remedio procesal, excediendo con ello el control de admisibilidad que les compete. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. En principio las decisiones dictadas en el marco de procesos ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo, pero dicha regla puede ceder ante la existencia de gravamen irreparable, que invocado y debidamente probado, permite equiparar la decisión impugnada a sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad cuando el interesado no aporta argumentos suficientes respecto de porqué la decisión en crisis lo priva de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos, le impide el replanteo de la cuestión en otro juicio o le causa gravamen de imposible o insatisfactoria reparación ulterior, incurriendo así en una omisión que en función del principio dispositivo, no puede ser suplida por el Tribunal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Si la decisión que mandó llevar adelante la ejecución fiscal desestimó la defensa de prescripción opuesta por la demandada, la discusión sobre el punto no puede ser revisada en el procedimiento ordinario posterior, consecuencia que permite equiparar lo resuelto a una sentencia definitiva y torna admisible el recurso de queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

5. El poder tributario asiste, con relación a diversas categorías de hechos imponibles, tanto a la Nación como a las Provincias, y si en el marco de las normas de la Constitución Nacional la atribución de legislar acerca de la prescripción de obligaciones fiscales locales no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta del conjunto de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada estado federado, y fue reconocida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el constituyente de 1994. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El Código Civil no trata la prescripción de las obligaciones tributarias, ya sean nacionales o provinciales, y la legislación local está respaldada por el art. 124 o bien por el 126, ambos de la Constitución Nacional, interpretación que no es revisable por lo jueces federales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano.)*

7. Si la sentencia del *a quo* consideró que el núcleo del litigio consiste en determinar la competencia local o federal a los fines de la regulación de instituto de la prescripción tributaria, pronunciándose por la norma local, queda planteada una cuestión constitucional que torna formalmente admisible el recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. La pretensión de que se aplique la prescripción quinquenal prevista en el art. 4027, inc. 3º del CC a expensas de la contemplada en la ley 19.489 no puede prosperar en atención a la autonomía dogmática del derecho tributario, predicable tanto en el orden federal como local; a la unidad de legislación común; a la afectación del principio de igualdad esencial entre el Estado nacional y las provincias como entes gubernativos; al quebrantamiento de la actual unifor-

midad de legislación sobre prescripción tributaria, a tenor de las disposiciones análogas de la ley 11.683; a que la ley local 19.489 ha sido sancionada por el órgano titular con la atribución de dictar los Códigos de fondo; y a que se convertiría en Ley Suprema una interpretación sólo posible y no pacífica de un artículo del CC para menoscabar la autonomía de los estados locales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Corresponde rechazar el recurso de queja si al oponer y fundamentar la excepción de prescripción liberatoria, la ejecutada no planteó la cuestión constitucional relacionada con la incompetencia del Estado local para regular esa materia, con lo que impidió su tratamiento por los jueces de mérito, y al no haber pronunciamiento del tribunal superior de la causa, este Tribunal no se encuentra habilitado para expedirse al respecto (art. 27 de la ley 402). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. En los procesos judiciales donde se debaten cuestiones de índole exclusivamente patrimonial, de naturaleza disponible para las partes, el principio dispositivo opera como un límite estricto al poder de los jueces, y en consecuencia, si no hubo un expreso y oportuno pedido por parte de la ejecutada, de declarar la inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 671, hacerlo de oficio implicaría una extralimitación en las funciones del Poder Judicial y una violación del equilibrio procesal de las partes, con la consiguiente vulneración del derecho al debido proceso de la ejecutante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

11. Si la cuestión en debate gira en torno a la interpretación y aplicación al caso concreto de normas infraconstitucionales —las que regulan la prescripción de las acciones tributarias y las tasas de interés aplicables— sin que haya sido demostrado que exista una estrecha vinculación entre la decisión de la Cámara y algún derecho o principio constitucional, no se puede admitir el progreso de la pretensión recursiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. Carecen del carácter de sentencia definitiva, por regla general, todas aquellas decisiones tomadas en procedimientos ejecutivos, en especial aquellas que rechazan excepciones y mandan llevar adelante la ejecución. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*

Expte. n° 6204/08 - 16/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA inició ejecución fiscal contra Graciela Sastre, reclamándole el pago de la suma de $ 95.684,95 —saldo al 30/6/2002—, en virtud de la cadu-

cidad del plan de facilidades normado por el dec. 1708/97, resol. 801/SHyF/00, Módulo 802, solicitud de acogimiento 121496 (fs. 54/56).

2. La ejecutada opuso excepciones de prescripción, inhabilidad de título y defecto legal (fs. 57/61), cuyo traslado fue contestado por el GCBA, quien solicitó su rechazo (fs. 62/74).

3. La señora jueza de primera instancia dictó sentencia rechazando las excepciones opuestas por la demandada, con costas a la vencida (fs. 75/78).

4. La ejecutada interpuso y fundó el recurso de apelación (fs. 1/8), que fue contestado por el GCBA (fs. 9/21).

5. La Sala I de la Cámara CAyT resolvió rechazar la apelación deducida, con costas a la vencida (fs. 22/26).

6. La ejecutada cuestionó dicha decisión mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 27/30), que fue contestado por el GCBA (fs. 31/43) y declarado inadmisible por la Cámara, quien consideró que no se configuraba un supuesto de "sentencia arbitraria" ni un caso constitucional (fs. 44/45).

7. Contra dicha denegatoria, la ejecutada interpuso recurso de queja (fs. 47/50).

8. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propició rechazar la queja (fs. 85/87).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la ejecutada fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), y cuestiona la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera contra una sentencia de carácter definitivo —en lo referente a la prescripción de la acción—, sin perjuicio de lo cual debe ser rechazado ya que, como acertadamente destacó la Cámara, no logró plantear en debida forma ni en la oportunidad correspondiente un genuino caso constitucional.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. Cabe realizar ciertas reflexiones preliminares sobre la concurrencia del requisito de "sentencia definitiva", previsto en el art. 27 de la ley 402.

Como principio general, las sentencias que se dicten en el marco de procesos ejecutivos no revisten carácter definitivo, habida cuenta la posibilidad con que cuentan las partes de debatir la "causa" de la obligación en un posterior juicio de conocimiento, lo que puede modificar las conclusiones a las que se arriben en el juicio ejecutivo.

Sin embargo, este principio admite excepción cuando el fallo recaído en el proceso de ejecución adquiere eficacia de cosa juzgada en sentido material, y frustra por consiguiente la posibilidad de todo replanteo ulterior en el juicio de conocimiento (Palacio, Lino Enrique: *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, p. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992).

En el presente supuesto, el rechazo de la defensa de prescripción deducida por la ejecutada resuelve dicha cuestión en forma definitiva e impide su posterior replanteo, ya que la Cámara analizó y desestimó dicho planteo por resultar *sustancialmente improcedente,* y no por exceder los límites cognoscitivos del proceso ejecutivo.

3. En su recurso de inconstitucionalidad, la ejecutada sostuvo que la resolución de Cámara, que rechazó la apelación deducida contra la sentencia de primera instancia —que, a su vez, desestimó las excepciones opuestas y mandó llevar adelante la presente ejecución—, era arbitraria por los siguientes fundamentos:

La Cámara consideró que los cuestionamientos contra la ley 671 habían sido planteados tardíamente, recién al fundar la apelación contra la sentencia de primera instancia (y no al plantear excepciones), lo que impedía su consideración por la alzada en virtud del principio de preclusión. El recurrente manifiesta que ello es erróneo, porque *i)* en la demanda la ejecutante no invocó dicha norma, sino que recién la introdujo al contestar la excepción de prescripción, por lo que la primera oportunidad procesal que tuvo la demandada para requerir un pronunciamiento al respecto fue al fundar su recurso de apelación; *ii)* opuso excepción de prescripción basándose en la falta de competencia de los poderes locales para legislar sobre la prescripción tributaria, lo cual supone la falta de aplicación de las normas que versan sobre dicha materia, entre las que se encuentra la ley 671; y *iii)* la Cámara omitió considerar la jurisprudencia que dispone no la facultad sino la obligatoriedad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de normas que contradigan el texto constitucional, como el fallo dictado por la CSJN el 19/8/2004 en autos "Banco Comercial de Finanzas S.A.".

La Cámara estimó que la autonomía del derecho tributario y el régimen federal justifican la competencia local para regular la prescripción de los tributos, pero, según el recurrente, nada de ello justifica el apartamiento de la normativa específica en materia prescriptiva que contiene el Código Civil, por

lo que debería aplicarse el criterio de la CSJN en autos "Filcrosa" (sentencia del 30/9/2003).

La Cámara no trató la cuestión planteada por la recurrente relativa a los intereses, que cuestiona por ser abusiva la tasa, por haberse practicado anatocismo y por haberse calculado intereses compuestos sobre intereses aún no corridos.

4. Con respecto al planteo de prescripción de la acción, vale destacar que fue deducido por vez primera al oponer excepciones (véase fs. 57/58, apart. II.b), pero allí la ejecutada no planteó la incompetencia local para regular la prescripción de las acciones tendientes a exigir el cobro de tributos locales.

Lo que hizo la ejecutada fue expresar que, si se aplicara la normativa nacional —art. 4027, inc. 3º, Cód. Civil— o la normativa local —art. 68 del C.F.—, como ambas disposiciones consagran el plazo quinquenal de prescripción, al momento de interponer la presente acción ejecutiva dicho plazo se habría vencido.

El error en que incurrió la ejecutada fue no advertir oportunamente la incidencia que tendría en su planteo la aplicación del art. 13 de la ley 671 (publicada en el *BOCBA* nº 1330 del 30/11/2001), que dispone lo siguiente: "Suspéndase por el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley la prescripción de las deudas impositivas". Pero la ley 671 es una norma sancionada, promulgada y publicada en el *Boletín Oficial de la Ciudad*, que se presume conocida por todos —y, especialmente, por los profesionales del derecho— en virtud de lo dispuesto en el art. 20 del Cód. Civil.

Por lo tanto, como la ejecutada no podía alegar el desconocimiento de la ley 671 al presentar y fundar las excepciones, si consideraba que dicha norma era inconstitucional porque la Ciudad era incompetente para regular la prescripción de las acciones tributarias, debió haberlo planteado en ese momento, por tratarse de la primera oportunidad posible, y así permitir que la señora jueza de primera instancia se pronuncie al respecto.

La recurrente alega, en el recurso de inconstitucionalidad (véase fs. 28 vta./29), que como la ejecutante no invocó la ley 671 al iniciar la demanda sino recién al contestar la excepción de prescripción, la primera oportunidad procesal que tuvo para requerir un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la ley 671 fue al fundar su apelación contra la sentencia de primera instancia. Pero ello es erróneo: la ejecutada, si plantea la excepción de prescripción, debe fundamentar adecuadamente por qué considera que la acción ha sido iniciada extemporáneamente, invocando y analizando las normas aplicables, y fundamentando por qué una determinada disposición no debe aplicarse por ilegítima. O en otras palabras, a quien correspondía la carga de invocar y probar que la acción estaba prescripta era a la ejecutada, y si para lograr su cometido

debía plantear la inconstitucionalidad de la ley 671, debía hacerlo al oponer la citada excepción.

En síntesis, al oponer y fundamentar la excepción de prescripción liberatoria, la ejecutada no planteó en ningún momento la incompetencia del Estado local para regular dicha materia, no hay un solo argumento en tal sentido, contrariamente a lo que manifiesta la recurrente a fs. 29, apart. I.b.2). Recién lo hizo al fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (véase fs. 1/8), pero ello constituye una reflexión tardía.

La falta de interposición oportuna del caso constitucional impidió su tratamiento por parte de los jueces de mérito, y al no haber pronunciamiento por parte del tribunal superior de la causa, este Tribunal no se encuentra habilitado para expedirse al respecto (conf. art. 27 de la ley 402).

5. La presunta obligación de declarar la inconstitucionalidad de oficio de normas violatorias del texto constitucional, siguiendo los lineamientos expuestos por la CSJN en "Banco Comercial de Finanzas", no puede extenderse automáticamente a todos los supuestos y respecto de cualquier norma, máxime cuando esta doctrina aún no está consolidada.

La recurrente debería haber fundamentado por qué consideraba que en este caso particular los jueces estaban obligados a declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 671, para lo cual no bastaba simplemente invocar el citado precedente de la Corte. Esta ausencia de una sólida argumentación, exigible cuando se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una ley (*ultima ratio* del ordenamiento jurídico), quita seriedad y contundencia al recurso.

Y por otra parte, en los procesos judiciales donde se debaten cuestiones de índole exclusivamente patrimonial, de naturaleza disponible para las partes, como ocurre en este caso, el principio dispositivo opera como un límite estricto al poder de los jueces. De tal manera, si no hubo un expreso y oportuno pedido, por parte de la ejecutada, de declarar la inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 671, hacerlo de oficio implicaría una extralimitación en las funciones del Poder Judicial y una violación del equilibrio procesal de las partes, con la consiguiente vulneración del derecho al debido proceso de la ejecutante.

6. Sin perjuicio de lo expuesto, y a mayor abundamiento, cabe destacar que la cuestión propuesta por el recurrente ya fue tratada por este Tribunal en "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'", expte. nº 2192/03, resolución del 17/11/2003, donde el Tribunal consideró que el Estado porteño resulta competente para regular la prescripción de las acciones tendientes al cobro de tributos locales.

7. En cuanto al cuestionamiento a los intereses, resulta erróneo lo dicho por el recurrente (a fs. 30 y vta.), ya que la Cámara no omitió analizar su planteo, sino que lo hizo y rechazó brindando argumentos que no pueden ser calificados como "arbitrarios".

En tal sentido, la Cámara desestimó la invocación del carácter abusivo de las tasas aplicables (véanse fs. 24/25, considerandos X a XII), por considerar que "...no es admisible hacer valer, en materia de intereses por deudas tributarias, idénticos principios a los que regulan esta cuestión en otro tipo de créditos, ya que las mayores tasas que se admiten se justifican por el necesario estímulo para el pago puntual y exacto de los tributos y por la función que cumple la recaudación de los recursos públicos en el funcionamiento del Estado, aspecto que pesa sobre todos los contribuyentes..." (fs. 24 vta.). Si al recurrente no le satisfacía esta argumentación, debió haberla rebatido mediante argumentos serios y de índole constitucional, cosa que no hizo.

Y con respecto al presunto anatocismo e indebido cálculo de los intereses, el planteo carece de fundamentación, y tampoco lo relaciona con normas o principios de jerarquía constitucional. En su recurso de inconstitucionalidad, la ejecutada sostiene que "...se ha practicado anatocismo y se han calculado intereses compuestos sobre intereses aún no corridos..." (fs. 30), pero luego no desarrolla ni fundamenta esta aseveración, ni tampoco demuestra de qué manera ello compromete cláusulas constitucionales. Y la remisión al memorial de la apelación contra la sentencia de primera instancia no suple esta falencia, ya que, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del recurso extraordinario federal, mediante conceptos trasladables al recurso de inconstitucionalidad —que también debe ser "autosuficiente"—, "...la adecuada fundamentación autónoma del recurso extraordinario no se satisface con la remisión a escritos anteriores..." (*Fallos,* 286:133).

8. En resumen, la cuestión en debate gira en torno a la interpretación y aplicación al caso concreto de normas infraconstitucionales —las que regulan la prescripción de las acciones tributarias y las tasas de interés aplicables—, sin que haya sido demostrado que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y algún derecho o principio constitucional. Esta falencia impide el progreso de la pretensión recursiva del GCBA, ya que el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

Resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina del Tribunal según la cual "[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente (...) ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los

pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, p. 20 y ss.).

Asimismo, en cuanto a la tacha de arbitrariedad deducida por el recurrente, constituye una mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*, una apreciación puramente genérica de la recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado sin fundamentación suficiente. Y que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al pronunciamiento de la señora jueza del trámite. Empero, deseo agregar que se trata de una de aquellas decisiones que la jurisprudencia del TSJ y mi propia posición han rechazado como objeto del recurso interpuesto, por no constituir *sentencia definitiva*. Carecen de esa calificación, por regla general, todas aquellas tomadas en procedimientos ejecutivos, en especial aquellas que rechazan excepciones y mandan llevar la ejecución adelante (conf.: "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, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. VI, 2004/A, sentencia del 7/4/2004, p. 268 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Giuseppino S.R.L. s/ejecución fiscal'", expte. nº 3037/04, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. VI, 2004/B, sentencia del 1º/9/2004, p. 795 y ss.; "GCBA c/Club Mediterranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2133/03, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. V, 2003, sentencia del 27/5/2003, p. 311 y ss.; "Asociación Civil Hospital Británico de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hospital Británico de Buenos Aires s/ejecución fiscal'", expte. nº 2816/04, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. VI-A, 2004/A, sentencia del 16/6/2004, p. 532 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Correa Luna S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Secretaría de Educación) s/demanda contra aut. adm. — otros'", expte. nº 1874/02, *Constitución*

y Justicia [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. IV, 2002, sentencia del 20/11/2002, p. 634 y ss., entre muchos otros).

En razón de lo expuesto, corresponde rechazar la queja planteada por Graciela Sastre.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

1. El recurso directo fue interpuesto en tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente de la resolución de fs. 44/45, vistos los términos en que la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad.

En el auto denegatorio, los magistrados señalaron que no se había planteado un caso constitucional ni se estaba frente a una sentencia arbitraria. La quejosa advierte con acierto (fs. 48 vta./49) que la Sala I "(...) de cumplir solamente con su función de control de admisibilidad del recurso, se ha transformado en 'juez del recurso'".

En consecuencia, en tanto el *a quo* se internó en el campo de la fundabilidad del recurso de inconstitucionalidad excediendo el control de admisibilidad que le compete, la queja, tal como ha sido planteada, se torna procedente.

Recurso de inconstitucionalidad

2. El art. 27 de la ley 402 dispone que: "El recurso de inconstitucionalidad se interpone *contra las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa (...)" (el destacado es propio).

El recurso de inconstitucionalidad deducido por la accionada cuestiona la sentencia de la Cámara que confirmó la decisión de primera instancia que rechazó las excepciones opuestas por aquélla y mandó llevar adelante la ejecución fiscal promovida contra Graciela Sastre.

En principio, las decisiones dictadas en el marco de procesos ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo pero dicha regla puede ceder ante la existencia de un gravamen irreparable.

Por lo tanto, correspondía a la demandada invocar y probar las circunstancias que a su criterio permitieran equiparar la resolución impugnada a una sentencia definitiva. Sin embargo, en la presentación en examen no se dedica una sola línea a intentar acreditar el cumplimiento del referido requisito de admisibilidad formal, lo que sella la suerte adversa del recurso.

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. n° 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".

3. La ausencia de sentencia definitiva define la suerte del recurso de inconstitucionalidad y no exige otro fundamento. Sin embargo, y a mayor abundamiento destaco que la recurrente no logró formular oportunamente cuestión constitucional alguna, como fuera señalado por la señora jueza de trámite (aparts. 1, 4, y 7 de su voto).

4. Por lo expuesto, voto por: *a)* admitir la queja de fs. 47/50 y *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 27/30 vta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El pronunciamiento que mandó llevar adelante la ejecución fiscal instada contra la recurrente no constituye, por regla, la sentencia definitiva a que alude el art. 27 de la ley 402. Sin embargo —tal como señala mi colega jueza de trámite Ana María Conde—, en tanto esa decisión desestimó la defensa de prescripción opuesta por la demandada, la discusión sobre el punto no podrá ser revisada en el procedimiento ordinario posterior y ello justifica equiparar la sentencia cuestionada a una definitiva (conf. TSJ *in re* "Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal'", expte. nº 3137/04, sentencia del 22/12/2004 y *mutatis mutandi Fallos,* 271:158; 314:1656; 315:49 y 323:3401, entre otros).

2. Además, el pronunciamiento a cuya revisión se aspira rechazó el derecho que la recurrente funda en el art. 31 de la C.N., a partir de la inteligencia asignada por el *a quo* a las cláusulas que organizan el régimen federal y reservan para la órbita nacional exclusivamente los poderes delegados por las jurisdicciones locales, entre los que no se encontraría la potestad para legislar en materia tributaria (arts. 1º, 121 y 129 de la C.N.). En este aspecto, entonces, aparece configurado un típico caso constitucional, relativo a una cuestión federal, por estar en juego la interpretación y aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional.

3. El debate constitucional al que remiten los agravios de la recurrente, básicamente desplegados a partir de la invocación del precedente de la CSJN recaído en la causa "Filcrosa" (fs. 29), encuentra acabada respuesta en las consideraciones que desarrollé al votar *in re* "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3275/04, sentencia del 23/2/2005. En esa oportunidad, mi postura coincidió con la ya adoptada por este Tribunal en "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos

Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'", expte. nº 2192/03, sentencia del 17/11/2003. Los argumentos vertidos en los precedentes indicados, cuya copia se agregará para formar parte integrante de este voto, y a los que remito en honor a la brevedad bastan para fundar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte demandada.

4. En cuanto al resto de las objeciones formuladas en la queja, coincido con la jueza de trámite, mi colega Ana María Conde, cuando propicia rechazarlas.

Ello así, porque por un lado, remiten al análisis de temas tanto de derecho infraconstitucional local como de hecho y prueba ajenos a la vía intentada (cómputo de los intereses aplicados a la deuda perseguida). En este aspecto, aunque el recurrente denuncia la arbitrariedad de la sentencia que admitió la ejecución fiscal, luego no demuestra que el pronunciamiento incurra en contradicciones o despliegue argumentos insostenibles. Más allá de su acierto o error, el *a quo* señaló por qué los accesorios en materia de deudas tributarias no se rigen por los principios aplicados a otros tipos de créditos, relacionando el punto tanto con la antigüedad de los impuestos que originan el reclamo de autos, como con el impacto que esa deuda proyecta en la normal percepción de la renta pública.

Por otro, la impugnación relativa a la ausencia de determinación del capital original comprometido en este pleito, no demuestra que lo decidido por la sentencia atacada irrogue perjuicios irreparables o restrinja la defensa ulterior de los derechos que se estiman comprometidos.

En consecuencia, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad con el alcance que surge del punto 3.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer término, como lo sostiene la señora jueza de trámite en su voto y ya he tenido oportunidad de dejarlo expresado en anteriores pronunciamientos (conf. "Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal'", expte. nº 3137/04, sentencia del 22/12/2004), es preciso señalar que si bien, en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen la sentencia definitiva exigida para la procedencia del recurso de hecho (conf. art. 27 de la ley 402), en el *sub judice* se debe tener en cuenta que el pronunciamiento que no hizo lugar a la excepción de prescripción no podrá ser revisado en un juicio ordinario posterior, por tanto, corresponde equipararlo a sentencia definitiva tal como

lo tiene decidido el Máximo Tribunal, para quien, las decisiones que admiten o rechazan dicha defensa frustran cualquier planteo judicial ulterior (*Fallos*, 314:1656; 315:49 y 1916; 323:3401, entre otros).

2. La recurrente se alza contra el decisorio de la Cámara por entender que en él se ha controvertido la aplicación e interpretación de los arts. 31 y 75, inc. 12 de la C.N., y por considerarlo arbitrario —por apartamiento de la doctrina del Alto Tribunal y porque no se había pronunciado en punto al rubro intereses—. Atento a que la sentencia del *a quo* consideró que el núcleo del litigio consiste en determinar la competencia local o federal a los fines de la regulación del instituto de la prescripción tributaria y, en particular, lo referido a su plazo, pronunciándose por la validez de la norma local, entiendo que en este caso se encuentra cuestionada la interpretación emergente del juego de preceptos constitucionales nacionales y locales, por lo que estamos en presencia de una cuestión constitucional y, por tanto, la queja resulta formalmente admisible.

3. Así, entonces, los agravios traídos a este estrado en torno a la competencia de la Ciudad de Buenos Aires con relación a la suspensión del plazo de prescripción establecido en el art. 13 de la ley 671 —más allá de que ha sido un planteo introducido tardíamente, como bien lo señala en su voto mi colega la doctora Ana María Conde—, con invocación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en la causa: "Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda" (*Fallos*, 326:3899), sentencia del 30/9/2003, me llevan a remitir a los fundamentos en que se sustentó mi voto *in re* "Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.])'", sentencia del 17/11/2003. Allí, en lo que aquí interesa, dejé sentado:

"*6.* La unidad de legislación común en el Congreso Constituyente de 1853.// El Congreso Constituyente de 1853, en su sesión del 28 de abril, escuchó la exposición del diputado por la provincia de Santiago del Estero José Benjamín Gorostiaga —miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales— en lo referente a distintos incisos de la cláusula que enumeraba las atribuciones del Congreso federal. En tales circunstancias, el diputado por la provincia de Tucumán Salustiano Zavalía cuestionó, por afectar la autonomía provincial —"soberanía" (*sic*)— y la forma federal de gobierno que aseguraba la Constitución, la atribución 11 que se daba al Congreso (entonces inc. 11 del art. 64, hoy inc. 12 del art. 75) por la cual se lo habilitaba para dictar los códigos para toda la Federación. Como respuesta, el diputado José Benjamín Gorostiaga señaló: "Que la mente de la Comisión en este artículo no era que el Gobierno federal hubiese de dictar leyes en el interior de las provin-

cias, sino que el Congreso sancionase los códigos Civil, Mineral, Penal y demás leyes generales para toda la Confederación"; agregando que "si se dejaba a cada provincia esta facultad, la legislación del país *sería un inmenso laberinto* de donde resultarían males inconcebibles..." (el destacado en bastardillas ha sido añadido —Ravignani, Emilio (dir.): *Asambleas constituyentes argentinas seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, tomo cuarto: "1827-1862", Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres S.A. Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937).// Es útil enfatizar que, más allá de la reformulación de la cláusula, que inicialmente disponía *legislar en materia civil, comercial, mineral y penal, y dictar especialmente leyes generales para toda la Confederación sobre ciudadanía y naturalización...* (Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, que acompañó el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales —integrada por: Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferré, Juan María Gutiérrez, José Benjamín Gorostiaga— del 18/4/1853, en Ravignani, Emilio: *Asambleas constituyentes argentinas...*, ob. cit., tomo sexto, segunda parte: "1810-1898", pp. 779 y ss., en particular p. 785) y que pasó a disponer, más acotadamente, "dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería y especialmente leyes generales para toda la Confederación...", de todos modos, debió ser sometida a votación para ser aprobada por mayoría de sufragios, a diferencia de lo que ocurriera con gran parte de los artículos que resultaran sancionados por unanimidad.// *7.* La autonomía del derecho tributario local y la cláusula de los códigos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.// Es inveterada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que no es objetable la facultad de las provincias —valor sobreentendido a partir de la Reforma Constitucional de 1994, también, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— de darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, y en general todas las que juzguen conducentes a su bienestar y propiedad, sin más limitación que las emanadas del art. 108 de la Constitución —texto histórico— (*Fallos*, 7:373); siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción del resorte exclusivo de las provincias, cuyas facultades sobre este particular en sus respectivas jurisdicciones, tienen la propia amplitud de su poder legislativo (*Fallos*, 105:273), porque entre los derechos que constituyen la autonomía de las provincias, es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña (*Fallos*, 114:282).// De todos modos, en algunas familias de fallos el Alto Tribunal entendió que el derecho tributario local debía subordinarse al derecho de fondo o común, adscribiendo a una tesis civilista o *iusprivatista* en consonancia con lo previsto por los arts. 67, inc. 11 y 108 del Estatuto Fundamental (texto 1853-1860), al

entender que los códigos, y en particular el civil, no habían sido dictados sólo para regir las relaciones de derecho privado sino, también, para proyectar sus instituciones en forma preferente a toda la legislación local.// En tal orientación se inscribe la causa: "La sucesión de doña Tomasa Vélez Sarfield contra el Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad de un impuesto" (*Fallos*, 23:647), sentencia del 19/11/1882. En dicho precedente, en fallo dividido, la mayoría entendió que el gravamen del 10 % a favor del Consejo General de Educación de la Provincia de Buenos Aires, que pesaba sobre toda herencia o legado a favor de terceros extraños, importaba la creación de un derecho sucesorio o legítima forzosa que el Código Civil (materia de legislación reservada al Congreso de la Nación) no había previsto y, por tanto, la norma impositiva local lo modificaba y ampliaba, resultando por demás evidente tal aserto en esa causa, ya que tratándose de una sucesión testamentaria deferida únicamente por la voluntad de la testadora, esa voluntad vino a ser de hecho coartada por la ley de la Provincia, al señalar a una décima parte de la herencia otro destino del que tuvo en vista el causante de la sucesión.// La doctrina descripta en el párrafo anterior tuvo una efímera vigencia y rápidamente fue revertida por los pronunciamientos posteriores de la Corte en los cuales se convalidó la validez constitucional de los impuestos a las herencias.// Posteriormente se registraron otros muchos pronunciamientos enrolados en la tesis *iusprivatista* sobre plazos de prescripción tributaria; graduación en el orden de los privilegios especiales o generales reconocidos a los créditos por tributos; criterios de radicación económica de los bienes a los fines del cobro del impuesto sucesorio; aplicación de las reglas del condominio contempladas en el Código Civil a los fines de la liquidación del impuesto inmobiliario con tarifa progresiva parcelaria; atribución de los bienes a los socios fallecidos en diversas sociedades comerciales, desestimando la existencia del ente ideal, a fin de la aplicación del impuesto a las herencias, etc.// El punto de inflexión, a partir de un voto en minoría, viene constituido por el *leading case*: "Atilio Cesar Liberti – sucesión" (*Fallos*, 235:571), sentencia del 10/8/1956. Allí el entonces presidente del Tribunal cimero, doctor Alfredo Orgaz, en lo que aquí interesa, sostuvo en su disidencia: "Que ...del hecho de que las provincias han delegado expresamente en la Nación la facultad de dictar los códigos de fondo, no es legítimo deducir la voluntad de ellas de aceptar limitaciones a su potestad impositiva que resultan implícitamente de preceptos del Código Civil: todo lo que parece razonable inferir es que con aquella delegación lo que las provincias han querido es que exista un régimen uniforme en materia de relaciones privadas. El Código Civil no es limitativo del derecho público ni tampoco un derecho subsidiario de éste, al menos en su generalidad: el principio es, como se ha dicho, el de que 'cada sistema de derecho ha de suplirse por sí mismo y, por tanto, una laguna aparente en el sistema del

derecho público no debe suplirse por vía de analogía aplicando prescripciones del derecho privado, sino que ha de llenarse con preceptos emanados del sector del derecho público' (Fleiner, Fritz: *Instituciones de derecho administrativo*, § 4, p. 47; Labor, 1933; además, Pugliese, Mario: *Instituciones de derecho financiero*, p. 27; Fondo de Cultura Económica, México, 1939; etc.). La mayoría de los preceptos, clasificaciones y distinciones del Código Civil no es, por consiguiente, susceptible de ser trasladada al derecho público; sólo una parte menor de aquellos constituye realmente 'derecho común', es decir, vigente en todo el sistema jurídico. Pero esta situación excepcional revela por sí misma, como es obvio, que la transferencia de normas del Código Civil al derecho financiero, por ejemplo, debe hacerse con grandísima cautela, y que no es bastante al efecto que esas normas se hayan dictado por el Congreso de la Nación en ejercicio de sus facultades propias. La legislación común de los arts. 67, inc. 11, y 108 de la C.N., en lo que respecta a los códigos civil y de comercio, es casi toda de derecho privado; el derecho público, situado como está en otro plano, puede desembarazarse de las figuras y de los conceptos de aquellos códigos y resolver sus problemas propios de acuerdo con sus necesidades y su lógica peculiar.// Que siendo, como queda dicho, innegable el poder amplio de las provincias para establecer impuestos, sin otras limitaciones que las que establece la Constitución, ninguna restricción que se invoque de otras leyes, como el Código Civil, puede trabar el ejercicio de ese poder en cuanto a la materia misma de la imposición: 'la elección del objeto imponible —dijo anteriormente esta Corte— es del resorte propio de ella (la provincia) y nada tiene que hacer el Código Civil acerca de su imposición fiscal' (*Fallos*, 174:358). Tampoco las demás circunstancias concretas del impuesto pueden tener otras limitaciones que las provenientes de la Constitución: '...sobre las bases de las restricciones constitucionales, pueden (las provincias) establecer impuestos y determinar los medios de distribuirlos, en el modo y alcance que les parezca mejor; y en el ejercicio de su poder soberano, pueden adoptar cualquiera o todos los medios conducentes a crear renta, y sus decisiones sobre lo que es propio, justo y político, y respecto a la materia imponible, como a la naturaleza y cantidad del impuesto deben ser finales y concluyentes. Sus poderes son discrecionales, y el interés, sabiduría y justicia del cuerpo legislativo y sus relaciones con sus electores, ofrecen la única seguridad contra los abusos de ese poder discrecional' (Desty, citado por Joaquín V. González: *Obras completas*, t. III, p. 599)".// La tesis "iuspublicista-autonomista" se afianzó como doctrina unánime del Tribunal *in re* "Lorenzo Larralde y Otros" (*Fallos*, 243:98), sentencia del 2/3/1959, donde, en lo que nuclearmente nos incumbe, se dejó expresado: "Que... en un nuevo examen del problema por esta Corte en su actual composición, el Tribunal debe comenzar reiterando el principio fundamental, muchas veces recordado en sus sentencias, de que, tratándose de

apreciar la constitucionalidad de un impuesto provincial, es punto de partida ineludible la afirmación de que las provincias, desde que conservan todas las facultades no delegadas a la Nación (art. 104 de la C.N.), pueden libremente establecer impuestos sobre todas las cosas que forman parte de su riqueza general y determinar los medios de distribuirlos en el modo y alcance que les parezca mejor, sin otras limitaciones que las que resultan de la Constitución Nacional; que sus facultades, dentro de estos límites, son amplias y discrecionales, de suerte que el criterio de oportunidad o de acierto con que las ejerzan es irrevisible por cualquier otro poder. Esta doctrina ha sido invariablemente declarada por esta Corte, desde los primeros años de su funcionamiento (*Fallos*, 7:333; 51:350; 114:262; 137:212; 150:419; 174:353, entre otros).// Que en atención a lo antes señalado, el Tribunal estima por lo menos excesiva la afirmación, contenida en sus pronunciamientos anteriores, según lo cual el Código Civil, en razón de haber sido dictado por el Congreso, constituye una ley limitativa de la facultad de las provincias para establecer impuestos dentro de los limites de su jurisdicción. Esta facultad es amplia, como ya se ha dicho, y no tiene más limitaciones que las que provienen de la misma Constitución, pues no otra cosa quiere decir, de acuerdo con el sistema federal y con los antecedentes de nuestra historia, que 'Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación' (art. 104). Pretender que, además, las provincias, en el ejercicio de sus facultades privativas en cuanto a la imposición de contribuciones y a la manera de percibirlas, deben atenerse a las limitaciones que puedan surgir del Código Civil, importa hacer de este último código, sólo concerniente a las relaciones privadas, un derecho supletorio del derecho público, en este caso, del derecho financiero; importa, asimismo, querer *limitar el federalismo de la Constitución con el unitarismo del Código Civil*, lo que *es*, desde luego, *inaceptable*, como doctrina general, habida cuenta de la preeminencia que tiene la Carta Fundamental sobre toda otra ley; sólo excepcionalmente, en la medida en que el Código Civil contiene principios o normas generales de Derecho rige también en el campo del derecho público. *La delegación que han hecho las provincias en la Nación para dictar los códigos de fondo, sólo significa que aquellas*, en lo que respecta a los códigos civil, y de comercio, *han querido un régimen uniforme en materia de derecho privado*; y es seguramente excesivo interpretar que, además, han tenido la voluntad de limitar también las facultades de derecho público de que no se desprendieron en beneficio de la Nación.// Las leyes impositivas pueden tratar del mismo modo situaciones diferentes según el Código Civil, pero que ellas estiman semejantes desde su punto de vista particular, sin que por ello se afecte necesariamente la garantía de la igualdad; en la situación inversa, esta Corte ha dicho repetidas veces que el art. 16 de la

Constitución 'no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo' (*Fallos*, 205:68 y los allí citados, entre otros). Y parece claro que en ninguna de estas reservas pueden razonablemente incluirse las leyes impositivas impugnadas en esta causa" (el destacado en bastardillas no obra en el texto original).// De ahí en más, los pronunciamientos del alto estrado se enrolan sucesivamente en una y otra tesis, pudiendo, a modo de síntesis, citarse las causas: "María Lía Cobo de Ramos Mejía y otras c/Provincia de Buenos Aires" (*Fallos,* 251:379), sentencia del 6/12/1961 —tesis "iuspublicista-autonomista"—; "Dora R. Martínez y Esquivel y otros c/Provincia de la Pampa" (*Fallos*, 269:373), sentencia del 4/12/1967 —tesis "iusprivatista-centralista"—; "S.A. Liebig's Extract of Meat Company Ltd. c/Provincia de Entre Ríos" (*Fallos*, 282:21), sentencia del 7/2/1972 —tesis "iusprivatista-centralista"—, y "S.A. de Exportación de Cereales Financiera y Comercial Nidera Argentina c/Provincia de Entre Ríos" (*Fallos*, 284:319), sentencia del 4/12/1972 —tesis "iusprivatista-centralista"—.// A pesar de no tratar sobre el tema debatido en este contencioso, la causa: "Reig Vázquez Ger y Asociados c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos*, 314:458), sentencia del 14/5/1991, contiene ricos desarrollos que abonan la tesis *iuspublicista-autonomista*. Allí el Máximo Tribunal en su voto mayoritario dijo: "En el contexto expuesto, tampoco puede olvidarse, como lo hizo el *a quo*, que el derecho privado ha perdido la preeminencia que en un principio tenía sobre el derecho tributario, por los conceptos, reglas, institutos y métodos suficientemente desarrollados con que éste cuenta (*Fallos*, 297:500). las normas de derecho privado y las de derecho público fiscal actúan frecuentemente, en ámbitos diferentes, persiguen objetivos distintos; de esto se deriva que el Estado, con fines impositivos, tiene la facultad de establecer las reglas que estime lícitas, eficaces y razonables para el logro de sus fines tributarios, sin atenerse a las categorías o figuras del derecho privado, siempre que éstas no se vean afectadas en la esfera que les es propia (*Fallos*, 251:379)...", añadiendo, con cita del fallo "Larralde", que: "Las leyes impositivas pueden tratar del mismo modo situaciones diferentes según el Código Civil".// *8.* La autonomía del derecho tributario local y la *Cláusula de los códigos* en la doctrina nacional.// Figuras consulares de la doctrina nacional han marcado el justo límite hasta donde puede proyectarse la *Cláusula de los códigos* en materia de potestad tributaria normativa local.// Al respecto, el profesor Dino Jarach ha precisado una cuestión terminológica al reflexionar: "los códigos de fondo son tales para el derecho privado cuando se trata del Código Civil y del Código Comercial; y son de fondo en antítesis con los Códigos de Procedimiento que, en virtud de lo dispuesto por la Constitución, no

son dictados por la Nación, sino por cada provincia. Pero estos códigos no son de fondo para el derecho tributario, que, a su vez, es un derecho sustantivo y no un derecho formal o procesal. Es derecho sustantivo público". Para redondear sus conceptos, añade: "Aparte de la cuestión terminológica, el problema planteado es si la autonomía del derecho tributario que se reconoce para el derecho nacional no puede ser tal para el provincial. A mi juicio, éste es un error, y por una razón... las provincias, cuando han delegado en la Nación la facultad de dictar los códigos Civil y Comercial, no han querido delegar la de legislar en materia de facultades impositivas, ya que ella quedaba reservada a las provincias. Únicamente han delegado lo que expresamente establecieron. No hay en ningún momento una delegación expresa para que los códigos Civil y Comercial legislen sobre la creación de las relaciones jurídicas tributarias y sobre elemento alguno de éstas..." (conf. *Curso superior de derecho tributario*, 2ª edición, tomo I, capítulo VI: "Naturaleza e interpretación de las normas tributarias sustantivas", parágrafo 6: "Derecho tributario nacional y provincial ante el Derecho privado", pp. 299 y ss., en particular p. 300, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1968).// Sobre el mismo tema, el tratadista Carlos M. Giuliani Fonrouge ha sostenido que: "La importancia del derecho civil y del derecho comercial en la evolución del Derecho, especialmente el primero por su mayor elaboración, y la preeminencia que se les asigna en la enseñanza universitaria, en detrimento de las disciplinas de derecho público, han dado motivo al erróneo concepto de que el derecho privado constituye el 'derecho común' y requiere la subordinación de las otras ramas (...) Quienes así opinan, olvidan el diferente ámbito en que tienen aplicación las disposiciones de los códigos Civil y de Comercio (derecho privado) y las normas del derecho financiero que incluyen las de carácter tributario (derecho público). No hay ni puede existir interferencia entre ellas, pues... la mayoría de los preceptos, clasificaciones y distinciones del Código Civil no es, por consiguiente, susceptible de ser trasladada al derecho público; sólo una parte menor de aquellos constituye realmente derecho común, es decir vigente en todo el sistema jurídico... Esta doctrina concuerda con la sustentada por... (la) Corte... al poner de manifiesto los límites de aplicación del Código Civil, restringido a relaciones de orden privado, y su inadaptabilidad al campo del Derecho público dentro del cual se haya comprendido el poder impositivo de las provincias, añadiendo que como dicho poder no es delegable —por ser inherente a la soberanía—, si aquél hubiera rozado tal facultad la inconstitucionalidad se hallaría en el Código Civil y no en la ley provincial que prescindiera de tal limitación" (*Derecho financiero*, ob. cit., tomo I, capítulo II, parágrafo 39, pp. 72 y 73).// Por su parte, el académico Horacio A. García Belsunce, ocupándose específicamente de la prescripción tributaria por gravámenes locales (acciones y poderes del Fisco para determinar y cobrar y acción del contribuyente para repetir

el pago indebido) y de las disposiciones del Código Civil, ha puesto la clave de bóveda en el *principio de razonabilidad*, con lo cual se hace necesario un tratamiento casuístico. Señala por tanto: "Si la prescripción para el cobro del impuesto fuere determinada por la legislación provincial en cinco años (como en el orden fiscal nacional) o en tres años, ¿podría el contribuyente esgrimir que ese apartamiento de la legislación nacional sustantiva le ocasiona alguna lesión de carácter constitucional? Evidentemente, no; porque el perjudicado al acortar el plazo para ejercer la acción que nace de su derecho al cobro del impuesto es el propio Estado que, en ejercicio de su poder legislativo, así lo ha dispuesto. Por el contrario, si el ordenamiento provincial extendiera la prescripción a treinta o cuarenta años o acortara el plazo de la prescripción de la acción de repetición de impuestos pagados en exceso a un término notoriamente inferior al de la prescripción ordinaria del derecho común (dos años, por ejemplo), sí podría el contribuyente invocar una lesión a su derecho de propiedad, pero en ambos casos, agrego, fundado no en el apartamiento de la legislación de fondo sino en la *irrazonabilidad* de la disposición provincial, porque la razonabilidad como parámetro de justicia, es fundamento de la inconstitucionalidad de las leyes y en este caso la justicia —como forma de concretar y realizar el derecho— se ve burlada ante una disposición que pretende poner sobre el contribuyente la espada de Damocles del cobro de un gravamen durante un período ridículamente extenso, de la misma manera que en el caso contrario (el del acortamiento del plazo de prescripción de la acción de repetición por el contribuyente), le cercena un derecho al reducir, también irrazonablemente, esa prescripción a términos que pueden hacerle impracticable el ejercicio del mismo. Me atrevería a sostener que la prescripción quinquenal de la acción de repetición de los tributos provinciales, colocada así en igual plazo que la que corresponde en el orden fiscal nacional, puede defenderse como constitucional, pues aunque se aparte de la prescripción ordinaria decenal, no puede ser tildada de irrazonable ni arbitraria", para añadir más adelante: "No admito la primacía de los arts. 67, inc. 11 y 31 de la C.N. por encima de las facultades tributarias de las provincias, por el solo hecho de su interpretación literal o por pura ortodoxia en su aplicación. Sólo la acepto como causal de inconstitucionalidad de las normas locales, si como consecuencia del apartamiento de éstas frente a la legislación nacional sustantiva —sea de derecho privado o de derecho público, como ocurre con el derecho penal tributario— se diere *la colisión entre ella y una ley local irrazonable en su aplicación al caso y violatoria de declaraciones y derechos constitucionales*" (véase "La autonomía del Derecho tributario frente a la legislación tributaria provincial", pp. 27 y ss., en particular pp. 60 a 62, en *Temas de derecho tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982).// En sentido concordante, mi maestro, el profesor Juan Carlos Luqui ha dicho sobre la cuestión: "Las leyes locales no pueden alterar,

además de las garantías y principios constitucionales, aquellas normas de derecho general contenidas en los códigos de fondo. Por el contrario, las normas de derecho común contenidas en dichos códigos pueden ser modificadas por leyes locales, siempre que esas modificaciones no lesionen alguna garantía constitucional consagrada en la Carta a favor del contribuyente, si se trata de normas locales de carácter tributario (igualdad, equidad y proporcionalidad)" (conf. *¿Preferencia de la ley común sobre la ley local?*, parágrafo: "Conclusión", *LL*, tomo 148, pp. 25 y ss., en particular p. 35).// Inspirado en tan destacados juristas, hace más de diez años, recogí sus enseñanzas propiciando una aplicación mesurada de la *Cláusula de los códigos* de la Constitución Nacional frente a las regulaciones tributarias locales, lo que conducía a tomar en cuenta las características constitutivas de cada caso, decidiendo la invalidación constitucional de los preceptos impositivos provinciales sólo de contraponerse insalvablemente con principios generales del derecho contenidos en la legislación común —v. gr.: del orden de los privilegios generales o especiales para el cobro preferente sobre los bienes del deudor—; o que hayan sido sancionados por el Congreso como reglamentación directa e inmediata de derechos o garantías constitucionales (véase *Gravitación del derecho civil sobre el derecho tributario provincial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*, Doctrina Tributaria Errepar, tomo XIII, pp. 293 y ss., en particular p. 309), situación que, no está de más confirmar, no se verifica respecto de la norma sobre prescripción impugnada en el *sub judice*.// *9.* La unidad y uniformidad de legislación en el ámbito específicamente tributario (federal y local).// Como con agudeza señala en su fundado voto mi colega, el Juez, doctor Julio B. J. Maier, por razones de *identidad material o de tratamiento en la regulación específicamente tributaria*, los términos de la prescripción son coincidentes en el *orden federal y local* de la Ciudad de Buenos Aires. En tal sentido, la Ley de Procedimientos Tributarios 11.683 (t.o. 1998), aplicable a los más diversos tributos nacionales (art. 112), regula en su título I, capítulo VIII: "De la prescripción", plazos análogos de tal instituto para el ejercicio de las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de impuestos y para aplicar y hacer efectivas las sanciones correspondientes, distinguiendo según se trate: *a)* de contribuyentes inscriptos, así como de contribuyentes no inscriptos que no tengan obligación legal de inscribirse (fijándola en 5 años); y *b)* de contribuyentes no inscriptos (estableciéndola en 10 años); todo ello en términos coincidentes con los regulados para el orden local —respecto del período fiscal que se controvierte— por la ley 19.489.// Sentada la premisa antecedente no alcanza a comprenderse cómo este plazo de prescripción puede contribuir a generar el *inmenso laberinto* (*sic*) al que se refiriera el diputado José Benjamín Gorostiaga al defender la *Cláusula de los códigos* como derecho común de la República en la Convención Constituyente de

1853. La unidad de legislación, en cambio, se exhibe como una necesidad ineludible partiendo de regulaciones sustantivas análogas —en este caso las específicamente tributarias—, y no imponiendo el unitarismo centralista del Código Civil a regulaciones de derecho público que no guardan afinidad alguna con el apuntado derecho privado.// Partiendo de nuestra organización federal, que se traduce en un Estado plural —la Nación, veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y dos mil ciento setenta municipios de provincia—, probablemente la superación del mosaico inarmónico de regulaciones tributarias debiera alcanzarse, no ya a partir de aislados preceptos de derecho privado totalmente inatingentes a esta rama del derecho público, sino a través de una codificación tributaria concertada de los aspectos mínimos fundamentales del derecho sustantivo, adjetivo, procesal e infraccional, todo ello en el marco de un *federalismo cooperativo*, como se lo denomina en los Estados Unidos de América, o *federalismo posible o de consenso*, tal cual lo han propiciado diversos juristas argentinos, por conducto de la adhesión de los planos locales a un *código tributario uniforme*, según lo sugiriera el profesor Carlos M. Giuliani Fonrouge, al presentar el Anteproyecto de Código Fiscal elaborado en el ámbito del Centro de Investigación Permanente de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1942, al indicar en la Exposición de Motivos que si bien la iniciativa había sido elaborada para el orden nacional era posible su adaptación a las provincias (conf. *Anteproyecto de Código Fiscal*, *precedido de un estudio sobre lo contencioso fiscal en la legislación argentina y comparada*, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Exposición de Motivos, pp. 359 y ss., Buenos Aires, 1942).// Ideas concordantes, enderezadas al logro de la armonización (federal y local) de la legislación específicamente tributaria, he tenido oportunidad de desarrollar antes de ahora en un ensayo aparecido en una obra colectiva, haciéndome cargo de que en esta rama jurídica la proliferación de regulaciones por los entes impositores se convierte en un laberinto que amenaza la seguridad jurídica y que agrede al contribuyente, sólo superable mediante una codificación concertada de todos los niveles de gobierno (véase "Armonización de la codificación tributaria provincial y municipal e incremento y fortalecimiento de las fuentes tributarias locales", en obra coordinada por el tributarista Bulit Goñi, Enrique G.: *Derecho tributario provincial y municipal*, primera parte: "Sistemas tributarios locales y coparticipación", pp. 19 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002).// *10.* La inexistencia de desarmonía por identidad del sujeto legisferante sancionando el Código Civil y la ley 19.489.// Hace más de medio siglo la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de señalar *in re* "José González Pagliere c/Nación Argentina" (*Fallos*, 220:202), sentencia del 13/6/1951, ante una

pugna en materia de prescripción entre la Ley del Impuesto de Sellos (local para la Capital Federal) y el Código Civil, que las normas de la legislación común dictadas por el Congreso de la Nación, pueden ser modificadas por él en el ejercicio de la facultad constitucional de legislar para todo el territorio de la República, pero no sólo para una parte del país como legislatura local, ya que ello alteraría el principio de legislación uniforme.// A pesar de la doctrina consignada en el párrafo precedente, la sanción por el Congreso de la Nación de la ley local 19.489, más de dos décadas después del anterior precedente, estableciendo concretamente los plazos de prescripción tributaria en ellas regulados importó: *a)* o bien afirmar que la autonomía del derecho tributario habilitaba a consagrar una regulación diferente a la prescripción en el ámbito fiscal; o, *b)* entender, cuanto menos, útil explicitar términos para la prescripción tributaria, que consideró análogos —de resultar atingentes— a los previstos en el Código Civil. Todo ello, ya que no es dable presumir la imprevisión del legislador, más aún cuando la antedicha inconsistencia tendría como corolario la eventual declaración de inconstitucionalidad de la apuntada ley, medida de extrema gravedad institucional que debe considerarse la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.// En las condiciones expuestas puede argumentarse subsidiariamente, recogiendo la aguda observación de mi colega el Juez, doctor Julio B. J. Maier, que es menester tomar en cuenta la *identidad del órgano emisor de las normas sobre prescripción tributaria* —en este caso la ley local 19.489; *lex posterior* y *lex specialis— con el órgano titular de la atribución de sancionar los códigos de fondo* (hoy art. 75, inc. 11 de la C.N.), a partir de lo cual pierden andamiento las articulaciones efectuadas con sustento en el art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil.// A la indicada solución arribó el Tribunal cimero, *in re* "Intercargo S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos*, 310:959), sentencia del 19/5/1987. La jurisdicción local aplicó el impuesto sobre los ingresos brutos, tomando en consideración la explícita autorización otorgada por el Congreso para incidir con tales tributos en el transporte interjurisdiccional mediante las reformas introducidas por la ley 22.006 a la ley 22.221 de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales. El razonamiento del Máximo Tribunal se sustentó en que la facultad concedida por la primera de las leyes citadas había provenido del Congreso de la Nación, o sea del mismo órgano investido por la Constitución de la facultad de reglar el comercio entre las provincias a tenor de la *Cláusula comercial* (hoy art. 75, inc. 13).// Razonando a partir de la doctrina del precedente, si con la intervención del Congreso de la Nación —mediante la sanción de la ley 22.006—, quedó salvado cualquier agravio a la *Cláusula comercial*, correspondería arribar a idéntica conclusión, *mutatis mutandi*, respecto a los plazos de prescripción de los poderes y acciones del Fisco local, consagrados por la ley 19.489, respecto de la *Cláusula de los códigos.// 11.* La disparidad de plazo de prescripción

local y del Código Civil en la materia que nos ocupa sería tan solo aparente.// También en forma subsidiaria, no está de más puntualizar que la lectura que efectúa el recurrente del art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil para sustentar la prescripción quinquenal en materia impositiva, no ha sido pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia.// Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "La Provincia de Buenos Aires c/Don Nicolás A. Calvo, por cobro ejecutivo de contribución directa; sobre inhabilidad de título y prescripción" (*Fallos*, 42:266), sentencia del 21/2/1891, dejó establecido que la contribución directa se prescribe por el lapso de diez años entre presentes, a diferencia de la de sus intereses que se prescribe por el lapso de cinco años, consignando literalmente el considerando quinto: "Que la disposición del art. 4027 del Cód. Civil, en que ella se apoya (la excepción interpuesta), se refiere exclusivamente como su texto lo indica, a los atrasos de lo que deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos, es decir, a los intereses, rentas u otros accesorios análogos del capital y no al capital o principal mismo de la deuda, el cual, cualquiera que sea la forma en que se haya estipulado pagadero, ya a plazos periódicos determinados, ya a un plazo único, está sujeto y se rige por una disposición distinta, a saber: la relativa a la prescripción de las acciones personales en general".// En sentido concordante, las cámaras civiles en pleno, el 18/10/1922, en la causa: "Obras Sanitarias de la Nación c/Álvarez y otros", sentaron como doctrina legal: "*1.* El vocablo 'atrasos' que rige los tres incisos del art. 4027 del Cód. Civil, se refiere por definición a pagos (sueldos) o rentas vencidas y no cobradas, de suerte que, al disponer el inc. 3º que se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos, 'De todo lo que deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos', se refiere, sin duda, a intereses, réditos, dividendos y demás valores derivados del capital y, no al capital mismo. *2.* Si *el impuesto de contribución directa se prescribe por diez años* entre presentes y por veinte años entre ausentes de acuerdo con la disposición del art. 4023 del Cód. Civil, con mayor razón deben prescribirse por igual tiempo los créditos que Obras Sanitarias de la Nación reclama de los usuarios, los que, propiamente hablando, no pueden ser considerados como impuestos, desde que, en realidad no importan sino la retribución de los servicios que dicha repartición presta a los propietarios y vecinos de la Ciudad" (el destacado en bastardillas me pertenece —*LL*, tomo 54, pp. 178 y ss., en particular p. 178).// Ciertamente, no se desconoce que dicha jurisprudencia fue abandonada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —fallo plenario en la causa: "Obras Sanitarias de la Nación c/Galvalisi, José y otros", sentencia del 30/3/1983 (*LL*, tomo 1983-B, pp. 615 y ss.)— y que originó pronunciamientos dispares en el alto estrado federal —causas: "Obras Sanitarias de la Nación c/Castiglioni y Lissi, Jorge A. L." (*Fallos*, 307:412), sentencia del 2/4/1985; y "Obras Sanitarias de la Nación c/Aquilino Colombo" (*Fallos*, 313:1366), sentencia

del 11/12/1990—, pero lo cierto es que la lectura del art. 4027, inc. 3º del código de fondo no es unívoca, lo que debilita el agravio tal cual ha sido formulado por la recurrente desde el punto de vista federal; desde que sí es pacífica la doctrina a tenor de la cual la interpretación del derecho común, más allá de su acierto o error, corresponde a los jueces de la causa y no suscita una cuestión constitucional (*Fallos*, 308:71; 310:332; 311:438; 312:173; 313:944, entre muchos otros).// Cabe añadir que en el ámbito del pensamiento tributario se registran opiniones, como la del profesor Rodolfo R. Spisso, que abonan la prescripción decenal en tal ámbito a partir del Código Civil ya que las obligaciones tributarias no revestirían carácter periódico, en tanto cada una de ellas sería independiente de las sucesivas (conf. *Prescripción del impuesto a las actividades lucrativas*, Impuestos, tomo XXVII, pp. 498 y ss.). En el mismo sentido se inscribe el parecer de Erwin O. Rosenbusch, para quien, respecto de la contribución territorial, en conclusiones que podrían hacerse extensivas al impuesto sobre los ingresos brutos, consigna: "no es un impuesto de pago periódico, sino que constituye una obligación que se establece anualmente por la ley de la materia, de manera que cada anualidad es un crédito distinto e independiente de los precedentes" (conf. *La prescripción de los impuestos de contribución territorial, municipales y de las tasas de obras sanitarias*, parágrafo I: "Concepto de la obligación impositiva a los efectos de la prescripción", *JA*, tomo 1946-III, pp. 497 y ss., en particular p. 497). Suscribe igual temperamento el destacado profesor Carlos M. Giuliani Fonrouge, quien, a mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado, sostuvo: "Puede afirmarse que existe consenso en el sentido de que respecto de todos los tributos nacionales que no tienen un término fijado en leyes especiales, así como los provinciales y los municipales, la acción de cobro del impuesto (las multas o sanciones penales tienen un régimen distinto en ciertos casos), prescriben a los *diez años*, por aplicación del término general establecido en el art. 4023 del Cód. Civil que rige para las acciones personales, como son, indudablemente, las de índole tributaria"; añadiendo más adelante que "la referencia al art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil es impropia en materia tributaria (por cuanto) las obligaciones de este tipo no son de aquellas que se pagan por años o períodos más cortos; los tributos se aplican y perciben por cada año fiscal, no alterando su naturaleza anual el que puedan registrarse atrasos en su pago, pues, cada obligación es independiente de las sucesivas, por lo cual no pueden entrar en el concepto del art. 4027 citado" (conf. *Prescripción de tributos municipales*, Impuestos, tomo XXV, pp. 632 y ss., en particular pp. 633 y 634).// (...) *13.* Conclusiones sobre el primero de los agravios articulados en el recurso.// Tengo para mí que la primera de las articulaciones, consistente en la pretensión de que se aplique la prescripción quinquenal prevista en el art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil, a expensas de la contemplada en la ley 19.489, no puede prosperar,

habida cuenta de que: *a)* la autonomía dogmática del derecho tributario —dentro de la unidad general del derecho— es predicable respecto de tal rama jurídica tanto en el orden federal como local; *b)* la unidad de legislación común, consagrada por el Congreso Constituyente de 1853, quedó ceñida a las materias específicas a que se alude en la *Cláusula de los códigos*, no pudiendo trasvasarse dichas disposiciones, sin más, al ámbito del derecho público local; *c)* la "sumisión esclavizante" del derecho tributario local al derecho privado, podría conducir a consecuencias impensadas, reproduciendo desconceptos como los que se observan en el voto de la mayoría recaído en la causa: "Doña Tomasa Vélez Sarfield" —ya citada—, del año 1882, en que se reputó el impuesto a las herencias como una legítima forzosa impuesta al causante. A modo de ejemplo sirva efectuar una breve reseña de consecuencias disvaliosas: el impuesto de sellos, como no se paga por años o por períodos más cortos, prescribiría para todos los otorgantes de los instrumentos, aunque no tengan obligación de inscribirse, a los diez años; las uniones transitorias de empresas, al carecer de personalidad jurídica, no podrían ser contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos, a pesar de revestir tal carácter en el Impuesto al Valor Agregado (impuesto también genérico al consumo); y los gravámenes que pesan sobre inmuebles en condominio con tasas progresivas parcelarias, deberían reliquidarse, de volver a cobrar vigencia la tesis civilista adoptada *in re* "Ana Masotti de Busso y otros c/Provincia de Buenos Aires" (*Fallos*, 207:270), sentencia del 7/4/1947; *d)* se afectaría el principio de *igualdad esencial* entre el Estado nacional y las provincias como entes gubernativos, en cuanto la potestad tributaria normativa —atributo *iure imperii*—, sufriría menoscabo en el segundo de los supuestos, a diferencia del primero; *e)* se quebraría la actual unidad y uniformidad de legislación sobre prescripción en el ámbito específicamente tributario, a tenor de las disposiciones análogas contenidas en la ley 11.683; *f)* en subsidio, se pasaría por alto que la ley local 19.489 —*lex posterior* y *lex specialis*—, ha sido sancionada por el órgano titular con la atribución de dictar los Códigos de fondo y; *g)* también en subsidio, se convertiría en Ley Suprema una interpretación sólo posible y no pacífica de un artículo del Código Civil para menoscabar la autonomía de los Estados locales, con lesión palmaria al federalismo que sustenta la Carta Política de 1853...".

4. Por lo demás, no desconozco que recientemente el Tribunal cimero *in re* "Casa Casmma S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente de verificación tardía (promovido por Municipalidad de La Matanza)", registro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, letra "C", nº 2374, libro: XLII, sentencia del 26/3/2009, ha sostenido —por remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal— la doctrina emanada del precedente "Filcrosa". Sin embargo, la lectura de los desarrollos efectuados en su dictamen por la Procuradora Fiscal, revela que éste no ha ponderado los diversos argumentos esgrimidos por esta instancia

local al pronunciarse en la causa: "Sociedad Italiana de Beneficencia", de tal suerte, entonces, no corresponde someterse, en esta causa, al criterio sentado por la Corte Federal en aquel precedente.

Es que 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, que es, precisamente, lo que ocurre en el *sub lite.*

La prevención consignada en el párrafo anterior toma en cuenta el precedente de esa cátedra de doctrina constitucional, *in re* "D. Bernardo Pastorino, capitán de la barca 'Nuovo Principio' contra Ronillon Marini y Cía., sobre pago de sobreestadías" (*Fallos*, 25:364), sentencia del 23/6/1883. Allí, por remisión al considerando 9º de la sentencia del Juez Federal de Sección doctor Virgilio M. Tedín, recaída en la causa, se dijo: 'Que por otra parte las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquél alto Tribunal, él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conforme a los preceptos claros del Derecho, porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos'".

5. Con relación a los demás planteos formulados por la quejosa en su recurso en punto a la arbitrariedad de la sentencia por omisión de tratamiento del tema de los intereses —que cuestiona por ser abusiva la tasa, por haberse practicado anatocismo y por haberse calculado intereses compuestos sobre intereses aún no corridos—, como a la presunta obligatoriedad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas violatorias del texto constitucional haciéndonos eco de los contados precedentes en que el Tribunal cimero ha reconocido tal posibilidad, remito a los fundamentos brindados en su voto por mi colega la doctora Ana María Conde.

6. Por lo expuesto precedentemente, voto por admitir la queja en punto al cuestionamiento de la competencia local para regular el plazo de prescripción en materia tributaria y, por los desarrollos precedentes así como por los efectuados por la señora jueza de trámite en su voto, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir la queja* y rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteados por Graciela Sastre.

2º. *Devolver* el depósito de fs. 46.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 23/2/2005, en los autos "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 3275/04).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CXLVIII

"GIMÉNEZ, FERNANDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GIMÉNEZ, FERNANDO EN GIMÉNEZ, FERNANDO C/GCBA Y OTROS S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional.
Honorarios del mandatario fiscal. Principio de igualdad.

SUMARIOS:

1. No pueden tener acogida favorable los recursos de inconstitucionalidad y de queja si quien los articula no logra conectar los agravios concretos que la sentencia le provocaría, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, es decir, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitu-

cional referida directamente al caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El argumento referido a la vulneración de las pautas del art. 51, CCBA, omite explicar por qué razón debe aplicarse dicha disposición a los honorarios de los mandatarios fiscales, que no son tributos, revelando la ausencia de vinculación argumentativa entre lo decidido y la norma constitucional invocada, que priva a dicha cláusula de relación directa con el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. No resulta afectado el principio de igualdad ante la ley y frente al tributo, porque los honorarios no tienen naturaleza tributaria, ni la garantía de igualdad tiene relación directa con la situación del actor, pues la supuesta situación de ventaja del demandado en relación a otros contribuyentes en nada mejora el fundamento del derecho que el mandatario esgrime al cobro de honorarios de un contribuyente determinado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional , este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisible en el marco del recurso extraordinario local. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. En los casos en que el tribunal recurrido dió las razones para denegar el recurso de inconstitucionalidad, corresponde que, más allá de su acierto o error, el interesado se haga cargo de ellas y las contraste de manera eficiente mediante un crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio. *(Voto de la señora jueza Alicia. E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6249/08 - 22/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Fernando Giménez, cobrador fiscal designado de acuerdo a lo establecido por el dec. 2237/93, inició ante la Justicia Nacional en lo Civil una demanda contra la firma Sociedad Anónima Mercado de Abasto Proveedor (en adelante: SAMAP) —luego Alto Palermo Sociedad Anónima (en adelante APSA)— dirigida a obtener el cobro de los honorarios que, sostuvo, le correspondían por el acogimiento de la demandada al plan de facilidades de pago instrumentado mediante el dec. 2112/94, en relación a una deuda por Alumbrado,

Barrido y Limpieza (ABL) que la empresa mantenía con la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante: MCBA). Pidió la citación, como tercero interesado, de la ex Municipalidad (fs. 32/37 vta., expediente principal). Por un escrito posterior, amplió la demanda y la dirigió, también, contra la MCBA (fs. 51/52 vta., salvo indicación en contrario toda la foliatura corresponde al expediente principal).

La MCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo en cuanto se dirigió contra ella (fs. 90/92).

SAMAP también contestó el escrito de demanda y peticionó su rechazo (fs. 185/196 vta.).

2. Radicadas las actuaciones ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local (fs. 1093), tras la declaración de incompetencia del juez nacional (fs. 1091), y luego de concluir la sustanciación de la primera instancia del proceso, el juez interviniente falló: "*1)* Haciendo lugar a la demanda respecto de la codemandada S.A. Mercado de Abasto Proveedor, condenando en consecuencia a esta última a abonar al actor la suma que resulte de la liquidación que se practique (...) en concepto de honorarios. La suma resultante llevará intereses (...). Las costas se imponen a dicha codemandada en su calidad de vencida (art. 62 CCAyT). *2)* Rechazando la demanda deducida por el actor Fernando Giménez contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con costas en el orden causado" (fs. 1256/1266 vta.). La sentencia fue aclarada a fs. 1273 en el sentido que la condena alcanzaba a APSA, como continuadora de SAMAP.

3. El actor y SAMAP-APSA interpusieron sendos recursos de apelación. APSA expresó agravios a fs. 1287/1292 y el Dr. Giménez a fs. 1300/1305 vta. El GCBA contestó los agravios del actor (fs. 1314/1316 vta.); el actor hizo lo propio en relación al memorial de SAMAP-APSA (fs. 1318/1323), y SAMAP-APSA respondió los del actor (fs. 1325/1327).

4. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió: "Admitir los agravios de S.A. Mercado Abasto Proveedor y, por ende, revocar la sentencia de grado en lo que fue materia de recurso e imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 62 del CCAyT)" (fs. 1329/1343).

El voto de la jueza Mabel Daniele, al que adhirieron sus colegas (la disidencia del juez Esteban Centanaro no abarcó este punto) concluyó: "En suma: la orfandad probatoria, sella el reclamo del actor por su improcedencia e impone en este aspecto admitir el agravio de la recurrente y revocar la sentencia de grado" (fs. 1337 vta., punto 8.3.f., último párrafo). Por los mismos fundamentos, rechazó la apelación de la parte actora referido al rechazo de la demanda en contra del GCBA.

5. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1353/1379). Argumentó que la sentencia afectó la división de poderes por la injerencia del Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo al introducir "requisitos que la ley no exigía" (*sic*, fs. 1354 vta.) referidos a los requisitos para que se devenguen los honorarios, lo que trajo aparejada la lesión grave "del derecho alimentario del actor, su derecho de defensa en juicio, su derecho de propiedad, su derecho de trabajar, su derecho de contratar, su derecho de igualdad ante la ley" (citó los arts. 1°, 14, 16,17, 18 y concordantes de la C.N.; y los arts. 1°, 10, 11, 12 inc. 5º, 13 inc. 3º, 43, 51, 95, 102, 104 y concordantes de la CCBA). También planteó que la sentencia incurrió en la causal de arbitrariedad.

SAMAP-APSA contestó el traslado del recurso y solicitó su rechazo (fs. 1385/1987 vta.). El GCBA también requirió que el recurso sea desestimado, pues él no expresa fundamento alguno tendiente a revertir el rechazo de la demanda contra él (1389/1392 vta.).

6. La Sala II denegó su concesión pues consideró que, "en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como los decs. 2237/93 y 2112/94" (fs. 1401/1402).

7. Frente al rechazo, la parte actora planteó la queja contemplada en el art. 33 de la ley 402 (fs. 78/105 vta., expediente de queja).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició su rechazo. Sostuvo 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. Dichos escritos sólo incluyen un reproche genérico de la sentencia recurrida, así como la mera mención de disposiciones constitucionales sin involucrar una cuestión constitucional.// Además, 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 valoración de los hechos, de la prueba y del derecho infraconstitucional aplicable al caso, lo cual no habilita la vía extraordinaria intentada" (fs. 113/115, expediente de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el abogado Fernando Giménez frente al rechazo de su recurso de inconstitucionalidad fue deducido en tiempo y modo oportuno (art. 33, ley 402). Empero, él no puede tener acogida favorable.

2. En principio, cabe señalar que el recurrente centra su queja en la desatención por la Cámara, al denegar el recurso de inconstitucionalidad, de los

agravios referidos a la afectación del art. 51, CCBA, planteados por el actor en la interposición de tal recurso. Aunque el recurrente hizo hincapié al interponerlo en la lesión al principio de división de poderes y a la afectación de las facultades del Poder Ejecutivo emergente de la sentencia (véase punto "III. Procedencia del recurso de inconstitucionalidad", fs. 22 vta./24 vta., queja), es correcta su aseveración de haber puesto en consideración la afectación de las pautas del art. 51, CCBA (véase fs. 43/44 vta., queja), en la peculiar interpretación que él le asigna. Sin embargo, su insistencia en este punto no resulta suficiente para considerar configurada una cuestión constitucional.

3. A fin de dar debida cuenta de los profusos argumentos esgrimidos por el recurrente, debe señalarse que, en lo sustancial, el recurso de inconstitucionalidad y, por ende, el recurso de hecho, no logran conectar los agravios concretos, que —afirman— les provoca la sentencia, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es —expresado de manera general—, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso.

El debate producido en autos giró en torno a: *a)* si la efectiva realización de gestiones profesionales judiciales o extrajudiciales era exigible como causa de la obligación de pagar honorarios por parte del contribuyente en mora cuya deuda fue girada a un mandatario judicial para su cobro; *b)* si la prueba rendida acreditó la realización de esas tareas. El actor postuló que las normas establecidas en los decs. 2237/93 y 2112/94 no establecían tal requisito, y que, no obstante ello, acreditó las gestiones extrajudiciales practicadas. La sentencia recurrida, por lo contrario, estimó que sin actividad profesional no habría causa para obligar al contribuyente ni al Estado a abonar honorarios al mandatario, y que la prueba producida no acreditaba suficientemente esa actividad.

La enunciación de las cuestiones controvertidas por el recurrente ponen de manifiesto que su decisión no exige interpretación o aplicación de disposición constitucional alguna, único motivo que autoriza el ejercicio de la competencia recursiva asignada al Tribunal por medio del recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja.

El recurrente sólo formuló reproches fácticos y críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional, contenidas en la sentencia recurrida y a la valoración de la prueba, así como incurrió en la mera enumeración de disposiciones constitucionales, sin vincular aquellos reproches con las menciones que realiza, de manera de establecer una verdadera cuestión constitucional (conf. este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo'", expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA

s/empleo público no cesantía ni exoneración'", expte. n° 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

Ello significa que la quejosa no logró exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27, ley 402, y lo requiere en su dictamen el señor fiscal general adjunto.

4. El argumento referido a la vulneración de las pautas del art. 51, CCBA, carece de una explicación fundamental: por qué razón debe aplicarse dicha disposición a los honorarios de los mandatarios fiscales, que, huelga decirlo, no son tributos. La ausencia de vinculación argumentativa entre lo decidido y la norma constitucional invocada, priva a dicha cláusula de relación directa con el caso.

Igual suerte corre la supuesta afectación al principio de igualdad ante la ley y frente al tributo. Aunque el recurrente argumenta que la cancelación de la deuda por parte de SAMAP-APSA directamente ante la Dirección General de Rentas afecta el principio de igualdad, porque los demás contribuyentes morosos deben pagar, además del tributo y sus accesorios, los honorarios de los mandatarios, lo cierto es que ni los honorarios tienen naturaleza tributaria (o al menos ello no ha sido demostrado, ni resulta evidente), ni la garantía de la igualdad tiene relación directa con la situación del actor, pues la supuesta situación de ventaja del demandado en relación a otros contribuyentes en nada mejora el fundamento del derecho que el mandatario esgrime: al cobro de honorarios de un contribuyente determinado.

Tampoco se sostiene el recurso en la supuesta afectación del principio de división de poderes como consecuencia de la decisión judicial que —tras analizar ciertas disposiciones de los citados reglamentos— consideró que los honorarios sólo serían exigibles en caso de haber mediado actividad profesional. La sentencia demuestra que los jueces no han avanzado sobre las facultades del Poder Ejecutivo, es decir, no han introducido requisitos ajenos a la reglamentación dictada por ese poder. Se han limitado a efectuar una interpretación posible —y suficientemente fundada— de las disposiciones que regían la controversia, según estuvieron contestes todas las partes. Por ello, la mentada infracción constitucional no tiene fundamento en lo efectivamente sucedido en el trámite del proceso.

En suma, el recurrente, si bien proclama en forma genérica la afectación de algunas garantías de raigambre constitucional ("su derecho de defensa en juicio, su derecho de propiedad, su derecho de trabajar, su derecho de contratar, su derecho de igualdad ante la ley"), no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia de Cámara recurrida.

El Tribunal ya ha expresado, reiteradamente, que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en el recurso, si no se

acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar el recurso por inconstitucionalidad, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados en el recurso—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisible en el marco del recurso extraordinario local (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte. nº 1898/02, "'Droguería Americana c/GCBA [Dir. Gral. de Rentas – resolución 7346-1991] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR' s/recurso de apelación ordinario", sentencia del 17/11/2003, aún sin publicar).

5. Asimismo, ante el argumento de arbitrariedad que esgrime la quejosa es enteramente aplicable la doctrina previa del TSJ en el sentido de que, "bajo la designación de arbitrariedad la actora [en este caso: el recurrente] tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria" (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 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.).

Por lo demás, la CSJN —creadora de esta doctrina— señala que "la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación *(Fallos,* 323:2879)", así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos*, 312:246, 389, 608, 1839, entre otros; este Tribunal, expte. nº 726/00, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", sentencia del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss; expte. nº 912 "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de

inconstitucionalidad", sentencia del 5/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.).

En definitiva, los argumentos que introduce la quejosa sólo versan sobre la interpretación asignable a normas "infraconstitucionales" (decretos locales 2237/93 y 2112/94), así como acerca de la valoración de hechos ocurridos y pruebas incorporadas a la causa, concernientes a la apreciación jurídica de ciertas labores que dice haber cumplido el recurrente. Ello demuestra que la impugnación está muy lejos de comprometer la interpretación de preceptos o garantías constitucionales. En tal sentido, más allá de su acierto o de su desacierto, la sentencia de Cámara contiene sobrados argumentos para sostener el resultado que propicia y no puede ser considerada autocontradictoria, ilógica o de fundamentación jurídica deficiente al extremo indicado.

6. Por último, advierto que los extensos escritos recursivos (de inconstitucionalidad y de queja) no desarrollan agravios directos en relación al rechazo de la demanda en cuanto atañe al GCBA y del recurso de apelación que el actor planteara en ese sentido (que fue desestimado por la Cámara, por no considerar acreditada la tarea profesional). No desconozco que la actitud del GCBA-DGR denunciada por el actor (de admitir el plan de pagos sin intervención del mandatario a quien se había derivado la deuda para su cobro) pudo ser materia de un análisis diferente si el actor hubiese encaminado la demanda en el sentido de considerar qué posibilidades de renegociación de las deudas morosas tenía el Gobierno luego de transferida la deuda al mandatario para su cobro. Pero la ampliación de demanda de fs. 51/52 vta. (expediente principal) no transitó esa senda, y nada cabe, entonces, expresar al respecto.

7. En razón de lo expuesto, voto en el sentido de rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a las consideraciones que efectúa en los puntos 1 a 5 de su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, desarrollos que estimo suficientes para resolver el rechazo de la queja deducida por el actor y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, juez de trámite Julio B. J. Maier. Tal como allí se afirma los agravios planteados por el recurrente no configuran un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

La ausencia de relación directa entre los principios tributarios invocados (art. 51 de la CCBA), la garantía de igualdad así como la división de poderes, y el pronunciamiento impugnado, es manifiesta como se explica en el punto 4 del voto al que adhiero.

Por su parte, en relación con el derecho de propiedad, que el recurrente estima violado al haberse desconocido una deuda nacida de la relación contractual que lo uniera a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires e integrante por tanto de su patrimonio, basta señalar que ni siquiera la certeza en torno a la errada interpretación atribuida por el *a quo* a los términos de ese vínculo probaría la relación entre la garantía mencionada y la sentencia que rechazó la demanda entablada contra la firma Alto Palermo Sociedad Anónima. Ello así, pues el actor no explica por qué el plan de facilidades, al que el contribuyente se acogió en las condiciones dispuestas por la autoridad de aplicación y dentro del cual no se habría incluido el pago de los honorarios reclamados en este pleito, podría ser la causa eficiente del daño que se invoca. A su turno, la responsabilidad que pudiera corresponder en ese punto al GCBA, sin perjuicio de lo señalado por el juez Maier en el punto 6 de su voto, no es la que suscita la intervención de este estrado al no haber sido desarrollada por el recurrente en la vía intentada (fs. 22/48).

En consecuencia, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja planteada a fs. 78/105.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo interpuesto por Fernando Giménez a fs. 78/105 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 "de los términos de la sentencia cuestionada surge que se evaluó y estableció la interpretación asignada a cuestiones de hecho, procesales y la normativa que las rige. Tal tarea fue producto del análisis de las constancias de la causa, de los planteos y defensas articuladas y lo resuelto se presenta como fundado", y que "de los propios términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como los decs. 2237/93 y 2112/94" (fs. 75/76).

3. En la queja obrante a fs. 78/105, la actora no desvirtúa los argumentos dados por la Sala II en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

En el apartado dedicado a la "Crítica razonada y concreta de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 80/82 vta.), el Sr. Giménez sostiene que la Sala "se limitó en el punto 5 y 6 del fallo a citas genéricas y abstractas", y se agravia de que la Cámara no trató las impugnaciones que introdujera en el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, su presentación no rebate los fundamentos que diera el *a quo* y que el recurrente considera incorrectos.

Por lo demás, el Sr. Giménez confunde las pretendidas impugnaciones al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad con críticas que dirige a la decisión de fondo, que junto con el relato de los hechos acaecidos en el expediente completan el recurso directo.

En casos en los que —como en el presente— el tribunal recurrido dio las razones para denegar el recurso, corresponde que, más allá de su acierto o error, la afectada se haga cargo de ellas y las contraste de manera eficiente.

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. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el escrito de fs. 78/105 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 Sr. Giménez definen su rechazo.

4. En atención a las razones expuestas, voto por no hacer lugar a la queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Fernando Giménez.

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

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

CXLIX

"GARCÍA PRIETO, HORACIO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN: 'GCBA C/NEXTEL COMMUNICATIONS ARGENTINA S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL ING. BRUTOS —CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. Regulación de honorarios. Sentencia definitiva. Valor disputado en último término.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación es formalmente procedente si se dirige contra una sentencia definitiva, dictada por el tribunal superior de la causa, en un asunto en que la Ciudad es parte y el valor disputado en último término o monto del agravio que se esgrime ante esta instancia excede el mínimo legal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. A los efectos del valor disputado en último término cabe considerar que la cuantía de los agravios que los recurrentes pretenden someter a decisión del Tribunal está dada por la diferencia entre la suma regulada en primera instancia en concepto de honorarios, confirmada por la Cámara, y la peticionada por los letrados sobre la base de las disposiciones legales que ellos consideran aplicables. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. nº 6221/08 - 22/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) promovió, por vía de ejecución fiscal, contra Nextel Communications Argentina S.A. (en adelante, Nextel), el cobro de $ 12.016.518,40, más sus intereses y costas, en concepto de impuesto a los ingresos brutos (fs. 3/4 del expediente principal, a cuya numeración corresponden las demás referencias, salvo indicación en contrario).

2. Nextel opuso excepción de inhabilidad de título (fs. 56/65) que fue admitida en primera instancia, y dio lugar al rechazo de la ejecución con imposición de costas al GCBA (fs. 147/149). En la sentencia se regularon los honorarios

de la dirección letrada y representación de Nextel en la suma de $ 150.000, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º, 7º, 13, 37, 40 y concordantes de la ley arancelaria y su modificatoria ley 24.432, más el 1 % correspondiente a lo dispuesto por los arts. 62, inc. 2º y 81 de la ley 1181.

3. Los letrados de la parte demandada Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto y el GCBA apelaron la sentencia. Los abogados, por considerar baja la regulación (fs. 152/157); y el GCBA, por la forma de imposición de las costas y por considerar altos los honorarios regulados (fs. 169/171).

4. La Sala II de la Cámara CAyT resolvió "*1)* Confirmar la sentencia apelada en cuanto impone las costas a la ejecutante. *2)* Imponer las costas de la alzada en el orden causado. *3)* Confirmar los honorarios regulados en la anterior instancia (arts. 6º, 7º, 9º, 10, 13, 37 y 40 ley arancelaria, modificada por la ley 24.432)" (fs. 213/214).

5. Los Dres. Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto interpusieron recurso ordinario de apelación ante el Tribunal (fs. 217).

6. La Sala denegó su concesión porque: *a)* el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva; y *b)* el monto disputado no superaba los $ 700.000 establecidos en el art. 26, inc. 6º, de ley 7, modificado por el art. 2°, de la ley 189 (fs. 221 y vta.).

7. Los letrados presentaron ante el Tribunal el recurso de queja por apelación denegada (fs.1/8 vta., queja).

8. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto se expidió por el rechazo de la queja en razón de que el monto disputado en último término no satisface la exigencia legal referida a la cuantía mínima del agravio (fs. 34/35 vta., queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por los Dres. Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto debe prosperar. El recurso ordinario de apelación que ellos interpusieron contra el fallo de Cámara es formalmente procedente, toda vez que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada por el tribunal superior de la causa, en un asunto en que la Ciudad es parte y el valor disputado en último término o monto del agravio que se esgrime ante esta instancia excede el mínimo legal.

2. Conforme lo ha entendido la CSJN para el recurso regulado en el art. 24, inc. 6º, del dec. ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la

resol. 1360/91, esto es, uno que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal, guarda estrechas similitudes con el aquí interpuesto por los recurrentes, constituye "sentencia definitiva" a los fines de la procedencia de ese remedio procesal las regulaciones de honorarios de la especie cuya revisión pretenden en el *sub lite* los recurrentes (conf. la doctrina de *Fallos*, 330:1336; 329:4506; 325:2250, entre otros). Ese carácter definitivo constituye un requisito para la procedencia de la apelación ordinaria que el Tribunal ha requerido desde sus albores (conf. la doctrina sentada por el Tribunal *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.).

La cuantía de los agravios que los recurrentes pretenden someter a decisión del Tribunal está dada por la diferencia entre la suma regulada en primera instancia, que fuera confirmada por la Cámara, y la peticionada por los letrados sobre la base de las disposiciones legales que ellos consideran aplicables. Adviértase que en su apelación ante la Cámara, los presentantes cuantifican su pretensión afirmando que "la regulación de honorarios conjunta de que se trata debió ser realizada (...) entre la suma de $ 1.004.692 y la suma de $ 1.968.759" (fs. 14, queja). La diferencia entre lo regulado ($ 150.000) y lo pretendido supera, incluso tomando en cuenta la cifra menor, la suma de $ 700.000 establecida en la regulación legal del recurso en cuestión.

3. En tanto las actuaciones principales fueron ya recibidas por el Tribunal, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de queja planteado por los Dres. Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto; *b)* conceder el recurso de apelación por ellos interpuesto contra el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones que obra a fs. 213/214 del expediente principal; *c)* poner los autos en la oficina para que los recurrentes expresen agravios en el plazo correspondiente.

Los jueces Ana María Conde, 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:

Me adhiero al voto del señor juez del trámite, y agrego que, a diferencia de lo sostenido por el señor fiscal general adjunto, los apelantes introdujeron claramente su pretensión: que regulen sus honorarios entre las sumas de $ 1.004.692 y $ 1.968.759, y lo hicieron —esto es lo verdaderamente relevante— en la primera oportunidad procesal para ejercer su derecho, es decir, al apelar la sentencia de primera instancia que reguló (de oficio y sin pedido de parte) sus emolumentos en la suma de pesos $ 150.000 (véase fs. 14, último párrafo). En tal sentido, toda vez que el planteo fue introducido oportunamente, y que el

valor disputado en último término (consistente en la diferencia entre la suma regulada y la pretendida por los recurrentes, incluso en su importe menor) supera el mínimo legal establecido, el recurso es procedente.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de queja planteado por Fernando Guerrero, Jorge de Lucio y Horacio García Prieto.

2º. *Conceder* el recurso de apelación por ellos interpuesto contra el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones que obra a fs. 213/214 del expediente principal.

3º. *Poner* los autos en la oficina para que los recurrentes expresen agravios en el plazo correspondiente.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y se agregue la queja al principal.

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

CL

"AMBROSI, LEONARDO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Gravamen actual. Licencia profesional de conducir.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser concedido si en el pleito se discute la validez de una ley local, que se estima contraria a "normas de rango constitucional", y el pronunciamiento a cuya revisión se aspira la reputó legítima, en desmedro de la inteligencia asignada a la normativa federal invocada por el actor para fundar el derecho reclamado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. La ausencia de un gravamen actual que provenga en forma directa del fallo recurrido, obtura la admisibilidad del recurso extraordinario, pues los agravios formulados por el recurrente son meramente hipotéticos, ya que se ha removido el obstáculo legal (prohibición) en que se asentaba la denegatoria de

la Administración para concederle la licencia profesional de conductor, y no es posible saber, a ciencia cierta, cuál sería la evaluación del actor que ella pueda efectuar conforme el régimen vigente, de modo que los argumentos referidos a la afectación del derecho a trabajar, a la igualdad, la denuncia de discriminación, etcétera, suponen algo que no ha ocurrido: la valoración negativa de la petición del actor bajo el nuevo marco normativo, fundada en sus antecedentes penales. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5859/08 - 24/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Leonardo Ambrosi interpone recurso extraordinario federal (fs. 315/334 vta.) contra la decisión de fecha 23/3/2009 (fs. 288/304) por la que el Tribunal —por mayoría— decidió rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por él.

2. El recurso es contestado por la parte demandada, que solicita su rechazo (fs. 340/349).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El remedio federal articulado debe ser concedido porque en el pleito se discute la validez de una ley local, que se estima contraria a "normas de rango constitucional" (arts. 14, 14 bis y 18 de la C.N. y arts. 1º, 8º y 9º de la CADH y 2.1 PIDCP entre los invocados a fs. 315 vta.), y el pronunciamiento a cuya revisión se aspira la reputó legítima, en desmedro de la inteligencia asignada a la normativa federal invocada por el actor para fundar el derecho reclamado. Costas a la vencida (art. 68 del CPCCN). Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Luis F. Lozano, en el sentido de que corresponde conceder el recurso extraordinario federal que dedujera el Sr. Leonardo Ambrosi (fs. 312/334).

2. Agotadas las vías recursivas ordinarias y extraordinarias locales, el recurrente objeta la sentencia definitiva dictada por la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad.

3. El escrito en análisis contiene un relato claro y preciso de los antecedentes relevantes del proceso que presentan relación directa con las cuestiones federales invocadas y suficientemente fundadas:

a) El Sr. Ambrosi sostiene que los arts. 3.2.14 y 3.2.15 del Código de Tránsito de la Ciudad (ley 2148) afectan su derecho a trabajar (arts. 14 de la C.N., XIV de la DADDH, 23 de la DUDH, 6.1 del PIDESC y 6.1 del Protocolo de San Salvador) y los principios fundamentales de dignidad e igualdad.

b) Afirma que las normas del Código de Tránsito "...erige[n] una inaceptable discriminación negativa y arbitraria, creando una categoría de distintos, de diferentes, que en razón de sus características biográficas —en el caso la portación de antecedentes penales— 'deberán' (conf. art. 3.2.14.c del Cód. de Tránsito) ser segregadas y condenadas (*sic*) a la exclusión de la vida en sociedad, privándolos de su *status* de sujetos de derecho" (fs. 332 *in fine*, con destacados en el texto original).

c) Sostiene que la mayoría del Tribunal omitió someter las normas objetadas a un escrutinio estricto y que la inconstitucionalidad que ellas presentan "...no se evita ni supera porque exista alguna chance de que la autoridad de aplicación (...) otorgue la licencia de conductor profesional" en un nuevo examen de la cuestión en sede administrativa (fs. 332 vta.).

d) Señala que "...es flagrantemente inconstitucional que el TSJ reconozca [al GCBA] una permisión que implica configurar (...) una *categoría sospechosa* cuyo sustento es la *peligrosidad del sujeto que delinquió*" (fs. 328 vta., con cursivas en el texto original).

e) Destaca que la decisión que impugna permite a la Administración afectar arbitrariamente su intimidad personal (art. 19 de la C.N.) pues la "...habilita (...) a desplegar, en el procedimiento administrativo previo (...) las actividades que se entiendan conducentes para el ejercicio de (...) [una] potestad discrecional..." en ausencia de parámetros legales que permitan encauzarla.

f) Manifiesta que la jurisdicción debe efectuar "...una actividad útil que logre el efecto propuesto: *remover el conflicto...*" (fs. 333 vta., con cursivas en el texto original). Y, que la resolución en crisis no cumple ese requisito afectando, en consecuencia, la garantía constitucional de tutela judicial efectiva (arts. 18 de la C.N. y 25 de la CADH y su interpretación por la CIDH).

4. Por fin, el recurso interpuesto cumple los recaudos de admisibilidad que prescribe la acordada 4/07 de la CSJN.

5. Voto, pues, por conceder el recurso extraordinario federal que articulara el Sr. Leonardo Ambrosi (fs. 312/334). Las costas se imponen a la vencida (GCBA).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Yo conformé el dispositivo de la sentencia del recurso de inconstitucionalidad de manera inversa a la mayoría. Formo parte, entonces, de la opinión en minoría de esa sentencia, en tanto acojo el recurso, revoco la sentencia dictada por la Cámara e, incluso, soluciono materialmente el caso conforme a la autorización que concede al Tribunal el art. 31 de la ley 402. Sin embargo, visto desde un punto de vista —si se quiere— académico, el voto no se opone totalmente al desenvolvimiento de la opinión de mayoría, tal como resulta del dispositivo, éste sí opuesto contradictorio. Y en ello creo que reside mi actual opinión sobre el recurso extraordinario federal, en tanto voy a expresar que el *agravio* subsiste y que él tiene raíz *constitucional federal*, razón por la cual es imperativo para mí conceder el recurso. Normalmente no haría eso, pues, para decidir estos casos, parto de la opinión mayoritaria, pero se comprenderá, luego de leer estas líneas, que el recurso interpuesto tenga para mí una solución contraria en punto a la decisión sobre su admisibilidad. Para ello, permítaseme referir el caso tal como llega a esta instancia, en términos resumidos al extremo.

2. El Sr. Ambrosi se queja porque los funcionarios competentes (administrativos) de la Ciudad de Buenos Aires, a su pedido, no le han concedido el brevete para conducir en una determinada clase (transporte pasajeros). La negación tiene fundamento en la reglamentación vigente en esos momentos que excluía del brevete a ciertos condenados penalmente. A la época de la decisión definitiva esa regla, tachada por inconstitucional, fue derogada y reemplazada por una nueva norma del parlamento de la Ciudad, que ya no excluía a esas personas del permiso, sino que sólo concedía a los funcionarios administrativos la potestad de valorar ese elemento para conceder o negar el permiso. Tanto la opinión mayoritaria del Tribunal, como la mía propia, coincidieron en advertir que la regla antigua, sobre la base de la cual se interpuso el recurso de inconstitucionalidad, ya no regía y en que la nueva regla no contenía una prohibición de expedir el permiso en esos casos. Los votos también coincidían en la necesidad de que el rechazo en la expedición del permiso debía ser fundado por la autoridad administrativa y esos fundamentos debían comparecer ante el principio de racionalidad. La diferencia entre los votos de mayoría y el mío consistía en que los primeros rechazaban el recurso de inconstitucionalidad en el dispositivo, con lo cual la sentencia de mérito (Cámara), que rechazaba el amparo, quedaba firme, mientras que mi voto acogía la acción, revocaba la sentencia y decidía el asunto materialmente (sentencia de fondo), al amparo del art. 31 de nuestra ley procesal —que regula el recurso interpuesto (n° 402)—, al ordenar que la autoridad administrativa valorara los hechos a la luz de la nueva regla y se pronunciara positiva o negativamente sobre la expedición del brevete.

Eso es todo. La señora jueza Alicia Ruiz, por su parte, en voto propio y en virtud de argumentos constitucionales, ordenaba expedir el brevete a las autoridades administrativas, sin considerar los antecedentes penales.

3. No voy a engañar: el sendero que recorre el recurso federal no me parece apropiado; él no toma en cuenta suficientemente el cambio de legislación común al respecto, ciertamente explicado y tomado en cuenta por la sentencia recurrida, la derogación de la legislación que contenía la norma prohibitiva para expedir el brevete dirigida a los funcionarios administrativos y la existencia de una nueva norma que, si bien marca como uno de los elementos de análisis para expedir el brevete en la clase requerida a ciertos antecedentes penales, no prohíbe expedir el permiso según resolución de la autoridad competente. Al no incluir suficientemente el dato, el recurso dirige todas las tachas, que antes dirigía contra la legislación derogada, hacia la nueva ley surgida durante la tramitación del proceso, y ello parece injusto si no media alguna clase de explicación rigurosa y coherente, pues la nueva norma no expresa normativamente lo mismo que aquella que la precedía.

Empero, como lo dije en un comienzo, el agravio todavía existe, puesto que, al menos para mi decisión —y no creo posible imponerle la necesidad de un comportamiento positivo al actor como resultado del litigio—, y para una visión objetiva, la sentencia de mérito le rechaza el amparo y la solución por él postulada, por una parte, y postulada sobre la base de los derechos constitucionales que él ligó al reclamo suficientemente —de allí el progreso de su recurso de inconstitucionalidad—, por la otra. Conforme a ello, existe cuestión federal involucrada en la decisión del asunto por este Tribunal, pues la sentencia se pronuncia a favor de la validez de un acto de la administración local, acto pretendidamente contrario a derechos concedidos por la Constitución Nacional y a tratados suscriptos por la Nación (ley 48, art. 14, inc. 2º).

Por lo tanto, me pronuncio por la admisión del recurso interpuesto, con costas.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. A los fines de la admisibilidad de la apelación del art. 14 de la ley 48, debe atenderse a las circunstancias existentes al momento de la decisión (*Fallos*, 321:3465).

Al decidir el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal, por mayoría, consideró que —a diferencia de lo que ocurría cuando la Cámara resolvió el caso— el régimen legal actual en materia de concesión de licencias profesionales de conducir no prohíbe a la autoridad de aplicación otorgarlas, ante pedidos formulados por personas que, como el actor, registren antecedentes

penales (art. 3.2.15 del anexo a la ley 2148). Se señaló que la anterior prohibición (considerada por la Cámara en su sentencia) mudó, por imperio de la ley 2148, en una facultad discrecional que la Administración —como se indicó en la sentencia del Tribunal— debe ejercer en forma razonable.

Se señaló también que el propio interesado no ha acudido a la Administración para solicitar nuevamente la licencia, razón por la cual no es posible saber con anticipación si la Administración denegará o no el pedido, sobre la base de la nueva regla.

De tal forma, los agravios formulados por el recurrente son meramente hipotéticos, ya que se ha removido el obstáculo legal (prohibición) en que se asentaba la denegatoria de la Administración, y no es posible saber, a ciencia cierta, cuál sería la evaluación del actor que ella pueda efectuar conforme el régimen vigente. Así, los argumentos referidos a la afectación del derecho a trabajar, a la igualdad, la denuncia de discriminación, etc., suponen algo que no ha ocurrido: la valoración negativa de la petición del actor bajo el nuevo marco normativo, fundada en sus antecedentes penales.

La ausencia de un gravamen actual que provenga en forma directa del fallo recurrido, obtura la admisibilidad del recurso.

3. Párrafo aparte merece la invocada afectación de la garantía del debido proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva. El agravio planteado resulta aparente, al reducirse a una crítica que, básicamente, pone tan sólo de resalto la disconformidad por no haber obtenido la respuesta judicial pretendida. El actor ha accedido al proceso judicial, lo ha transitado con apego a las normas que lo disciplinan y ha obtenido, en tres instancias, decisiones fundadas que definen su situación teniendo en cuenta la concreta pretensión formulada y las modificaciones del régimen normativo acaecidas durante la tramitación del proceso. El hecho de que la sentencia del Tribunal no diera plena satisfacción a su pretensión, no permite considerar que se encuentra resentido el derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso.

4. Tampoco la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia podrá tener acogida, pues la Corte Suprema de Justicia ya ha expresado que esta tacha no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos de 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).

5. Por último, se advierte que algunos cuestionamientos del recurso extraordinario federal deducido, en realidad, resultan ser la reiteración de los planteos efectuados en la presentación de fs. 256/269 vta., dirigidos contra las

particularidades del nuevo régimen previsto en la ley 2148, pero no constituyen una crítica de los fundamentos expuestos por el Tribunal en la sentencia.

6. Por ello, corresponde denegar el recurso interpuesto por el actor. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el recurso extraordinario federal planteado por Leonardo Ambrosi, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

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

CLI

"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'"

Expte. nº 6258/08 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Hipódromo Argentino de Palermo S.A. (HAPSA) interpuso recurso de queja contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 2/4. Este último recurso fue interpuesto contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que, en lo que aquí importa, confirmó la condena de $ 10.000 de multa impuesta en primera instancia por infracción al art. 9.1.1 de la ley local 451 (obstrucción de inspección).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, HAPSA había tildado de arbitraria la decisión de la Sala II porque los camaristas no habían tratado las cuestiones propuestas en la apelación. Resumidamente, consideró que los magistrados sólo se apoyaron —para confirmar la condena— en el argumento de que el predio se ubica geográficamente en esta ciudad, pero no analizaron la particular situación jurídica de HAPSA, aspecto que —según entiende— involucra la interpretación de los arts. 3º, 5º, 75, incs. 15 y 30, 116, 123 y 129, C.N., de las leyes federales 3313, 18.226, 23.696 y 24.588, y de los decs. nacs. 256/90, 598/90, 292/92, 1418/92, 88/93 y 1688/94. Asimismo, el recurrente se agravió porque los jueces intervinientes descartaron la existencia de un error de prohibición de la firma.

Él sostuvo, además, que una inspección como la pretendida —esto es, por parte de funcionarios del GCBA y sin acuerdo previo con la autoridad nacional que regula los juegos de azar (LNSE)— violaba su derecho de ejercer industria lícita, de propiedad, de defensa en juicio, la garantía de debido proceso y afectaba los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires, como así también los derechos de HAPSA que surgen de las normas mediante las que recibieron en concesión el predio cuya inspección pretendía el GCBA.

3. Los integrantes de la Sala II denegaron el recurso debido a que HAPSA no había logrado presentar un caso de competencia del Tribunal.

4. El fiscal general adjunto, al emitir su dictamen (fs. 110/112), propuso el rechazo de la queja, en primer lugar, porque consideró que la presentación directa carece de una crítica suficiente del auto denegatorio que ataca y, en segundo término, porque entendió que el recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja no contiene puntos de crítica constitucional novedosos que justifiquen la apertura de esta instancia. Por último, la fiscalía descartó que se hubiera configurado un supuesto de arbitrariedad de la sentencia.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja debe ser parcialmente admitido porque cumple con los requisitos previstos en el art. 33 de la ley 402 y, además, presenta un caso constitucional relativo al alcance de las competencias de la Ciudad de Buenos Aires (poder de policía) según la regla de la C.N. (art. 129).

Respecto de aquellas cuestiones vinculadas a la existencia de un error de prohibición en cabeza de HAPSA, el recurso directo fracasa. El Tribunal no es competente para revisar la interpretación de normas infraconstitucionales sobre las cuales el recurrente agotó las dos instancias judiciales ordinarias previstas en la ley procesal; en el mismo sentido, tampoco lo es para valorar prueba sobre errores adjudicables al infractor.

2. Ya adelanté que sólo hay un motivo de agravio que justifica la intervención del TSJ: la interpretación de las reglas constitucionales que asignan a la Ciudad el ejercicio del poder de policía. Mejor explicado, el caso constitucional que planteó HAPSA obliga al Tribunal a decidir si la Ciudad puede ejercer su poder de policía en establecimientos concesionados por el Estado nacional para fines determinados (en el caso, juegos de apuestas) y, en ese caso, con qué límites (arts. 75, inc. 30, y 129, C.N., arts. 104, incs. 11 y 14, y 105, inc. 6º, CCBA).

Como es costumbre entre los litigantes —al menos ante la justicia local— la acusada denunció la arbitrariedad de todas las decisiones adoptadas en este proceso. Una vez más, la voz *arbitrariedad* parece ser un sinónimo de *agravio*, presupuesto básico de todo recurso. En rigor, HAPSA sostiene que la Cámara no trató el caso constitucional que había planteado. Más allá de cuál es la razón por la que la imputada disiente con el fallo de la Sala II, lo cierto es que sus argumentos serán tratados —y rechazados— en esta instancia.

Justamente por ello, la denuncia de arbitrariedad es insustancial.

3. En este proceso está discutida la facultad de la Ciudad de ejercer su poder de policía sobre el predio donde funciona el Hipódromo de Palermo. Cabe aclarar que, en este caso, la Ciudad no intentó controlar la existencia o validez de permisos expedidos por autoridades locales para explotar juegos de azar o recibir apuestas, objeto del contrato de concesión nacional. El Gobierno local tampoco pretendía analizar cuestiones referidas a presuntos incumplimientos del contrato de concesión. Como explicaré a continuación, estas son las razones básicas para convalidar la competencia local en la causa.

El art. 129 de la C.N. establece los límites a la autonomía de la Ciudad, en los siguientes términos: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación" (art. 129, primer párrafo, C.N.). Es decir, esta norma sólo limita especialmente la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales que cumplen tareas de gobierno en este mismo territorio.

El recurrente parece entender que dicha regla —leída en conjunto con el art. 75, inc. 30, que regula el ejercicio del poder de policía sobre los establecimientos de utilidad pública nacional— recortó las facultades de control locales sobre el predio que explota hasta anularlas casi por completo. De allí que propone —conforme su interpretación del art. 6º de la ley nacional 24.588— que la Ciudad celebre convenios con Lotería Nacional S.E. para poder inspeccionar el predio (¡bueno sería que el GCBA tuviera que convenir con un organismo nacional cada vez que desea inspeccionar un predio!).

La facultad de las autoridades locales de ejercer el poder de policía en materia de salubridad, seguridad y moralidad fue admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 301:1053, y sus citas, y conf. "Unión Transitoria S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1268/01, sentencia del 17/9/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 355 y ss.; t. II, pp. 329 y ss.). Se ejerce, además, en todo el territorio de su jurisdicción, incluso en los establecimientos de utilidad nacional situados en las provincias y municipios (art. 75, inc. 30, C.N.). Por el carácter local de las potestades de regulación, fiscalización y sanción en materia de salubridad, seguridad, etc., y porque esas potestades correspondían a la ex Municipalidad de Buenos Aires, el poder de policía y la actividad administrativa de policía involucrados en este caso no corresponden al ámbito de intereses del Estado nacional en el territorio de la Ciudad, preservados por la ley 24.588. Una interpretación distinta debería aceptar que el art. 129 de la C.N. adjudicó al Gobierno central una competencia de la que antes carecía como autoridad federal (véase "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal Belgrano C Manuel Belgrano y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'", expte. n° 1201/01, sentencia del 10/9/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, pp. 551 y ss.).

Sin poder de policía no tendría sentido la autonomía prevista en el art. 129, C.N. Una interpretación que asigne al Estado nacional el control sobre el cumplimiento de reglas de salubridad, higiene, seguridad, edificación, etc. sobre el predio —control que, por otra parte, llevaría a cabo un cuerpo de inspectores que realmente ignoro si existe en el Estado nacional— no es admisible. Sobre el predio en cuestión existen facultades concurrentes entre la Ciudad y el Estado federal: el GCBA sobre las condiciones de seguridad del predio, entre otras, y el Estado nacional, en su carácter de concedente de la explotación, sobre el cumplimiento del contrato de concesión. De otro modo —esto es, si el GCBA no pudiera ejercer el poder de policía sobre el hipódromo— podríamos llegar al absurdo de permitir que HAPSA construya sobre el predio sin contemplar las reglas de edificación locales, o autorizar actividades riesgosas prohibidas en la Ciudad (depósito de residuos peligrosos, actividades industriales contaminantes, etcétera). Este es, entonces, el motivo principal por el que propongo rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

4. Por lo demás, la equiparación que intenta HAPSA entre su condición —empresa privada que explota un predio de propiedad del Estado nacional— y la que exhiben las dependencias públicas afectadas al Gobierno federal no es admisible. Los límites de la autonomía local sobre estas últimas, mucho más rígidos que los aplicables al caso, tienen una base constitucional que resulta imposible ampliar; más aún si esta ampliación tiene como fin el resguardar los intereses particulares de una firma que, al igual que muchas otras, desarrolla

una actividad lucrativa en el territorio de esta ciudad. Y no se diga que el Hipódromo de Palermo pertenece al Estado federal por causa de utilidad pública, pues los juegos de azar y apuestas, más allá de su legitimidad como concesión del Estado a una empresa privada —en un predio que le pertenece al Estado por dominio privado— no justifican ese calificativo.

5. Por las razones expuestas, voto por admitir parcialmente la queja, en cuanto al agravio vinculado a la competencia de la Ciudad para ejercer el poder de policía en el caso, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad sobre el punto. Como la queja, aunque parcialmente, triunfó, también corresponde reintegrar el depósito efectuado por el recurrente.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, que ha tratado con suficiencia el agravio por el cual se admite parcialmente la queja y se rechaza el recurso de inconstitucionalidad deducido por la firma Hipódromo Argentino de Palermo S.A. (en adelante HAPSA).

2. Sólo deseo enfatizar que el argumento básico que despliega la empresa recurrente está orientado a demostrar que, para ejercer el *poder de policía en materia de seguridad edilicia* en el inmueble que ella ocupa y explota —merced a una concesión otorgada por el Estado nacional—, el GCBA debería, con carácter previo, requerir una venia de Lotería Nacional (S.E.) en cada caso puntual o bien celebrar un convenio con dicho organismo para regular la cuestión con carácter general.

Sin embargo, ninguna de las normas constitucionales, leyes y decretos que la recurrente invoca para respaldar su argumento permiten sustentarlo. Por el contrario, el plexo normativo citado conduce a afirmar que las atribuciones que el ordenamiento pone en cabeza de las autoridades nacionales —en su carácter de concedente y/o propietaria del predio explotado por HAPSA— en modo alguno se ven desplazadas por aquellas que pretendió cumplir en el caso el GCBA; tampoco se advierte que unas y otras se superpongan (véase en este sentido el fundado voto del señor juez Luis F. Lozano, al que también me remito en homenaje a la brevedad).

En resumen, las competencias que le corresponde ejercer a uno y otro plano de gobierno en el caso no colisionan sino que se complementan, dado que ni la Constitución Nacional ni las leyes y decretos nacionales citados por la empresa HAPSA permiten considerar al predio ubicado en Av. Libertador al 3900 de esta Ciudad como un enclave inmune a las leyes dictadas por la Legislatura que regulan cuestiones eminentemente locales. En este sentido, cabe recordar que ni siquiera para los establecimientos de utilidad nacional la Carta Magna niega la facultad concurrente para el ejercicio del poder de policía que corresponde a las autoridades locales (art. 75, inc. 30, C.N.).

En concreto yo me pregunto: ¿De qué manera la realización de la inspección de la Dirección General de Fiscalización Obras y Catastro del GCBA

resistida —por ejemplo— iba a impedir el ejercicio de la actividad comercial de HAPSA en el predio concesionado o interferir con los cometidos de regulación y fiscalización de los juegos de azar y de apuestas que tiene a su cargo Lotería Nacional?

La recurrente no lo explica, sino que se limita a sostener que ella ejerce una actividad que califica de "interés nacional" en un inmueble perteneciente a Lotería Nacional (S.E.) —conf. fs. 10 vta.— y sólo cumple un rol de "convidado de piedra" que asiste, atónito e impotente, al conflicto que habría surgido entre el GCBA y la citada sociedad estatal, en punto a la definición de las autoridades competentes para ejercer el poder de policía en este tipo de situaciones.

Pues bien, en primer lugar, corresponde desestimar la dogmática calificación genérica que se realiza respecto de las múltiples actividades que desarrolla HAPSA en el predio concesionado, dado que, para que cada una de ellas pueda considerarse de "interés nacional", como mínimo, exijo una declaración expresa del Estado nacional que, más allá de su acierto o error, así lo disponga. En rigor, la afirmación de la recurrente, sociedad comercial con fines de lucro —Hipódromo Argentino de Palermo S.A.—, parece estar destinada a que algún lector desprevenido equipare o confunda los exclusivos intereses de la empresa con los del Estado nacional, a partir de la utilización del lenguaje alegórico, utilizado con verdadero provecho por Anatole France (seudónimo de Jacobo Anatolio Thibault) en su conocido ensayo *La isla de los pingüinos*, donde narra los pormenores de la constitución de los Estados de Pingüinia (obra aparecida originariamente en Francia en 1908). Sólo de esta forma podría entenderse que, en la especie, nos encontramos en presencia de una suerte de ente territorial hípico y soberano —tal vez el "Estado de Equinia"—, levantado al margen del ejercicio de las potestades públicas indelegables que tiene a su cargo el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En segundo término, a todo evento, debe precisarse que la interesada no ha acreditado que el predio de Av. Libertador al 3900 de esta Ciudad constituya un bien del dominio público del Estado nacional. Tampoco ello surge evidente si se tiene en cuenta su titularidad —en cabeza de Lotería Nacional (S.E.)— y el destino concreto que se le ha dado al inmueble. Como es de público conocimiento, en ese sector del predio concesionado, además del hipódromo, se explotan una muy importante cantidad de máquinas tragamonedas y ruletas electrónicas habilitadas durante las 24 hs del día para el juego de apuestas, casas de cambio de divisas, locales comerciales de venta de productos varios (como anteojos, perfumes y bebidas importadas), así como confiterías y restaurantes donde se desarrollan espectáculos musicales. Podría sumarse a lo expuesto que, en otros sectores de ese mismo predio no explotados por HAPSA sino por otras firmas privadas a través de contratos de locación, de hecho funcionan, por ejemplo, un restaurante denominado "Kansas", así como el conocido y lujoso salón

Tattersall que se alquila para la celebración de eventos sociales y corporativos (p. ej., casamientos, congresos o de promoción de productos).

Finalmente, cabe destacar que, más allá de que tampoco se ha agregado a la causa prueba alguna que permita constatar si la alegada confrontación entre el GCBA y el EN existe en el plano de la realidad, de todos modos, ella —de ser cierta y actual— no podría ser ventilada en este proceso, donde se valora la procedencia de una multa impuesta a la empresa HAPSA —empresa privada que no representa en juicio al Estado nacional—, en virtud de la conducta descripta en el acta 2-1051093 —obstrucción de inspección.

Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido, con devolución del depósito de ley a la interesada.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al fundado voto del señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, y comparto cada una de las puntualizaciones efectuadas por el doctor José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta por Hipódromo Argentino de Palermo S.A. a fs. 50/66 vta. cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Asimismo, formula una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad sólo en lo que concierne a la interpretación de las reglas constitucionales que permiten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercer el poder de policía en establecimientos concesionados por el Estado nacional (arts. 75, inc. 30 y 129 C.N., arts. 104, incs. 11 y 14 y 105, inc. 6º, CCBA). Respecto de los restantes agravios, los dichos del recurrente no logran poner en crisis el auto denegatorio de la Sala II. Por ello, el recurso directo debe ser admitido sólo por la cuestión que alcanza a criticar fundadamente: la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para ejercer el poder de policía en el predio en el que funciona el Hipódromo Argentino de Palermo.

2. Para decidir sobre la cuestión constitucional planteada por la recurrente, comparto los fundamentos que expone el señor juez de trámite en los apartados 3 y 4 de su voto y la solución que propone en el apart. 5.

3. En consecuencia, voto por admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Hipódromo Argentino de Palermo S.A.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los agravios desarrollados por HAPSA se dirigen a cuestionar la sentencia de Cámara por considerar que *i)* la justicia local resulta incompetente para resolver la presente controversia (arts. 3º, 75, inc. 15, 116 y 129, C.N. y

3º de la ley 24.588); *ii)* la Ciudad de Buenos Aires carece de competencia en materia de poder de policía respecto del predio que explota HAPSA (arts. 3º, 75, inc. 15 y 129 C.N., 8º, CCBA y 3º de la ley 24.588), *iii)* HAPSA carece de legitimación pasiva, y *iv)* la Cámara efectuó una apreciación arbitraria de los hechos de la causa y las normas aplicables para descartar que HAPSA haya incurrido en un error de tipo y de prohibición.

Por las razones que expondré, sólo en relación con el agravio individualizado como *ii)*, el recurso pone en juego la interpretación de cláusulas constitucionales y normas de carácter federal (arts. 75, inc. 30, y 129, C.N. y 3º de la ley 24.588) que justifican admitir la queja a su respecto.

2. En cuanto a las objeciones que postulan la incompetencia de los Tribunales locales para sustanciar un proceso como el de autos, corresponde señalar que la revisión de la sentencia definitiva a la que aspira la recurrente, no brinda ocasión para reeditar el debate en torno al rechazo de la excepción de incompetencia formulado por los jueces de mérito. Basta señalar, en relación con ello, que este Tribunal en la intervención anterior suscitada por el rechazo mencionado, resolvió que no estaba en juego la denegatoria del fuero federal porque la firma imputada no pretendía modificar la radicación de la causa (TSJ *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 5821/08, sentencia del 27/8/2008). Ello así, la reiteración de los planteos aludidos conduciría a emitir un pronunciamiento de carácter exclusivamente procesal ajeno a la vía intentada. En otras palabras, la cuestión propuesta resulta indiferente en relación con el contenido de la sentencia definitiva, extremo que impone rechazar la queja en el aspecto considerado (art. 27 de la LPT).

Por lo demás, si lo que HAPSA busca es postular la falta de potestades de la CABA para perseguir la infracción imputada, el éxito de su planteo no depende de la incompetencia de los tribunales locales sino que exigiría demostrar que, en el supuesto de autos, el estado local carece del poder de policía ejercido para aplicar la sanción impugnada, o, más exactamente, que las normas que en él sustentan son inconstitucionales y los actos que lo aplican, nulos. Ese debate, en realidad, viene planteado de modo autónomo y, conforme surge del punto 1 *in fine,* impone a su respecto admitir la queja y analizar el recurso de inconstitucionalidad.

3. Despejado lo anterior, corresponde examinar la alegada ausencia de competencia de los poderes de la Ciudad para regular y ejercer el poder de policía de inspección en que se fundó la imposición de la multa cuestionada, sobre la base de la pretendida jurisdicción federal exclusiva que se reclama en relación con el predio que ocupa el Hipódromo.

El análisis requerido por la cuestión propuesta permite aprovechar algunas de las cuestiones examinadas en la mencionada decisión de este Tribunal del 27/8/2008, puesto que las razones que desarrollé en aquella oportunidad respecto de las condiciones en que las atribuciones del Estado nacional y los Estados locales conviven, examinadas por entonces para juzgar la competencia de los órganos judiciales de la CABA, también sirven ahora para despejar el planteo de fondo que trae la recurrente.

3.1. Como sostuve en el pronunciamiento aludido, 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. La auténtica postulación consiste en sostener la inmunidad del inmueble respecto del GCBA que, sin embargo como se verá, no viene apoyado en norma federal alguna.

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,[24] aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, por 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 considerar válido el ejercicio del poder de policía cuestionado 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

[24] *Art. 75, inc. 30:* "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

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, como pretende la recurrente, en el sentido de reservar exclusivamente para el orden federal todos los poderes sobre los bienes propiedad del Estado nacional que se encuentren 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 muebles 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 aun 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. n° 4808/06, sentencia del 20/12/2006).

A su vez, la recurrente no acreditó que un control que suplante al ejercido por la Ciudad haya sido o pueda ser ejecutado por autoridades nacionales de modo que garanticen, por ejemplo, las condiciones de seguridad en el inmueble alcanzado por la sanción resistida. En efecto, la recurrente se limita a afirmar a lo largo de su presentación que "el Hipódromo Argentino de Palermo, por ser un bien del Estado nacional ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, está sujeto a jurisdicción federal (art. 3º, ley 24.588) y que, por tanto, cualquier inspección que el GCBA pretendiera efectuar en dicho predio, debería hacerlo con la expresa autorización del Estado nacional, en la persona de LNSE" (fs. 63 y vta.), sin embargo no muestra de qué manera el ejercicio de las competencias en materia de inspección por parte del GCBA constituyó un medio idóneo para obstruir la competencia asignada por el dec. nac. 1688/94 a LNSE para "el ejercicio del poder de policía en materia de juegos de azar y apuestas mutuas y el control del funcionamiento de los locales, comercios y personas en general que intervengan en la comercialización de juegos de azar y apuestas mutuas" (art. 1º). En otras palabras, no muestra que las competencias que la Ciudad de Buenos Aires reivindica para sí —que involucran el poder de policía para inspeccionar el predio que HAPSA explota— hayan sido ejercidas en condiciones que importen la superposición de éstas con aquellas que tiene asignadas LNSE —relativas al desenvolvimiento de la concesión del Hipódromo cuya validez no está discutida en este pleito—, menos aún que el ejercicio de ambas resulte incompatible y obligue a desplazar a las primeras en beneficio de las últimas. En este sentido, tiene dicho la CSJN que "la carga de esa demostración corresponde a quien pretende eximirse de cumplir con las leyes provinciales", argumento decisivo para que progrese un agravio basado en la "prohibición de interferencia" o "repugnancia efectiva", que justifica la interdicción de potestades locales en supuestos que guardan analogía con el que nos ocupa (*Fallos*, 322:2598).

3.2. El agravio relativo a la falencia que el recurrente imputa a la sentencia de Cámara, en tanto, según afirma, no distinguió adecuadamente la situación geográfica del predio en cuestión de su situación jurídica, tampoco resulta idóneo para conmover la decisión impugnada. Más allá de que el planteo de HAPSA resulta confuso, por su intermedio se postula que "mediante la ley

24.588 el Congreso de la Nación, en cumplimiento del mandato constitucional y actuando dentro de sus facultades, excluyó del ámbito territorial de jurisdicción local (acepción jurídica de la territorialidad) a los inmuebles de propiedad del Estado nacional ubicados en la [C]iudad de Buenos Aires o destinados al uso y/o consumo del sector público nacional", agregando que "para una más clara comprensión del alcance de su reserva [la del Estado nacional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires], en uso de la facultad establecida en los arts. 3º y 75 inc. 15 de la C.N., fijó los límites 'territoriales' de la Ciudad de Buenos Aires, disponiendo que, los inmuebles que se encuentran dentro de la Ciudad de Buenos Aires —ámbito geográfico— pero que pertenecen al Estado nacional o están afectados a su uso y consumo, *continúan bajo jurisdicción federal* —ámbito jurídico—" (fs. 13).

A este respecto la recurrente no muestra que, de haber el *a quo* abordado el tema discutido bajo las categorías enunciadas por HAPSA, las reglas constitucionales aplicadas (que distribuyen el poder entre el Estado federal y los estados locales) hubieran modificado el resultado del pleito. En tales condiciones, la cuestión propuesta resulta inconducente para la solución de la controversia porque, aun en la situación geográfica y jurídica descripta por la recurrente, la legitimidad de la sanción aplicada depende de la configuración de los presupuestos analizados en el punto 3.1 que están ausentes en autos.

4. Finalmente, el agravio referido a la ausencia de legitimación pasiva de HAPSA, no involucra, en verdad, una controversia acerca de su condición de destinataria de la obligación cuya inobservancia originó la multa, sino que el contenido con el que la recurrente desarrolla el planteo se identifica con la presencia en el caso de un error de tipo o de prohibición que la eximiría de soportar las consecuencias de su conducta. Ello se desprende claramente de sus expresiones, al afirmar que "[e]sta innegable situación de hecho y derecho que surge con suficiente evidencia de datos concretos de la realidad, hacen manifiesta la total ausencia de legitimación pasiva de HAPSA para ser considerada como infractora de una supuesta normativa cuya pretendida aplicación resultaría, como se dijo, no de un marco regulatorio claro y consensuado entre dos autoridades estatales conforme el espíritu de la norma constitucional, sino de la interpretación unilateral que efectúa una de dichas autoridades en conflicto con relación a lo que serían sus facultades y atribuciones [...] Por lo que no hay lugar a duda que mi representada planteó que obró con falta de conciencia respecto del injusto, por lo que no puede más que concluirse que se trata de un evidente error de prohibición" (fs. 16).

De cualquier modo, la invocada existencia de un error de tipo y de prohibición remite a la interpretación de hechos, pruebas y derecho infraconstitucional, competencia, en principio, privativa de los jueces de mérito y ajena a esta instancia extraordinaria si, como en el caso, la recurrente no muestra que el pronunciamiento impugnado resulta insostenible.

Por las razones expuestas, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por admitir la queja planteada por HAPSA en cuanto al agravio individualizado en el punto 1.ii de este voto, como consecuencia, reintegrar el depósito efectuado por la recurrente y, por último, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Con costas a la vencida.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a la queja, en cuanto al agravio vinculado a la competencia de la Ciudad para ejercer el poder de policía en el caso, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad sobre el punto.

2º. *Reintegrar* el depósito cuya constancia de integración se halla agregada a fs. 106.

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

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

CLII

"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: Interpretación de normas infraconstitucionales. Caso constitucional. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Establecimientos concesionados por el Estado nacional. Hipódromo de Palermo. Establecimientos de utilidad nacional. CIUDAD DE BUENOS AIRES: Autonomía. EJERCICIO DEL PODER DE POLICÍA. SALUBRIDAD Y SEGURIDAD: Obstrucción de inspección. Garantía de los intereses del Estado nacional. Facultades concurrentes.

SUMARIOS:

1. El Tribunal no es competente para revisar la interpretación de normas infraconstitucionales sobre las cuales el recurrente agotó las dos instancias judiciales ordinarias previstas en la ley procesal; ni tampoco lo es para valorar prueba sobre errores adjudicables al infractor. *(Voto del señor juez Julio B. J.*

Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).

2. Existe caso constitucional que justifica la intervención del Tribunal si se cuestiona la interpretación de las reglas constitucionales que asignan a la Ciudad el ejercicio del poder de policía en establecimientos concesionados por el Estado nacional para fines determinados, en el caso, juegos de apuestas (arts. 75, inc. 30, y 129, C.N., arts. 104, incs. 11 y 14, y 105, inc. 6º, CCBA). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. El art. 129 de la C.N., que establece los límites a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, al disponer que tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y que una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras sea capital de la Nación, sólo limita especialmente la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales que cumplen tareas de gobierno en este mismo territorio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La facultad de las autoridades locales de ejercer el poder de policía en materia de salubridad, seguridad y moralidad se ejerce en todo el territorio de su jurisdicción, incluso en los establecimientos de utilidad nacional situados en las provincias y municipios (art. 75, inc. 30, C.N.). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. En atención al carácter local de las potestades de regulación, fiscalización y sanción en materia de salubridad, seguridad, etc., y a que esas potestades correspondían a la ex Municipalidad de Buenos Aires, el poder de policía y la actividad administrativa de policía involucrados en el caso no corresponden al ámbito de intereses del Estado nacional en el territorio de la Ciudad, preservados por la ley 24.588. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Sobre el predio donde se asienta el Hipódromo de Palermo existen facultades concurrentes entre la Ciudad y el Estado federal: el GCBA sobre las condiciones de seguridad del predio, entre otras, y el Estado nacional, en su carácter de concedente de la explotación, sobre el cumplimiento del contrato de concesión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El Hipódromo de Palermo no pertenece al Estado federal por causa de utilidad pública, pues los juegos de azar y apuestas, más allá de su legitimi-

dad como concesión del Estado a una empresa privada —en un predio que le pertenece al Estado por dominio privado— no justifican ese calificativo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Las competencias que le corresponde ejercer al Estado federal y a la Ciudad de Buenos Aires en el Hipódromo de Palermo no colisionan sino que se complementan, dado que ni la Constitución Nacional ni las leyes y decretos nacionales citados por la empresa actora permiten considerar al predio donde se encuentra ubicado como un enclave inmune a las leyes dictadas por la Legislatura que regulan cuestiones eminentemente locales, pues ni siquiera para los establecimientos de utilidad nacional la Carta Magna niega la facultad concurrente para el ejercicio del poder de policía que corresponde a las autoridades locales (art. 75, inc. 30, C.N.). *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

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.), 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, por 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 encuentren en la CABA, incluidos los propios de las esferas locales, pues el art. 75, inc. 30 de la 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).*

11. La recurrente no muestra que las competencias que la Ciudad de Buenos Aires reivindica para sí —que involucran el poder de policía para inspeccionar el predio que el Hipódromo de Palermo explota— hayan sido ejercidas en condiciones que importen la superposición de éstas con aquellas que tiene asignadas Lotería Nacional —relativas al desenvolvimiento de la concesión del Hipódromo cuya validez no está discutida en este pleito—, menos aún que el ejercicio de ambas resulte incompatible y obligue a desplazar a las primeras en beneficio de las últimas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6369/08 - 17/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Hipódromo Argentino de Palermo S.A. (HAPSA) interpuso recurso de queja (fs. 46/61) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 2/3. Este último recurso fue interpuesto contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que, en lo que aquí importa, confirmó la sentencia de primera instancia que derivó en la aplicación de una multa de $ 10.000 por infracción al art. 9.1.1 de la ley local 451 (obstrucción de inspección).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, HAPSA había tildado de arbitraria la decisión de la Sala III porque los camaristas no habían tratado las cuestiones propuestas en la apelación. Resumidamente, consideró que los magistrados —para confirmar la condena— no distinguieron entre la situación geográfica del predio (ubicado en esta ciudad) de la situación jurídica de HAPSA. La defensa, además, cuestionó que fuera la justicia local —sin la intervención del Estado nacional— quien resolviera respecto de la competencia de las autoridades de la Ciudad o de la Nación sobre el hipódromo de Palermo. Asimismo, el recurrente se agravió porque los jueces intervinientes descartaron la existencia de un error de prohibición de la firma. Todos estos motivos de agravio —según surge del recurso— involucran la interpretación de los arts. 3º, 5º, 75, incs. 15 y 30, 116, 123 y 129, C.N., de las leyes federales 3313, 18.226, 23.696 y 24.588, y de los decs. nacs. 256/90, 598/90, 292/92, 1418/92, 88/93 y 1688/94.

La recurrente sostuvo, en la misma línea argumental, que una inspección como la pretendida —esto es, por parte de funcionarios del GCBA y sin acuerdo previo con la autoridad nacional que regula los juegos de azar (LNSE)— violaba su derecho de ejercer industria lícita, de propiedad, de defensa en juicio, la garantía de debido proceso y afectaba los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires, como así también los derechos de HAPSA que surgen de las normas mediante las que recibieron en concesión el predio cuya inspección pretendía el GCBA.

3. Los integrantes de la Sala III denegaron el recurso debido a que HAPSA no había logrado presentar un caso de competencia del Tribunal.

4. El fiscal general, al emitir su dictamen (fs. 73/79) propuso el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los agravios desarrollados por HAPSA se dirigen a cuestionar la sentencia de Cámara por considerar que *i)* la justicia local resulta incompetente para resolver la presente controversia (arts. 3º, 75, inc. 15, 116 y 129, C.N. y 3º de la ley 24.588); *ii)* la Ciudad de Buenos Aires carece de competencia en materia de poder de policía respecto del predio que explota HAPSA (arts. 3º, 75, inc. 15 y 129, C.N., 8º, CCBA y 3º de la ley 24.588), *iii)* HAPSA carece de legitimación pasiva, y *iv)* la Cámara efectuó una apreciación arbitraria de los hechos de la causa y las normas aplicables para descartar que HAPSA haya incurrido en un error de tipo y de prohibición.

Por las razones que expondré, solo en relación con el agravio individualizado como *ii)*, el recurso pone en juego la interpretación de cláusulas constitucionales y normas de carácter federal (arts. 75, inc. 30 y 129, C.N. y 3º de la ley 24.588) que justifican admitir la queja a su respecto.

2. En cuanto a las objeciones que postulan la incompetencia de los Tribunales locales para sustanciar un proceso como el de autos, corresponde señalar que la revisión de la sentencia definitiva a la que aspira la recurrente, no brinda ocasión para reeditar el debate en torno al rechazo de la excepción de incompetencia formulado por los jueces de mérito. Basta señalar, en relación con ello, que este Tribunal en la intervención anterior suscitada por el rechazo mencionado, resolvió que no estaba en juego la denegatoria del fuero federal porque la firma acusada no pretendía modificar la radicación de la causa (TSJ *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 5881/08, sentencia del 29/10/2008). Ello así, la reiteración de los planteos aludidos conduciría a emitir un pronunciamiento de carácter exclusivamente procesal ajeno a la vía intentada. En otras palabras, la cuestión propuesta resulta indiferente en relación con el contenido de la sentencia definitiva, extremo que impone rechazar la queja en el aspecto considerado (art. 27 de la LPT).

Por lo demás, si lo que HAPSA busca es postular la falta de potestades de la CABA para perseguir la infracción imputada, el éxito de su planteo no depende de la incompetencia de los tribunales locales sino que exigiría demostrar que, en el supuesto de autos, el estado local carece del poder de policía ejercido para aplicar la sanción impugnada, o, más exactamente, que las normas que en él sustentan son inconstitucionales y los actos que lo aplican, nulos. Ese debate, en realidad, viene planteado de modo autónomo y, conforme surge del punto 1 *in fine,* impone a su respecto admitir la queja y analizar el recurso de inconstitucionalidad.

3. Despejado lo anterior, corresponde examinar la alegada ausencia de competencia de los poderes de la Ciudad para regular y ejercer el poder de policía de inspección en que se fundó la imposición de la multa cuestionada, sobre la base de la pretendida jurisdicción federal exclusiva que se reclama en relación con el predio que ocupa el Hipódromo.

El análisis requerido por la cuestión propuesta permite aprovechar algunas de las cuestiones examinadas en la mencionada decisión de este Tribunal del 29/10/2008, puesto que las razones que desarrollé en aquella oportunidad respecto de las condiciones en que las atribuciones del Estado nacional y los Estados locales conviven, examinadas por entonces para juzgar la competencia de los órganos judiciales de la CABA, también sirven ahora para despejar el planteo de fondo que trae la recurrente.

3.1. Como sostuve en el pronunciamiento aludido, 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. La auténtica postulación consiste en sostener la inmunidad del inmueble respecto del GCBA que, sin embargo como se verá, no viene apoyado en norma federal alguna.

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,[25] aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, por 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 considerar válido el ejercicio del poder de policía cuestionado

[25] *Art. 75, inc. 30:* "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

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, como pretende la recurrente, en el sentido de reservar exclusivamente para el orden federal todos los poderes sobre los bienes propiedad del Estado nacional que se encuentren 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 muebles 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 aun 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. n° 4808/06, sentencia del 20/12/2006).

A su vez, la recurrente no acreditó que un control que suplante al ejercido por la Ciudad haya sido o pueda ser ejecutado por autoridades nacionales de modo que garanticen, por ejemplo, las condiciones de seguridad en el inmueble alcanzado por la sanción resistida. En efecto, la recurrente se limita a afirmar a lo largo de su presentación que "el Hipódromo Argentino de Palermo, por ser un bien del Estado nacional ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, está sujeto a jurisdicción federal (art. 3º, ley 24.588) y que, por tanto, cualquier inspección que el GCBA pretendiera efectuar en dicho predio, debería hacerlo con la expresa autorización del Estado nacional, en la persona de LNSE" (fs. 58 vta.), sin embargo no muestra de qué manera el ejercicio de las competencias en materia de inspección por parte del GCBA constituyó un medio idóneo para obstruir la competencia asignada por el dec. nac. 1688/94 a LNSE para "el ejercicio del poder de policía en materia de juegos de azar y apuestas mutuas y el control del funcionamiento de los locales, comercios y personas en general que intervengan en la comercialización de juegos de azar y apuestas mutuas" (art. 1º). En otras palabras, no muestra que las competencias que la Ciudad de Buenos Aires reivindica para sí —que involucran el poder de policía para inspeccionar el predio que HAPSA explota— hayan sido ejercidas en condiciones que importen la superposición de éstas con aquellas que tiene asignadas LNSE —relativas al desenvolvimiento de la concesión del Hipódromo cuya validez no está discutida en este pleito—, menos aún que el ejercicio de ambas resulte incompatible y obligue a desplazar a las primeras en beneficio de las últimas. En este sentido, tiene dicho la CSJN que "la carga de esa demostración corresponde a quien pretende eximirse de cumplir con las leyes provinciales", argumento decisivo para que progrese un agravio basado en la "prohibición de interferencia" o "repugnancia efectiva", que justifica la interdicción de potestades locales en supuestos que guardan analogía con el que nos ocupa (*Fallos*, 322:2598).

3.2. El agravio relativo a la falencia que el recurrente imputa a la sentencia de Cámara, en tanto, según afirma, no distinguió adecuadamente la situación geográfica del predio en cuestión de su situación jurídica, tampoco resulta idóneo para conmover la decisión impugnada. Más allá de que el planteo de HAPSA resulta confuso, por su intermedio se postula que "mediante la ley 24.588 el Congreso de la Nación, en cumplimiento del mandato constitucional y actuando dentro de sus facultades, excluyó del ámbito territorial de jurisdicción local (acepción jurídica de la territorialidad) a los inmuebles de propiedad del Estado nacional ubicados en la [C]iudad de Buenos Aires o destinados al uso y/o consumo del sector público nacional", agregando que "para una más clara comprensión del alcance de su reserva [la del Estado nacional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires], en uso de la facultad establecida en los arts. 3º y 75, inc. 15 de la C.N., fijó los límites 'territoriales' de la Ciudad de Buenos Aires, disponiendo que, los inmuebles que se encuentran dentro de la Ciudad de Buenos Aires —ámbito geográfico— pero que pertenecen al Estado nacional o están afectados a su uso y consumo, *continúan bajo jurisdicción federal —ámbito jurídico—*" (fs. 12 vta.).

A este respecto la recurrente no muestra que, de haber el *a quo* abordado el tema discutido bajo las categorías enunciadas por HAPSA, las reglas constitucionales aplicadas (que distribuyen el poder entre el Estado federal y los estados locales) hubieran modificado el resultado del pleito. En tales condiciones, la cuestión propuesta resulta inconducente para la solución de la controversia porque, aún en la situación geográfica y jurídica descripta por la recurrente, la legitimidad de la sanción aplicada depende de la configuración de los presupuestos analizados en el punto 3.1 que están ausentes en autos.

4. Finalmente, el agravio referido a la ausencia de legitimación pasiva de HAPSA, no involucra, en verdad, una controversia acerca de su condición de destinataria de la obligación cuya inobservancia originó la multa, sino que el contenido con el que la recurrente desarrolla el planteo se identifica con la presencia en el caso de un error de tipo o de prohibición que la eximiría de soportar las consecuencias de su conducta. Ello se desprende claramente de sus expresiones, al afirmar que "[e]sta innegable situación de hecho y derecho que surge con suficiente evidencia de datos concretos de la realidad, hacen manifiesta la total ausencia de legitimación pasiva de HAPSA para ser considerada como infractora de una supuesta normativa cuya pretendida aplicación resultaría, como se dijo, no de un marco regulatorio claro y consensuado entre dos autoridades estatales conforme el espíritu de la norma constitucional, sino de la interpretación unilateral que efectúa una de dichas autoridades en conflicto con relación a lo que serían sus facultades y atribuciones [...] Por lo que no hay lugar a duda que mi representada planteó que obró con falta de conciencia

respecto del injusto, por lo que no puede más que concluirse que se trata de un evidente error de prohibición" (fs. 15 vta.).

De cualquier modo, la invocada existencia de un error de tipo y de prohibición remite a la interpretación de hechos, pruebas y derecho infraconstitucional, competencia, en principio, privativa de los jueces de mérito y ajena a esta instancia extraordinaria si, como en el caso, la recurrente no muestra que el pronunciamiento impugnado resulta insostenible.

Por las razones expuestas, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por admitir la queja planteada por HAPSA en cuanto al agravio individualizado en el punto 1.ii de este voto, como consecuencia, reintegrar el depósito efectuado (fs. 69) y, por último, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Con costas a la vencida.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja debe ser parcialmente admitido porque cumple con los requisitos previstos en el art. 33 de la ley 402 y, además, presenta un caso constitucional relativo al alcance de las competencias de la Ciudad de Buenos Aires (poder de policía) según la regla de la C.N. (art. 129).

Respecto de aquellas cuestiones vinculadas a la existencia de un error de prohibición en cabeza de HAPSA, el recurso directo fracasa. El Tribunal no es competente para revisar la interpretación de normas infraconstitucionales (derecho común y local) sobre las cuales el recurrente agotó las dos instancias judiciales ordinarias previstas en la ley procesal; en el mismo sentido, tampoco lo es para valorar prueba sobre errores adjudicables al infractor.

De igual modo, los agravios vinculados a la incompetencia del Poder Judicial local para resolver la controversia sobre cuál o cuáles son las autoridades que pueden ejercer el poder de policía en el predio donde funciona el Hipódromo de Palermo, como así también los que se refieren a la falta de legitimación pasiva de HAPSA respecto de este procedimiento, tampoco pueden habilitar la jurisdicción del Tribunal. Si bien es posible reeditar un planteo de esa clase al momento de impugnar una condena —es más, cuando la recurrente quiso traer esas cuestiones al TSJ antes de que los jueces de mérito decidieran el caso, su queja fue rechazada porque no existía aún una sentencia definitiva, en los términos del art. 27 de la ley local 402— lo cierto es que, tal como lo indica el señor juez del trámite, la firma imputada no realizó un planteo de incompetencia según la ley procesal —inhibitoria o declinatoria a fin de que el caso sea resuelto por la justicia federal—, sino que sólo pretende quedar eximida de toda posibilidad de control por parte de la Ciudad de Buenos Aires. Por esa razón, la queja tampoco triunfa con respecto al motivo mencionado. Repárese que la Corte Suprema de la Nación sólo es competente para decidir en el caso de un conflicto de competencia planteado entre dos jueces de distinta jurisdicción que, por ello mismo, no tiene un superior común.

2. Ya adelanté que sólo hay un motivo de agravio que justifica la intervención del TSJ: la interpretación de las reglas constitucionales que asignan a la Ciudad el ejercicio del poder de policía. Mejor explicado, el caso constitucional que planteó HAPSA obliga al Tribunal a decidir si la Ciudad puede ejercer su poder de policía en establecimientos concesionados por el Estado nacional para fines determinados (en el caso, juegos de apuestas) y, en ese caso, con qué límites (arts. 75, inc. 30, y 129, C.N., arts. 104, incs. 11 y 14, y 105, inc. 6º, CCBA).

Como es costumbre entre los litigantes —al menos ante la justicia local— la acusada denunció la *arbitrariedad* de todas las decisiones adoptadas en este proceso. Una vez más, la voz *arbitrariedad* parece ser un sinónimo de *agravio*, presupuesto básico de todo recurso. En rigor, HAPSA sostiene que la Cámara no trató el caso constitucional que había planteado. Más allá de cuál es la razón por la que la imputada disiente con el fallo de la Sala III, lo cierto es que sus argumentos serán tratados —y rechazados— en esta instancia. Justamente por ello, la denuncia de arbitrariedad es insustancial.

3. En este proceso está discutida la facultad de la Ciudad de ejercer su poder de policía sobre el predio donde funciona el Hipódromo de Palermo. Cabe aclarar que, en este caso, la Ciudad no intentó controlar la existencia o validez de permisos expedidos por autoridades locales para explotar juegos de azar o recibir apuestas, objeto del contrato de concesión nacional. El Gobierno local tampoco pretendía analizar cuestiones referidas a presuntos incumplimientos del contrato de concesión. Como explicaré a continuación, estas son las razones básicas para convalidar la competencia local en la causa.

El art. 129 de la C.N. establece los límites a la autonomía de la Ciudad, en los siguientes términos: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación" (art. 129, primer párrafo, C.N.). Esta norma sólo limita especialmente la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales que cumplen tareas de gobierno en el mismo territorio.

El recurrente parece entender que dicha regla —leída en conjunto con el art. 75, inc. 30, que regula el ejercicio del poder de policía sobre los establecimientos de utilidad pública nacional— recortó las facultades de control locales sobre el predio que explota hasta anularlas casi por completo. De allí que propone —conforme su interpretación del art. 6º de la ley nacional 24.588— que la Ciudad celebre convenios con Lotería Nacional S.E. para poder inspeccionar el predio (¡bueno sería que el GCBA tuviera que convenir con un organismo nacional cada vez que desea inspeccionar un predio!).

La facultad de las autoridades locales de ejercer el poder de policía en materia de salubridad, seguridad y moralidad fue admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 301:1053, y sus citas, y conf. "Unión Transitoria S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1268/01, sentencia del 17/9/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 355 y ss.; t. II, pp. 329 y ss.). Se ejerce, además, en todo el territorio de su jurisdicción, incluso en los establecimientos de utilidad nacional situados en las provincias y municipios (art. 75, inc. 30, C.N.). Por el carácter local de las potestades de regulación, fiscalización y sanción en materia de salubridad, seguridad, etc., y porque esas potestades correspondían a la ex Municipalidad de Buenos Aires, el poder de policía y la actividad administrativa de policía involucrados en este caso no corresponden al ámbito de intereses del Estado nacional en el territorio de la Ciudad, preservados por la ley 24.588. Una interpretación distinta debería aceptar que el art. 129 de la C.N. adjudicó al Gobierno central una competencia de la que antes carecía como autoridad federal (véase "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal Belgrano C Manuel Belgrano y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'", expte. n° 1201/01, sentencia del 10/9/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, pp. 551 y ss.).

Sin poder de policía no tendría sentido la autonomía prevista en el art. 129, C.N. Una interpretación que asigne al Estado nacional el control sobre el cumplimiento de reglas de salubridad, higiene, seguridad, edificación, etc. sobre el predio —control que, por otra parte, llevaría a cabo un cuerpo de inspectores, que realmente ignoro si existe en el Estado nacional y, antes bien, supongo que no existe, razón por la cual la empresa recurrente pretende quedar en un limbo, sin control alguno— no es admisible. Sobre el predio en cuestión existen facultades concurrentes entre la Ciudad y el Estado federal: el GCBA sobre las condiciones de seguridad del predio, entre otras, y el Estado nacional, en su carácter de concedente de la explotación, sobre el cumplimiento del contrato de concesión. De otro modo —esto es, si el GCBA no pudiera ejercer el poder de policía sobre el hipódromo— podríamos llegar al absurdo de permitir que HAPSA construya sobre el predio sin contemplar las reglas de edificación locales, o autorizar actividades riesgosas prohibidas en la Ciudad (depósito de residuos peligrosos, actividades industriales contaminantes, etcétera). Éste es, entonces, el motivo principal por el que propongo rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

4. Por lo demás, la equiparación que intenta HAPSA entre su condición —empresa privada que explota un predio de propiedad del Estado nacional— y la que exhiben las dependencias públicas afectadas al Gobierno federal no es admisible. Los límites de la autonomía local sobre estas últimas, mucho más

rígidos que los aplicables al caso, tienen una base constitucional que resulta imposible ampliar; más aún si esta ampliación tiene como fin el resguardar los intereses particulares de una firma que, al igual que muchas otras, desarrolla una actividad lucrativa en el territorio de esta ciudad. Y no se diga que el Hipódromo de Palermo pertenece al Estado federal por causa de utilidad pública, pues los juegos de azar y apuestas, más allá de su legitimidad como concesión del Estado a una empresa privada —en un predio que le pertenece al Estado por dominio privado—, no justifican ese calificativo.

5. Por las razones expuestas, voto por admitir parcialmente la queja, en cuanto al agravio vinculado a la competencia de la Ciudad para ejercer el poder de policía en el caso, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad sobre el punto. Como la queja, aunque parcialmente, triunfó, también corresponde reintegrar el depósito efectuado por el recurrente.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez, Dr. Julio B. J. Maier, que ha tratado con suficiencia el agravio por el cual se admite parcialmente la queja y se rechaza el recurso de inconstitucionalidad deducido por la firma Hipódromo Argentino de Palermo S.A.(en adelante HAPSA).

2. Sólo deseo enfatizar que el argumento básico que despliega la empresa recurrente está orientado a demostrar que, para ejercer el *poder de policía en materia de seguridad edilicia* en el inmueble que ella ocupa y explota —merced a una concesión otorgada por el Estado nacional—, el GCBA debería, con carácter previo, requerir una venia de Lotería Nacional (S.E.) en cada caso puntual o bien celebrar un convenio con dicho organismo para regular la cuestión con carácter general.

Sin embargo, ninguna de las normas constitucionales, leyes y decretos que la recurrente invoca para respaldar su argumento permiten sustentarlo. Por el contrario, el plexo normativo citado conduce a afirmar que las atribuciones que el ordenamiento pone en cabeza de las autoridades nacionales —en su carácter de concedente y/o propietaria del predio explotado por HAPSA— en modo alguno se ven desplazadas por aquellas que pretendió cumplir en el caso el GCBA; tampoco se advierte que unas y otras se superpongan (véase en este sentido el fundado voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, al que también me remito en homenaje a la brevedad).

En resumen, las competencias que le corresponde ejercer a uno y otro plano de gobierno en el caso no colisionan sino que se complementan, dado que ni la Constitución Nacional ni las leyes y decretos nacionales citados por la empresa HAPSA permiten considerar al predio ubicado en Av. Libertador al 3900 de esta Ciudad como un enclave inmune a las leyes dictadas por la Legislatura que regulan cuestiones eminentemente locales. En este sentido, cabe

recordar que ni siquiera para los establecimientos de utilidad nacional la Carta Magna niega la facultad concurrente para el ejercicio del poder de policía que corresponde a las autoridades locales (art. 75, inc. 30, C.N.).

En concreto yo me pregunto: ¿De qué manera la realización de la inspección de la Dirección General de Fiscalización Obras y Catastro del GCBA resistida —por ejemplo— iba a impedir el ejercicio de la actividad comercial de HAPSA en el predio concesionado o interferir con los cometidos de regulación y fiscalización de los juegos de azar y de apuestas que tiene a su cargo Lotería Nacional?

La recurrente no lo explica, sino que se limita a sostener que ella ejerce una actividad que califica de "interés nacional" en un inmueble perteneciente a Lotería Nacional (S.E.) —conf. fs. 10— y sólo cumple un rol de "convidado de piedra" que asiste, atónito e impotente, al conflicto que habría surgido entre el GCBA y la citada sociedad estatal, en punto a la definición de las autoridades competentes para ejercer el poder de policía en este tipo de situaciones.

Pues bien, en primer lugar, corresponde desestimar la dogmática calificación genérica que se realiza respecto de las múltiples actividades que desarrolla HAPSA en el predio concesionado, dado que, para que cada una de ellas pueda considerarse de "interés nacional", como mínimo, exijo una declaración expresa del Estado nacional que, más allá de su acierto o error, así lo disponga. En rigor, la afirmación de la recurrente, sociedad comercial con fines de lucro —Hipódromo Argentino de Palermo S.A.—, parece estar destinada a que algún lector desprevenido equipare o confunda los exclusivos intereses de la empresa con los del Estado nacional, a partir de la utilización del lenguaje alegórico, utilizado con verdadero provecho por Anatole France (seudónimo de Jacobo Anatolio Thibault) en su conocido ensayo *La isla de los pingüinos*, donde narra los pormenores de la constitución de los Estados de Pingüinia (obra aparecida originariamente en Francia en 1908). Sólo de esta forma podría entenderse que, en la especie, nos encontramos en presencia de una suerte de ente territorial hípico y soberano —tal vez el "Estado de Equinia"—, levantado al margen del ejercicio de las potestades públicas indelegables que tiene a su cargo el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En segundo término, a todo evento, debe precisarse que la interesada no ha acreditado que el predio de Av. Libertador al 3900 de esta Ciudad constituya un bien del dominio público del Estado nacional. Tampoco ello surge evidente si se tiene en cuenta su titularidad —en cabeza de Lotería Nacional (S.E.)— y el destino concreto que se le ha dado al inmueble. Como es de público conocimiento, en ese sector del predio concesionado, además del hipódromo, se explotan una muy importante cantidad de máquinas tragamonedas y ruletas electrónicas habilitadas durante las 24 hs del día para el juego de apuestas, casas de cambio de divisas, locales comerciales de venta de productos varios (como anteojos,

perfumes y bebidas importadas), así como confiterías y restaurantes donde se desarrollan espectáculos musicales. Podría sumarse a lo expuesto que, en otros sectores de ese mismo predio no explotados por HAPSA sino por otras firmas privadas a través de contratos de locación, de hecho funcionan, por ejemplo, un restaurante denominado "Kansas", así como el conocido y lujoso salón Tattersall que se alquila para la celebración de eventos sociales y corporativos (p. ej. casamientos, congresos o de promoción de productos).

Finalmente, cabe destacar que, más allá de que tampoco se ha agregado a la causa prueba alguna que permita constatar si la alegada confrontación entre el GCBA y el EN existe en el plano de la realidad, de todos modos, ella —de ser cierta y actual— no podría ser ventilada en este proceso, donde se valora la procedencia de una multa impuesta a la empresa HAPSA —empresa privada que no representa en juicio al Estado nacional—, en virtud de la conducta descripta en el acta 2-1051080 —obstrucción de inspección.

Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido, con devolución del depósito de ley a la interesada.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al fundado voto del doctor Julio B. J. Maier y comparto cada una de las puntualizaciones efectuadas por el doctor José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta por Hipódromo Argentino de Palermo S.A. a fs. 46/61 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma.

Asimismo, formula una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad sólo en lo que concierne a la interpretación de las reglas constitucionales que permiten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercer el poder de policía en establecimientos concesionados por el Estado nacional (arts. 75, inc. 30 y 129, C.N., arts. 104, incs. 11 y 14 y 105, inc. 6º, CCBA).

Respecto de los restantes agravios, los dichos del recurrente no logran poner en crisis el auto interlocutorio de la Sala III. En consecuencia, el recurso directo es parcialmente admisible sólo en lo que se refiere a la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para ejercer el poder de policía en el predio en el que funciona el Hipódromo Argentino de Palermo.

2. Acerca de la cuestión constitucional traída a decisión, comparto los fundamentos que expone el juez Maier en los aparts. 3 y 4 de su voto y la solución que propone en el apart. 5.

3. Por lo expuesto, voto por admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Hipódromo Argentino de Palermo S.A.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a la queja, en cuanto al agravio vinculado a la competencia de la Ciudad para ejercer el poder de policía en el caso, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad sobre el punto.

2º. *Reintegrar* el depósito cuya constancia de integración se halla agregada a fs. 69.

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

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

CLIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS: 'SIMPE, RENZO NICOLÁS ALBERTO S/INFR. ART. 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL - C.P. (P/L2303)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. SUSPENSIÓN DEL TRÁMITE DEL RECURSO: Rebeldía del imputado. Acuerdo de avenimiento entre la Fiscalía y el imputado. DEFENSOR GENERAL: exención de depósito.

SUMARIOS:

1. En atención a la declaración de rebeldía resuelta por el magistrado de primera instancia y a lo establecido por el art. 159, CPP local (aplicable, en razón de la materia, en virtud del art. 2º de la ley 402) corresponde suspender la tramitación del recurso de queja. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. Frente a un imputado declarado rebelde por el juez competente queda suspendido el procedimiento judicial (art. 159, CPPCABA), de modo que no corresponde la tramitación de un recurso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El recurso de queja debe ser rechazado porque la resolución que no hizo lugar al avenimiento acordado por el imputado y el representante del Ministerio Público Fiscal durante la etapa de investigación preparatoria, a cuya revisión se aspira, no constituye una sentencia definitiva, pues no se expide sobre la cuestión de fondo, sino que tiene por consecuencia la continuación del proceso hacia la etapa central del juicio; y porque no se logró conectar el fallo impugnado con las garantías que el recurrente invoca como requeridas de tutela inmediata bajo la advertencia de que, a su criterio, el control ulterior resultaría tardío e insuficiente ante el menoscabo causado por ese rechazo. *(Voto en disidencia de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. No debe exigirse al defensor general el depósito correspondiente al recurso de queja. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Ante el rechazo del recurso de queja, corresponde intimar al defensor general al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, si el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni acreditó haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6166/08 -10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad interpuso recurso de queja (28/46) contra el auto denegatorio (fs. 26/27) del recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/24) que había articulado, a su vez, contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas del 8/7/2008, agregada a fs. 13/14. Esa decisión confirmó el rechazo de un acuerdo de avenimiento realizado entre la fiscalía y el imputado.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa expresó los siguientes motivos de agravio: *a)* violación del principio acusatorio (art. 13.3, CCBA) porque, por un lado, los magistrados desconocieron el avenimiento realizado entre la fiscalía y el imputado respecto del hecho que motivó esta causa (art. 266, CPPCABA) y, por otra parte, debido a que la Sala III confirmó la decisión de primera instancia aunque la Fiscalía de Cámara había solicitado que se hiciera lugar a la apelación de la defensa, motivo por el cual ya no existía controversia que habilitara a los jueces a continuar el proceso; *b)* vulneración de la garantía de debido proceso, también llamada por el recurrente como "principio de lega-

lidad procesal" (*nulla poena sine iuditio*, art. 18, C.N.), porque los magistrados habrían agregado requisitos para la procedencia del avenimiento que no fueron establecidos por la ley procesal (art. 266, CPPCABA), aspecto que —siempre según la defensa— también alteró disposiciones del código de fondo (art. 58, C.P.); y *c)* afectación de la garantía de duración razonable del proceso (art. 18, C.N.; art. 8.1, CADH; y art. 14.3.c, PIDCP) en razón de que con el rechazo del avenimiento —y la mención realizada por los jueces respecto a que las partes podrían volver a formularlo ante el juez del debate— se postergó el dictado de una resolución que ponía fin a la situación de incertidumbre por la que atraviesa el imputado.

3. La Sala III declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad porque la decisión atacada no es la sentencia definitiva que menciona el art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal. A su vez, los magistrados agregaron que la defensa no presentó un caso constitucional sino que, por el contrario, sólo expresó su discrepancia con la interpretación de normas infraconstitucionales.

4. El fiscal general adjunto entendió que el recurso de inconstitucionalidad no fue interpuesto contra una sentencia definitiva ni contra una que pueda ser equiparada a tal; y que tampoco se advierte la existencia de un caso constitucional. Por esa razón, propició el rechazo de la queja (fs. 50/51).

5. Solicitadas las actuaciones principales por el Tribunal (fs. 53), se verificó que el juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 11 había declarado la rebeldía del imputado (fs. 222/224, autos principales).

FUNDAMENTOS:

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

En atención a la declaración de rebeldía resuelta por el magistrado de primera instancia (fs. 222/224 del expediente principal) y a lo establecido por el art. 159 CPP local (aplicable, en razón de la materia, en virtud del art. 2º de la ley 402) corresponde: suspender la tramitación de la queja agregada a fs. 28/46, devolver el expediente principal al tribunal de origen a los efectos que correspondan, solicitar al titular del Juzgado de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 11 —sorteado para llevar adelante el juicio oral y público— que comunique a este Tribunal toda novedad que entienda de interés para la continuación del trámite de la queja interpuesta ante estos estrados y reservar —en la Secretaría actuante— el incidente formado a raíz de la presente queja.

Así lo votamos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

En el mismo sentido en el que me manifesté al resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario federal interpuesto en el legajo 6164, caratulado, "Rodríguez, Marcelo José s/inf. art. 189 bis C.P., portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 15/4/2009, frente a un imputado declarado rebelde por el juez competente (véase resolución de fs. 224 del expediente principal) queda suspendido el procedimiento judicial (art. 159, CPPCABA). Por ello, no corresponde la tramitación de un recurso. En cuanto al trámite burocrático que debe seguir tanto este legajo como los autos principales, no tengo objeción con la propuesta realizada por mis colegas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde.

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

1. El recurso de queja debe ser rechazado porque el pronunciamiento a cuya revisión se aspira no constituye una sentencia definitiva, ni la recurrente ha logrado conectar el fallo impugnado con las garantías que invoca como requeridas de tutela inmediata bajo la advertencia de que, a su criterio, el control ulterior resultaría tardío e insuficiente ante el menoscabo causado por el rechazo del avenimiento postulado ante los jueces de mérito.

2. En tal sentido, la impugnación contra la resolución que no hizo lugar al avenimiento acordado por el imputado y el representante del Ministerio Público Fiscal durante la etapa de investigación preparatoria ataca un pronunciamiento que —más allá de su acierto o error— no se expide sobre la cuestión de fondo, sino que tiene por consecuencia la continuación del proceso hacia la etapa central del juicio.

Además, ello ocurre en condiciones en las que, en el marco del esquema procesal previsto por la ley 2303 cuya constitucionalidad no viene controvertida, la cuestión podrá ser reeditada. Tan es así que la defensa ha solicitado ante el nuevo juez de la causa la realización de una audiencia, en los términos del art. 266, CPP, "a fin de resolver la homologación del acuerdo de avenimiento oportunamente introducido por las partes", y el magistrado ha dispuesto que la audiencia oral fijada para la realización del debate podrá adecuarse a lo dispuesto en aquella norma de darse los requisitos correspondientes (fs. 149/150 de las actuaciones principales).

En ese contexto, resultan infructuosos los esfuerzos de la recurrente por demostrar que lo decidido provoca al imputado un gravamen de insuficiente o imposible reparación ulterior a raíz del cuál corresponda adelantar la intervención de este Tribunal pues no ha logrado poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad dene-

gado en: 'Estigarribia, Federico Milcíades y otros s/infr. art. 189 bis portación de arma de fuego de uso civil C.P. (p/L 2303)'", expte. nº 6171/08, resolución del 25/3/2009, y sus citas).

3. Por las razones dadas, que tornan innecesario analizar el resto de las cuestiones planteadas y suscitadas en autos, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, votamos por rechazar la queja articulada a fs. 28/46.

El juez Luis F. Lozano agregó:

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

El juez José O. Casás agregó:

Ante el rechazo de la queja interpuesta, corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re* "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII/B, pp. 950 y ss.).

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Suspender* la tramitación de la queja agregada a fs. 28/46 y reservarla en la Secretaría actuante.

2º. *Devolver* las actuaciones principales al tribunal de origen, a los efectos que correspondan, y solicitar al titular del Juzgado de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 11 que comunique a este Tribunal toda novedad que entienda de interés para la continuación del trámite de la queja interpuesta ante estos estrados.

3º. *Mandar* que se registre y se notifique.

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

CLIV

"LÍNEA DE MICROÓMNIBUS 47 S.A. S/INFR. ART. 6.1.63, VIOLACIÓN DE SEMÁFORO SIN PODER IDENTIFICAR AL CONDUCTOR - L 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.

Se agrega copia de la sentencia dictada en los autos "Línea de Microómnibus S.A.T.C.F. s/art. 6.1.63 y otros ley 451 s/recurso de inconstitucionalidad concedido". (Causa 5837/08. 28/8/2008). Se transcriben los sumarios referidos a dicha resolución:

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. 2, 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 véanse votos 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 CP (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 6313/08 - 10/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

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. 172/190) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas del 17/10/2008 (fs. 161/165), por la cual se confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la empresa de transporte infractora, al pago de una multa de dos mil pesos ($ 2.000), por las infracciones asentadas en las actas de comprobación nºs. B-08.361.828, B-08.361.265, B-08.361.375 y B-08.493.875 por considerarla responsable de la falta de violación de la prohibición de paso indicada por un semáforo y confirmó el rechazo de su planteo

de inconstitucionalidad del dec. local 2124/04 (*BOCBA* nº 2074), en virtud del cual se creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana".

2. La Cámara declaró parcialmente admisible tal recurso (fs. 198/201) con 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 Constitución de la Ciudad (fs. 208/209).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, 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 S.A.T.C.F. 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:

Mi fundamento en 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", nº 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", y nº 6128, "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".

2. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad de Línea de Microómnibus sólo por el agravio sustentado en la inconstitucionalidad del dec. 2124/04 que dota al organismo denominado "Guardia Urbana" de potestades propias de la "policía en materia de tránsito" (concretamente, se refiere a la facultad de labrar actas de comprobación de infracciones al régimen de faltas previsto por la ley 451), por resultar contrario al principio de división de poderes (fs. 199). Expresamente lo rechazó en cuanto a los agravios que postulan la inconstitucionalidad de la norma por resultar contraria al principio de jerarquía normativa e inaplicabilidad de la ley 1217 y en la arbitrariedad de la sentencia impugnada (fs. 199/201).

La recurrente no interpuso queja por los agravios por los que el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado.

En su recurso, Línea de Microómnibus 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. (…) Queda claro entonces que la materia de policía es facultad exclusiva y excluyente del Poder Legislativo, y no puede el Jefe de Gobierno arrogarse funciones legislativas, pues ello viola en forma flagrante la división tripartita de poderes que establece la Constitución Nacional" (fs. 188/189).

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 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.

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 S.A.T.C.F. 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 de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

CLV

"WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS Y BWIN ARGENTINA S.A. S/RECURSO EXTRAORDINARIO EN: 'WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS Y BWIN ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BWIN.COM S/INFRACCIÓN ART. 116, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO, CC —APELACIÓN—'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6017/08, "WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS Y BWIN ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BWIN.COM S/INFRACCIÓN ART. 116, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO, CC —APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Sentencia definitiva. Medida cautelar. Gravamen irreparable. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. No es admisible el recurso extraordinario federal si los agravios no exponen una cuestión de naturaleza federal, y sólo involucran cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local, ajenos a la instancia a la

que se pretende acceder. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio a la instancia extraordinaria. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. La invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir el recurso extraordinario— y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. No es posible, ni siquiera para quienes sostienen que existen decisiones equiparables a una sentencia definitiva, conceder un recurso extraordinario federal interpuesto contra una resolución previa a la que resuelve el juicio por absolución o condena, si la parte agraviada no da razones para demostrar que su caso resulta una excepción a la regla que indica que las resoluciones vinculadas a medidas cautelares no pueden ser cuestionadas a través de recursos extraordinarios. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. El recurso extraordinario federal debe ser denegado si no se acredita que la decisión impugnada resulta violatoria de una garantía federal sólo susceptible de tutela inmediata o que genera un perjuicio federal de imposible reparación ulterior, sin que baste a tales fines que lo sea desde una perspectiva local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6004/08 - 17/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Armando Andrés Wasserman, por derecho propio y como representante de la firma Bwin Argentina S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 214/233 vta.) contra la resolución del Tribunal de fecha 8/4/2009 que rechazó el recurso de queja planteado por esa parte a fs. 70/93 (punto 1 de la decisión de fs. 190/209).

2. El traslado del recurso fue contestado por el señor fiscal general adjunto, quien se opuso a su concesión (fs. 238/240).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso extraordinario articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. La razón por la que el TSJ rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva— también determina la denegatoria de este recurso extraordinario federal. El recurrente no expone por qué razón no cabe exigirle que demuestre, y no sólo que invoque, la irreparabilidad del gravamen que dice sufrir.

En particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

5. El recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y, además, denuncia una supuesta afectación de reglas contenidas en la C.N., sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir este tipo de recurso (*Fallos*, 294:376, entre otros)— y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos*, 308:62; entre otros).

6. Por lo demás, la presentación de la defensa no expone una cuestión de naturaleza federal. Los agravios sólo involucran cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local, ajenos a la instancia a la que pretende acceder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constan-

te 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).

7. Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Acompaño la decisión de la señora jueza de trámite en cuanto propone denegar el recurso extraordinario federal deducido.

2. Según entiendo, el Tribunal —por mayoría— rechazó las quejas interpuestas por la firma acusada debido a que no se vinculaban con una sentencia definitiva, ni tampoco demostraban que las decisiones cuestionadas fueran equiparable a una de ellas. Estas razones surgieron de la interpretación de la ley local 402. Tal como surge del voto de la señora jueza de trámite, esa interpretación no puede ser revisada por la CSJN.

Puntualmente, la sentencia del TSJ indicó que la imputada no había acreditado que la afectación patrimonial generada por la clausura del sitio web que administra resulta irreparable (por ejemplo: porque pone en riesgo seriamente la continuidad de la explotación económica). Ese defecto de fundamentación, que sustentó el rechazo de la queja, se repite en esta presentación, motivo por el cual también debo denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

En otras palabras, como Bwin Argentina S.A., en su presentación, no explica por qué el gravamen económico que dice sufrir no puede ser reparado en un eventual proceso posterior, el recurso no es procedente. No es posible —ni siquiera para quienes sostienen que existen decisiones *equiparables* a una sentencia definitiva— conceder un recurso extraordinario federal interpuesto contra una resolución previa a la que resuelve el juicio por absolución o condena si la parte agraviada no da razones para demostrar que su caso (por el motivo que fuera) resulta una excepción a la regla que indica que las resoluciones vinculadas a medidas cautelares no pueden ser cuestionadas a través de recursos extraordinarios.

3. Ni su denuncia de arbitrariedad, ni la invocación de un excesivo rigor formal por parte del Tribunal o de la doctrina de *gravedad institucional*, ni siquiera la denuncia de violaciones a normas federales, suple la falta de fundamentos verificada en cuanto al carácter de la sentencia recurrida —en los términos de la CSJN, sentencia *equiparable* a definitiva—; por lo tanto, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

4. Tengo la sensación de que el verdadero objeto del recurso del agraviado no es la decisión de este Tribunal que le rechaza las quejas, sino que sigue siendo, como en los recursos de inconstitucionalidad, la decisión de mérito que impone una medida cautelar. Si así fuera, se nota claramente que el recurso es intempestivo. Es que los fallos de la CSJN ("Strada", "Di Mascio", entre otros) que imponen la necesidad de los tribunales locales superiores de decidir las cuestiones federales planteadas antes que ella misma, a la par de subvertir el sistema federal de competencias judiciales y, con ello, contradecir su propia doctrina sobre la admisibilidad de los recursos locales —citada en el voto de la jueza de trámite—, han creado este mito —al menos para los litigios con sede en la Ciudad de Buenos Aires— del último recurso ante ella, efecto totalmente contrario al buscado —erróneamente— mediante "Di Mascio" y "Strada". Es que las reglas jurídicas, si bien producen ciertos efectos reales, son cerriles.

El juez José O. Casás dijo:

1. Pese haber cumplido el recurrente con los requisitos formales exigidos, tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja deducida en los autos 6004 en razón de que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia. Resulta, entonces, aplicable al caso la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

3. La razón por la que el TSJ rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva— también determina la denegatoria de este recurso extraordinario federal. En efecto, la Corte Suprema ha sostenido que las decisiones que ordenan, modifican, deniegan o levantan medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos exigidos en el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del remedio extraordinario (*Fallos*, 258:262; 262:136; 273:339; 308:91; 310:681; 313:116, entre muchos otros).

En el caso, al denegar la queja interpuesta contra el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal examinó los argumentos de la recurrente y concluyó en que no se había fundamentado ni probado el carácter irreparable de los agravios invocados, circunstancia que impedía equiparar la decisión apelada a una sentencia definitiva.

Por su parte, en la presentación en estudio el recurrente se limita a criticar lo decidido por este Tribunal por entender que resulta innecesario demostrar en el caso la irreparabilidad del perjuicio invocado, exigencia que tacha de "exceso ritual manifiesto". Sin embargo, a continuación, no expone por qué razón no cabría exigirle que demuestre, y no sólo que invoque, la irreparabilidad del gravamen que dice sufrir. El recurso planteado por Bwin fracasa en este punto, en tanto no intenta demostrar que el perjuicio sea de insuficiente o imposible reparación posterior, sino que tiende a destacar una supuesta magnitud, por lo demás, no cuantificada.

Ocurre que, a pesar del recurso efectista que se adopta para la redacción del algún pasaje del remedio intentado —a partir del relato de un diálogo imaginario entre la representación letrada de Bwin Argentina S.A. y un niño—, ni la ironía ni el ornamento utilizados permiten dejar pasar por alto que, en primer lugar, varias de sus reflexiones recién se introducen en esta etapa del juicio y, por ende, resultan extemporáneas por tardías; pero, por sobre todo, resulta llamativo que en su inocuo intento retórico la interesada siga sin siquiera intentar demostrar con argumentos simples —pero con la seriedad que reclama un proceso judicial y no una tribuna ficticia de infantes *legos*— la entidad del gravamen invocado y las razones específicas por las que, en este caso concreto, resultaría insuficiente o muy dificultosa una eventual reparación ulterior de los alegados perjuicios que le generaría la cautelar resistida. Esta omisión de fundamentación que caracteriza al recurso, tal vez, se explique a partir de una peculiar estrategia procesal aún no develada o en razón de las consecuencias —incluso tributarias— que frente a las autoridades locales podría acarrearle a la firma Bwin Argentina S.A. el simple hecho de poner en blanco sobre negro la envergadura del negocio que se pretende desplegar en esta jurisdicción.

Así, el recurrente se limita a expresar su desacuerdo sobre una cuestión que remite, en definitiva, a la consideración de aspectos de hecho y prueba ajenos, por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 300:235; 308:1711; 311:1148).

4. Finalmente, el recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y, además, denuncia una supuesta afectación de reglas contenidas en la C.N., sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir este tipo de recurso (*Fallos,* 294:376, entre otros)— y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos*, 308:62; entre otros).

5. Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal, a pesar de haberse interpuesto en tiempo oportuno —tal como se desprende de los fundamentos desarrollados por mis colegas preopinantes—, no puede ser concedido porque no se dirige contra una sentencia definitiva (art. 14, ley 48; arts. 256 y 257, CPCCN), ni contra un pronunciamiento que pueda equipararse a ella. La jurisprudencia de la CSJN, citada por la señora jueza de trámite, señala que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales, sobre la base de fundamentos de derecho procesal que bastan para sustentarlas, no son revisables por medio del remedio extraordinario federal. Si bien este principio general reconoce excepción cuando se demuestra que el examen de admisibilidad del recurso desestimado fue realizado mediante un excesivo rigor formal, de modo tal que implique un menoscabo concreto y relevante de la garantía de defensa en juicio (*Fallos,* 322:702), el recurrente omite demostrar de forma racional y fundada que tal supuesto se haya dado en este caso, pues vuelve a prescindir, al igual que ocurriera en sus escritos anteriores, de toda explicación seria y coherente acerca de la irreparabilidad del supuesto gravamen que —según dice su representante legal— le causa lo resuelto y confirmado por las instancias locales.

2. Por lo expuesto, en concordancia con lo apuntado por mis colegas y con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que el recurso extraordinario debe ser denegado.

2. Aun cuando a mi criterio (minoritario por cierto) había sido mal denegado el recurso de inconstitucionalidad dirigido a controvertir la decisión que dispuso la clausura preventiva en el ámbito de la CABA de la página web: *www.bwin.com.ar* (única decisión que la apelante hoy recurre, véase el acápite "objeto" del recuso extraordinario), porque la defensa mostraba que debía ser equiparada esa decisión a definitiva con base en el instituto de la "gravedad o interés institucional" fundado, en el caso, en los motivos que indiqué en mi voto del 8/4/2009, ello no implica que visto ese mismo conflicto desde el ángulo federal arroje idéntico resultado. Máxime, cuando lo que se discute en la presente causa es una cuestión eminentemente local como lo es el poder de policía que ejerce una jurisdicción sobre el juego que se realiza en su ámbito (conf. *Fallos*, 141:217; 242:496; 275:314, entre muchos otros). En otros términos, la empresa recurrente no ha acreditado que la decisión que viene recurriendo resulte violatoria de una garantía federal sólo susceptible de tutela inmediata o

que genere un perjuicio federal de imposible reparación ulterior, sin que baste a tales fines que lo sea desde una perspectiva local. En tales condiciones, el recurso federal debe ser denegado.

3. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario interpuesto a fs. 214/233 vta.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 214/233.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 209, punto 3.

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

CLVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE SALIDAS TRANSITORIAS EN AUTOS: QUIROGA, ALFREDO NORBERTO S/INFR. ART. 189 BIS C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Actualidad de la pretensión. Salidas transitorias. Régimen de libertad asistida.

SUMARIO:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja, toda vez que a través de él se pretendía la obtención de *salidas transitorias* para el condenado, quien, con posterioridad, fue incorporado al régimen de *libertad asistida*, dado que la pretensión puesta a estudio de este Tribunal ha perdido actualidad. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6362/08 - 22/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general interpuso recurso de queja (fs. 41/54) contra la resolución del 5/12/2008 (fs. 38/40) por la que la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la decisión de la Cámara (fs. 18/19) que confirmó lo resuelto por el juez de grado en cuanto no hizo lugar al pedido de salidas transitorias de Alfredo N. Quiroga (fs. 4).

2. El recurrente comunicó al Tribunal que el día 23/1/2009 el Juzgado con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 25 resolvió incorporar al Sr. Quiroga al régimen de libertad asistida (fs. 67/68).

3. Ante ello, el juez de trámite requirió a la defensa que expresara si mantenía interés en el recurso de queja en trámite o si, por el contrario, el condenado desistía en los términos del art. 274, CPPCABA (fs. 69, punto II). En respuesta de este requerimiento la defensa comunicó la decisión de quien, sin acreditar su identidad, dijo ser el Sr. Quiroga de desistir del recurso (fs. 71/72).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Toda vez que a través de este recurso se pretendía la obtención de *salidas transitorias* para el señor Alfredo N. Quiroga, quien, con posterioridad, fue incorporado al régimen de *libertad asistida* (ver fs. 67/8), la pretensión puesta a estudio de este Tribunal ha perdido actualidad. Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja interpuesta a fs. 41/54. Así entonces, resulta innecesario pronunciarse respecto del desistimiento articulado por el señor defensor general presuntamente ratificado por el interesado.

2. En razón de las particularidades del caso, no corresponde exigir el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402 (conf., entre otros, "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ciardullo, Roberto s/art. 47, CC —apelación—'", expte. n° 3820/05, resolución del 18/5/2005).

Así lo voto.

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

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 41/54.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CLVII

"MINISTERIO PÚBLICO – FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1 S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ALEGRE DE ALVARENGA, RAMONA S/INFR. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Fiscal de Cámara: legitimación. Suspensión del juicio a prueba.

SUMARIOS:

1. La presentación del defensor general que sostiene la falta de legitimación procesal de los fiscales de Cámara para actuar ante el TSJ conforme lo establece la ley 1903 (arts. 29 y 33), por entender que el único legitimado para ello es el señor fiscal general, carece de sustento porque en ese limitado marco, y en virtud del principio de unidad de actuación e indivisibilidad del oficio no se afecta la regla según la cual los funcionarios del Estado sólo pueden actuar como tales dentro de los límites de su competencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordantes véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano, José O. Casás).*

2. La queja interpuesta por el señor fiscal de Cámara debe ser rechazada porque no ha logrado conmover los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar el recurso de inconstitucionalidad, ni el interesado aporta razones que

permitan comprender porqué el caso le produciría daño que merezca reparación inmediata, en el marco de las disposiciones de la C.N. y de la CCBA, según las cuales las garantías del procedimiento penal no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y a favor de los imputados. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

3. Las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión del juicio a prueba, por regla no constituyen una sentencia definitiva y por eso no pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. En las causas penales, los integrantes del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas se encuentran facultados para recurrir ante este Tribunal Superior de Justicia, puesto que así lo ha resuelto el legislador local al establecer la regla general según la cual cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir (art. 267, CPP local, aplicable en función del art. 2º, ley 402). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6182/08 - 22/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La jueza de primera instancia hizo lugar a un pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa (fs. 1/4), pese a la oposición formulada por la fiscalía "por razones de política criminal" (fs. 3). La titular de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 7 apeló esa decisión y, en consecuencia, solicitó a la Cámara que revocara la suspensión del proceso (fs. 5/8).

El fiscal ante la Cámara de Apelaciones, al momento de emitir su dictamen (fs. 9/13), señaló que "corresponde declarar admisible el recurso de apelación impetrado y dictar la nulidad de la resolución de fecha 29 de abril del corriente y sobreseer a la Sra. Ramona Alegre de Alvarenga por el hecho oportunamente atribuido".

La Sala I de la Cámara descartó que el dictamen de la Fiscalía de Cámara pudiera ser interpretado como un desistimiento del recurso, en tanto no estaba debidamente fundado, y confirmó la decisión de primera instancia por entender que "la fórmula terminológica 'razones de política criminal' no puede funcionar a modo de palabra mágica que se desenfunde y esgrima de un modo vacío o carente de contenido" (fs. 14/18).

2. Contra esa decisión el señor fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 20/29). Sostuvo, en su escrito, que la decisión atacada violaba el sistema acusatorio, el principio de imparcialidad y la garantía de debido proceso. Indicó, en ese sentido, que los jueces ordenaron suspender el proceso a prueba aunque la fiscalía manifestó su oposición por razones de política criminal (afectación arts. 76 bis y ter, C.P., y art. 205, CPPCABA). Agregó que como la defensa no cuestionó la negativa de la fiscalía, la Cámara no podía analizar las razones en las que se apoyaba las cuales, por otra parte, tampoco habían sido debatidas en la audiencia del art. 205, CPPCABA.

3. La Sala I denegó el recurso intentado porque el recurrente no había demostrado que la decisión atacada fuera equiparable a una sentencia definitiva ni acreditaba la existencia de un caso constitucional (fs. 30/32). Contra dicha decisión el fiscal ante la Cámara de Apelaciones interpuso la queja agregada a fs. 34/46.

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, expresó que en este proceso "se actuó careciendo los tribunales de jurisdicción, se violó el principio acusatorio porque se expidió la Cámara de Apelaciones no obstante el desistimiento de la acción, que mantuvo viva en el marco de la suspensión del proceso, y se afectó la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal al ser subrogado en sus facultades, pese a su manifestación expresa en contrario". Por esa razón, mantuvo el recurso deducido y, en consecuencia, solicitó que el Tribunal haga lugar a la queja y declare la nulidad de la decisión recurrida (fs. 71/74).

5. Días antes de que venciera el plazo para dictar sentencia, el señor defensor general presentó un escrito alegando la falta de legitimación del señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para interponer recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 76). De la presentación de la defensa se corrió traslado al señor fiscal general y se dejó sin efecto el llamado de autos al acuerdo (fs. 77). Contestado el traslado conferido (fs. 85/87) quedaron los autos nuevamente en estado de ser resueltos (fs. 88).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Previo a resolver la procedencia del recurso de queja interpuesto en estos autos corresponde analizar la presentación del señor defensor general que sostiene "la falta de legitimación procesal de los fiscales de Cámara para actuar ante el TSJ conforme lo establece la ley 1903 (arts. 29 y 33), por entender que el único legitimado para actuar ante el Tribunal es el señor fiscal general. El

planteo no tiene otro alcance ni discute la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir ante el Tribunal Superior.

En ese limitado marco, y en virtud del principio de unidad de actuación e indivisibilidad del oficio no se afecta la regla según la cual los funcionarios del Estado sólo pueden actuar como tales en el marco de su competencia. Por tanto, en el caso, y por las razones indicadas la cuestión introducida no tiene sustento.

2. La queja obrante a fs. 34 si bien fue interpuesta por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402) debe ser rechazada. El señor fiscal de Cámara no ha logrado conmover los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar su recurso de inconstitucionalidad, ni da fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisible porque no estaba dirigido contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal (fs. 31 vta.).

El quejoso no da razones que permitan comprender porqué el caso le produciría un daño que merezca reparación inmediata. Confusamente se limita a afirmar que "es indudable entonces, que la sentencia que concede una suspensión del proceso a prueba que no fue consentida por el Ministerio Fiscal, de modo que puede decirse que la probation le ha sido impuesta al Ministerio Fiscal" (fs. 41 vta.). E insiste de manera poco convincente en que "en opinión de este Ministerio Fiscal y en relación con el presente recurso, se trata de una sentencia equiparable a definitiva [y que] aun cuando pueda existir una reparación en el futuro, si ésta no es oportuna por tardía e ineficaz, la resolución del caso se hace similar a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario".

4. El quejoso parece pretender una declaración del Tribunal acerca de los alcances de sus facultades constitucionales. Sin embargo, en el marco del control difuso de constitucionalidad es requisito imprescindible que la petición esté vinculada con la existencia de un caso, y aquí la actuación del Ministerio Público, que en su dictamen de fs. 9/13 propuso el sobreseimiento, es contradictoria con el supuesto interés que persigue la queja, lo que definitivamente la vuelve abstracta.

5. En síntesis, la queja debió explicar en qué consistiría el daño —cuya reparación la Fiscalía califica de urgente—, y no lo hizo, lo que basta para tornarla inadmisible en el marco de las disposiciones de la C.N. y de la CCBA, según las cuales las garantías del procedimiento penal no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados.

6. Por lo expuesto voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En primer lugar, considero que el planteo que realiza el defensor general —sobre la presunta falta de legitimación del fiscal ante la Cámara de Apelaciones para acudir en queja ante el Tribunal— debe ser rechazado por las razones que expondré a continuación.

2. Es correcta la afirmación de la defensa en cuanto a que la atribución de facultades a los órganos estatales debe estar prevista en la ley. La regla —principio de *legalidad*— funciona, para las oficinas del Estado, de modo inverso a como lo hace respecto de las personas sometidas a su jurisdicción. En otra palabras, mientras que las personas pueden realizar todo aquello que las ley no prohíba, los funcionarios del Estado, por lo contrario, sólo pueden actuar —en ejercicio de su función— en las ocasiones y de la manera en que la ley los autoriza a hacerlo.

Sin embargo, tanto la ley de Ministerio Público (ley 1903, art. 33, incs. 5º y 7º), como la que regula el procedimiento ante el TSJ (ley 402) y el propio CPPCABA —aplicable supletoriamente al caso, conf. art. 2º, ley 402— emplean fórmulas abiertas que parecen indicar que quien presentó el recurso de inconstitucionalidad está facultado, ante una denegatoria, para defenderlo mediante una queja. El art. 29 de la ley 1903, ya mencionada, asigna al fiscal general la facultad de desistir de los recursos interpuestos por la Fiscalía de Cámara. Esa norma no especifica cuál es el recurso del que puede desistir el fiscal general —es decir, no menciona al recurso de inconstitucionalidad—; por ello, es posible pensar que el art. 29 lo habilita a desistir de una queja interpuesta por otro funcionario (en el caso, el fiscal ante la Cámara). En conclusión, si la ley permite al fiscal general desistir de una queja interpuesta por un inferior jerárquico es, justamente, porque ese inferior jerárquico —el/la titular de la Fiscalía de Cámara— estaba habilitado para interponer la queja ante el TSJ. La cuestión de quien lo interpone parece ser, más bien, una simple división de tareas interna del MPF.

Por el principio de *unidad* e *indivisibilidad* del oficio (arts. 125, inc. 1º, CCBA, y 4º, ley 1903), los fiscales que pertenecen a una misma competencia material y territorial, esto es, a una misma fiscalía —en nuestro caso, la de la Ciudad de Buenos Aires— representan, cada uno de ellos, a la oficina del Ministerio Público respectivo, en este caso, al Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, íntegramente. La división de papeles ante los diferentes jueces o tribunales es —universalmente—, antes bien, una división interna más que una regla de competencia de la función. Para solucionar esta división del trabajo es siempre más útil, dada la organización jerárquica del oficio, una instrucción general de quien dirige la oficina —por ejemplo, del fiscal general hacia sus subordinados, indicando que todo recurso extraordinario cuente con

su visto bueno antes de su interposición— que una previsión legal. También en el caso, dada la previsión legal aparecería como útil la instrucción general acerca de cómo cumplir con ella.

3. Más allá de la utilidad de esa reglamentación, el presente caso también puede leerse como una gestión de negocios ajenos.

4. Cuando uno lee los documentos sobre la actuación de los fiscales en el caso no puede más que dar la razón a la señora jueza del trámite: ¿cuál es el agravio que le provoca la concesión de la suspensión del juicio a prueba solicitada por la imputada? Más aún: ¿cuál es el agravio constitucional que le provoca a la fiscalía esta solicitud concedida, cuando la fiscalía ha ido todavía más allá, pues ha requerido el sobreseimiento?, esto es, no quiere llevar adelante el juicio para concluir en una sentencia condenatoria, sino, por lo contrario, desea concluirlo y cerrarlo ya. Todavía más allá: ¿no parece que la propia imputada le agradecería al fiscal sus bellas palabras en su favor, pero le pediría, para su gracia, que no la amara tanto? (Soler, Sebastián: *Aspectos civiles de la reforma penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 44).

5. Por lo demás, ya he dicho que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión del juicio a prueba —por regla— no constituyen una sentencia definitiva y por eso no pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad.

6. Por esa razón, voto por rechazar la queja. 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 del MPF.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la opinión del juez Julio B. J. Maier en cuanto sostiene que no existe un impedimento para que la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado sea articulada por el fiscal que la ley 1903 identifica como "Fiscal ante la Cámara". Presiden la solución del asunto los principios de unidad e indivisibilidad (art. 4º de la ley 1903), tal como explica el juez Maier. En virtud de ellos, las competencias son las del Ministerio Público Fiscal, cuyo ejercicio incumbe, en la cúspide del cuerpo, al fiscal general y, en las situaciones previstas en los arts. 33 y 35, con las especificidades que válidamente pueden ser introducidas mediante las instrucciones generales que autoriza el art. 5º, a sus inferiores. Aquel principio de unidad e indivisibilidad brinda un marco interpretativo particularmente significativo tanto al art. 33, referido a la actuación del funcionario que nos ocupa, como a la generalidad de los preceptos legales que regulan la actuación del Ministerio Público Fiscal. En dicho marco, no cabe, por vía interpretativa, extender la organización de las instancias judiciales a la del ministerio público; ello sin perjuicio de reconocer

su paralelismo o similitud en aquellos supuestos en que la ley las ha adoptado expresamente como referencia, pero sin ir más allá de los textos legales, puesto que, en lo no previsto, la unidad e indivisibilidad, y no la organización judicial en instancias, son el modelo. En este orden de ideas, cobra particular sentido el inc. 5º del art. 33 cuando se refiere a "dictaminar en las quejas por recurso denegado". No dice allí "interponer" sino "dictaminar", escenario sólo explicable si se parte de una queja articulada por el fiscal destacado ante la primera instancia. Desde luego, la norma no impide que sea el fiscal ante la Cámara quien deduzca la queja sino que asegura que cuando no lo hace su intervención sea provocada por el Tribunal al que toca decidir acerca de su destino. No parece inadecuado adoptar igual temperamento en la situación similar a que da ocasión la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, articulado por el fiscal destacado ante la Cámara, en función del Tribunal ante el cual se interpone, especialmente si se toma en consideración que el inc. 6º del art. 33 no habla de la segunda instancia sino del fuero cuando se trata de identificar el ámbito en el que se desarrollarán las funciones que contempla. En verdad, solamente el inc. 1º del comentado art. 33 habla de "continuar *ante ellas*" (el destacado me pertenece) las funciones a que se refiere. Los restantes nada indican, ergo no limitan expresamente el tribunal ante el que actúa el fiscal destacado ante la Cámara o bien hablan del fuero, es decir, identifican un ámbito que excede la segunda instancia, mientras que no se puede decir que la limitación proviene del encabezamiento puesto que el modo natural de entenderlo es que cuando habla de "fiscal ante la Cámara" sólo emplea una designación para identificar a una categoría de funcionarios y no un modo de definir un ámbito de actuación para el desarrollo de competencias.

Completa el subsistema normativo el principio jerárquico previsto en el art. 5º, ya citado a propósito de la emisión de instrucciones generales. En el supuesto que nos ocupa, la circunstancia de que el Tribunal dio vista de la presentación directa *sub examine* al fiscal general fue suficiente para dar a éste ocasión de ejercer su facultad de desistir el recurso. Al mismo tiempo, es obvio que no habría podido mejorarlo, puesto que el recurso de inconstitucionalidad, que se articula ante la Cámara, lo que elimina toda duda acerca de cuál es el agente del Ministerio Público Fiscal al que incumbe actuar, no puede ser mejorado por la queja. Finalmente, la facultad de emitir reglamentos que dicho art. 5º otorga a quienes encabezan cada rama del Ministerio Público constituye un mecanismo adecuado para resolver situaciones intersticiales como la que aquí se presenta, corporizando los principios de unidad, indivisibilidad y jerárquico.

2. Coincido con la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en que la queja debe ser rechazada. Más allá de la oportunidad y relevancia que reviste el agravio del señor fiscal según el cual, pese a su oposición, el *a quo* confirmó la suspensión del proceso a prueba vulnerando así el

principio acusatorio (art. 13.3, CCBA), su alegada intención de desistir del recurso de apelación deducido por el señor fiscal de primera instancia contra la providencia que había suspendido el proceso (fs. 39 y 39 vta.) obsta a su interés jurídico en obtener la revocación de la resolución cuestionada, puesto que ello da cuenta de que no persigue continuar con el ejercicio de la acción sino lograr una pura declaración sin las pertinentes consecuencias para la causa.

El juez José O. Casás dijo:

1. Por las razones convergentemente expuestas en los votos de los señores jueces, doctores Julio B. J. Maier (puntos 1 a 3) y Luis F. Lozano (punto 1), a las que me remito en homenaje a la brevedad, considero que el señor fiscal ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas se encuentra legitimado para presentar ante este Tribunal la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado agregada a fs. 34/46.

2. En lo demás, adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en tanto da cuenta de las razones por las cuales la queja interpuesta por el señor fiscal de Cámara debe ser rechazada. En efecto, el recurrente no ha logrado demostrar que exista en el caso un agravio irreparable que habilite la equiparación a definitiva de la decisión que impugna; máxime cuando, tal como lo señalan los señores jueces en los votos precedentes, el quejoso ha solicitado expresamente el sobreseimiento de la imputada y ahora sólo pretende la anulación de la decisión que concedió la suspensión del juicio a prueba.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En las causas penales, esto es, puntualmente en aquellas seguidas por la comisión de alguna conducta prevista y reprimida por el Código Penal de la Nación, o por sus leyes complementarias, los integrantes del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas se encuentran facultados para recurrir ante este Tribunal Superior de Justicia, puesto que así lo ha resuelto el legislador local al establecer expresamente la regla general según la cual "[c]uando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir" (art. 267, CPP local, aplicable en función del art. 2º, ley 402; véase mi voto *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos: 'Saavedra, Walter Ernesto s/inf. art. 81 del CC —oferta y demanda de sexo en espacio público—'", expte. nº 6230/08, resolución del 12/2/2009). Sin

embargo, el hecho de que los fiscales se encuentren legitimados para acceder a esta instancia extraordinaria ciertamente no los dispensa del cumplimiento de los restantes requisitos de la vía pretendida, en especial, de la adecuada argumentación que impone su naturaleza de excepción.

La confusión planteada en la presente queja determina su suerte. En efecto, la falta de orden y claridad en la introducción, exposición, desarrollo y mantenimiento de los planteos pretendidamente constitucionales propuestos por el fiscal de Cámara ha sido una circunstancia reconocida, incluso, por el fiscal general adjunto en su dictamen (conf. fs. 71 vta., 2º párrafo). Ahora bien, quien debe legal y exclusivamente sostener o desistir un recurso interpuesto por su inferior jerárquico (art. 29.3, ley 1903) y —en caso de mantenerlo— dictaminar acerca del posible acierto o error de sus agravios (art. 29.1, ley 1903), no puede reordenar, reinterpretar, ni reformular la fundamentación de la que se valió aquél para provocar la intervención de este estrado, pues esa pretensión sólo pone al descubierto que el recurso que sostiene nunca pudo prosperar, al menos sin ese auxilio. Dicho con otras palabras, la facultad que la Ley Orgánica del Ministerio Público confiere a los fiscales ante la Cámara o a sus superiores, para *desistir fundadamente* un recurso interpuesto por su inferior, no constituye, ni otorga, una nueva ocasión para fundar tardíamente una impugnación inconsistente o lábil.

Esta queja, aun desde la perspectiva más favorable a su procedencia, no alcanza a cuestionar mínimamente las razones expuestas por los colegas de la Sala I para denegar el recurso de inconstitucionalidad. En este sentido, tal como lo expone la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, el recurrente no explica de manera concreta y suficiente cuál sería el perjuicio irreparable que justificaría hacer una excepción al principio general según el cual a este Tribunal Superior sólo le incumbe el conocimiento y decisión de la sentencia definitiva de la causa (art. 27, ley 402). La actuación del Ministerio Público Fiscal en el caso ha sido altamente desconcertante y no permite comprender con exactitud, dados los distintos criterios asumidos por los fiscales en cada una de las instancias ordinarias y la posición contraria de la Defensa Oficial, qué es lo que se ha pretendido plantear con esta queja o a qué resultado se pretendería arribar en el supuesto de que ella procediera. Esta circunstancia impide efectuar mayores consideraciones a su respecto.

2. Con relación a la preocupación expresada por el defensor general de esta Ciudad no me queda más que agregar que, como se desprende del contenido de este voto elaborado con anterioridad a su presentación (fs. 80), no comparto en lo absoluto la fundamentación de la que intenta valerse para cuestionar la actuación de sus pares del Ministerio Público Fiscal. En primer lugar, no alcanzo a entender cuál podría llegar a ser el interés del defensor general en que los recursos directos sean presentados por el fiscal general y

no por uno/a de sus inferiores jerárquicos. Indudablemente la organización y distribución interna del trabajo de otro ministerio, más allá de no provocarle perjuicio alguno al defensor o al imputado, no es asunto de su incumbencia. En segundo lugar, el desdoblamiento funcional que el señor defensor general propone no aparece respaldado por ninguna norma. Es más, las normas que regulan la cuestión de modo indirecto parecen quitarle toda razón y seriedad a su cuestionamiento, toda vez que, más allá de que el defensor no advierte que existen —notables— diferencias entre la actuación que la ley reclama al titular de cada Ministerio Público (véase: arts. 29.1, 36.1 y 46.1, ley 1903; en particular, no repara en que la ley exige que el fiscal general intervenga "en las causas que tramitan ante el Tribunal" —esto es, en todas— mientras que sus otros pares ejercen su ministerio "por sí o continuando la intervención de éste en instancias anteriores"), de estar a la extraña interpretación propuesta por el defensor general perdería sentido, en parte, la facultad de "desistir de los recursos interpuestos por los o las fiscales ante las Cámaras" (art. 29.3, ley 1903), facultad que exclusivamente se le reconoce al fiscal general o a quien lo reemplace en su actuación ante este Tribunal.

En efecto, cabe preguntarse, frente a la denegatoria de un recurso de inconstitucionalidad, ¿qué recursos podría desistir el fiscal general si no los de queja? Pareciera que le alcanzaría con no presentar recurso alguno si no compartiera el criterio de su inferior jerárquico y si esa función estuviera a su cargo, pero en tal supuesto no habría un desistimiento —mucho menos uno, "mediante resolución fundada", en los términos de la ley— sino un abandono implícito de aquella pretensión. Aun cuando le quedase en pie la posibilidad de "desistir" los recursos concedidos por la Cámara, todo hace pensar que, a falta de distinción acerca de a qué tipo de "recursos" se hace referencia en la norma, el de inconstitucionalidad no ha sido la única opción escogida por el legislador al fijar dicha atribución, toda vez que, de lo contrario, le habría bastado con expresarlo de manera concreta, como, por ejemplo, aunque sea otra facultad del fiscal general, sí menciona, a renglón seguido, a "la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal" (art. 29.2, *ibídem*). Resta recordar que la inconsecuencia o ligereza del Legislador no debe presumirse —máxime— cuando no se da razón o explicación convincente para hacerlo. En definitiva, el fiscal ante la Cámara puede interponer todos "los recursos" que entienda apropiados para asegurar el correcto ejercicio de su actuación en la materia, mientras no se les haya negado expresamente esa posibilidad o se le haya conferido esa función, de manera expresa, a otro funcionario.

3. Voto, entonces, por el rechazo de esta queja y por no hacer lugar al planteo del defensor general.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 34/46.

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

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

CLVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SALAZAR TORRES, PAUL GIANCARLO S/INF. ART. 189 BIS C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Excepción previa. Sobreseimiento. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe rechazarse porque defiende un recurso de inconstitucionalidad que no ataca la sentencia definitiva de la causa, sino el rechazo de una excepción previa y el consecuente sobreseimiento, cuyo fundamento el recurrente podrá replantear en el debate como parte de su defensa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. No corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, 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 véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Corresponde rechazar el recurso de queja si la quejosa no logra demostrar cómo la decisión que revoca una excepción previa y, inconsecuencia, el sobreseimiento, y ordena que el trámite de la causa continúe según su estado es susceptible de equipararse a una sentencia definitiva, más aún cuando la propia defensa admite que el punto puede volver a introducirse en el debate. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Pesa sobre el interesado, asistido por su defensor, la carga de demostrar con toda claridad el motivo por el cual considera que la resolución que revocó la excepción previa y, en consecuencia, el sobreseimiento, lo priva de toda posibilidad útil para obtener la tutela del derecho que asume afectado o la razón por la cual esta supuesta afectación le provoca un gravamen de tal magnitud que justifica la intervención anticipada del Tribunal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6389/09 - 24/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Paul Giancarlo Salazar Torres interpuso recurso de queja (fs. 45/55) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 32/34) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 21/30. Dicha impugnación fue dirigida contra la resolución que revocó la decisión de primera instancia —de fecha 6/10/2008— que había hecho lugar a una excepción interpuesta por la defensa —basada en la existencia de un manifiesto defecto de la pretensión penal debido a la atipicidad de la conducta— y, en consecuencia, había sobreseído al acusado (fs. 5/7).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el defensor sostuvo que la decisión atacada desconocía el principio de lesividad porque la tenencia de un arma descargada y sin proyectiles al alcance del imputado no puso en riesgo a la seguridad pública. Además, según la defensa, la interpretación efectuada por la Cámara viola el principio de legalidad (en especial, la regla de estricta legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*) porque la ley no establece una descripción precisa de la conducta investigada y, en este sentido, es inválido considerar que el objeto que se le secuestró al imputado —revólver sin municiones— encuadre en el concepto de arma incluido en el art. 3.1 del dec. PEN 395/75.

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso mencionado en el punto anterior debido a que no atacaba una sentencia definitiva, ni un auto equiparable a tal. Además, los camaristas agregaron que la defensa no había logrado exponer un caso constitucional (fs. 32/34).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 60/61), propició el rechazo de la queja debido a que no se vinculaba con una sentencia definitiva, o equiparable a ella, ni presentaba un caso de competencia del Tribunal.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja cumple con los requisitos formales básicos que fija la ley 402. Sin embargo, defiende un recurso de inconstitucionalidad que no ataca la sentencia definitiva de la causa, sino, antes bien, el rechazo de una excepción cuyo fundamento podrá replantear en el debate como parte de su defensa. Esa razón me obliga a rechazar el recurso directo.

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 supuesto defecto puede subsanarse para el recurrente durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el supuesto vicio.

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en que la queja debe ser rechazada. Tal como señala mi colega, el recurso de inconstitucionalidad —cuya copia obra a fs. 21/30— no está dirigido contra la sentencia definitiva. A su vez, tampoco la defensa explica adecuadamente por qué la decisión que viene recurriendo debería ser equiparada a una de la especie mencionada. En efecto, si bien el recurrente cita a esos fines jurisprudencia de la CJSN que reconoce el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, no argumenta por qué esa garantía se vería comprometida en el *sub lite*.

2. El depósito de la queja, por la razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas

N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que me remito, no debe ser exigido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujera la defensa oficial del Sr. Paul Giancarlo Salazar Torres (fs. 45/55).

2. La Sala I de la CPCyF declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad en el entendimiento de que la decisión recurrida no era definitiva ni equiparable (32/34).

3. La queja no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no rebate las razones que llevaron a la Cámara a denegar el recurso de fs. 21/30.

La quejosa no logra demostrar cómo la decisión que revoca una excepción previa y ordena que el trámite de la causa continúe según su estado es susceptible de equipararse a una sentencia definitiva. Es más, la propia Defensa admite que el punto puede volver a introducirse en el debate (fs. 17).

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

5. Voto, en consecuencia, por rechazar la queja que interpusiera la Defensa Oficial del Sr. Paul Giancarlo Salazar Torres (fs. 45/55).

La jueza Ana María Conde dijo:

Las razones expresadas por mis colegas resultan más que suficientes para sostener que esta queja no defiende un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a ella. En efecto, sobre

el interesado, asistido por su defensor, pesa la carga de demostrar con toda claridad el motivo por el cual considera que la resolución objetada lo priva de toda posibilidad útil para obtener la tutela del derecho que asume afectado o la razón por la cual esta supuesta afectación le provoca un gravamen de tal magnitud que justifica la intervención anticipada del Tribunal. En esta causa, por el contrario, ninguno de esos extremos aparecen demostrados por quien recurre, pues no se entiende por qué todo este asunto referido a la supuesta "atipicidad" de la conducta endilgada a su prohijado no podría ser propuesta en el debate oral y público que, en opinión de la Cámara, debe sustanciarse. Una vez más, pareciera justamente que aquél es el momento procesal —por excelencia— para fundar y probar ese extremo, que, por cierto, se encuentra íntimamente emparentado con distintas cuestiones de hecho y prueba, que, en principio, son de incumbencia de los jueces de mérito ("Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Valenzuela, Rubén Darío s/inf. art. 189 bis del CP'", expte. nº 4886/06, sentencia del 20/12/2006). Al margen del criterio que eventualmente pudieron haber asumido los jueces que han tomado intervención en la causa, para decidir que el defecto invocado por la Defensa Oficial no resultaba "manifiesto" (art. 195.c del CPP local), o de la postura que pudo haber tenido la mayoría de nuestro Tribunal en otros precedentes que guardan cierta similitud con la discusión de fondo, aunque dictados frente a sentencias definitivas, no es posible perder de vista que serán otros los jueces que habrán de resolver el mérito de la acusación —si ella se mantuviera—, sobre la base de un cúmulo de circunstancias que aún deben acreditarse apropiadamente, pudiendo arribarse —incluso— a un resultado que favorezca a los intereses del recurrente.

Corresponde rechazar la queja interpuesta.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 45/55.

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

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

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

CLIX

"MINISTERIO PÚBLICO – ASESORA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES"

PRUEBA DOCUMENTAL.

Expte. nº 6153/08 - 30/6/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Originarios

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

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

Según se puso de relieve en el acuerdo del día 17 del corriente, debe anoticiarse a la Procuración General que aquella prueba documental que ofrece y expresa acompañar con el escrito de contestación de demanda no se halla en el Tribunal, razón por la cual se intima a acompañarla en el plazo de cinco días, con las copias respectivas necesarias para su traslado a las demás partes, bajo apercibimiento de tener por desistido el medio de prueba cuya incorporación se solicita.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Visto lo dispuesto por el art. 21, ley 402 y atento a que el Gobierno no acompañó la prueba documental que menciona al contestar la demanda, no corresponde hacer lugar a la misma.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1. Hacer saber a la Procuración General de la Ciudad que la prueba documental que ofrece y expresa acompañar con el escrito de contestación de demanda no se halla en el Tribunal, razón por la cual se le intima a acompañarla en el plazo de cinco (5) días, con las copias respectivas necesarias para su traslado a las demás partes, bajo apercibimiento de tener por desistido el medio de prueba cuya incorporación se solicita.

2. *Regístrese* y *notifíquese* a las partes y al señor fiscal general.

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

CLX

"QUEVEDO DE BONFANTE, IRMA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'QUEVEDO DE BONFANTE, IRMA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Deserción del recurso. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja que no satisface el recaudo de efectuar una crítica eficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, si no se indica cuáles fueron las cuestiones —presentadas en forma adecuada y tiempo oportuno— que no fueron tratadas por la Cámara, qué constancias omitió considerar, y qué normas no fueron valoradas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. La decisión de la Cámara que declaró desierto el recurso de apelación no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Más allá del acierto o error del pronunciamiento que, en primer lugar, declaró desierto el recurso de apelación de la parte actora por encontrarlo infundado y, a continuación, trató algunos de sus agravios "para mayor recaudo de los derechos e intereses de la impugnante", lo cierto es que la pretendida invalidez del decisorio con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia no puede tener andamiento, pues la actora no demuestra que en el *sub examine* haya mediado un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación al decidir el pleito. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La mera discrepancia con la resolución recurrida es insuficiente para tildarla de arbitraria, aún en la hipótesis amplia aceptada por la CSJN, creadora de esta doctrina. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6181/08 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Irma Quevedo de Bonfante promovió una demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) por

los daños y perjuicios ocasionados por su obrar ilegítimo, por la suma de $ 748.000, o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse en autos (fs. 25/32).

Relató que en el año 1990 la ordenanza 44.620 permitió la instalación de una galería comercial en la zona de Retiro —en la Av. Ramos Mejía, entre el ferrocarril General San Martín y la Av. Antártida Argentina, sobre la acera de la terminal de ómnibus de media y larga distancia— de esta ciudad, y que le fue adjudicado el local nº 15, de los 32 que integraban la galería. Posteriormente, el dec. 337/91, del 7/2/1991 reglamentó la ordenanza, estableció la nómina de las personas habilitadas para la explotación del establecimiento (Anexo I) e indicó que el permiso sería por diez años a partir de la fecha de la entrega del local (art. 3º). Intempestivamente, el día 12/12/1998, a las 3 de la madrugada, fue desalojada violentamente junto al resto de los puesteros por orden del Poder Ejecutivo del GCBA, los locales fueron íntegramente destruidos durante el operativo, gran parte de la mercadería fue requisada y el resto destruida junto sus efectos personales, enseres y documentación.

Reclamó, en concreto, los siguientes rubros y sumas: *a)* daño emergente, $ 29.000; *b)* lucro cesante, $ 294.000; *c)* daño moral, $ 200.000; *d)* daño psíquico, $ 15.000 y *e)* pérdida de chance, $ 210.000.

2. El GCBA contestó la demanda (fs. 33/52). Sostuvo que se trató de un permiso de uso sobre bienes del dominio público municipal, que, como tal, podía ser revocado cuando la Administración lo juzgara pertinente, sin dar lugar a indemnización alguna a favor del permisionario. Expresó que estaba previsto en el dec. 337/91 como causal de revocación o caducidad de los permisos el incumplimiento de las exigencias impuestas; y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no dando en ningún caso lugar a reclamo, compensación o indemnización alguna. Agregó que el GCBA por dec. 2358, del 4/11/1998 ratificó la clausura de la galería de ventas "Paseo del Retiro" ordenada por el interventor de la Dirección General de Policía Municipal por disposición 2086-DGPM-97 del 22/12/1997, sobre la base del relevamiento practicado el 23/7/1997 por personal de la Policía Federal Argentina, la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario y 3 escribanos de la Escribanía General. En el relevamiento advirtieron numerosas irregularidades; en particular, se hizo referencia a que la mayoría de las personas relevadas no pertenecían al listado del Anexo I del dec. 337/91, se hace constar la venta de productos no autorizados, y la infracción al art. 15 del citado decreto, en cuanto imponía que los locales, sectores internos y aledaños debían mantenerse en perfectas condiciones de higiene. Se señaló la contravención a ciertas normas del código

de edificación, y, por último, la tramitación de una causa penal por presunta falsificación de instrumento público referente al certificado de habilitación de la galería. Agregó que el dec. 2358 se refiere a la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ya que por nota 253 del 20/3/1995, los secretarios de Transporte y Obras Publicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación requirieron al Intendente municipal el traslado de la galería comercial porque afectaba directamente la posibilidad de habilitar un nuevo acceso peatonal en la Estación Terminal de Ómnibus de Retiro de la Ciudad de Buenos Aires.

3. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda (fs. 53/56). Condenó al GCBA a pagar a la actora la suma total de $ 29.000, de los cuales $ 24.000 corresponden a lucro cesante y $ 5.000 a daño moral. No hizo lugar al daño emergente, a la pérdida de chance ni al daño psicológico. La sentencia estableció que el dec. 2358/98 que revocó el permiso de ocupación otorgado por el dec. 337/91, era un acto regularmente motivado y la actora no produjo prueba alguna que desvirtuara las razones vertidas por la Administración en ese acto. Concluyó que la revocación estuvo fundada en causas debidamente justificadas, y que si bien ello no debiera dar lugar a resarcimiento alguno, concluyó que debía reconocer cierta indemnización porque la desocupación intempestiva importó una vía de hecho administrativa inexcusable. Fundó esa apreciación en que el dec. 2358/98, dictado el 4/11/1998, recién fue publicado en el boletín oficial de la ciudad con posterioridad al desalojo de la actora, el 16/12/1998. Respecto de la indemnización, el fallo consideró que no se probó el daño emergente y el daño psicológico y rechazó la pérdida de chance ya que ella no procede ante el carácter precario del permiso otorgado a la actora. Con relación al lucro cesante, de acuerdo con la prueba pericial se consideró acreditado que la actora percibía $ 1.000 mensuales, en promedio; suma que aplicó al plazo de 2 años restantes desde la vía de hecho hasta el vencimiento del permiso. El daño moral fue establecido en la suma de $ 5.000.

4. La actora apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 57/64 vta.). El GCBA no los contestó (véase fs. 106). La Sra. Quevedo de Bonfante se agravió por el rechazo de la demanda en cuanto a los rubros no indemnizados. Asimismo, cuestionó el monto del lucro cesante y la suma fijada por daño moral.

El GCBA también apeló la sentencia (fs. 91/95). Sostuvo que el GCBA actuó conforme a derecho en todo momento. Se agravió también por la forma en que fue calculado el monto del lucro cesante pues se tuvo en cuenta el valor facturado sin deducir el costo de la mercadería. Por último, cuestionó la reparación por el daño moral.

5. La sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT dispuso: "*1.* Rechazar el recurso de apelación de la actora; *2.* Hacer lugar parcialmente al recurso

del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y reducir el monto de la indemnización otorgada a la suma de cinco mil ciento sesenta y siete pesos ($ 5.167); *3.* Imponer las costas por su orden (art. 62, 2º párr., CCAyT)".

El fallo consideró que no fue controvertida la existencia de una vía de hecho administrativa, ocurrida en oportunidad del desalojo, y tal sería la razón por la que debe el Estado responder.

En cuanto al recurso de la actora, pese a considerarlo desierto por su deficitaria expresión de agravios, trató algunos de sus agravios y los rechazó. Admitió, en cambio, parcialmente los agravios del GCBA y redujo la condena por lucro cesante al período resultante comprendido entre la vía de hecho y la publicación del decreto que revocó el permiso. En tal sentido señaló que "...a partir de la publicación del decreto mencionado la actora, cuyo permiso fue revocado, dejó de contar con derecho a ejercer su actividad comercial, y por tal motivo más allá de aquella fecha no puede reclamar lucro cesante alguno (...) En consecuencia, el lucro cesante de la actora se extiende desde la fecha del siniestro hasta la entrada en vigencia del dec. 2358/98, o sea el día siguiente al de su publicación (art. 11, LPA). Se trata de poco menos de una semana, entre los días 12 y 16 de diciembre. Dado que no fue correctamente controvertido el promedio mensual de ingresos identificado por la jueza, que asciende a mil pesos ($ 1.000), la suma que cabe otorgar a la actora por esos cinco días equivale a ciento sesenta y siete pesos ($ 167)". En otro sentido, señaló que si la actora pretendía reclamar "el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el dec. 2358/98, necesariamente debió haber impugnado el acto de acuerdo con las vías pertinentes, pues solo después de la declaración de invalidez del acto administrativo resulta procedente el de los daños y perjuicios, sin perjuicio de que el particular pueda interponer simultáneamente ambas pretensiones".

En cuanto al agravio de la actora referido al daño material, tras reseñar los planteos de la parte en relación a las pruebas omitidas de valorar por la jueza de primera instancia, sostuvo que "lo que antecede no es suficiente a los efectos de controvertir la evaluación de las probanzas del caso efectuada por la sentenciante de primera instancia a fs. 610 vta. Es decir, no solo no señala concretamente el error en que ella habría incurrido sino que tampoco proporciona elementos que permitan a este Tribunal determinar, con un mínimo de exactitud, el daño material concreto producido por el desalojo y destrucción del establecimiento comercial de la actora".

Respecto del daño moral, cuestionado por ambas partes, la Sala expresó que "es suficiente el monto otorgado en la primera instancia. En efecto, debe repararse en que la expulsión ilegítima de la actora de su puesto de trabajo en

diciembre de 1998 comportó no sólo la eliminación de manera intempestiva de lo que presumiblemente era su única fuente de ingresos (...), sino también significó por sí mismo un hecho violento susceptible de herir profundamente sus sentimientos".

Finalmente, en cuanto al daño psíquico, la sentencia consideró "que la pericia de fs. 370/6 es demasiado imprecisa, y, por lo demás, se refiere solamente a la consecuencias derivadas de la falta de trabajo de la actora, no los acontecimientos del día 12/12/1998. No resulta apropiada, consecuentemente, a los efectos de determinar la existencia y la entidad de un daño psíquico".

6. La Sra. Quevedo de Bonfante planteó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 71/82 vta.) cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 96/102 vta.

7. La Sala desestimó su concesión (fs. 84/85 vta.). Para hacerlo, sostuvo: *a)* que aunque la recurrente invoca la violación de normas constitucionales, no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27 de la ley 402; *b)* que los derechos constitucionales que se dicen conculcados (derecho de defensa y debido proceso, así como el principio de congruencia y el de una correcta administración de justicia, el derecho de propiedad) y el interés público que se invoca, no han sido materia de desarrollo que los vincule en forma directa con la cuestión debatida y sólo expresan una mera discrepancia con la valoración efectuada por la Sala en su sentencia; *c)* que no demuestra el error en la sentencia "esto es, las razones jurídicas por las que el recurso —que fuera declarado desierto— estaba debidamente fundado"; *d)* que la declaración de deserción del recurso constituye una cuestión de índole procesal que resulta ajena, en principio, al remedio procesal intentado; *e)* que los agravios referidos a la valoración de las circunstancias de la causa muestran una mera discrepancia con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos que son también ajenos al ámbito del recurso de inconstitucionalidad; *f)* que la doctrina de la arbitrariedad no resulta aplicable al caso, de acuerdo a los criterios señalados por el TSJ para su admisión; *g)* que no se han dado razones que justifiquen la admisión del recurso por gravedad institucional, ya que no expone realmente un agravio autónomo sobre el punto.

8. La actora interpuso ante el Tribunal el recurso de queja (fs. 1/18). Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propuso que sea rechazada ya que no se halla configurado un caso constitucional, en tanto la crítica formulada por la recurrente al análisis efectuado por la Cámara de las circunstancias fácticas y la prueba producida no demuestra que el fallo carezca de fundamentos o se base solamente en la voluntad de los sentenciantes.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por la Sra. Quevedo de Bonfante debe ser rechazada pues, aunque interpuesta en tiempo y forma, no satisface el recaudo de efectuar una crítica eficiente del auto denegatorio. En efecto, la recurrente transcribe en forma íntegra la sentencia que da lugar a esta queja (fs. 1/3), pero dedica a su examen sólo las siguientes afirmaciones: "Se interpone el recurso de inconstitucionalidad que prevé la ley 402 de la ciudad, recurso que es rechazado, también por razones genéricas como ser: 'la invocación genérica de disposiciones constitucionales o la alegación de que la Cámara efectuó una interpretación errónea del derecho que rige el caso' cuando en el caso se ha citado los artículos conculcados y de la mera lectura del recurso surge que la sentencia dejó de lado las constancias de la causa e incluso fallo en contra de ellas, tratándose reitero de un fallo que se basa en la sola voluntad de los jueces, ya que ninguno de los magistrados intervinientes analizan las razones y fundamentos de la suscripta, y por ello me veo obligada a recurrir en queja ante V.E. para que revoque la sentencia en crisis" (fs. 7/7 vta.). No es su carácter escueto lo que sella la suerte adversa de la queja, sino que ni en esas líneas ni en la copia del recurso de inconstitucionalidad acompañada se indica al Tribunal cuáles fueron las cuestiones —presentadas en forma adecuada y tiempo oportuno— que no fueron tratadas por la Cámara, qué constancias omitió considerar, qué normas no fueron valoradas, etcétera. Adviértase que —más allá de su acierto o error— el auto denegatorio expresó un conjunto de razones por las que estimó inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (véase punto 8 de las "resultas"), que no fueron refutados argumentativamente en la queja.

El Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. Por lo demás, mediante su recurso de inconstitucionalidad, la actora cuestiona la decisión de la Cámara que declaró desierto el recurso de apelación, resolución que no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. La Cámara no apoyó expresamente sobre la ausencia de este requisito su auto denegatorio, pero sí destacó que la declaración de deserción del recurso era una cuestión procesal que no habilitaba la competencia extraordinaria de

este Tribunal a la que se intentaba acceder. Por otra parte, el Tribunal no puede soslayar el examen a estos fines de la decisión recurrida, examen del que resulta que no es la que dirimió los aspectos del pleito que hoy vienen cuestionados. No ignoro que el tratamiento de algunos agravios realizado por la *a quo* pudo tornar un tanto confusa la cuestión, pero ello, en todo caso pudo facilitar a la recurrente la crítica contra esa declaración de deserción, pero no lo exime de la carga de realizar esa crítica en forma fundada. Como ya he sostenido, para lograr la intervención de este Tribunal en supuestos de esta especie, el recurrente debe demostrar que la resolución que declaró desierto su recurso impidió la continuación del proceso sin exponer un fundamento mínimo que la distinga de una decisión fruto del mero arbitrio del juzgador y que, de ese modo, además, se frustra la posibilidad de acceder al control encomendado a este estrado (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bicci, Estela Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 5939/08, sentencia del 15/4/2009).

En definitiva, la sentencia de Cámara contra la que se dedujo el recurso de inconstitucionalidad no es la sentencia definitiva y la quejosa no expone razones suficientes como para desvirtuar esa decisión en cuanto declaró desierta su apelación (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Giuseppino S.R.L. s/ejecución fiscal'", expte. nº 3037/04, resolución de 1°/9/2004).

En consecuencia, corresponde rechazar la queja planteada por la actora.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Por los fundamentos expresados en el punto 1 del voto del señor juez de trámite Luis F. Lozano, voto por declarar improcedente el recurso de queja. Con costas.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al punto 1 del voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, por compartir los fundamentos allí expuestos y considerar que resultan suficientes para determinar el rechazo de la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por la señora Irma Quevedo de Bonfante a fs. 1/18.

En efecto, tal como lo destaca mi aludido colega, la interesada no ha efectuado una crítica concreta, desarrollada y fundada de ninguno de los argumentos que brindaron los jueces de la causa para denegar el recurso de inconstitucionalidad. Así las cosas, el remedio intentado resulta privado del fundamento mínimo tendiente a demostrar su procedencia [conf. este Tribunal *in re* "GCBA s/queja

por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hamilton, Guillermo Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2158/03, sentencia del 2/4/2003; "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— 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.; entre muchos otros].

2. A mayor abundamiento, cabe señalar que tampoco en esta oportunidad la interesada ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

Más allá del acierto o error del pronunciamiento de fecha 22/10/2007 que, en primer lugar, declaró desierto el recurso de apelación de la parte actora por encontrarlo infundado y, a continuación, trató algunos de sus agravios "para mayor recaudo de los derechos e intereses de la impugnante", lo cierto es que la pretendida invalidez del decisorio con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia no puede tener andamiento.

Ello así, puesto que la actora no demuestra que en el *sub examine* haya mediado un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación al decidir el pleito. En realidad, la interesada intenta someter a conocimiento del Tribunal planteos que sólo giran en torno a aspectos procesales, de hecho y de prueba, cuyo examen, por regla, pertenece a los jueces de la causa —p. ej., cuestiones vinculadas a la aludida deserción de la segunda instancia, a la determinación del sentido y alcance de las pretensiones, así como a la valoración de las diversas pruebas producidas para que se revea el alcance de la reparación reconocida con motivo de la revocación del permiso oportunamente otorgado por la Administración—. Estas cuestiones, como se dijo, son ajenas al marco cognoscitivo que admite el recurso de inconstitucionalidad (art. 27 y ss., ley 402) y, por lo demás, los planteos consignados a partir de ellas no poseen entidad suficiente para acreditar que la sentencia objetada no constituya una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa (*in re* "Mellicovsky, Lidia B. y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mellicovsky, Lidia B. y otro c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"; expte. n° 3735/04, sentencia del 6/7/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII-A, pp. 669 y ss., entre otros; entre otros). Resulta oportuno recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos

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

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite, en tanto propicia el rechazo de la queja.

Los argumentos vertidos por la recurrente no alcanzan a conmover los fundamentos de la resolución de la Cámara de fs. 84/85 vta. que rechazó el recurso de inconstitucionalidad.

2. La actora, en su recurso de inconstitucionalidad, basó su planteo, prácticamente, en la supuesta *arbitrariedad* de la sentencia de Cámara de fs. 66/70 vta., vocablo éste que es utilizado por la recurrente como sinónimo de *agravio*.

Como lo he sostenido en numerosos precedentes, la mera discrepancia con la resolución recurrida es insuficiente para tildarla de arbitraria, aún en la hipótesis amplia aceptada por la CSJN, creadora de esta doctrina (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]'", sentencia del 26/5/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII. pp. 438/439; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", sentencia del 29/6/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII. p. 642, y sus citas; y "Automóvil Club Argentino c/GCBA s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 6117/08 y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Automóvil Club Argentino c/GCBA s/repetición (art. 457 CCAyT)'", expte. nº 5977/08, sentencia del 29/4/2009, entre muchos otros).

3. Se observa, asimismo, que la actora, bajo el título *gravedad institucional*, se limita a exponer una serie de derechos que considera vulnerados (pero no por ello plantea un caso constitucional, tal como sostuvo este TSJ en "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002,

t. II, p. 23), sin argumentar ni demostrar seriamente cómo el pronunciamiento recurrido pondría en peligro al Estado federal.

4. Voto, entonces, por rechazar la queja interpuesta a fs. 1/18.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Irma Quevedo de Bonfante.

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

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

CLXI

"CARRIZO, MARGARITA SOFÍA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. Valor disputado en último término. Deserción del recurso. MALA PRAXIS MÉDICA. DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS: Indemnización *iure* propio. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: Prescripción bienal. Obligaciones concurrentes. Aplicación analógica del art. 4037 del Cód. Civil. Prescripción liberatoria. Caducidad. Seguridad jurídica.

SUMARIOS:

1. Son condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte; que el valor disputado sea superior a $ 700.000; y que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. El valor disputado en último término no equivale necesariamente al monto reclamado en la demanda, sino la suma por la que el recurrente pretende modificar el fallo apelado, es decir el monto del agravio, sin tener en cuenta los accesorios. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. Debe desestimarse el pedido de declaración de deserción del recurso de apelación cuando existe una crítica seria y puntual a determinados fundamentos desarrollados en el fallo apelado, que justifica el tratamiento del recurso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El art. 3962, Cód. Civil establece que la prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla, pero aquella "primera presentación" a la que se refiere la norma no es cualquier intervención en el proceso, sino aquella primera oportunidad con que cuente el sujeto interesado (demandado o tercero) para ejercer su defensa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La defensa de prescripción opuesta por la demandada GCBA no alcanza a proyectarse, beneficiando con la expansión de su alcance, a los restantes codemandados, desde que la responsabilidad del GCBA y de los profesionales médicos que intervinieron en el hecho motivo de la causa no configuran una obligación solidaria sino obligaciones concurrentes o *in solidum*, caracterizadas por tener un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Al no tratarse de una sola obligación sino de dos o más concurrentes —en el caso, la obligación subjetiva de los médicos de obrar con la diligencia, pericia e idoneidad propias de su ciencia (conf. arts. 902 y ss., Cód. Civil) y la objetiva de seguridad del ente asistencial por medio del cual se presta el servicio médico (art. 1113, Cód. Civil)—, la prescripción actúa independientemente para cada deudor, de manera tal que su viabilidad o interrupción respecto de uno de ellos no afecta ni beneficia a los demás obligados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La solicitud del Estado local para que se imprima el trámite ordinario al proceso donde se demanda por daños y perjuicios con motivo de un supuesto de mala praxis médica, no le impide al GCBA oponer válidamente la excepción de prescripción fundada en el plazo bienal previsto para la responsabilidad extracontractual (art. 4037, Cód. Civil). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La solicitud del Estado local para que se imprima el trámite ordinario al proceso, no le impide oponer válidamente la excepción de prescripción fundada en el plazo bienal previsto para la responsabilidad extracontractual, porque no implicó encuadrar, por parte del GCBA, la cuestión debatida en la órbita de la responsabilidad contractual, sino simplemente analizar la manera en que planteó su pretensión la parte actora, y asignarle determinadas consecuencias procesales: la aplicación de las normas del proceso ordinario, de modo que la posterior oposición de la prescripción por considerar el caso inserto en la órbita

de la responsabilidad extracontractual, no resulta contradictorio con sus propios actos anteriores. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El agravio referido a que la Cámara, para subsumir el caso bajo las normas de la responsabilidad extracontractual, habría introducido oficiosamente argumentos no planteados por los codemandados, incurriendo en una decisión *extra petita*, no puede tener favorable acogida, pues el GCBA planteó oportuna y claramente su defensa de prescripción, y la fundamentó en el vencimiento del plazo previsto en el art. 4037 del Cód. Civil por considerar que se trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual, y por lo tanto los argumentos y consideraciones desarrollados por los camaristas constituyen simplemente la aplicación del derecho por parte de los jueces respetando los límites del proceso fijados por las pretensiones y defensas de las partes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El derecho de los accionantes a obtener una indemnización por los daños sufridos nace *iure propio* y no *iure hereditatis*, pues reclaman la reparación de los perjuicios sufridos directa y personalmente a raíz del fallecimiento de la Sra. C. y su hijo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Dado que los actores reclaman daños a título personal, a los efectos del plazo de prescripción aplicable interesa la naturaleza jurídica de la relación que los une a los codemandados, indudablemente reviste carácter extracontractual, y si bien podría discutirse si existió o no una relación contractual entre la fallecida, en su condición de paciente del sistema de salud pública, y el GCBA, no cabe ninguna duda que no existe ningún vínculo contractual entre el Estado local y los parientes de los fallecidos, que son terceros ajenos a la aludida relación jurídica. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Al no existir normas de derecho público local que regulen la prescripción de las acciones tendientes a efectivizar la responsabilidad extracontractual del estado por actividad ilícita, debe aplicarse en forma analógica el plazo bienal previsto en el art. 4037, referido a la responsabilidad civil extracontractual, máxime tratándose de un caso de mala praxis médica, materia relacionada con el derecho privado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. La responsabilidad del Estado local en casos en los que se invoca una falta de servicio provocada por un hospital público de su dependencia, en principio, remite al ámbito de la responsabilidad extracontractual y, por ende —ante la ausencia de una norma específica de derecho publico local que regule la cuestión— resulta de aplicación el plazo de prescripción de dos años, conforme a lo previsto en el art. 4037 del Cód. Civil, computado a partir del momento en que el perjudicado tomó conocimiento real y efectivo del hecho ilícito y del daño proveniente de él. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. Cabe rechazar las objeciones vinculadas con la invocada extemporaneidad de la excepción de prescripción articulada por el GCBA, pues ese agravio, relativo a una cuestión procesal, resulta ajeno al recurso ordinario de apelación

intentado, porque la equiparación entre providencias anteriores o posteriores a la definitiva o la posibilidad de remitir cuestiones anteriores a una revisión coetánea con ella, que son admitidas en el marco del recurso extraordinario federal o del de inconstitucionalidad no lo son en el del recurso ordinario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. La prescripción liberatoria debe interpretarse restrictivamente en función del principio *pro actione* y del derecho de acceso a la justicia (art. 8.1. CADH), y en caso de duda, ha de preferirse la solución que mantenga vivo el derecho. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

16. La prescripción liberatoria en materia civil no es un presupuesto procesal, por lo que su falta de alegación o su defectuosa interposición no pueden ser suplidas de oficio (conf. art. 3964, Cód. Civil). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

17. La regla del art. 3962, Cód. Civil es de carácter sustantivo y no procesal, y el término que fija es de caducidad, como tal opera *ipso iure,* no puede ser purgado a su vencimiento, ni convalidado tácitamente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

18. Las dos únicas oportunidades en que puede oponerse la prescripción no son susceptibles de ampliación ni de modificación, de modo que la falta de ocurrencia del presupuesto de hecho de la situación prevista en el art. 3962 del Cód. Civil, es decir, la no oposición de la prescripción en la contestación de demanda o en la primera presentación en el juicio por parte del interesado determina irremisiblemente la pérdida de la facultad de discutir acerca de la prescripción de la acción. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

19. La expresión “primera presentación en el juicio” a que se refiere el art. 3962 del Cód. Civil comprende cualquier intervención de la parte demandada de corte adversarial, o sea una actividad postulatoria que encauza el proceso en una dirección preferida o de resguardo de sus derechos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

20. Dado que el abogado apoderado de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se presentó por parte y dedujo recurso de reposición con apelación en subsidio, donde cuestionó el trámite sumario impuesto al proceso, entendiendo que correspondía su ordinarización, en orden a lo previsto en el art. 3962 del Cód. Civil, tal actividad constituyó “su primera presentación en el juicio”, y es evidente que ya entonces, la demandada contaba con todos los elementos necesarios para conocer la controversia a la que se enfrentaba. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

21. Por aplicación del art. 3962 del Cód. Civil la codemandada que en la “primera presentación” no opuso prescripción, perdió toda posibilidad de hacerlo posteriormente, de modo que cuando la introduce al contestar la demanda realiza un acto extemporáneo desde el punto de vista sustantivo, cuya pretendida eficacia queda interdicta en virtud de esa norma y, dado que los restantes

codemandados tampoco invocaron la prescripción en su responde, quedan colocados en idéntica situación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. La facultad prevista en el art. 3962, Cód. Civil aparece como un derecho potestativo que, cuando se materializa en la oposición de la prescripción liberatoria no necesita imponerse por vía de acción, y su titular lo realiza por sí mismo, en su propio interés y sin necesitar de la cooperación del sujeto pasivo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. La certeza y la seguridad en el tráfico jurídico que están sustentadas en la prescripción deben complementarse con la certeza y la seguridad para quien reclama por sus derechos, y el término de caducidad como queda fijado por el art. 3962, Cód. Civil, satisface ese doble requerimiento que es exigible a todo sistema jurídico en un Estado de derecho. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6142/08 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Margarita Sofía Carrizo y el Sr. Américo Orlando Sandoval, en representación de su hija C. V. S. iniciaron una demanda de daños y perjuicios, contra el Hospital General de Agudos J. A. Fernández y el Hospital Dr. Ignacio Pirovano —Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires—, el Sr. Eduardo Fernández Blanco y la Sra. Ana María Bonelli, por los daños y perjuicios derivados de la muerte de la Sra. Claudia Liliana Castillo y su hijo NN (fs. 29/35, y con mejora de fundamentos a fs. 43/49).

A fs. 47 estiman la indemnización por los rubros daño emergente y lucro cesante, daño moral y daño psicológico en u$s 1.000.000, con expresa reserva de lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir.

2. Los demandados Eduardo Fernández Blanco y Ana María Bonelli opusieron excepción de defecto legal, por entender que la parte actora estimó cuál era el monto total de la indemnización pretendida, estableciendo una suma global, pero sin discriminar rubro por rubro (fs. 90/91).

El Sr. Eduardo Fernández Blanco contestó demanda a fs. 165/177 y la Sra. Ana María Bonelli lo hizo a fs. 214/222. Ambos solicitaron su total rechazo, con expresa imposición de costas a la parte actora.

El apoderado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó demanda a fs. 250/263. Planteó como defensa de fondo la prescripción, y en caso de no ser admitida, solicitó se rechace la demanda, con costas.

Contestado el traslado de la excepción de prescripción incoada por el GCBA por la parte actora (fs. 272/273) y por la asesora de Menores e Incapaces (fs. 275), el juez nacional en lo civil resolvió diferir el tratamiento de las excepciones deducidas por el GCBA para el momento de dictar sentencia definitiva y hacer lugar a la excepción de defecto legal interpuesta por la parte demandada (fs. 281/283).

3. La parte actora rectificó el defecto legal mediante el escrito de fs. 287/288, que fue contestado por los codemandados Bonelli y Fernández Blanco mediante impugnación de fs. 295/296 —que motivó la contestación de la actora a fs. 299— y por el GCBA a fs. 309/310.

4. Declarada la incompetencia del juzgado nacional en lo civil y remitidas las actuaciones a la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 325/326), el juez de primera instancia resolvió rechazar la excepción de prescripción y hacer lugar a la demanda por la suma de $ 1.713.440 (pesos un millón setecientos trece mil cuatrocientos cuarenta), imponiendo las costas a la parte demandada (fs. 993/1005).

Para así decidir entendió que la naturaleza de la responsabilidad en análisis, a los fines de la prescripción, es contractual, por lo que corresponde aplicar el plazo genérico de 10 años (fs. 996 vta.). Consideró que el hecho por el cual se reclama resulta acreditado conforme la causa penal 24.170 (fs. 997 vta.) y concluyó que los profesionales intervinientes desarrollaron una actuación negligente en la atención médica que derivó en la muerte de la madre y el niño (fs. 1003).

5. Frente a esta decisión, la parte actora apeló a fs. 1021, y los Sres. Eduardo Fernández Blanco y Ana María Bonelli y el apoderado del GCBA interpusieron sendos recursos de apelación (fs. 1012/1013 y fs. 1015, respectivamente), expresando agravios la parte actora a fs. 1033/1034, la Sra. Bonelli a fs. 1035/1055, el Sr. Fernández Blanco a fs. 1056/1079 y el GCBA a fs. 1080/1097.

6. La Sala I de la Cámara CAyT, resolvió hacer lugar al planteo de la prescripción del GCBA y revocar la sentencia de primera instancia rechazando la demanda, con costas por su orden en ambas instancias (fs. 1119/1129). Consideró, por mayoría, que la acción se encontraba prescripta por aplicación del plazo bienal previsto en el art. 4037, Cód. Civil, habida cuenta que se trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita.

7. La parte actora interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1131) y subsidiariamente recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad de sentencia (fs. 1132/1136). La Cámara resolvió conceder el recurso ordinario a fs. 1145 y rechazar el recurso de inconstitucionalidad a fs. 1173.

La recurrente presentó el memorial de agravios a fs. 1182/1186, que fue contestado por los Sres. Bonelli y Fernández Blanco a fs 1190/1196, y por el GCBA a fs. 1197/1198.

Por su parte, el señor fiscal general adjunto en su dictamen, propuso que se declare mal concedido el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso ordinario de apelación de la actora ha sido interpuesto en legal tiempo y forma, y fue correctamente concedido por la Cámara.

El art. 26, inc. 6° de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189) dispone que el TSJ conoce "...en instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)...". Por su parte, el art. 38 de la ley 402 establece que en el recurso ordinario de apelación "...el/la apelante debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26, inc. 6) de la ley 7 modificado por el art. 2º de la ley 189...".

De dicha normativa y la jurisprudencia de este Tribunal (a partir del fallo recaído en "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.) se desprende que las condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación son las siguientes:

– que la Ciudad sea parte;

– que el valor disputado sea superior a $ 700.000; y

– que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva.

En este caso, la Ciudad es parte, la sentencia que se recurre es definitiva, y el monto disputado en último término es sustancialmente mayor al requerido por las normas citadas.

El valor disputado no equivale necesariamente al monto reclamado en la demanda, sino la suma por la que el recurrente pretende modificar el fallo apelado, es decir el monto del agravio (*Fallos*, 250:594; 258:13; 276:362; 310:631; 319:167, entre muchos otros), sin tener en cuenta los accesorios. Y la recurrente acude a esta instancia para modificar la sentencia de Cámara que, por considerar prescripta la acción, rechazó totalmente la pretensión indemnizatoria, que asciende a la suma de 1.000.000 dólares (véase fs. 47 vta. y 287/288).

Por lo tanto, atento haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 26, inc. 6° de la ley 7, el recurso de apelación ordinario interpuesto por la parte actora es formalmente procedente.

2. Como cuestión liminar, corresponde expedirse sobre la petición realizada por los codemandados Bonelli y Fernández Blanco a fs. 1190/1192, y el GCBA a fs. 1197/1198, tendiente a que se declare desierto el presente recurso.

Resulta procedente la declaración de deserción del recurso de apelación cuando no se formula una crítica concreta y razonada tendiente a demostrar los errores u omisiones incurridos en la apreciación de la prueba o la aplicación del derecho por parte del juez de grado. Sin embargo, y como veremos a continuación, en el presente caso existe una crítica seria y puntual a determinados fundamentos desarrollados en el fallo apelado, que justifica el tratamiento del recurso de apelación.

En consecuencia, esta petición debe ser desestimada.

3. En la fundamentación de su recurso de apelación, el recurrente planteó cuatro agravios contra la sentencia de Cámara.

Manifiesta que la sentencia impugnada no considera que los codemandados no introdujeron la excepción o planteo de prescripción en tiempo procesal oportuno. Según el art. 3962, Cód. Civil la prescripción debe oponerse en la primera presentación en juicio, pero —según la recurrente— los codemandados Fernández Blanco, Bonelli y la MCBA, en sus presentaciones de fs. 56/58, 62 y 68/69 respectivamente, lejos de solicitar la prescripción se allanaron al planteo de la actora de que corresponda la responsabilidad contractual.

Aduce que todas las partes siempre sostuvieron que en el caso deben aplicarse las normas referidas a la responsabilidad contractual, particularmente en los mencionados escritos de fs. 56/58, 62 y 68/69.

Dice que para subsumir el caso bajo las normas de la responsabilidad extracontractual se utilizaron argumentos introducidos de oficio y *extra petita* por los jueces, más allá de lo sostenido por las partes. Específicamente, la recurrente se refiere a la distinción entre las acciones de responsabilidad civil ejercidas *iure propio* e *iure hereditatis,* que no habría sido invocada por las partes.

Sostiene que los argumentos para subsumir el caso bajo las normas de la responsabilidad extracontractual son erróneos ya que no tienen sustento en el derecho positivo, y ponen en peor situación a los herederos que al causante de la sucesión.

4. En lo relativo al agravio deducido en primer término, corresponde tratar por separado la situación del GCBA de la de los restantes codemandados (Fernández Blanco y Bonelli).

4.i. En cuanto a la prescripción de la acción contra el GCBA, cabe destacar que la parte actora (fs. 272/273) y la señora asesora de Menores e Incapaces (fs. 275), al contestar la excepción de prescripción, no invocaron la extemporaneidad de su interposición en los términos del art. 3962, Cód. Civil, planteo que recién introdujeron en esta instancia, de manera tardía.

Asimismo, tampoco le asiste razón a la actora ya que el GCBA interpuso la excepción de prescripción en la primera oportunidad prevista por el ordenamiento procesal para ejercer su derecho a resistir la pretensión de autos: la *contestación de demanda.* En dicha oportunidad, el GCBA solicitó expresamente que se declare prescripta la acción por tratarse de un supuesto de responsabilidad extracontractual, y haberse vencido el plazo bienal previsto en el art. 4037, Cód. Civil (fs. 259 vta./262, apart. VII).

Su anterior presentación de fs. 68/69, en la que se limitó a cuestionar el trámite impreso al proceso, no puede interpretarse como una renuncia tácita a invocar la prescripción ni implicar la pérdida del derecho a hacerlo.

El art. 3962, Cód. Civil establece: "La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla", pero aquella "primera presentación" a la que se refiere la norma no es cualquier intervención en el proceso, sino aquella primera oportunidad con que cuente el sujeto interesado (demandado o tercero) para ejercer su defensa.

En lo que se refiere específicamente al demandado, esta previsión legal tiene en consideración que en algunos procesos no existe la "contestación de demanda", o existen otras oportunidades para ejercer la defensa previamente a contestar la demanda, o bien el accionado incurre en rebeldía por causas insuperables, pero luego de vencido el plazo para contestar demanda se presenta en el proceso y pretende ejercer su defensa. Por ejemplo, en los procesos ejecutivos la defensa se ejerce mediante el escrito de oposición de excepciones, ya que no existe técnicamente una "contestación de demanda"; en el viejo juicio ordinario del CPCCN, anterior a la reforma de la ley 25.488, las excepciones debían interponerse antes de contestar la demanda (antiguo art. 346, CPCCN); y según el actual art. 346, segundo párrafo, CPCCN, el rebelde puede oponer la prescripción con posterioridad a la contestación de demanda siempre que justifique haber incurrido en rebeldía por causas que no hayan estado a su alcance superar.

Resultan ilustrativas las consideraciones formuladas por el Dr. Roberto Greco, prestigioso ex juez de la Sala G de la Cámara Nacional en lo Civil, en el fallo de fecha 26/4/1985, dictado en la causa "Consorcio de Propietarios del Centro Comercial Barrio Piedrabuena c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*La Ley*, 1985-C, 477), en el que señaló que cuando el demandado comparecía al proceso antes de contestar la demanda, ya sea para responder a

una intimación, controlar una medida de prueba anticipada, notificarse espontáneamente, concurrir a una audiencia de conciliación o para la recepción de la prueba del beneficio de litigar sin gastos, recurrir una medida cautelar, pedir la suspensión del plazo por no haberse acompañado copias o ser éstas incompletas o ilegibles, pedir la ampliación del plazo por haberse fijado erróneamente en el auto de traslado, oponer una excepción previa o pedir la citación de terceros, u otros supuestos similares, no está obligado a oponer la prescripción.

Sostuvo que la exégesis del art. 3962 del Cód. Civil, que la Cámara Nacional en lo Civil hizo en el fallo plenario del 14/4/1976, en los autos "Pennigian de Khatcherian, S. c/O'Flaherty, E." (*LL*, 1976-B, 285), según la cual la prescripción debe oponerse en la primera presentación en el juicio, cualquiera sea su motivo o finalidad, constituye una interpretación que estimula la invocación de esta defensa aun sin saber con certeza qué pretensión tendrán que replicar al contestar después, lo que conspira contra el deber de probidad y provoca actuaciones poco serias. Asimismo, afirma que la oposición de la prescripción debe integrar la traba de la litis juntamente con las demás defensas de fondo, ya que con esta solución se evita el dispendio jurisdiccional, no se vacía de contenido la referencia del art. 3962 del Cód. Civil a la contestación de la demanda y se garantiza con mayor amplitud el derecho de defensa al no imponerse un estudio apresurado de los antecedentes para el que el demandado cuenta con todo el plazo hasta el responde.

Esta solución, además, cuenta con el apoyo de importante doctrina y jurisprudencia. Así, el Dr. Luis Moisset de Espanés sostiene que el art. 3962, Cód. Civil establece dos alternativas para oponer la excepción válidamente: *i)* la contestación de demanda y *ii)* la primera presentación en juicio de quien intenta oponerla. Según este jurista, el primer párrafo contempla la situación del demandado, y el segundo —principalmente— la de otros sujetos que pueden intervenir invocando la prescripción, como ser los fiadores y acreedores del demandado, así como también la hipótesis en que el accionado se encuentre rebelde y se presente en juicio después de vencida la oportunidad para contestar la demanda. Por lo tanto, en el caso del demandado el plazo para oponer la excepción se extendería hasta la contestación de la demanda, aún cuando haya realizado otras presentaciones en el juicio, anteriores al vencimiento de ese plazo ("La oportunidad para hacer valer la prescripción y el derecho transitorio", artículo publicado en *JA* 29-1975, 463).

Y para finalizar, cabe transcribir las lúcidas reflexiones del Dr. Jorge J. Llambías, quien afirma que "...la fundamental oportunidad útil para oponer la prescripción es la de contestación de la demanda, cuya preeminencia no cabe soslayar. Sólo si el demandado ha prescindido de ese acto procesal, puede alegar tal defensa ulteriormente, con tal que lo haga en su primera presentación en el juicio. Pero ha de quedar bien en claro que siempre podrá hacerlo en la oportu-

nidad de contestar la demanda cuando hubiere efectuado otras presentaciones anteriores con distintos motivos..." (*Tratado de derecho civil*, "Obligaciones", 4ª ed. act., tomo III, n° 2123, pp. 476/478, Perrot, Buenos Aires, 1996).

4.ii. Distinta es la situación de los codemandados Fernández Blanco y Bonelli, quienes —como plantea la actora en su recurso, a fs. 1183 y vta.— no interpusieron la excepción de prescripción de la acción ni en su primera presentación ni en el momento de contestar la demanda (véase fs. 165/177 y 214/222), incumpliendo la carga prevista en el art. 3962, Cód. Civil. Por este motivo, no podrían alegarla con posterioridad, como lo intentaron en oportunidad de fundar sus respectivos recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia (véase fs. 1035/1055 y 1056/1079).

La defensa de prescripción opuesta por la demandada GCBA no alcanza a proyectarse, beneficiando con la expansión de su alcance, a los restantes codemandados Fernández Blanco y Bonelli, en tanto no existe en este caso la alegada solidaridad entre las responsabilidades de ambas partes demandadas. En efecto, la responsabilidad del GCBA y de los profesionales médicos que intervinieron en el hecho motivo de la causa no configuran una obligación solidaria sino obligaciones concurrentes o *in solidum*, caracterizadas por tener un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor. Una de las situaciones donde se brindan relaciones crediticias de esta índole reside precisamente en los supuestos de responsabilidad del principal o empleador del culpable del daño obrado en el marco de la incumbencia, donde la obligación del deudor del hecho dañoso es concurrente a la que atañe al principal (conf. Salvat-Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. 4, p. 2854; Busso, *Código civil anotado*, t. 5, p. 92; Llambías, *Tratado de derecho civil*, "Obligaciones", t. 3, p. 589, entre otros).

De tal modo, por tratarse no de una sola obligación sino de dos o más *concurrentes* —en el caso, la obligación subjetiva de los médicos de obrar con la diligencia, pericia e idoneidad propias de su ciencia (conf. arts. 902 y ss., Cód. Civil) y la objetiva de seguridad del ente asistencial por medio del cual se presta el servicio médico (art. 1113, Cód. Civil)—, la prescripción actúa independientemente para cada deudor, de manera tal que su viabilidad o interrupción respecto de uno de ellos no afecta ni beneficia a los demás obligados (CNCiv., Sala B, 25/5/1987, "Gini de Noguerol, Irma H. c/PAMI", voto del Dr. Molteni, *JA* 1989-III, p. 65). La independencia que existe entre las deudas concurrentes hace que la liberación del deudor de una de ellas, no produzca la extinción de la deuda de los restantes ya que aquella contingencia no influye sobre los demás vínculos concurrentes (Llambías, ob. cit., t. 3, p. 593).

En consecuencia, no resulta posible otorgar a los codemandados Fernández Blanco y Bonelli el beneficio de una eficacia extintiva de la acción fundada en

una prescripción que ni siquiera ha sido alegada por ellos, ni mencionada en las posibles oportunidades a que hace referencia el art. 3962, Cód. Civil. En consecuencia, corresponde revocar en este punto la sentencia de Cámara y devolver las actuaciones a fin de que se analicen los restantes agravios planteados por la parte actora y los codemandados Fernández Blanco y Bonelli en sus respectivos recursos de apelación contra el fallo de primera instancia.

5. Atento lo expuesto precedentemente, los restantes agravios planteados por la actora (individualizados como agravios b, c y d en el apart. 3 de este voto) serán analizados únicamente respecto del rechazo de la acción contra el GCBA, para determinar si resultan idóneos para revocar la sentencia de Cámara en cuanto declaró prescripta la acción y rechazó la demanda contra el Estado porteño.

El escrito de fs. 68/69, en el que el Estado local solicitó se imprima a este proceso el trámite ordinario, no le impide al GCBA oponer válidamente la excepción de prescripción fundada en el plazo bienal previsto para la responsabilidad extracontractual (art. 4037, Cód. Civil).

El GCBA fundamentó su petición en que la actora "...expresamente demanda daños y perjuicios derivados de una responsabilidad de carácter contractual correspondiendo a tal acción el trámite del juicio ordinario..." (fs. 68 vta.), y que existen "...razones de importancia y el hecho incuestionable de la complejidad de los expedientes originados en mala praxis médica, que imponen el trámite ordinario..." (fs. 69).

Puede apreciarse que el GCBA solicitó se imprima trámite ordinario a las actuaciones teniendo en cuenta la *forma en que la actora planteó su pretensión: dentro de la órbita contractual.* Y ello porque la competencia de los jueces, así como también el tipo de proceso que corresponde tramitar, debe determinarse de acuerdo a las pretensiones deducidas en la demanda, y no a las defensas opuestas por el demandado (arg. arts. 5º y 321, últ. párr., CPCCN).

Es decir, el escrito de fs. 68/69 no implicó encuadrar, por parte del GCBA, la cuestión debatida en la órbita de la responsabilidad contractual, sino simplemente analizar la manera en que planteó su pretensión la parte actora, y asignarle determinadas consecuencias procesales: la aplicación de las normas del proceso ordinario. En consecuencia, la posterior oposición de la prescripción por considerar el caso inserto en la órbita de la responsabilidad extracontractual, no resulta contradictorio con sus propios actos anteriores.

Por lo expuesto, el presente agravio carece de sustento.

6. El agravio referido a que la Cámara, para subsumir el caso bajo las normas de la responsabilidad extracontractual, habría introducido oficiosamente argumentos no planteados por los codemandados, incurriendo en una decisión *extra petita*, tampoco tendrá favorable acogida.

En primer lugar, cabe destacar que el recurrente incurre en un error en su afirmación, ya que el argumento según el cual los actores accionaron *iure hereditatis,* motivo por el cual debe subsumirse el caso en la órbita de la responsabilidad extracontractual, fue introducido por el GCBA al oponer y fundamentar su defensa de prescripción. En efecto, en dicha oportunidad el GCBA transcribió un fallo de fecha 29/8/1989 dictado por la Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos "Abraham, Julio c/Covaro, Jorge A.", según el cual "Cuando se trata de la demanda promovida por los padres del hijo fallecido, no se está en presencia de la relación del paciente con el Hospital y el médico, sino del reclamo que ejercen *iure propio* actuando como terceros ajenos a aquella relación contractual, en calidad de damnificados indirectos por la muerte del paciente, de modo que las normas de aplicación son las que regulan la responsabilidad extracontractual, por lo que la cuestión se dilucida por las prescripciones de los arts. 1109, 1078 y concordantes del Cód. Civil" (fs. 260 y vta.).

Por otra parte, los jueces, en virtud del *iura novit curia,* tienen la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos que enuncien las partes (CSJN, 21/3/2006, L. 1103, L. XXXVIII "La Continental Cía. de Seg. Generales S.A. c/Fisco nacional (D.G.I.) s/proceso de conocimiento").

El GCBA planteó oportuna y claramente su defensa de prescripción, y la fundamentó en el vencimiento del plazo previsto por el art. 4037, Cód. Civil por considerar que se trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual; por lo tanto, todas aquellas consideraciones y argumentos desarrollados por los camaristas para encuadrar jurídicamente el presente supuesto de responsabilidad estatal, constituyen simplemente la aplicación del derecho por parte de los jueces, respetando los límites del proceso fijados por las pretensiones y defensas de las partes. No existe, entonces, ninguna decisión *extra petita*.

7. En cuanto al cuarto agravio invocado por el recurrente, considero que la Cámara realizó una aplicación correcta de la normativa referida al instituto de la prescripción, conforme las constancias de autos.

7.i. La Cámara consideró que la indemnización ha sido reclamada *iure propio* por los actores, con el objeto de reparar los daños que sufrieran personal y directamente como consecuencia del hecho dañoso; y como la relación entre los accionantes y los codemandados es de índole extracontractual, y al momento de deducir la demanda había transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 4037, Cód. Civil, la acción se encontraría prescripta (véase fs. 1125 *in fine* del voto del Dr. Centanaro, fs. 1129 y vta., aparts. XVIII y XIX del voto

del Dr. Balbín, y fs. 1122 vta./1123 vta., apart. VII del voto del Dr. Corti —en este caso, como argumento secundario, esbozado "a mayor abundamiento", ya que dicho magistrado considera aplicable analógicamente el plazo quinquenal previsto como general en los regímenes de derecho público local).

Por el contrario, el recurrente considera que la acción indemnizatoria ejercida en autos debe ponderarse a la luz de las normas de la responsabilidad civil contractual previstas en el Código Civil, que establecen un plazo de prescripción decenal (art. 4023, Cód. Civil).

Se deriva de lo expuesto que existe discrepancia sobre el plazo de prescripción aplicable al caso de autos, pero no respecto de la forma de computarlo: es decir, si finalmente se confirmara la aplicación del plazo bienal, no estaría cuestionado su vencimiento al momento de iniciar la presente acción, lo que ocurrió ocho (8) años después de fallecidos la Sra. Castillo y su hijo. Y para esclarecer la cuestión controvertida, debemos previamente determinar cuál es la normativa aplicable de acuerdo al título invocado para reclamar, lo que nos obliga a analizar los términos de la demanda.

7.ii. En su escrito de demanda (fs. 47 y vta., apart. IV) y en la rectificación del defecto legal (fs. 287/288) los actores solicitaron un resarcimiento por los siguientes conceptos:

a) Daño emergente, que consistiría en los gastos de asistencia y funeral.

b) Lucro cesante, ya que el esposo y la hija reclaman:

i) por la muerte de la esposa y madre (Sra. Castillo), que atendía con su cuidado las necesidades del hogar y, de esa manera, tornaba posible el trabajo fuera de la casa de los demás miembros de la familia;

ii) por el fallecimiento de la persona por nacer, en cuanto segura ayuda y sostén futuro de los padres, especialmente tratándose de un hogar humilde.

c) Daño moral, consistente en los padecimientos afectivos sufridos con motivo de la muerte de la Sra. Castillo y su hijo.

d) Daño psicológico, que implicaría una suma pecuniaria tendiente a solventar el tratamiento psicológico por el daño psíquico generado a los actores como consecuencia del fallecimiento de la Sra. Castillo y su hijo.

De ello se desprende que *los accionantes reclaman la reparación de los perjuicios sufridos directa y personalmente a raíz del fallecimiento de la Sra. Castillo y su hijo*. Por lo tanto, el derecho de los accionantes a obtener una indemnización por los daños sufridos nace *iure propio* y no *iure hereditatis.*

Habida cuenta que los actores reclaman daños a título personal, a los efectos del plazo de prescripción aplicable interesa determinar la naturaleza jurídica de la relación que los une a los codemandados, que indudablemente

reviste *carácter extracontractual*. Podría discutirse si existió o no una relación contractual entre la fallecida Sra. Castilla, en su condición de paciente del sistema de salud pública, y el GCBA —cuestión sobre la cual no corresponde emitir ninguna opinión en esta oportunidad—, pero no cabe ninguna duda que no existe ningún vínculo contractual entre el Estado local y los parientes de los fallecidos, que son terceros ajenos a la aludida relación jurídica.

Por lo tanto, y como no existen normas de derecho público local que regulen la prescripción de las acciones tendientes a efectivizar la responsabilidad extracontractual del estado por actividad ilícita, en el caso de autos *debe aplicarse en forma analógica el plazo bienal previsto en el art. 4037*, referido a la responsabilidad civil extracontractual, máxime tratándose de un caso de mala praxis médica, materia relacionada con el derecho privado.

8. Por todo lo expuesto, voto por:

a) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 1119/1129, en cuanto declaró prescripta la acción y rechazó la demanda respecto de los codemandados Bonelli y Fernández Blanco.

b) Confirmar la sentencia de Cámara en cuanto declaró prescripta la acción y rechazó la demanda contra el GCBA.

c) Remitir estas actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia en que se analicen los restantes agravios planteados por la parte actora y los codemandados Fernández Blanco y Bonelli en sus respectivos recursos de apelación contra el fallo de primera instancia.

d) Imponer las costas de esta instancia a los codemandados Bonelli y Fernández Blanco, por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT), con excepción de los gastos causídicos generados por la intervención del codemandado GCBA, que serán soportados en el orden causado habida cuenta que no existe uniformidad jurisprudencial y doctrinaria sobre la oportunidad procesal para oponer la defensa de prescripción, lo que podría haber proporcionado al recurrente razones valederas para litigar en esta instancia (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Estimo que debo adherirme al voto de la señora jueza del trámite. Concuerdo con ella no sólo desde el punto de vista general, sino en la solución de los siguientes puntos:

1. El recurso cumple con todos los requisitos del recurso ordinario de apelación ante este tribunal y el voto al que me adhiero lo explica con lujo de detalles (puntos 1, 2 y 3 de la sentencia de la señora jueza del trámite).

2. Concuerdo también con ella en lo relativo a la interpretación del art. 3962 del Cód. Civil (punto 4.i, del voto de la señora jueza del trámite). A más de sus explicaciones eruditas, cabe asimismo el argumento de que, para esa norma, oponer la prescripción al contestar la demanda resulta siempre correcto, conforme a una interpretación gramatical. En efecto, la "o", conjuntiva que une la contestación de la demanda a la primera presentación en el juicio, verifica alternatividad, esto es, dos facultades o momentos temporales, ambos siempre correctos para oponer la prescripción. No se trata de una alternancia exclusiva, en tanto no se aclara que en los casos de primera presentación anterior a la demanda la facultad de oponerla al contestarla queda anulada, sino que, antes bien, la alternatividad extiende el tiempo de oposición después de la demanda, cuando por alguna razón —que aquí no interesa imaginar— el demandado se presenta en juicio con posterioridad a esa contestación. De tal manera, la lectura directa del texto convalida la opinión de la señora jueza del trámite.

Ello implica, también, que coincido con el voto al cual me adhiero en punto a que los médicos demandados no opusieron la defensa de prescripción tempestivamente y no pueden aprovecharse de la prescripción correctamente interpuesta por el GCBA, razón por la cual debe revocarse la sentencia de la Cámara que rechaza la demanda respecto de ellos por prescripción (ibídem, punto 4.ii); oponer esa defensa sólo al recurrir la sentencia de primera instancia, significa haberla opuesto cuando ya era —individualmente— inoponible. No se trata de obligaciones solidarias, ni de la necesidad de un fallo único por tratarse de una intervención necesaria de terceros en el pleito. Por lo contrario, se trata de obligaciones supuestas como distintas entre sí por su causa, o, seguramente, distintas a la del GCBA, conforme a los fundamentos antes expuestos. Tal coincidencia no sólo implica la revocación parcial de la sentencia recurrida por los actores, sino, además, como su consecuencia, la necesidad de que la Cámara trate los agravios de los actores al apelar la sentencia de primera instancia y, eventualmente, también los agravios de los demandados citados que no dependen de la prescripción de la acción, agravios que no trató en virtud del erróneo rechazo de la demanda respecto de los médicos por prescripción (opuesta intempestivamente).

3. También tiene razón ella cuando confirma la sentencia que rechaza —parcialmente—, en razón de la prescripción de la acción, el recurso y, consecuentemente, la demanda respecto del GCBA (ibídem, puntos 5, 6 y 7). Como lo expone, se trata de una demanda por daños y perjuicios sufridos por los actores por la supuesta acción imprudente de médicos que operan en hospitales públicos. La Ciudad de Buenos Aires es demandada por su responsabilidad objetiva respecto del hecho de sus dependientes o de las cosas a su cuidado, o, si se quiere, por su responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*. Ello no puede

ser otra cosa que un fundamento extracontractual de la responsabilidad, razón por la cual rige el plazo de prescripción del art. 4037 del Cód. Civil, que no requiere aplicación analógica; triunfa entonces la tesis del GCBA y con ella la confirmación parcial de la sentencia recurrida respecto de ese demandado.

4. Comparto también con la señora jueza del trámite su opinión sobre las costas a imponer en estos autos (ibídem, punto 8, d).

5. Hago mío el dispositivo de la decisión propuesto por el voto de la señora jueza Ana María Conde, a quien sigo aquí a la letra.

El juez José O. Casás dijo:

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

2. En lo relativo al agravio que se levanta contra la declaración de prescripción de la acción respecto del GCBA decidida por la Cámara, sólo deseo aclarar que, más allá de la discusión que se ha dado para determinar si la indemnización pretendida por la parte actora ha sido reclamada *iure propio* o *iure hereditatis*, ya he tenido oportunidad de expresar —con remisión a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que la responsabilidad del Estado local en casos en los que se invoca una falta de servicio provocada por un hospital público de su dependencia, en principio, remite al ámbito de la responsabilidad extracontractual y, por ende —ante la ausencia de una norma específica de derecho publico local que regule la cuestión— resulta de aplicación el plazo de prescripción de dos años, conforme a lo previsto en el art. 4037 del Cód. Civil, computado a partir del momento en que el perjudicado tomó conocimiento real y efectivo del hecho ilícito y del daño proveniente de él [conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. n° 3260/04, sentencia del 16/3/2005].

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, por los fundamentos que allí expresa a los que, en lo pertinente, remitiré para fundar el rechazo parcial del recurso así como su correlativo progreso, del que deriva por un lado, la revocatoria de la sentencia en cuanto declaró prescripta la acción respecto de los médicos codemandados y, por otro, el reenvío para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento en relación con ellos.

2. En primer término, coincido y tomo como propias las explicaciones, brindadas en el punto 2 del voto al que adhiero, para rechazar el pedido orientado a que el recurso bajo estudio se declare desierto. Los agravios planteados

contra la decisión atacada, escuetos en algunos aspectos, logran desplegar críticas concretas y serias que, según fue anticipado, provocan en parte la revocación de aquélla.

3. Los fundamentos expuestos en el punto 4.i del voto de la jueza de trámite, concordantes con lo dictaminado al respecto por el señor fiscal general adjunto (punto VI, párrafo quinto, fs. 1205), conducen a rechazar las objeciones vinculadas con la invocada extemporaneidad de la excepción de prescripción articulada por el GCBA. Ese agravio, relativo a una cuestión procesal, resulta ajeno al recurso ordinario de apelación intentado (conf. *mutatis mutandi Fallos*, 311:549 y 327:3576 entre muchos otros) porque la equiparación entre providencias anteriores o posteriores a la definitiva o la posibilidad de remitir cuestiones anteriores a una revisión coetánea con ella, que son admitidas en el marco del recurso extraordinario federal o del de inconstitucionalidad no lo son en el del recurso ordinario (*Fallos*, 275:404; 276:226 y 300:372) [conf. mi voto *in re* "Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 5374/07 y sus acumulados "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'" expte. n° 5372/07 y "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Administración General de Puertos S.A. c/GCBA s/recurso de apelación judicial c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'", expte. n° 5250/07, sentencia del 20/2/2008].

4. Tampoco asiste razón a la parte recurrente cuando alega que la Sala I, Cámara CAyT falló *extra petita* pues, como bien señala la jueza Conde (punto 6), el modo en que el *a quo* calificó el supuesto de responsabilidad analizado no se apartó de los hechos y argumentos alegados por las partes para defender sus pretensiones y defensas.

5. La decisión de declarar prescripta la acción indemnizatoria instada por los actores contra el GCBA, en los términos en los que fue dispuesta, no queda conmovida por los agravios desplegados ante esta instancia. La pretensión articulada en la demanda, valorado el punto de acuerdo al conocimiento que se tiene en la presente etapa del proceso, se dirigió a requerir los siguientes rubros: *i)* Daño emergente y lucro cesante comprensivo de los gastos de asistencia y funeral, así como del daño material cierto producido por la muerte de quien con sus cuidados atendía las necesidades del hogar y hacía posible el trabajo fuera de la casa de los demás miembros, sumado también al originado a raíz de la muerte del por nacer en cuanto segura ayuda y sostén futuro de los padres; *ii)* Daño moral destinado a reparar los padecimientos afectivos ocasionados a los familiares con la muerte de la Sra. Castillo y su hijo y *iii)* Daño psicológico para indemnizar el daño de esa especie padecido por los actores como consecuencia

de los hechos denunciados en autos (fs. 47 y 287, en igual sentido véase voto jueza Conde punto 7.ii). Esos rubros comparten, como nota distintiva, el hecho de buscar la reparación de perjuicios sufridos directa y personalmente por los accionantes, a raíz del fallecimiento de la Sra. Castillo y su hijo. Ello así, al margen de otras posibilidades, lo cierto es que el contenido del reclamo, según surge de lo descripto, no admite otra que la responsabilidad extracontractual, cuya acción fue declarada prescripta en decisión no revisable a esta altura del proceso ni por esta vía (véase cita punto 3 de este voto).

6. Por su parte, la situación de los médicos codemandados, por los motivos que desarrolla la jueza Conde, a los que remito en honor a la brevedad, exige que a su respecto se emita un nuevo pronunciamiento.

7. Finalmente, corresponde señalar que la solución a la que se arriba excluye toda consideración, por parte de este Tribunal, relativa a la causa de los daños invocados, su prueba y las responsabilidades que fundan las reparaciones requeridas. Ello así y ante las previsiones del art. 148 del CCAyT —según el cual "[c]uando la sentencia contenga condena al pago de (…) daños y perjuicios (…) fija el importe (…) de los perjuicios reclamados siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto. Si por no haber hecho las partes estimación (…) no fuese posible (…) se los determina por vía incidental"—, sólo una vez que los jueces de mérito se expidan sobre tales aspectos —con los recaudos que exige la debida defensa de los demandados— quedará completo el debate de autos y expeditos los remedios procesales a disposición de quienes entiendan vulnerados sus derechos.

En consecuencia, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 1119/1129, en cuanto declaró prescripta la acción y rechazó la demanda respecto de los codemandados Bonelli y Fernández Blanco. Por ello, corresponde remitir estas actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo aquí resuelto. Las costas de esta instancia se imponen a los codemandados Bonelli y Fernández Blanco, por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT), con excepción de los gastos causídicos generados por la intervención del codemandado GCBA, que serán soportados en el orden causado en atención a que el diverso encuadre que podría admitir el reclamo indemnizatorio formulado pudo llevar al recurrente a sostener sus objeciones ante esta instancia (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso ordinario deducido por la actora es admisible. Interpuesto en plazo y forma está dirigido contra una sentencia definitiva en un proceso en el que es parte el GCBA, y por fin el monto disputado supera el mínimo que la ley establece como condición de admisibilidad de la vía impugnativa.

2. Voy a construir mi voto a partir de uno de los agravios que introduce la actora en su recurso, agravio cuya procedencia determina la necesidad de considerar como eje de la decisión un aspecto que subordina todas las otras referencias fácticas y jurídicas que han sido enunciadas en el prolongado tránsito de este expediente por diversas instancias.

Cuando la accionante plantea (fs. 1183) que los codemandados no introdujeron la excepción de prescripción en tiempo oportuno, provoca una distorsión argumentativa que no puede ser soslayada y que obliga a resolver su impugnación en primer término.

De ahí que las concretas circunstancias ocurridas en estas actuaciones, —presupuestas en el planteo de la recurrente al que he hecho alusión—, desplazan y tornan irrelevante la discusión respecto de cuál es el plazo de la prescripción (bienal, decenal, etc.) de la acción deducida, como así también la discusión acerca del encuadre que, según el derecho de daños, le cabe a la relación jurídica habida entre las partes.

3. En mi opinión entonces, la clave reside en la interpretación adecuada y la aplicación pertinente en el caso, del art. 3962 del Cód. Civil.

El señor fiscal general adjunto advierte la dimensión del problema si bien considera que el agravio no es admisible. Cito su dictamen: "la parte actora, en oportunidad de contestar el planteo de prescripción no esgrimió —siquiera insinuó— que el mismo resultaba extemporáneo por no haber sido articulado en su primera presentación, esto es, en oportunidad de solicitarse la modificación del trámite del proceso, sino, recién, al evacuar el traslado de la demanda. Con ello, encuentro que el agravio referido en el punto a) del presente se halla precluido, fue consentido por la parte actora y, por ende, no fue propuesto a la consideración de los jueces de mérito, razón por la cual, no hallo —en el caso— afectado el debido proceso, el derecho de defensa en juicio ni el principio de bilateralidad".

4. Procuraré demostrar por qué no comparto la lectura que hace el Ministerio Público del art. 3962, Cód. Civil que dice: "La prescripción debe oponerse al contestar demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla".

Las pautas hermenéuticas que, a mi juicio, dan sentido a la norma transcripta y caracterizan deónticamente la conducta cumplida por el GCBA a fs. 73/74, son las que desarrollo a continuación y constituyen uno de los fundamentos de mi voto.

a) La prescripción liberatoria debe interpretarse restrictivamente en función del principio *pro actione* y del derecho de acceso a la justicia (art. 8.1. CADH), y en caso de duda, ha de preferirse la solución que mantenga vivo el derecho (conf. dictamen de la Procuración General al que la Corte Suprema

de Justicia de la Nación remitió en *Fallos*, 329:1012. También véase *Fallos*, 317:615, entre muchos otros).

b) La prescripción liberatoria en materia civil no es un presupuesto procesal, por lo que su falta de alegación o su defectuosa interposición no pueden ser suplidas de oficio (conf. art. 3964, Cód. Civil).

c) La regla del art. 3962 del Cód. Civil es de carácter sustantivo y no procesal. El término que fija es de caducidad, como tal opera *ipso iure,* no puede ser purgado a su vencimiento, ni convalidado tácitamente.

Las dos únicas oportunidades en que puede oponerse la prescripción no son susceptibles de ampliación ni de modificación. Dicho de otro modo, la falta de ocurrencia del presupuesto de hecho de la situación prevista en el art. 3962 del Cód. Civil, es decir, la no oposición de la prescripción en la contestación de demanda o en la primera presentación en el juicio por parte del interesado determina irremisiblemente la pérdida de la facultad de discutir acerca de la prescripción de la acción.

Esta solución guarda estricta coherencia con la prohibición impuesta al juez en el art. 3964 del Cód. Civil, que dispone que aquel no puede suplir de oficio la oposición de la prescripción.

La reforma introducida por la ley 17.711 al art. 3962 del Cód. Civil, define una tendencia en el sistema jurisdiccional para aquellos asuntos a los que suele identificarse como civiles, que prioriza la operatividad del principio de jerarquía constitucional de acceso a la justicia (conf. art. 8º, CADH y concs.) y la consecuente apertura o preservación de los procesos. La disposición legal está orientada a asegurar plenamente la garantía de los particulares que procuran hacer valer ante los tribunales los derechos que autoafirman en sus demandas. En otros términos, a evitar que esa garantía se vea restringida o acotada por la introducción de pseudo problemas procesales que sólo encubren, bajo la excusa del rito, un claro apartamiento del principio de afianzar la justicia ya consagrado en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

d) La expresión "primera presentación en el juicio" comprende cualquier intervención de la parte demandada de corte adversarial, o sea una actividad postulatoria que encauza el proceso en una dirección preferida o de resguardo de sus derechos.

La caracterización precedente es aplicable, como se verá, a los actos cumplidos por la codemandada a fs. 73/74. En esa ocasión, el abogado apoderado de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se presentó por parte y dedujo recurso de reposición con apelación en subsidio. Allí cuestionó el trámite sumario impuesto al proceso, entendiendo que correspondía su ordinarización. Destaco que en ese momento —junio de 1996—la causa estaba radicada ante el fuero civil de la Capital Federal y se aplicaba el Código Procesal Civil y Comer-

cial de la Nación que todavía preveía el proceso sumario. En orden a lo previsto en el art. 3962, Cód. Civil, tal actividad constituyó "su primera presentación en el juicio", y es evidente que ya entonces, la demandada contaba con todos los elementos necesarios para conocer la controversia a la que se enfrentaba.

El GCBA estaba notificado del traslado de la demanda, disponía de copias de la misma, todo lo cual queda confirmado cuando dice que "la actora expresamente demanda daños y perjuicios derivados de una responsabilidad de carácter contractual…" (fs. 73 vta.).

Reitero, la actividad de la codemandada a fs. 73/74 es, sin duda, postulatoria y adversarial, en tanto ella aduce que el proceso ordinario mejora sus posibilidades refutatorias al fijar un plazo de sesenta días (en vez de los veinte días que preveía el art. 486, derogado por la ley 25.488).

A fs. 73/74 (28/6/1996), y mientras corría el plazo para contestar demanda, la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires no formuló una simple petición (v. gr.: un pedido de copias, el acompañamiento de un bono de derecho fijo, la solicitud de un desglose). En el recurso revela que comprende la dimensión de lo que estaba en disputa, cuando argumenta sobre la naturaleza del reclamo para justificar la conversión del proceso sumario en ordinario.

Ahora bien, por aplicación del art. 3962, Cód. Civil la codemandada que en esa "primera presentación" no opuso prescripción, perdió toda posibilidad de hacerlo posteriormente. En consecuencia, cuando la introduce al contestar la demanda (2/12/1996) realiza un acto extemporáneo desde el punto de vista sustantivo, cuya pretendida eficacia queda interdicta en virtud del artículo ya mencionado. Tampoco los restantes codemandados invocaron la prescripción en su responde, lo que los coloca en idéntica situación.

Son estas las razones que sustentan mi discrepancia con el señor fiscal general adjunto que admite que aquella posibilidad podía revivir al tiempo de contestar demanda.

e) La caducidad, si bien de una manera más terminante que la prescripción, apunta como ésta a garantizar la estabilidad y certeza en las relaciones jurídicas. Dice Kemelmajer de Carlucci: "La caducidad y la prescripción no operan en el mismo ámbito jurídico, como se ha pensado hasta ahora, sino en campos distintos, siendo mucho más amplio el de la caducidad, ya que recae o tiene por objeto toda clase de derechos, sin excepción (dotados de acción, potestativos, expectantes, etc.), mientras que la prescripción sólo afecta a una clase de ellos, a los derechos subjetivos provistos de acción" (Kelmelmajer de Carlucci, Aída; en Vázquez Vialard, Antonio: *Tratado de derecho del trabajo*, Astrea, t. 5, Buenos Aires, 1993, p. 699). Como lo indica la autora mencionada, la facultad prevista en el art. 3962, Cód. Civil aparece como un derecho potestativo. Este derecho, cuando se materializa en la oposición de la prescripción liberatoria no

necesita imponerse por vía de acción, y su titular —en estas actuaciones uno de los supuestos deudores— lo realiza por sí mismo, en su propio interés y sin necesitar de la cooperación del sujeto pasivo.

A partir de esta distinción es claro que en el expediente en análisis no está en examen la prescripción, sino la oportunidad en que ella puede ser opuesta, la cual es siempre una potestad del deudor.

El art. 3962, Cód. Civil reformado por la ley 17.711 marca como límite preciso al ejercicio del derecho/potestad de invocar oportunamente la prescripción, la etapa constitutiva del proceso o una significativa primera presentación del demandado en el juicio, antes o después de la contestación de demanda. Ejemplos del primer supuesto son el planteo de un incidente de nulidad o de caducidad de instancia; y del segundo, la comparencia del rebelde si demuestra que la contumacia obedeció a causas que no estaba a su alcance superar. Se trata en fin, de evitar que la prescripción juegue como una caprichosa carta de triunfo disponible en cualquier estado del proceso.

La certeza y la seguridad en el tráfico jurídico que están sustentadas en la prescripción deben complementarse con la certeza y la seguridad para quien reclama por sus derechos. El término de caducidad como queda fijado por el art. 3962, Cód. Civil, satisface ese doble requerimiento que es exigible a todo sistema jurídico en un Estado de derecho. Y por último, es oportuno volver una vez más sobre la imposibilidad jurisdiccional (prohibición para el juez dispuesta en el art. 3964, Cód. Civil) de "revivir una potestad" que se extinguió para la demandada, aun cuando no hubiera sido denunciada por la contraparte.

5. Como lo manifestara en el apartado 2, el enfoque que expongo no resuelve la controversia de fondo. Sólo pone de relieve que la cuestión de la prescripción no es materia que pueda incidir en esa resolución. Los demandados no propusieron en tiempo oportuno su tratamiento y no hay actuación judicial que pueda sustituir o convalidar esa omisión, si se valoran conjuntamente las prescripciones de los arts. 3962 y 3964, Cód. Civil.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y mandar que, por donde corresponda, se dicte una nueva con arreglo a derecho. Costas a la demandada.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 1119/1129, en cuanto

declaró prescripta la acción y rechazó la demanda respecto de los codemandados Ana María Bonelli y Eduardo Fernández Blanco.

2º. *Confirmar* la sentencia de Cámara en cuanto declaró prescripta la acción y rechazó la demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Remitir* estas actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia en que se analicen los restantes agravios planteados por la parte actora y los codemandados Eduardo Fernández Blanco y Ana María Bonelli en sus respectivos recursos de apelación contra el fallo de primera instancia.

4º. *Imponer* las costas de esta instancia a los codemandados Ana María Bonelli y Eduardo Fernández Blanco, por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT), con excepción de los gastos causídicos generados por la intervención del codemandado Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que serán soportados en el orden causado habida cuenta de que no existe uniformidad jurisprudencial y doctrinaria sobre la oportunidad procesal para oponer la defensa de prescripción, lo que podría haber proporcionado al recurrente razones valederas para litigar en esta instancia (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

5º. *Mandar* que se registre, se notifique, y se cumpla.

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

CLXII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'COMSAT ARGENTINA S.A. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. MEDIDA CAUTELAR: Suspensión de la intimación de pago. Contracautela. Equiparación a sentencia definitiva. GRAVAMEN IRREPARABLE: Función recaudatoria. Renta pública. Prestación de servicios públicos. LITISPENDENCIA: Causa en trámite ante el fuero Contencioso Administrativo Federal. Debido proceso. AMPARO: Traslado previo.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, a excepción de que la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o

características sea de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, en cuyo caso corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Corresponde a quien recurre una decisión dictada sobre una medida cautelar, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una sentencia definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La resolución de Cámara que decretó la medida cautelar de no innovar tendiente a que se suspenda la ejecución de la intimación de pago, presenta una falencia insalvable pues no tuvo en consideración las constancias de la causa que tramita ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, de modo que implicó un grosero error que genera un gravamen irreparable en los derechos de la demandada, ya que se encuentra imposibilitada de continuar su tarea recaudadora de impuestos respecto de la actora, con los perjuicios que ello acarrea, fruto de una decisión judicial claramente arbitraria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La iniciación por la actora de dos acciones similares, con las mismas partes, objeto y causa en dos jurisdicciones distintas, activando en paralelo la maquinaria judicial ha configurado una conducta desleal y temeraria no fue considerada por la Cámara al momento de expedirse sobre la medida cautelar, con lo que resultó afectado el debido proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. No pueden coexistir dos procesos tramitando la misma cuestión en distintas jurisdicciones, sino que debe tramitar un solo proceso en la jurisdicción que corresponda, ya sea la local o la federal, pues lo contrario —admitir la prosecución simultánea de los dos procesos— puede conducir al dictado de sentencias contradictorias con clara violación del principio de seguridad jurídica, como ocurrió en el caso donde en el fuero federal se rechazó la medida cautelar, que fue luego concedida por la justicia local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Las medidas cautelares tiene carácter accesorio respecto del proceso principal, y una de las derivaciones de esta característica es que el juez que interviene en el proceso principal es el único habilitado para expedirse sobre ellas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. No puede admitirse que intervenga un juez para resolver la cuestión de fondo —el juez federal— y otro magistrado para expedirse sobre la pretensión cautelar —el juez local—. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Dado que el amparo fue iniciado con posterioridad a la acción declarativa de certeza que tramita en la justicia federal, en aras de la seguridad jurídica y

el debido proceso corresponde a este Tribunal poner fin al juicio y disponer el archivo de las actuaciones, pues la existencia de un juicio idéntico al de autos, con los mismos sujetos, objeto y causa, constituye un defecto insalvable que impide la constitución válida del proceso, de modo que resultan inviables la medida cautelar solicitada y la subsistencia del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

9. Corresponde equiparar a sentencia definitiva la decisión que concedió la medida cautelar dirigida a que se suspenda la intimación de pago, pues ante la suma comprometida (algo más de cuarenta millones de pesos) se denota manifiestamente la insuficiencia de la contracautela requerida (un millón de pesos), con lo cual la medida decretada genera al GCBA un agravio que por su magnitud resulta de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior con afectación del interés público al producir la obstaculización en la normal recaudación fiscal y, por tanto, comprometer la satisfacción regular y tempestiva de la cobertura financiera de los gastos públicos que demanda la prestación de servicios para el logro de los fines del Estado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Sin perjuicio de las diversas vías procesales utilizadas por la actora para requerir la tutela de su derecho ante la justicia federal y la local, lo cierto es que con las constancias agregadas en esta causa, se acredita la coexistencia de dos procesos dirigidos a satisfacer una misma pretensión en jurisdicciones distintas, lo que constituye un supuesto de litispendencia que impide la prosecución de esta causa que debe ser declarada de oficio (conf. art. 282, *in fine*, del CCAyT). *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Si bien lo resolución referida a una medida cautelar no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, se configura un supuesto de excepción cuando la cuestión debatida excede el interés individual de las partes y afecta al de la comunidad en razón de que implica un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. Al encontrarse en juego una función esencial de la administración, la medida cautelar no pudo ser decretada sin previo traslado a la Administración para que pudiera ejercer su derecho de defensa, de acuerdo con lo establecido por el art. 15 de la ley 2145, pues imposibilitar el cobro de más de $ 49.000.000 implica, necesariamente, la afectación de la función de recaudación, que presumiblemente tendrá como correlato la alteración del cumplimiento del presupuesto público y, por ende, podría alterar prestaciones estatales básicas, de modo que los jueces de mérito se apartaron de lo dispuesto por el art. 15 de la ley 2145 sin dar fundamentos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Si bien podría considerarse que la medida cautelar tiene como objeto la protección del servicio público de telecomunicaciones, ello no permite, como principio, apartarse de la norma del art. 15 de la ley 2145 en cuanto prevé el

traslado previo al GCBA, pues se encuentra en juego una función esencial de la Administración. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. La norma contenida en el art. 15 de la ley 2145, cuya vigencia es posterior al inicio de esta acción de amparo, no viene a sustituir una anteriormente vigente para idéntica materia sino una inserta en el código que rige los procesos ordinarios, a la que cupo acudir sólo supletoriamente, pues esta nueva norma no hace sino resguardar la división de poderes, al dar oportunidad a la Administración de exponer al juez cuáles son los fundamentos de sus actos y cuáles las consecuencias del que se pide cautelarmente de los jueces. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Así como fue intención del legislador dejar que los procesos de amparo ya iniciado continuasen su curso por los cauces de la normativa anterior, cualquiera ella fuese, no hay razón para creer que el traslado previo introducido (art. 15, ley 2145) para las medidas cautelares no lo fuese para todas las dispuestas con posterioridad, sin perjuicio del mantenimiento de las ya decretadas aunque no hubieran sido precedidas de dicho traslado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. La resolución impugnada por el GCBA, que concede una medida cautelar a favor de la empresa actora, no constituye una sentencia definitiva, requisito éste establecido en el art. 27 de la ley local 402 para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad intentado. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

17. El hecho de que la ley común (infraconstitucional) aplicable indique que la existencia de litispendencia puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa refuerza la idea de que el punto puede ser tratado posteriormente, inclusive en la sentencia, afirmación que descarta la posibilidad de que el agravio sea irreparable. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6191/08 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa COMSAT Argentina S.A. inició acción de amparo contra el GCBA a fin de obtener un pronunciamiento judicial que le ordene que deje de incurrir en el obrar consistente en emitir boletas de deuda exigiéndole la cancelación del gravamen previsto en el art. 294 del C.F. (t.o. 2006) retributivo del uso del espacio aéreo público y privado a través de la posesión de antenas. Solicita que la condena peticionada abarque el obrar ya verificado así como

también las pretensiones futuras y/o notificadas durante la tramitación del amparo.

Fundamenta su pretensión en el art. 39 de la ley nacional 19.798, que establece la exención de todo gravamen del uso de suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Asimismo, solicita se decrete una medida cautelar de no innovar tendiente a la suspensión de la ejecución de la intimación de pago —judicial o extrajudicial— de los montos consignados en las boletas enviadas a su parte bajo el concepto "Canon empresas particulares poseedores de antenas —permiso 00397DV35—", y se abstenga de emitir nuevas hasta tanto se resuelva la presente acción de amparo (fs. 1/27 de los autos principales).

2. El juez de primera instancia, tras declararse competente para entender en el asunto (fs. 248/249 vta.), resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada (fs. 299/300).

3. Apelada tal decisión por la amparista (fs. 307/313), la Sala II de la Cámara CAyT hizo lugar al recurso, concedió la medida cautelar ordenando al GCBA que suspenda la intimación de pago del gravamen de autos a empresas particulares poseedoras de antenas, permiso 00379DV35, por los períodos 2003/2008 hasta tanto se dicte sentencia en autos, y fijó caución real por la suma de $ 1.000.000 (fs. 317/318).

Posteriormente, la accionante constituyó y acompañó la caución real ordenada (fs. 328).

4. Contra dicho pronunciamiento el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, por considerar que se violaron sus derechos al debido proceso y defensa en juicio y el principio de la cosa juzgada, toda vez que tal medida cautelar ya había sido solicitada por la actora ante el fuero federal, en donde la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal la había rechazado (fs. 349/379).

Dicho recurso fue contestado por la parte actora (fs. 386/400).

5. Contra la resolución de fs. 402, que denegó el recurso de inconstitucionalidad intentado, el GCBA interpuso la queja que tramita en autos (fs. 53/70 de la queja).

6. El señor fiscal general adjunto propició un pronunciamiento que admita parcialmente la queja articulada, deje sin efecto la resolución recurrida y devuelva las actuaciones a la Cámara CAyT a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 80/85 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), y debe ser admitida, ya que rebate eficientemente los fundamentos del auto denegatorio de la Cámara.

En efecto, y contrariamente a lo manifestado por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA y demuestra la existencia de un genuino caso constitucional centrado en la violación al debido proceso y la defensa en juicio —motivado por la arbitrariedad de la sentencia de Cámara—, y un gravamen irreparable que torna equiparable a definitiva a la sentencia recurrida.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el GCBA argumenta que la sentencia de Cámara que concedió la medida cautelar solicitada por la actora es equiparable a definitiva por causar un gravamen de imposible reparación ulterior, habida cuenta los siguientes motivos:

La mera postergación en el cobro produce una afectación a la percepción de la renta pública, situación que reviste trascendencia institucional ya que dificulta el cumplimiento de las funciones del Estado local.

La caución real, equivalente a $ 1.000.000, resulta insuficiente, ya que el monto comprometido en la causa asciende a $ 40.000.000.

Asimismo, plantea un caso constitucional fundado en agravios que pueden agruparse de la siguiente manera:

Dice que el fallo viola el debido proceso y/o la derecho de defensa porque:

– no respeta el principio de cosa juzgada, debido a que la misma medida cautelar fue previamente peticionada y denegada en un juicio iniciado por la actora ante la justicia Contencioso Administrativa Federal; y
– afecta el principio de bilateralidad, ya que el GCBA recién fue convocado al proceso al serle notificada la resolución de la Cámara que concedió la medida cautelar. Los jueces de mérito deberían haberle corrido traslado, previo a resolver, de los hechos invocados por la accionante en sustento de su pretensión cautelar.

Sostiene que la sentencia es arbitraria, porque presenta una falta de fundamentación suficiente respecto de la verosimilitud del derecho mencionado como sustento de la pretensión cautelar:

Se limita a invocar la ley 19.798, pero la exención dispuesta por el art. 39 de la ley 19.798 resulta inaplicable a la actora por su carácter de empresa privada, ya que dicha norma fue dictada cuando las empresas prestatarias de servicios públicos eran estatales, y la posterior sanción de la ley 22.016 (en sus arts. 1º y 3º) la privó de vigencia.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que invoca la Cámara al sentenciar (“Telefónica de Argentina c/Municipalidad de General Pico”,

sentencia del 27/2/1997), no es aplicable automáticamente, máxime cuando no existe una línea jurisprudencial inequívoca.

La aplicación del art. 2518, Cód. Civil, que realiza la sentencia de Cámara también resulta infundada, ya que la actora no demuestra ser titular de dominio de los edificios o terrenos sobre los cuales se asientan las antenas, por lo que no es titular de la relación jurídica que se rige por las normas del Código Civil, ni resulta afectada directa o indirectamente por aquéllas.

La Cámara tiene por probado el peligro en la demora sobre la mera posibilidad que el impuesto reclamado, atento lo abultado de las sumas —$ 40.000.000 por los períodos 2003 a 2005—, genere un daño económico de envergadura, lo que contradice anterior jurisprudencia de la misma Sala según la cual no basta con la mera constatación de la importancia de las sumas reclamadas, pues todo depende de la incidencia que su paga pueda tener.

Aduce que se violentaron las potestades tributarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que la Nación no tiene el poder para eximir de tributos locales.

Expresa que la medida cautelar decretada afecta la percepción de la renta pública, y en consecuencia la organización del Estado y la consecución de sus fines, lo que implicaría una grave afectación al interés público no contemplado por la Cámara, y configuraría un supuesto de gravedad institucional.

3. Este Tribunal ha señalado anteriormente que "...Es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza..." (*in re* "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001; "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2570/03, "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Covimet SA c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003). Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión como la objetada en autos, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

En este supuesto, la resolución de Cámara que decretó la medida cautelar presenta una falencia insalvable: no tuvo en consideración las constancias de la causa 32.333/2004 "COMSAT Argentina S.A. c/GCBA —ley 19.798— y otro s/proceso de conocimiento", que tramita ante la justicia nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Ello implicó un grosero error que genera un gravamen irreparable en los derechos de la demandada, ya que se encuentra imposibilitada de continuar su tarea recaudadora de impuestos respecto de la actora, con los perjuicios que ello acarrea, fruto de una decisión judicial claramente arbitraria.

Por este motivo, a los efectos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, la sentencia de Cámara resulta equiparable a definitiva.

4. Previo a analizar el caso constitucional planteado por el GCBA, corresponde realizar un breve relato de las vicisitudes procesales observadas en esta causa, así como también en la que tramita ante la justicia federal.

a) Con fecha 19/10/2004 y ante el fuero contencioso administrativo federal, COMSAT inició una acción declarativa de certeza contra el GCBA, en los términos del art. 322 CPCCN, con el objeto que se le declare expresamente la aplicabilidad de la exención consagrada en el art. 39 de la ley 19.978, respecto del gravamen por "uso y ocupación de las superficies, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo", regulado en el Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires (art. 275, C.F., año 2004) y en la Ley Tarifaria (arts. 30 L.T. año 2003, y 31 L.T. año 2004). También solicitó la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas, en la medida que pretendan serle aplicadas y exigidas por el GCBA respecto del uso del espacio aéreo del dominio privado (fs. 2/21 del expte. nº 32.333/2004, obrante en fotocopias certificadas).

Asimismo, en la demanda solicitó se dicte una medida cautelar de prohibición de innovar, ordenándose al GCBA que hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la acción iniciada, se abstenga de liquidar y/o adoptar cualquier medida tendiente al cobro administrativo o judicial del gravamen de autos (véase fs. 16/19, apart. 9, del expte. nº 32.333/2004).

El señor juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar y ordenó al GCBA que se abstenga de adoptar respecto de la actora cualquier medida tendiente al cobro del gravamen establecido en el art. 275 del C.F. de la Ciudad de Buenos Aires, hasta tanto se dicte sentencia en esos autos (fs. 257/259 del expte. nº 32.333/2004).

Ante la apelación deducida por el GCBA (véase fs. 271 del expte. nº 32.333/2004), la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia apelada, y en consecuencia rechazó la medida cautelar (fs. 237/238 de las actuaciones principales, que tramitan en esta jurisdicción).

La actora interpuso un recurso extraordinario federal contra dicha decisión, que fue denegado por dicho Tribunal, mediante resolución de fecha 14/11/2006 (fs. 239)

b) Posteriormente al dictado de la resolución que le otorgaba firmeza al rechazo de la medida cautelar, con fecha 26/12/2006 COMSAT inició ante la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una acción de amparo contra el GCBA a fin de obtener un pronunciamiento judicial que le ordene que deje de incurrir en el obrar consistente en emitir boletas de deuda exigiéndole la cancelación del gravamen previsto en el art. 294 del C.F. (t.o. 2006) retributivo del uso del espacio aéreo público y privado a través de la posesión de antenas, petición que solicita abarque el obrar ya verificado así como también las pretensiones futuras y/o notificadas durante la tramitación del amparo; fundamenta su pretensión en el art. 39 de la ley nacional 19.798, que establece la exención de todo gravamen del uso de suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones (fs. 1/27).

Asimismo, en la demanda también solicitó se decrete una medida cautelar de no innovar tendiente a la suspensión de la ejecución de la intimación de pago —judicial o extrajudicial— de los montos consignados en las boletas enviadas a su parte bajo el concepto "Canon empresas particulares poseedores de antenas —permiso 00397DV35—", y se abstenga de emitir nuevas hasta tanto se resuelva la presente acción de amparo (fs. 17/25, apart. VII).

El señor juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada (fs. 299/300), y ante la apelación del accionante (fs. 307/313), la Sala II de la Cámara CAyT hizo lugar al recurso, concedió la medida cautelar ordenando al GCBA que suspenda la intimación de pago del gravamen de autos a empresas particulares poseedoras de antenas, permiso 00379DV35, por los períodos 2003/2008 hasta tanto se dicte sentencia en autos, y fijó caución real por la suma de $ 1.000.000 (fs. 317/318).

5. Como podemos observar, si bien por distintas vías procesales —en el fuero federal mediante acción declarativa de certeza, y ante la justicia porteña por intermedio de una acción de amparo—, en ambos juicios COMSAT planteó la misma pretensión de fondo y solicitó la misma medida cautelar, si bien con distintos términos y adecuándolas a los requisitos de la acción respectiva.

La accionante pretende justificar su actitud procesal con las siguientes palabras: "...Frente la situación del rechazo del recurso extraordinario —respecto de la resolución que dejó sin efecto la medida cautelar que ordenaba al GCBA suspender las acciones para el cobro del gravamen cuestionado— y ante la grave situación generada por lo (*sic*) improcedente e inusual pretensión fiscal (en

cuanto a montos y metodología de cálculo) la empresa advirtió como imperioso peticionar tutela judicial efectiva e inmediata y por ello decidió interponer la acción de amparo que tramita por el presente expediente..." (fs. 394).

Esta explicación no justifica ni por asomo la conducta desleal y temeraria llevada a cabo por la actora, consistente en haber iniciado dos acciones similares, con las mismas partes, objeto y causa, en dos jurisdicciones distintas, activando en paralelo la maquinaria judicial, invocando en un proceso la competencia federal y en otro la competencia local.

6. Esta duplicidad de acciones y pretensiones, simultáneamente vigentes, debió haber sido considerada por la Cámara al momento de expedirse sobre la medida cautelar, porque de lo contrario violaría, como finalmente ocurrió, reglas básicas del debido proceso.

Sin intención de emitir opinión sobre cuál de los órganos jurisdiccionales intervinientes resulta competente para entender en este asunto —por no resultar ésta la oportunidad procesal pertinente—, lo cierto es que no pueden coexistir ambos procesos tramitando la misma cuestión en distintas jurisdicciones. Debe tramitar un solo proceso en la jurisdicción que corresponda, ya sea la local o la federal.

Lo contrario —admitir la prosecución simultánea de los dos procesos— puede conducir al dictado de sentencias contradictorias con clara violación del principio de seguridad jurídica, como ocurrió en este caso: en el fuero federal fue rechazada la medida cautelar, que fue luego concedida por la justicia local.

Las medidas cautelares tiene carácter accesorio respecto del proceso principal, y una de las derivaciones de esta característica es que el juez que interviene en el proceso principal es el único habilitado para expedirse sobre las medidas cautelares solicitadas. Si la acción principal tramita ante un determinado juez, las medidas precautorias que se peticionen deben ser resueltas por ese mismo juez, porque de lo contrario la potestad jurisdiccional para resolver un caso se vería desmembrada, y existirían varios magistrados dictando decisiones, a veces inconciliables, sobre la misma cuestión. Lo que no puede ocurrir es lo que pretende el recurrente: que intervenga un juez para resolver la cuestión de fondo —el juez federal— y otro magistrado para expedirse sobre la pretensión cautelar —el juez local.

Esta situación, que debía ser valorada por los jueces atento tratarse de un presupuesto esencial para la constitución válida del presente proceso, no escapaba a conocimiento de la Cámara al sentenciar, ya que en dicha oportunidad tenía a disposición las fotocopias certificadas de la causa 32.333/2004 (véase nota de recepción, obrante a fs. 315 vta.). Y tampoco justifica su omisión que el GCBA aún no se había presentado en el proceso ni —en consecuencia— invocado la existencia y lo resuelto en el juicio pendiente en el fuero federal,

ya que, de ser pertinente, la cosa juzgada o litispendencia debe ser analizada y puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa (conf. art. 282, últ. párr., CCAyT).

En conclusión, al no examinar si estaba habilitada para tratar la pretensión cautelar, atento la existencia de otro juicio pendiente en la justicia federal con los mismos sujetos, objeto y causa, en el que se había solicitado y desestimado la misma pretensión cautelar, la Cámara incurrió en un error grosero que lesiona el derecho a la defensa en juicio y el debido proceso del GCBA, lo que justifica la revocación de la sentencia recurrida.

En cuanto a los restantes agravios, atento la forma en que se decide, resulta innecesario tratarlos en esta oportunidad.

7. Resuelta la revocación de la sentencia recurrida, corresponde que este Tribunal se expida sobre el fondo del asunto, en los términos del art. 31, párrafo segundo, de la ley 402.

La existencia de un juicio idéntico al de autos, con los mismos sujetos, objeto y causa, constituye un defecto insalvable que impide la constitución válida del presente proceso. Por lo tanto, resultan inviables no sólo la medida cautelar solicitada, sino también la subsistencia del presente proceso.

En consecuencia, habida cuenta de que este amparo fue iniciado con posterioridad a la acción declarativa de certeza que tramita en la justicia federal, en aras de la seguridad jurídica y el debido proceso corresponde a este Tribunal poner fin a este juicio y disponer el archivo de las actuaciones.

8. Las costas deberán ser soportadas por la parte actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

9. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia obrante a fs. 317/318, y disponer el archivo de estas actuaciones, con costas al accionante (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega la doctora Ana María Conde en punto a que la queja planteada fue deducida en tiempo y forma (art. 33, LPTSJ) y cumple con los demás requisitos exigidos por la ley 402.

2. El recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara, así como la queja que lo sostiene ante este estrado, se dirigen contra una decisión de carácter cautelar dictada por la Sala II que procedió a revocar la resolución de la jueza de primera instancia que había denegado, en el marco de un amparo, el otorgamiento de la medida precautoria de no innovar solicitada por la actora a fin de obtener la suspensión de la ejecución de la intimación de pago (judicial o extrajudicial) de los montos consignados en las boletas que le habían sido enviadas en concepto de “Canon empresas particulares poseedoras de antenas

(permiso 00397DV 35)" y se abstuviera, asimismo, de emitir nuevas boletas hasta que no se hubiera resuelto el fondo en esta causa. Si bien las decisiones cautelares dictadas en el curso de un proceso no constituyen la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402 (conf. doctrina 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, y de este Tribunal para el recurso de inconstitucionalidad, *in re* "Giribaldi, Juan Eduardo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 942/01, resolución del 21/6/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, 2001, pp. 306 y ss.), como bien lo señala la señora jueza de trámite, estamos en presencia de un supuesto en el cual la recurrente ha logrado demostrar no sólo la existencia de un caso constitucional por afectación de los principios de debido proceso y defensa en juicio originada en la arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado —expresado ello en el sentido técnico del término—, sino que, también, ha acreditado que el decisorio que se pretende poner en crisis le genera un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

En este último aspecto téngase presente que no se trata aquí de una mera y genérica invocación de la postergación en el tiempo de la percepción de los ingresos fiscales efectuada por la recurrente, sino que ante la suma comprometida (algo más de cuarenta millones de pesos) se denota manifiestamente la insuficiencia de la contracautela requerida, con lo cual la medida decretada genera al GCBA un agravio que por su magnitud resulta de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior con afectación del interés público al producir la obstaculización en la normal recaudación fiscal y, por tanto, comprometer la satisfacción regular y tempestiva de la cobertura financiera de los gastos públicos que demanda la prestación de servicios para el logro de los fines del Estado. Así, entonces, corresponde equiparar la decisión atacada a sentencia definitiva (véase CSJN *in re* "Unión Argentina de Artistas de Variedades c/Héctor Mario Spina y otros", *Fallos,* 313:279, sentencia del 20/3/1990, entre muchos otros, y este Tribunal, en la causa: "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, sentencia del 19/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, 2001, pp. 812 y ss.).

3. Sentadas tales premisas, cabe advertir que en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, entre otras tachas, se ataca el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara porque en éste se omitió ponderar que mediante las fotocopias certificadas de la causa 32.333/2004, agregadas en el expediente principal (véanse fs. 236/240), se había acreditado la existencia de otro proceso con igual objeto, causa y partes radicado ante el fuero nacional

en lo Contencioso Administrativo Federal, aunque iniciado no por la vía del amparo —como ocurre ante el fuero local de la CABA— sino mediante una acción declarativa de certeza. Por lo demás, no es sobreabundante precisar que, aunque en la acción en trámite ante la justicia federal se individualiza como norma cuestionada el art. 275 del C.F. 2003 y en la obrante hoy ante estos estrados el art. 294 del C.F. 2006, de la mera lectura de los preceptos se comprueba que ambos regulan en idéntica forma el gravamen por uso y ocupación de las superficies, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo.

A esta altura, entonces, resulta oportuno dejar sentado que, sin perjuicio de las diversas vías procesales utilizadas por la actora para requerir la tutela de su derecho ante la justicia federal y la local, lo cierto es que con las constancias individualizadas precedentemente, agregadas en esta causa, se acredita la coexistencia de dos procesos dirigidos a satisfacer una misma pretensión en jurisdicciones distintas, lo que constituye un *supuesto de litispendencia* que impide la prosecución de esta causa que debe ser declarada de oficio (conf. art. 282, *in fine*, del CCAyT).

Resulta, entonces, que tal extremo, que constituía un elemento conducente para el *a quo* a la hora de expedirse sobre la procedencia o no de la medida cautelar solicitada, no fue ponderado, lo que implica una omisión palmaria que se traduce en una lesión al derecho de defensa y al del debido proceso, lo que, por tanto, justifica que la sentencia recurrida sea revocada por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa.

4. Considerando innecesario el tratamiento de los restantes agravios planteados por la recurrente atento los desarrollos precedentes, y teniendo en mira los fundamentos coincidentemente expuestos sobre este punto por la señora jueza de trámite, me pronuncio por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada.

La existencia de un juicio con los mismos sujetos procesales, objeto y causa se convierte en un óbice insalvable que impide la constitución válida del presente proceso, lo que frustra, no sólo la medida cautelar solicitada sino, también, la subsistencia de este juicio de amparo.

En razón de que este proceso fue iniciado con posterioridad a la acción declarativa de certeza que tramita ante la justicia federal, y a fin de conjurar un eventual escándalo jurídico, corresponde que este Tribunal ponga fin a este juicio y disponga el archivo de las actuaciones.

Las costas de todas las instancias deberán ser soportadas por la parte actora por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la opinión del señor fiscal general adjunto en cuanto a que la queja debe ser parcialmente admitida, y que es procedente el recurso de inconstitucionalidad.

Tanto en el recurso directo cuanto en el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA alude —aunque de manera elíptica— a una cuestión que fue ignorada en las instancias anteriores, pero que el Tribunal debe inevitablemente considerar y resolver.

Me refiero a la existencia de litispendencia, que aparece como un impedimento procesal para la constitución válida —y para la existencia misma— de este proceso, y que por ello debe ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa aun cuando no se hubiera invocado su existencia (último párrafo del art. 282, CCAyT).

2. A partir de las circunstancias ocurridas en este juicio —reseñadas en el apartado 4 del voto de la señora jueza de trámite—, comparto con mi colega los argumentos que expone en el apart. 5 y en los párrs. 4º y 5º del apart. 6 de su voto.

Dos procesos en los cuales las pretensiones exhiben identidad de sujeto, objeto y causa, que coexisten ante la justicia federal y ante el fuero contencioso administrativo y tributario local —más allá de que fueran introducidas en el primero como acción declarativa de certeza y en el segundo como amparo—, violan las reglas del debido proceso y pueden conducir finalmente al dictado de sentencias contradictorias.

La Cámara al resolver la apelación de COMSAT por la denegatoria en primera instancia de la cautelar que solicitara, no tuvo en cuenta la litispendencia acreditada en el expediente con las fotocopias certificadas de la causa n° 32.333/2004, lo cual invalida la decisión que tomara.

3. Llegados a este punto, y no habiendo dudas de que el inicio del amparo es posterior en el tiempo a la interposición del acción declarativa de certeza, corresponde al Tribunal poner fin al proceso incoado ante la justicia local, y disponer el archivo de las actuaciones, con costas. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Si bien lo resuelto no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, he sostenido que se configura un supuesto de excepción cuando la cuestión debatida excede el interés individual de las partes y afecta al de la comunidad en razón de que implica un entorpecimiento evidente en la percepción de la renta pública (conf. para casos análogos, CSJN, *Fallos,* 326:4240 y mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA

c/Sr. Propietario partida 1535137 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3293/04, sentencia del 30/3/2005, entre otros).

En el caso, la resolución que viene impugnando el GCBA es una de concesión de una medida cautelar que debe ser equiparada a definitiva en atención a las consecuencias que se derivan de ella. La medida cautelar cuestionada ordena al Gobierno de la Ciudad que "...suspenda la intimación del pago del canon a empresas particulares y poseedoras de antenas, permiso 00379DV35, por los períodos 2003/2008 hasta tanto se dicte sentencia en autos" (fs. 19 vta.). Al contestar el recurso de inconstitucionalidad, la propia actora sostiene que la medida cautelar implicaría a la Ciudad la imposibilidad de exigir el cobro de una suma de aproximadamente $ 49.302.286 (fs. 386 del expediente principal), lo que, según afirma el GCBA, generaría un desfase entre los ingresos y los gastos previstos en las normas presupuestarias. Las dificultades presupuestarias que podría ocasionar la medida no pueden ser descartadas por el hecho de que el presupuesto de la Ciudad para 2008 haya ascendido a 13.103.591.570 (art. 1º de la ley 2571), pues el monto en juego resulta lo suficientemente relevante como para alterar las previsiones.

2. El GCBA se agravia, entre otras cuestiones, de que la medida cautelar que busca resistir fue dispuesta por la Cámara sin que se le haya corrido traslado ni dado oportunidad alguna de ejercer su derecho de defensa. El recurrente sostiene que el hecho de que no se le haya brindado ocasión de exponer defensas en el marco de este incidente con anterioridad a que la Cámara conceda la cautelar vulnera los arts. 18 de la C.N. y 13.3 de la CCBA, toda vez que no se respeta la bilateralidad del proceso y con esa medida se afecta el interés público.

El art. 15 de la ley de amparo 2145 dispone, en lo que aquí importa, que "[c]uando la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida".

Las mismas razones que llevan a equiparar la sentencia cuestionada a una definitiva, ponen de manifiesto que se encuentra en juego una función esencial de la administración y que, por lo tanto, la medida cautelar no pudo ser decretada sin que se corra traslado a la Administración en forma previa. Imposibilitar el cobro de más de $ 49.000.000 implica, necesariamente, la afectación de la función de recaudación, que presumiblemente tendrá como correlato la alteración del cumplimiento del presupuesto público y, por ende, podría alterar prestaciones estatales básicas. Los jueces de mérito se han apartado de esta previsión legal sin dar fundamentos, pues, lisa y llanamente, han obviado aplicar el precepto trascripto.

No se me escapa que en el caso podría considerarse que la medida cautelar tiene también como objeto la protección de un servicio público: el de telecomunicaciones. Sin embargo, ello no permite, como principio, apartarse de la norma en cuanto prevé el traslado previo al GCBA, pues, como se dijo, se encuentra en juego una función esencial de la Administración. Asimismo, también debería ponderarse, por ejemplo, qué tipo de servicios presta la actora, si todos ellos pueden ser encuadrados dentro del servicio público de telecomunicaciones y si las instalaciones por las que la Ciudad pretende cobrar el tributo en cuestión son utilizadas en su totalidad y en forma exclusiva para la prestación de ese servicio.

Cierto es que la circunstancia de que está acción fue iniciada el 26/12/2006 sugiere la aplicabilidad del art. 30 de la ley 2145 con arreglo al cual "[l]as acciones de amparo ya iniciadas y en trámite al momento de la entrada en vigencia de la presente ley continuarán su curso con la aplicación de las normas procesales a las que se encontraban sometidas". Si bien esa cláusula, leída en forma aislada, parecería tornar inaplicable al caso que nos ocupa el art. 15 de esa ley local, relativo al traslado a la autoridad pública con carácter previo a la emisión de una medida cautelar.

La solución, según creo, es la contraria a la aparente. Así lo entendió también el juez de primera instancia cuando concedió el recurso de apelación de la denegatoria de la medida cautelar con cita del art. 20 de la ley 2145 (fs. 314 del expediente principal). Debe considerarse, en primer término, que, como principio general, las normas procesales son de aplicación inmediata (*Fallos,* 220:1250; 306:2101; 307:1018; 317:499, entre otros), regla a la cual el citado art. 30 hace excepción. Consecuentemente, como toda excepción, es de interpretación restrictiva. Ello resulta adecuado incluso en los casos en que la acción se rige por las reglas de la ley nacional 16.986. Esa regulación de la acción de amparo —formato de proceso ultractivo por la razón apuntada *supra*— no prevé más reglas acerca de las medidas cautelares que aquella que establece que "[s]ólo serán apelables […] las resoluciones […] que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado" (art. 15). El instituto aquí en juego no se encontraba regulado en la norma que rige el proceso, ni el art. 15 de la ley nacional 16.986 fue literalmente aplicado al caso, pues, de serlo, habría quedado firme la denegatoria dictada en primera instancia al pedido cautelar.

En tales condiciones, la norma contenida en el art. 15 de la ley 2145 no viene a sustituir una anteriormente vigente para idéntica materia sino una inserta en el código que rige los procesos ordinarios, a la que cupo acudir sólo supletoriamente. Esta nueva norma no hace sino resguardar la división de poderes, puesto que da oportunidad a la Administración de exponer al juez cuáles son los fundamentos de sus actos y cuáles las consecuencias del que se

pide cautelarmente de los jueces. A ello se agrega la circunstancia de que hay razones para no suponer en la Administración la misma potencial inclinación a eludir la actuación judicial que, en cambio, podría asistir a un deudor remiso. En el mismo orden de ideas, el potencial impacto sobre el interés general se incrementa en supuestos en que una medida cautelar apunta precisamente a detener otra medida, la administrativa, que, aunque quizás de modo írrito, debemos suponer enderezada a tutelarlo.

Todo ello lleva a suponer que, así como fue intención del legislador dejar que los procesos de amparo ya iniciado continuasen su curso por los cauces de la normativa anterior, cualquiera ella fuese, no hay razón para creer que el traslado previo introducido para las medidas cautelares no lo fuese para todas las dispuestas con posterioridad, sin perjuicio del mantenimiento de las ya decretadas aunque no hubieran sido precedidas de dicho traslado.

Por estas razones, corresponde devolver la causa a la Cámara para que se subsane el defecto de procedimiento expuesto y se dicte un nuevo fallo.

3. La forma en que se resuelve torna innecesario expedirse sobre el resto de los agravios planteados por el GCBA.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja interpuesta a fs. 53/69 vta. y al recurso de inconstitucionalidad obrante a fs 349/378 vta. del expediente principal, revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones a la Cámara para que, por jueces distintos, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Más allá de todo problema relativo a la duplicidad de litigios, su identidad y sus consecuencias, lo cierto es que la resolución impugnada por el GCBA, que concede una medida cautelar a favor de la empresa actora, no constituye una sentencia definitiva, requisito éste establecido en el art. 27 de la ley local 402 para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad intentado.

Es doctrina del TSJ 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" (conf. "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 2570/03 y "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 1053 y ss., resolución del 17/12/2003; entre muchos otros). Ello es así, debido a que se trata de sentencias interlocutorias, para cuya impugnación la norma sólo prevé la doble instancia de mérito, y quedan excluidas, en consecuencia, de la competencia y del íter procesal del Tribunal Superior (véase mi voto en: "GCBA s/queja por recurso de

inconstitucionalidad denegado en: 'Villalonga, Gabriela Edith y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 26/11/2008).

El hecho de que la ley común (infraconstitucional) aplicable indique que "la existencia de… *litispendencia* puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa" refuerza la idea de que el punto puede ser tratado posteriormente, inclusive en la sentencia, afirmación que descarta la posibilidad de que el agravio sea *irreparable*, según la doctrina mayoritaria asume como condición para tratar a las decisiones interlocutorias como si fueran sentencias definitivas. De más está decir que la aplicación de la ley común está, por principio, reservada a los tribunales de mérito y fuera del alcance del TSJ.

2. Asimismo, el recurrente no formula, en el caso, un planteo de inconstitucionalidad idóneo que habilite la intervención de el TSJ, tal como sucediera en la causa "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación'", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. lll, pp. 819/824, sentencia del 19/12/2001.

A diferencia de ese antecedente, en este litigio no existe violación al principio *ne bis in idem*, toda vez que aquí no hay persecución múltiple por un mismo hecho, sino, antes bien, una resolución que concede protección cautelar a la actora, en una causa donde aún no se ha resuelto la cuestión de fondo.

3. Tampoco se configura en el fallo de Cámara recurrido un apartamiento del principio de cosa juzgada material, puesto que las medidas cautelares, por su naturaleza, pueden ser solicitadas y modificadas o dejadas sin efecto —incluso de oficio— en cualquier estado del proceso.

Por último, en *obiter dictum*, huelga observar que es el propio GCBA, que pretende otorgar carácter de cosa juzgada a la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que rechazó la cautelar solicitada por la actora, quien está cuestionando la competencia de dicho fuero para intervenir en la causa.

4. En virtud de lo expuesto anteriormente, corresponde rechazar la queja.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Revocar* la sentencia obrante a fs. 317/318, poner fin al proceso incoado y disponer el archivo de estas actuaciones, con costas al accionante (art. 62, CCAyT).

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CLXIII

"ROSALES, DALMACIO OSCAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ROSALES, DALMACIO OSCAR C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Se debe rechazar el recurso de queja que no contiene una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, requisito previsto en el art. 33 de la ley 402. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. 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 de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido de ordinario en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las cuestiones de hecho y prueba, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad, cuando no existe por parte de quien tiene la carga de fundarlo y sostener la queja, una argumentación plausible

que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. No es admisible el recurso de queja cuando los agravios que se intentan traer a conocimiento de este estrado se limitan a exteriorizar un desacuerdo con lo decidido por el *a quo* sobre cuestiones de hecho, prueba o derecho infraconstitucional, sin mostrar que la decisión impugnada carece de fundamentos suficientes como para ser considerada una resolución judicial válida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6248/08 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En el expediente "Rosales, Dalmacio Oscar c/GCBA s/impugnación de acto administrativo", n° 172/0, tramitó la pretensión del actor de obtener la declaración de nulidad de la disposición 2-DEVMC-99 que le denegó la licencia profesional de conducir (fs. 8/12).

La Sala II de la Cámara CAyT intervino en la causa y revocó la sentencia de grado en cuanto dispuso la validez de la disposición impugnada y la confirmó en tanto ordenó al GCBA otorgar al Sr. Rosales la licencia solicitada (fs. 228/235 del expediente aludido). Dicha resolución adquirió firmeza.

2. Las actuaciones que tramitan en el Tribunal (expte. n° 6248) tuvieron origen en la petición del Sr. Rosales de percibir el resarcimiento de los daños que sufriera a raíz del dictado del acto administrativo cuestionado en el expte. n° 172/0.

La indemnización que pretende es de trescientos cuarenta mil pesos ($ 340.000) más intereses y costas.

El capital reclamado está compuesto por: *a)* ciento sesenta y ocho mil pesos ($ 168.000) por lucro cesante calculado tomando como base un salario mensual de dos mil pesos ($ 2.000) y considerando todo el tiempo transcurrido desde que le fuera sustraído el registro hasta que se le otorgara nuevamente (84 meses) y *b)* ciento sesenta y ocho mil pesos ($ 168.000) en concepto de daño moral.

3. La demanda fue contestada por el GCBA (fs. 33/44 vta.).

4. La jueza de primera instancia condenó al accionado a abonar al actor cincuenta y seis mil doscientos dos pesos ($ 56.202) en concepto de lucro cesante y quince mil pesos ($ 15.000) por daño moral (fs. 104/107).

En su resolución, sostuvo que la indemnización tenía como fundamento el accionar irregular del Estado (conforme sentencia de la Sala II en la causa 172/0).

Limitó la indemnización del lucro cesante al período comprendido entre la compra del rodado (30.12.99) y la fecha en que el Registro de la Propiedad Automotor tomó razón del robo vehículo (5/9/2002). Sostuvo que el accionante "...no ha invocado ni acreditado que con anterioridad al 30/12/1999 ni en el período que medió entre la fecha de denuncia de robo del automotor y la de otorgamiento del registro de conductor, hubiese contado con otro rodado habilitado para la prestación del servicio de taxi, o en su caso, se hubiese visto privado de desempeñarse como conductor no titular de licencia respecto de otro vehículo de propiedad de un tercero (art. 1º, ordenanza 42.815)..." (fs. 106). El monto adeudado por daño patrimonial fue efectuado tomando como base el informe de la Unión de Propietarios de Autos Taxis (obrante a fs. 68).

Hizo lugar también al daño moral pues consideró que "...no requiere[n] prueba de su existencia, las aflicciones e inquietud espirituales que debió padecer el actor frente al accionar de la administración, si se tiene en cuenta que la licencia habilitante resultaba necesaria a fin de poder desarrollar su actividad, máxime cuando esa denegatoria se sustentó en una decisión ilegítima dictada en el marco de una actuación en la que se valoró y cuestionó la aptitud psíquica del señor Rosales".

Dispuso que los intereses se calcularan de acuerdo con la tasa pasiva promedio que publica el BCRA.

Finalmente, impuso las costas a la vencida.

5. La sentencia de primera instancia fue apelada por el actor (fs. 110) y por el demandado (fs. 113) que expusieron sus respectivos agravios a fs. 112/126 y fs. 128/132 vta.

El accionante se agravió de la limitación temporal del lucro cesante, del cálculo efectuado para determinar su monto, de la suma estipulada en concepto de daño moral y de la tasa de interés aplicable.

El demandado, por su parte, adujo que el fallo que emitiera la Sala II (expte. nº 172/0) no cuestiona la legitimidad del acto administrativo, sino que ordena al GCBA conferir al actor la licencia peticionada a partir de prueba pericial producida en el juicio. Por último, consideró improcedente la indemnización otorgada.

6. La Sala I de la Cámara CAyT remitió este expediente a la Sala II por entender que existía conexidad con los autos "Rosales, Dalmacio Oscar c/GCBA s/impugnación de acto administrativo", expte. nº 172/0 (fs. 123/154).

7. La Sala II admitió la conexidad (fs. 161) y confirmó parcialmente la decisión recurrida. Redujo los montos indemnizatorios a cuarenta y cinco mil

cuarenta y tres pesos ($ 45.043) por daño patrimonial (lucro cesante) y diez mil pesos ($ 10.000) por daño moral (fs. 166/171).

En cuanto a la reducción del perjuicio patrimonial, sostuvo que era razonable que quien realiza una jornada laboral de 8 horas diarias (por lo menos) cuente como mínimo con un descanso semanal y, consecuentemente, acotó a 6 días la explotación semanal del taxi.

Respecto del daño moral estimó que la suma dispuesta en primera instancia debía reducirse debido a que "…la sentencia que declaró la nulidad de la resolución [nº 2-DEVMC-99] no se pronunció sobre la veracidad (…) de los informes médicos a los que fue sometido el actor" (fs. 170 vta.).

Las costas fueron impuestas en el orden causado.

8. El Sr. Rosales interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 175/185) con apoyo en los siguientes agravios: falta de consideración de prueba susceptible de alterar el resultado del pleito, interpretación arbitraria de la norma que rige el caso (ordenanza 41.815) y de los agravios expresados en el escrito de fs. 128/132 vta., fundamentación absurda y dogmática, y afectación del derecho de propiedad.

El escrito fue contestado por el GCBA (fs. 189/200 vta.).

9. La Sala ll no concedió el recurso (fs. 205/206) porque consideró que no lograba exponer un caso constitucional ni acreditar la arbitrariedad de la sentencia en crisis.

Las costas fueron impuestas a la vencida.

10. El actor recurrió en queja (fs. 17/22 del expte. nº 6248).

Objetó que los jueces hubiesen "...ignorado la cuestión constitucional clara y precisa configurada en autos..." (fs. 18 vta.) y que emplearan frases hechas o ideas preconcebidas para no hacer lugar a su presentación.

11. El fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso directo (fs. 30/32 del expte. nº 6248).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja, deducida oportunamente por el Sr. Dalmacio Oscar Rosales (fs. 30/32), debe ser rechazada.

2. Las consideraciones genéricas del escrito en análisis no constituyen una crítica del auto denegatorio en los términos del art. 33 de la ley 402.

El quejoso se limita a afirmar que la Cámara emitió un pronunciamiento dogmático que prescinde de los planteos constitucionales que expusiera en el recurso denegado pero no funda ninguna de sus manifestaciones. Los dichos

del recurrente no fueron respaldados por una explicación suficiente que permita la apertura de la queja.

Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros). Recaudo que no se verifica en autos en atención a las razones indicadas.

3. Voto, pues, por rechazar la queja que interpusiera el Sr. Dalmacio Oscar Rosales a fs. 30/32.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la jueza del trámite, Sra. Alicia E. C. Ruiz. La queja, deducida oportunamente por el Sr. Dalmacio Oscar Rosales (fs. 30/32), debe ser rechazada.

2. En tal sentido, el recurrente no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis, —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, omisión que obsta a la procedencia de la queja que articula puesto que, de ese modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 307:723; 308: 2263; 311: 2338).

3. En efecto, la queja no hace sino reiterar los defectos que contiene el recurso de inconstitucionalidad, al referirse a la violación de garantías constitucionales. Existe una verdadera inadecuación entre la garantía constitucional invocada (defensa que se ensaya) y el contenido de la sentencia recurrida. Ello significa la carencia de una verdadera cuestión constitucional. El recurrente exhibe, tan sólo, su discrepancia con el criterio que adopta la sentencia recurrida con relación a la valoración de la prueba y, consecuentemente, a los hechos de la causa y, en todo caso, su discrepancia con cuestiones sólo fundadas en normas de derecho común (infraconstitucionales). Cualquiera de esas tareas no permite su solución con la utilización del remedio excepcional que se interpone.

4. Vaya a modo de ejemplo de lo ya dicho, lo referente a la tasa de interés fijada por el tribunal, que no satisface al recurrente, quien no ha demostrado la conculcación del derecho de propiedad y que sólo afirma la hipotética provocación de un daño patrimonial que no acredita. En igual sentido, con respecto a

la arbitrariedad alegada, la interpretación dada por la Cámara de Apelaciones a los hechos, a las pruebas aportadas y a la normativa aplicable al caso, que difiere de la pretendida por la parte actora, 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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires 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.). No está de más reiterar que la arbitrariedad de la sentencia por indebida valoración de prueba, versa sobre aspectos de hecho que el recurrente no logra conectar con la lesión de ninguna garantía constitucional específica. En consecuencia, puntos así planteados son propios de la exclusiva competencia de los jueces de mérito y ajenos a la revisión por la vía del recurso que se intenta.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo destacan mis colegas preopinantes, el recurso de queja interpuesto por Dalmacio Oscar Rosales debe ser rechazado puesto que en autos no se ha logrado configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

En efecto, los diversos planteos que intentan señalar la arbitrariedad de sentencia atacada no poseen entidad suficiente para demostrar la absoluta inconsistencia de los razonamientos que la sostienen. Es que, más allá del acierto o error del criterio adoptado por el *a quo* para determinar la procedencia y el monto del resarcimiento reclamado por el actor en concepto de lucro cesante, lo cierto es que los jueces de la causa —al hacer lugar parcialmente al reclamo indemnizatorio— sustentaron cada una de sus conclusiones en valoraciones relacionadas con el alcance de las pretensiones sometidas a su conocimiento y las cuestiones de hecho y prueba involucradas. Así entonces, se advierte que únicamente podrían atenderse los agravios esgrimidos si este Tribunal se adentrara de lleno en la ponderación de tales aspectos; lo que resulta ajeno al marco cognoscitivo que admite el recurso de inconstitucionalidad (art. 27 y ss., ley 402). En este punto, resulta oportuno recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Sr. Rosales Dalmacio Oscar a fs. 17/22 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. En efecto, la queja reitera los defectos señalados por la Cámara para fundar el rechazo del 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.

La alegada afectación a la garantía del debido proceso (art. 18, C.N. y art. 13, inc. 3°, CCBA) y al derecho de propiedad (art. 17, C.N. y 12 CCBA) se presenta como un reproche meramente genérico que no constituye una crítica desarrollada y fundada acerca de la invalidez de la sentencia. El recurrente no explica cómo la decisión cuestionada viola los derechos constitucionales invocados, ni logra demostrar que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa y los planteos efectuados.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (*in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

3. Tanto el recurso de inconstitucionalidad (fs.10/14) como el de queja (fs. 17/22), se reducen, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la sentencia que confirmó parcialmente la decisión de primera instancia y redujo los montos indemnizatorios; sin advertir que la invocación de *arbitrariedad de sentencia* no suple la ausencia de caso constitucional.

En efecto, el recurrente centra sus agravios en que la Cámara, por una parte, ha prescindido de elementos probatorios incorporados a la causa y, por otra, ha hecho una interpretación arbitraria de la ley aplicable al caso y de sus argumentos, resultando de ello la reducción del *quantum* de la indemnización a cargo del GCBA mediante una fundamentación absurda y dogmática. Sin embargo, no logra demostrar la falta de razonabilidad en la selección o en la valoración de la prueba, así como tampoco supera el límite de una mera discrepancia con la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales (ordenanza 41.815).

La circunstancia de que la actividad de la Cámara se oriente en una dirección insatisfactoria para el agraviado no importa afectación del debido proceso adjetivo, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario.

Como se dijo en precedentes "cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales" [TSJ, *in re* "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Falbo de Martínez, Palmira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 1923/02, sentencia del 19/2/2003].

En tales condiciones, sus argumentos, bajo la designación de arbitrariedad, pretenden controvertir los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional. Y más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara se encuentra suficientemente fundada a partir de circunstancias comprobadas de la causa. Por consiguiente, no se logra demostrar la arbitrariedad de la decisión recurrida.

4. Por último, en referencia a la supuesta violación del derecho de propiedad por la aplicación de la tasa de interés pasiva del Banco Central (fs. 14), cabe señalar que no se plantea tampoco un caso constitucional al respecto, pues no se ha demostrado la vinculación del agravio con la afectación del derecho constitucional invocado (propiedad), ni ha probado la real existencia y *quantum* del perjuicio económico que sufriría por la aplicación de la tasa de interés cuestionada.

Por otra parte, la determinación de la tasa de interés aplicable constituye un resorte exclusivo de los jueces de mérito (*Fallos*, 300:744; entre otros).

5. En virtud de las consideraciones expuestas, voto por rechazar la queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz en que la queja debe ser rechazada, pues el recurrente no ha planteado un caso que suscite la competencia extraordinaria de este Tribunal, toda vez que los agravios que intenta traer a conocimiento de este estrado se limitan a exteriorizar su desacuerdo con lo decidido por el *a quo* sobre cuestiones de hecho, prueba o derecho infraconstitucional, sin mostrar que la decisión impugnada carezca de fundamentos suficientes como para ser considerada una resolución judicial válida.

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 Dalmacio Oscar Rosales.

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

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

CLXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN DOCENTES ADEMYS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA. AMPARO: Medida cautelar. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Gravedad institucional. Bilateralidad. Derecho de defensa. PARO DOCENTE: Descuento de haberes.

SUMARIOS:

1. Si bien el art. 22 de la ley 2145 prevé 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, por lo que establece la extensión acordada al derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, no fue modificado el esquema adoptado por la ley 402, en tanto se mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El matiz que presenta el art. 22 de la ley 2145 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La noción de sentencia definitiva 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 pronuncia-

miento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad; solución ésta destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo, si el recurrente demuestra que la decisión compromete la interpretación y/o aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de LPTSJ). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. De la interpretación que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145 se desprende que el pronunciamiento de Cámara que concede una medida cautelar no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Dado que las providencias que conceden medidas cautelares normalmente provocan algún perjuicio, los que pretendan invocarse para lograr equiparar aquel interlocutorio con una sentencia definitiva, deben ostentar una intensidad que permita reputarlos como de imposible o insuficiente reparación ulterior, pues lo contrario conduciría a equiparar, por la mera existencia de perjuicio, toda cautelar otorgada con un pronunciamiento definitivo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Si bien el GCBA expresa la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar con motivo de los días de paro docente, en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada, no expresa (y por ende no demuestra) qué porcentaje del universo de docentes son interinos o suplentes y cuál es la magnitud económica de la masa de descuentos; ni tampoco expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en los salarios de los docentes, como afirma en su recurso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La sola invocación de estar frente a un supuesto de gravedad institucional no permite sortear el recaudo de sentencia definitiva que exige el art. 27 de la ley 402 para incitar la competencia apelada del Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El planteo relativo a la afectación del derecho de defensa por ausencia de bilateralidad no puede ser admitido si viene articulado por vez primera para resolución de este Tribunal, y la recurrente no cuestiona la constitucionalidad de la ley procesal aplicada ni se hace cargo de que su planteo pone al Tribunal en situación de intervenir como instancia originaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. Si bien no hay un acápite cuyo título esté referido específicamente a la bilateralidad en el debate de medidas cautelares, ello no significa que estos contenidos no puedan ser objeto de los incidentes contemplados en los arts. 152 o 183, ss. y concordantes del CCAyT, este mecanismo procesal está previsto para cualquier cuestión accesoria, ni la recurrente demuestra que le esté vedado el recurso de reconsideración que prevé el art. 181 del CCAyT, vías que pudieron

servir tanto para enmendar nulidades como para rebatir los argumentos sobre cuya base la medida cautelar fue adoptada, o para introducir la cuestión de la insuficiencia del ordenamiento procesal como asunto constitucional, y una ulterior intervención de este Tribunal no habría infringido el marco limitado de su jurisdicción originaria y previsiblemente habría suscitado el posible conocimiento de la cuestión en el marco del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. La sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Corresponde rechazar el recurso de queja si los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados, en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución (art. 113, inc. 3º, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. 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, pues 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. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Cuando el art. 18 de la ley 2415 dispone que la sentencia firme que resuelva sobre la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza en las condiciones establecidas por el art. 14 de la CCBA, hará cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo, no priva del carácter de cosa juzgada material a la decisión recaída en el amparo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. La resolución que versa sobre una medida cautelar no decide el fondo del asunto; consiste en un juicio de verosimilitud y no en una declaración de certeza jurídica; en una hipótesis acerca de la plausibilidad del derecho autoafirmado en la demanda que únicamente quedará confirmada o desechada, en principio, con la sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

15. Cabe rechazar el recurso de queja si el Gobierno reitera su planteo de nulidad de lo actuado por afectación del derecho de defensa en juicio, que remite a un supuesto vicio o error de procedimiento, definitivamente extraño al recurso de inconstitucionalidad, pues para tales situaciones, el CCAyT prevé en los arts. 152 y 157 —que regulan el régimen de las nulidades procesales— la vía

incidental, la cual debe ser promovida ante la instancia donde el supuesto vicio u omisión se hubiera producido. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6474/09 - 3/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Docente Ademys (en adelante Ademys) promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad de la Nota 400046/DGPDYND/08 de la Dirección General de Personal Docente y no Docente del Ministerio de Educación del GCBA por la que se ordenó a los servicios educativos dependientes de la Dirección General de Educación de Gestión Estatal descontar los días de paro docente realizados en fechas 17/7/2008 y 3/9/2008 a quienes adhirieron a la medida de fuerza (fs. 2/5 vta.).

En el marco de la acción de amparo iniciada, Ademys solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar que dispusiera la suspensión los efectos del acto administrativo (Nota 400046/DGPDYND/08) que ordenó los descuentos en los haberes de los docentes que adhirieron a la medida de fuerza de que se trata (fs. 4 vta./5).

2. El juez interviniente rechazó la cautelar requerida (fs. 12/13). A consecuencia de la apelación interpuesta por la amparista contra lo resuelto por el juez de grado, la Sala ll de la Cámara CAyT la revocó y dispuso "...conceder la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre del año en curso, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito..." (fs. 19/20 vta.).

Para así decidir, sostuvo que: *a)* la huelga no había sido declarada ilegítima; *b)* el eventual descuento sobre el salario del docente podía generar efectos más disvaliosos que adoptar —como medida precautoria— un temperamento que durante la sustanciación del pleito— no afectase la intangibilidad de un derecho de carácter alimentario, pues "...en un extremo y en un análisis liminar del asunto, de viabilizar descuentos sistemáticos de salarios, por medidas de fuerza no declaradas por los procedimientos de rigor ilegítimas, se podría llevar a que —elípticamente— existan medidas de coacción lesivas de los derechos

colectivos del trabajo". Consideró, además, que —atento los valores económicos involucrados— la medida peticionada no afectaría el interés público.

3. Contra la medida cautelar otorgada por la alzada, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 21/41).

A este respecto, argumentó que la sentencia recurrida era definitiva, en virtud de lo establecido por el art. 22 de la ley 2145. También que resultaba equiparable a definitiva, ya que no admitía otra posibilidad de revisión judicial.

Centró sus objeciones en que la decisión: *a)* hizo lugar a la pretensión de Ademys sin darle a su parte la oportunidad de ser oída ni en primera ni en segunda instancia, lo que conculcaba su derecho de defensa, la garantía del debido proceso y la bilateralidad en el trámite de apelación; *b)* le impedía ejercer facultades que le eran propias y excluyentes; se había arrogado funciones propias de los otros poderes estatales, sin evaluar las consecuencias de gravedad institucional que tal conducta implicaba y en franca violación al principio de división de poderes; *c)* afectaba su materia presupuestaria e intereses de la comunidad; *d)* constituía un evidente adelanto acerca del pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión traída a la litis, puesto que ella resultaba coincidir con el objeto de la pretensión deducida; *e)* produciría un gasto que no traía aparejado contraprestación alguna y que en muchos casos, tratándose de docentes interinos o suplentes, podría ser de imposible recupero para su parte, con la consiguiente afectación de fondos públicos; *f)* vulneraba los principios consagrados en los arts. 17 y 18 de la C.N. y los arts. 12, 102 y 104 de la CCBA; *g)* silenció por completo la afectación del interés público comprometido en la falta de prestación del servicio educativo con el consecuente daño a la comunidad escolar que ello provocó y los que podría llegar a provocar a futuro una medida cautelar de esta naturaleza —que desconoce por completo los verdaderos alcances del derecho de huelga—; y *h)* incurría en el vicio de arbitrariedad, pues se basó en meras suposiciones (en particular, la necesidad de la declaración de ilegitimidad de la huelga para permitir el consecuente descuento, y la escasa materialidad de los parámetros económicos en juego). Argumentó, en relación a la verosimilitud del derecho exigida para el otorgamiento de la medida solicitada por la actora, que: *1)* "...la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad..." (el destacado pertenece al texto original) y que "...ante la falta de prestación del servicio por los agentes en huelga, no existe deber jurídico concreto que obligue al GCBA —en su carácter de administrador de los fondos que le provee la comunidad con sus impuestos— a pagar a los agentes que han incumplido con su obligación de trabajar..."; *2)* no surgía —de lo alegado por la actora y de lo analizado por el *a quo*— elemento alguno que permitiese calificar su conducta como una

práctica "antisindical", o bien como un exceso en el ejercicio de sus legítimos derechos; *3)* el descuento de los días no trabajados no importa una sanción; y *4)* pese a resultar la cuestión sustancialmente análoga a la decidida por la Sala VIII de la Cámara de Apelaciones del Trabajo en la causa *in re* "Unión de Trabajadores de la Educación-UTE c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de amparo", sentencia del 30/9/2008, la Sala ll de la Cámara CAyT adoptó una solución distinta, por lo que se configuraba un supuesto de escándalo judicial y de gravedad institucional. En cuanto al peligro en la demora, adujo que: *i)* no se había demostrado que una hipotética sentencia estimatoria de la pretensión resultase de imposible o difícil cumplimiento por parte de la autoridad demandada; *ii)* la actora no podía desconocer que toda falta de prestación de servicios no justificados por las normas que vinculaban positivamente a la Administración traía aparejado el correspondiente descuento; *iii)* se soslayó el ineludible criterio de la solvencia del Estado; *iv)* dada la escasa significación de los descuentos efectuados, que se limitaron a los días 17 de julio y 3/9/2008, mal podía sostenerse que se estaba ante una grave afectación del derecho del salario.

En oportunidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, también planteó el GCBA la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al dictado —por parte del juez de primera instancia— de la resolución que rechazó la cautela requerida por Ademys, por no haberle sido ella notificada. Tal circunstancia, afirmó, vulneró su derecho a la igualdad, al debido proceso y a la jurisdicción, en tanto le impidió tomar debido conocimiento de los agravios presentados por la parte actora, cuyo traslado a su vez no fue ordenado como procesalmente —a su entender— hubiera correspondido y acceder al menos a una instancia judicial ordinaria que le permitiera demostrar la inexistencia de los presupuestos en que se sostuvo la medida concedida a la actora.

4. La Sala ll de la Cámara, previo traslado a la parte actora del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (el que fue contestado a fs. 41/47), resolvió "...rechazar el recurso interpuesto en todas sus partes. Con costas a la vencida..." (fs. 49/51).

Respecto de la nulidad intentada, señaló que dado que las medidas cautelares se dictaban inaudita parte, sólo correspondía notificar su rechazo a la parte que la solicitó, por ser la única agraviada con la denegatoria. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, apuntó que la decisión contra la que se dirigía (medida cautelar) no constituía sentencia definitiva; y que "...el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría la sentencia recurrida no ha sido adecuadamente fundamentado ni acreditado...". Tampoco consideró configurada la arbitrariedad alegada, por cuanto "...más allá de que la

recurrente no se encuentre conforme con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido...".

5. Ante ello, el GCBA planteó la queja correspondiente (fs. 53/77).

En esta oportunidad, reiteró los fundamentos expuestos en el recurso de inconstitucionalidad. Y agregó que: *1)* no se había cumplido —en relación a la nulidad que articulara— con el traslado previsto en el art. 15, segundo párrafo de la ley 2145; *2)* la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad resultaba arbitraria, en tanto la alzada omitió analizar concretamente los agravios constitucionales introducidos por su parte, prescindiendo —de este modo— de las constancias de la causa y de cuestiones decisivas; entre otras, que no concurría ningún acto, hecho u omisión manifiestamente arbitrario y/o ilegítimo por parte del GCBA y en el que pudiera fundarse la verosimilitud del derecho de los amparistas.

6. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no reunir la sentencia —objeto del recurso— el carácter de definitiva, o equiparable a tal, y por no haber el recurrente logrado demostrar la existencia de un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Tampoco entendió configurada la causal de arbitrariedad (fs. 81/83 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por el GCBA debe ser rechazada, toda vez que, conforme lo ha resuelto la Cámara y dictaminado el fiscal general adjunto, el recurso de inconstitucionalidad que ésta viene a defender no se dirige contra una sentencia definitiva, ni el recurrente ha logrado mostrar razones que lleven a equipararla a tal.

2. En lo atinente al requisito de sentencia definitiva en los procesos de amparo reglados por la ley 2145, la cuestión planteada por el GCBA 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.

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 Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de LPTSJ).

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.

De lo aclarado con relación a la inteligencia que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145 se desprende que el pronunciamiento de Cámara que concedió una medida cautelar no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

3. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva. En efecto, el GCBA sostiene que la sentencia recurrida

le provoca un perjuicio de imposible reparación ulterior, en tanto no asume ninguno de los argumentos que expusiera en el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto por su parte: *a)* omisión de conferirle traslado previo al dictado de la medida cautelar o de cursarle cualquier tipo de notificación; *b)* inexistencia de obligación de practicar descuentos por prestaciones no cumplidas por parte de personal docente que adhirió a la medida de fuerza; *c)* imposibilidad —en muchos casos por tratarse de docentes suplentes o interinos—, o seria dificultad, de recuperar el gasto efectuado, lo que conlleva a la afectación de fondos públicos; y *d)* falta de prestación del servicio educativo. Tales argumentos —alega el recurrente— se vinculan con la afectación de la garantía de la defensa en juicio, del derecho al debido proceso, al derecho de propiedad y al principio de división de poderes ínsita en el sistema republicano de gobierno.

Como sostuve en forma conjunta con el juez Casás, "[t]oda vez que las providencias que conceden medidas cautelares normalmente provocan algún perjuicio, los que pretendan invocarse para lograr equiparar aquel interlocutorio con una sentencia definitiva, deben ostentar una intensidad que permita reputarlos como de imposible o insuficiente reparación ulterior. Lo contrario conduciría a equiparar, por la mera existencia de perjuicio, toda cautelar otorgada con un pronunciamiento definitivo" ("Failde Moure, Pablo c/Estado nacional y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 5709/07 "Servicios Helicenter S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Failde Moure, Pablo c/Estado nacional y otros s/otros procesos incidentales'", expte. n° 5708/07, sentencia del 30/4/2008).

En autos, si bien el GCBA expresa la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar, en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada por Ademys, no expresa (y por ende no demuestra) qué porcentaje del universo de docentes son interinos o suplentes y cuál es la magnitud económica de la masa de descuentos; tampoco expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en los salarios de los docentes, como afirma en su recurso.

Conviene poner de resalto que la suma global involucrada en la disposición cautelar debió encontrarse presupuestada por el GCBA (ya que se trata de salarios), por lo que no se le impone efectuar una erogación al margen de sus previsiones.

4. La sola invocación de estar frente a un supuesto de gravedad institucional no permite sortear el recaudo de sentencia definitiva que exige el art. 27 de la ley 402 para incitar la competencia apelada del Tribunal por

la vía del recurso de inconstitucionalidad. Sobre el punto, ningún desarrollo concreto ha formulado el GCBA.

5. Conforme lo ha sostenido la CSJN con relación al recurso extraordinario federal y resulta, *mutatis mutandi,* aplicable a nuestro ordenamiento local: "La invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos,* 304/749, 1717; 306:1679; 312:311). Por lo demás, el recurrente no alcanza a demostrar con éxito que el pronunciamiento incurra en contradicciones o carezca de fundamentos que permitan descalificarlo como decisión jurisdiccional válida. Lo argumentado por el GCBA, en definitiva, no poseen sustento suficiente como para habilitar la intervención extraordinaria de este Tribunal. Así, por ejemplo, el recurrente no intentó rebatir el fundamento de la *a quo* que consideró que existía mayor riesgo en denegar la medida que en concederla. En otras palabras, las consideraciones que formula el GCBA sólo traslucen su discrepancia con la solución adoptada por el *a quo*. De tal modo, la decisión impugnada, más allá de su acierto o error, contiene fundamentos suficientes que impiden descalificarla como decisión jurisdiccional válida.

6. El GCBA planteó en el recurso de inconstitucionalidad la cuestión relativa a la afectación del derecho de defensa por ausencia de bilateralidad, esto es, lo hizo en una presentación cuyo examen no incumbe al *a quo* más que con el mero alcance de su admisibilidad. El órgano de quien se pide resolución es este Tribunal.

La bilateralidad reclamada tiene una primera versión, propuesta en el recurso de inconstitucionalidad referido con apoyo en el derecho de defensa acordado tanto por la C.N. como por la CCBA, que consiste en reclamar una oportunidad procesal para rebatir las razones sobre cuya base dispuso la Cámara la medida cautelar impugnada. Una segunda, introducida en la queja, ataca esa medida por haber sido dispuesta inaudita parte en violación esta vez del art. 15 de la ley de amparo 2145.

En uno y otro caso, el planteo viene articulado por vez primera para resolución de este Tribunal. No cuestiona la recurrente la constitucionalidad de la ley procesal aplicada ni se hace cargo de que su planteo pone al Tribunal en situación de intervenir como instancia originaria respecto de la ausencia de bilateralidad, en cualquiera de las versiones comentadas.

Ni la CCBA ni ley alguna acuerdan a este Tribunal jurisdicción originaria para restablecer derecho de defensa en las condiciones en que lo reclama la recurrente, ni tampoco para tratar un eventual planteo de inconstitucionalidad de las reglas adjetivas. A su turno, la apelante no demuestra que la ley que regula el procedimiento ante las instancias de mérito no contemple algún mecanismo

suficiente para obtener de dichas instancias un pronunciamiento acerca de las cuestiones que hoy propone a ésta.

Cierto es que no hay un acápite cuyo título esté referido específicamente a la bilateralidad en el debate de medidas cautelares. Ello no obstante, no significa que estos contenidos no puedan ser objeto de los incidentes contemplados en los arts. 152 o 183, ss. y concordantes del CCAyT. Este mecanismo procesal del incidente está previsto para cualquier cuestión accesoria.[26] Tampoco demuestra que le esté vedado el recurso de reconsideración que prevé el art. 181 del CCAyT.[27]

Estas vías pudieron haber servido tanto para enmendar nulidades como para rebatir los argumentos sobre cuya base la medida cautelar fue adoptada, del mismo que pudieron servir para introducir la cuestión de la insuficiencia del ordenamiento procesal como asunto constitucional. Una ulterior intervención de este Tribunal no habría infringido el marco limitado de su jurisdicción originaria y previsiblemente habría suscitado el posible conocimiento de la cuestión en el marco del recurso de inconstitucionalidad.

El mecanismo escogido consistente en acudir en apelación extraordinaria a este Tribunal asume, como propios del ordenamiento, varios contenidos que entran en contradicción con otras reglas generalmente aceptadas. Por una parte, las que limitan la jurisdicción originaria de este Tribunal; y, principalmente, permite un debate amplio mientras que no reconocer más remedio procesal que el recurso de inconstitucionalidad implicaría reducir el debate a los limitados contenidos que pueden ser materia de dicha apelación, circunstancia que tornaría aplicable *mutatis mutandis* la doctrina del precedente de *Fallos*, 247:646.

Resulta conveniente, a esta altura, repasar la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la especie. Si bien las que repasaré se refieren, en todos los casos, al Código de Procedimiento nacional, esa norma, en lo que ahora interesa, resulta sustancialmente análoga al ordenamiento local, por lo que las interpretaciones propuestas resultan *mutatis mutandis* aplicables. Como se verá, a pesar de que no existe una postura unánime sobre cuál sería la forma adecuada para satisfacer debidamente el derecho de defensa en situaciones como la de autos, ninguno de los autores o jueces cuyas posturas comento más abajo sostiene que el cauce a utilizar sea un recurso extraordinario.

[26] El art. 158 del CCAyT dice: "[t]oda cuestión que tuviere relación con el objeto principal del pleito y no se halle sometida a un procedimiento especial, debe tramitar en pieza separada, en la forma prevista por las disposiciones de este Capítulo".

[27] En lo que aquí importa el art. 181 del CCAyT dice: "[l]a providencia que admitiese o denegare una medida cautelar es recurrible por vía de reposición; también es admisible la apelación, subsidiaria o directa".

Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que "[s]e ha entendido que no debe considerarse firme la sentencia del tribunal de alzada que admite una medida precautoria revocando la resolución denegatoria del juez de primera instancia y sin que haya intervenido el afectado, como ocurrió en el caso de autos. Sólo debe considerarse firme aquella sentencia que haya consentido el afectado, o que se hubiere dictado con posterioridad a que el afectado haya sido oído. Lógicamente se trataría de una sentencia 'firme' en el sentido en que lo pueden ser las que ordenan medidas precautorias, que no hacen cosa juzgada material y son esencialmente modificables cuando han variado las circunstancias que determinaron su admisión". Ese tribunal continúa diciendo que cuando se pretende "…impugnar lo decidido por el tribunal de alzada, que ya conociera en la apelación de la actora y el ordenamiento procesal no ha previsto este supuesto, se debe permitir que la afectada pueda obtener una nueva resolución judicial sobre la cuestión luego de ser oída. Ello porque existen normas constitucionales sobre el debido proceso y la defensa en juicio que deben primar (conf. Loutayf Ranea, Roberto C.: "Medidas precautorias", *JA*, 1977-II-657)//Y para lograr esa revisión parece prudente admitir la vía elegida por el impugnante, en este caso, el incidente de levantamiento de medidas cautelares (art. 203, Cód. Procesal). Adviértase que lo que no podía exigírsele a la demandada para lograr ese objetivo era la deducción de un recurso extraordinario contra la resolución de la Cámara que dispuso las precautorias. Es que, en materia de medidas cautelares no es viable el extraordinario, porque no corresponde reconocer el carácter de sentencias definitivas a las resoluciones que versan sobre ellas (conf. Podetti: *Tratado de las medidas cautelares*, p. 104 y jurisp. allí citada)" (CNApel. en lo Civil, Sala C, "Papel del Tucumán S.A. c/Asociación de Fabricante de Celulosa y Papel", 2/6/1992, *LL*, 1992-E, 403).

Por su parte, Palacio destaca que "[d]enegada una medida cautelar por el juez de primera instancia, recurrida la resolución por la actora, y revocada ésta en segunda instancia, ¿podría el demandado, en oportunidad de notificarse, interponer recurso de apelación? A nuestro juicio debe responderse afirmativamente, pues como en el caso planteado el tribunal de alzada se ha pronunciado sobre la base de las alegaciones exclusivamente aportadas por la actora, la solución contraria importaría quebrantar el conocer la facultad recursiva que otorga el art. 198, apartado tercero del CPN" (Palacio, Lino E.: *Derecho procesal civil*, t. VIII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 76/77).

Sobre ese mismo punto, Kielmanovich sostiene que "...si la parte afectada por la medida no tuvo oportunidad de apelar, pues las cautelares fueron *ordenadas en segunda instancia*, cabe impugnar la decisión de la cámara por vía de *incidente de levantamiento de cautelares* o ya a través del recurso de reposición y apelación contra lo resuelto por aquella alzada, y más propiamente

por vía de los recursos de reposición y apelación contra la nueva resolución...” (Kielmanovich, Jorge L.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, tercera edición, tomo I, Abeledo-Perrot/LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 198).

Con éstas, entre cuyas soluciones no es del caso elegir aquí, busco ilustrar acerca de que de ningún modo pudo presumirse ilusorio acudir a las instancias de mérito para obtener alivio al agravio que formula la apelante.

7. En resumidas cuentas, el GCBA no rebate adecuadamente los fundamentos expuestos en el pronunciamiento recurrido por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad: ausencia de sentencia definitiva o de sentencia equiparable a tal.

Esto es, no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). Antes bien, reitera —como surge de modo manifiesto del relato efectuado— los conceptos, consideraciones y argumentos formulados en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad respectivo, o introduce planteos que no se formularon ante la instancia de mérito. Ello obsta a la procedencia de la queja deducida puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

8. No resulta ocioso resaltar que de las copias acompañadas con la queja, no surge que las instancias anteriores hayan realizado un análisis sobre la legitimación activa de la asociación demandante con relación a la pretensión formulada en autos. Sin embargo, esa cuestión no ha sido traída a conocimiento de este estrado y la ausencia de sentencia definitiva limita la posibilidad de tratarla en esta instancia.

En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La jurisprudencia estable del TSJ —mencionada en el voto del juez de trámite— y la opinión mía, expuesta en esas mismas sentencias, determina*: a)* que las decisiones que imponen o niegan medidas cautelares son decisiones interlocutorias, que, por regla, no habilitan su examen por intermedio del recurso de inconstitucionalidad; *b)* que ellas no pueden equipararse sin más —en mi opinión nunca— a *sentencias definitivas*; y *c)* que, en el caso especial de la ley de amparo local, la correcta interpretación de su articulado, en conjunción

con la ley local 402, determina que aquellas afirmaciones son válidas también para ese caso genérico, aunque especial respecto de las normas anteriormente definidas. El recurrente no ha dado razones valederas, en el caso, para apartase de la regla expuesta, ni ha demostrado un agravio tal que trasforme la decisión interlocutoria, que sin duda lo agravia, en definitiva, aun en el supuesto caso de la existencia de sentencias *equiparables* a definitivas, conforme a la doctrina mayoritaria, aspecto sobre el cual me remito a las explicaciones del señor juez del trámite.

Ésta es la razón principal por la que, en adhesión al voto del señor juez del trámite, voto yo también por el rechazo de la queja y la consolidación de la decisión negativa de la Cámara acerca de la admisibilidad del recurso.

2. La decisión propuesta merece también mi adhesión al ocuparse de las demás razones de impugnación, en especial, de la explicación referida al ejercicio del derecho de defensa de modo *bilateral*, esto es, en el sentido de respuesta a la solicitud. En primer lugar, el ejercicio previo de la respuesta, anticipada a la decisión, pone en riesgo a la misma eficiencia de la medida, razón por la cual el legislador ha diferido la contestación al pedido y la defensa de la posición de quien sufre la medida para un momento posterior a su traba. En segundo lugar, tiene razón el señor juez del trámite al advertir sobre aquellos mecanismos, no utilizados por el recurrente, que, sin embargo, le hubieran permitido ejercer la defensa ante los jueces de mérito después de conocer la decisión. En tercer lugar, como también lo propone el voto que preside este fallo, esas medidas son reformables y revocables no bien se verifique otro contexto de decisión, situación que, por supuesto, puede poner de manifiesto en el proceso quien sufre la medida, requiriendo su cesación. Se trata así, tan sólo, de diferir el ejercicio de la defensa para después de trabada la medida, en homenaje, precisamente, a la acción de trabarla de modo rápido y eficiente. Al punto ello es así que, como también lo dice el voto al cual me adhiero, el mismo recurrente no ha sostenido que las reglas jurídicas relativas a las medidas cautelares, que habilitan este modo de decisión anticipado, sea contrario a alguna norma fundamental y, por ello, la regla permisiva deba ser expulsada del universo jurídico-procesal, al menos en este caso concreto.

Según se observa, el recurso tampoco plantea un genuino caso constitucional, ni el recurrente lo ha planteado genuinamente o no está en condiciones de plantearlo conforme a su comportamiento procesal previo.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero a la solución que propone el juez Luis F. Lozano por participar de los argumentos que la sustentan referidos: *i)* al carácter, por regla, no definitivo del pronunciamiento atacado, tal como lo he expresado en anteriores oportunidades (expte. n° 6015/08, “Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso

de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resolución del 1/10/2008; expte. nº 6208 "Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; expte. nº 6260 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", resolución del 27/5/2009; expte. nº 6208, "Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; entre otros); y *ii)* a la no acreditación por parte del GCBA de que el mentado decisorio le genere un gravamen que le cause un perjuicio inminente de imposible reparación ulterior, toda vez que es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 53/77 fue interpuesto en tiempo y forma, sin embargo, no puede ser admitido.

2. La Sala II de la Cámara CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, por considerar que la decisión atacada no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal. A mayor abundamiento, el *a quo* expresó que tampoco se había logrado exponer un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, a partir del planteo de la arbitrariedad del pronunciamiento recurrido.

3. En cuanto al primer argumento utilizado por la Cámara para denegar la vía recursiva intentada, ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar*, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —véase mi voto en minoría *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, resolución del 27/8/2008)—. En consecuencia, con sustento en los fundamentos brindados en el precedente citado —a los que me remito en homenaje a la brevedad—, entiendo que la sentencia atacada en el caso constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los planteos que el GCBA ha efectuado sobre el punto.

4. Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que el recurso no puede prosperar, pues no se ha logrado plantear un caso constitucional que habilite la instancia de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

La demandada cuestiona la decisión de la Sala II que concedió la medida cautelar peticionada por la accionante y, en consecuencia, ordenó al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3/9/2008, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito.

A tal fin, plantea la arbitrariedad del decisorio. Puntualmente, sostiene que en autos no se encontraban reunidos los requisitos exigidos por las normas aplicables para la procedencia de una medida precautoria como la solicitada. Niega que se hubiera comprobado en el caso la verosimilitud de derecho esgrimido por la amparista, en tanto la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad. Por otro lado, aduce que existió una errónea valoración del peligro en la demora y que, por lo demás, el daño que eventualmente se produciría a los docentes afectados no podría ser reputado irreparable. Así entonces, estima que el pronunciamiento impugnado cercena atribuciones propias del poder administrador y vulnera el derecho al debido proceso del GCBA.

5. En mi concepto, los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados, en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA).

Más allá del acierto o error del criterio adoptado por los magistrados intervinientes al dictar la medida cautelar, lo cierto es que los agravios planteados por el GCBA no logran demostrar que el pronunciamiento atacado se respalde en un desacierto en virtud del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Antes bien, se advierte que la recurrente pretende que este estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente, a partir de su discrepancia con el criterio adoptado para dar andamiento a la medida precautoria requerida por la actora.

Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues sólo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal,

in re "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Por último, por no ser cuestiones objeto de agravio por parte del Gobierno, nada cabe expresar en punto a la legitimación procesal reconocida a la accionante en este litigio, ni respecto del peculiar alcance del decisorio impugnado —que, sin fundamentación expresa, incluyó en la tutela preventiva a todo el conjunto de docentes de la Ciudad que habría participado de las medidas de fuerza, cuando, aparentemente, Ademys sólo accionó en representación de sus afiliados (conf. punto 1 del escrito de inicio obrante fs. 2/5 vta. y punto 1 de la sentencia del juez de grado, fs. 12/13).

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma, aunque, como bien indica el señor juez de trámite en el punto 7 de su voto, carece de una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, por lo que no es admisible.

2. El eje del recurso directo en análisis, en lo que aquí me importa, gira en torno al sentido de la expresión "sentencia definitiva" en orden a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad y a su conexión con el régimen de la acción de amparo previsto por la ley 2415. Acerca de esta cuestión me expedí en el 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)'"

Dije en los aparts. 4, 5 y 6 de mi voto en el precedente citado, que:

"*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 mérito 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 (por ejemplo, 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. 6°, inc. 6°, 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 CCBA' (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. 4, 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".

3. La extensa cita transcripta en el apart. 2 da argumentos para evaluar si la carga desplegada por el GCBA tendiente a justificar la existencia de sentencia definitiva o equiparable, es o no relevante.

Asimismo es oportuno recordar aquí que, cuando el art. 18 de la ley 2415 dispone que "l]a sentencia firme que resuelva sobre la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza en las condiciones establecidas por el art. 14 de la CCBA, hará cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes,

con independencia del amparo", no priva del carácter de cosa juzgada material a la decisión recaída en el amparo, así como no resulta privada de tal cualidad la sentencia de desalojo que deja subsistentes acciones por daño contra el locatario; la sentencia de divorcio que deja subsistente acciones por alimentos o la sentencia condenatoria penal que deja subsistente el reclamo civil, sólo para dar algunos ejemplos. Si la sentencia dictada en un amparo sólo hiciera cosa juzgada formal, la acción correspondiente estaría privada de todo sentido tuitivo y de efectividad, y equiparada a un trámite administrativo.

Estas advertencias preliminares permiten desmontar los argumentos con los que la Procuración intenta sostener que su recurso de inconstitucionalidad está dirigido contra una sentencia equiparable a definitiva.

La resolución impugnada versa sobre una medida cautelar, y por tanto no decide el fondo del asunto; consiste en un juicio de verosimilitud y no en una declaración de certeza jurídica; en una hipótesis acerca de la plausibilidad del derecho autoafirmado en la demanda que únicamente quedará confirmada o desechada, en principio, con la sentencia definitiva. La decisión cautelar en análisis —una medida cautelar innovativa que permite la percepción de los salarios— no decide el pleito. Si luego en la sentencia definitiva se admite que corresponden los descuentos por huelga, los agentes que hubieran percibido su remuneración por los días no trabajados, serán deudores del Gobierno.

Desde un punto de vista más técnico se puede sostener, entonces, que un anticipo del objeto mediato de la pretensión —anticipo de tutela material— no resulta dirimente porque aún falta, y éste sí es un elemento importante, la decisión sobre el objeto inmediato de la pretensión que consiste una declaración de certeza jurídica sobre el derecho autoafirmado. No hay, pues, sentencia definitiva ni equiparable a tal.

Sin embargo, el Gobierno insiste en que la medida cautelar es una sentencia equiparable a definitiva por la irreversibilidad de los perjuicios que le causa. Éste es el único argumento digno de atención y que, eventualmente, podría justificar la admisibilidad del recurso.

En rigor, el GCBA sustenta su postura en la condición de interinos o suplentes de muchos de los docentes involucrados, y en el carácter "flotante" o aleatorio de ese conjunto, lo que le impediría recuperar lo pagado en el supuesto de que el amparo fuera rechazado. No advierte que aun en ese caso, el crédito a su favor persistiría.

No obstante, aquí también los fundamentos del quejoso son extremadamente débiles. La decisión recurrida no genera al GCBA ningún perjuicio irreparable, como bien lo señala el juez de trámite en los párrafos tercero y cuarto del apart. 3 de su voto, a los que adhiero.

4. En la queja correspondiente, el Gobierno reitera su planteo de nulidad de lo actuado por afectación del derecho de defensa en juicio. El tema tal como está expuesto remite a un supuesto vicio o error de procedimiento, definitivamente extraño al recurso de inconstitucionalidad. Cabe recordar que, para tales situaciones, el CCAyT prevé en los arts. 152 y 157 —que regulan el régimen de las nulidades procesales— la vía incidental, la cual debe ser promovida ante la instancia donde el supuesto vicio u omisión se hubiera producido.

Por lo expuesto, voto por rechazar por improcedentes el recurso de queja y demás cuestiones consideradas, con costas.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CLXV

"LAGE, MARÍA LILIANA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. EMPLEO PÚBLICO: Regularización previsional. División de poderes. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Se debe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad cuando los agravios referidos a la ponderación efectuada en las instancias de mérito de la situación laboral de la actora, y al error en que habrían incurrido los jueces anteriores al considerar el carácter habitual y permanente del suplemento creado por el dec. 861/93, plantean cuestiones que son claramente ajenas al contenido de la impugnación que autoriza el art. 27 de la ley 402. *(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 la señora jueza Ana María Conde).

2. En el marco del proceso y en ejercicio de sus competencias, los jueces de la Cámara reconocieron el carácter remuneratorio del suplemento por conducción, mediante una decisión que proyecta consecuencias en el ámbito de actuación del Poder Ejecutivo que no implican un avance inadmisible del Poder Judicial sobre la Administración local, toda vez que es propio de la labor de los jueces resolver las causas que sean sometidas a su consideración en los términos del art. 106 de la CCBA. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

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

4. Se debe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad porque la decisión resistida es autocontradictoria, ya que no es posible sostener al mismo tiempo que el goce de un suplemento por conducción instaurado para el ámbito de la Administración se encuentra condicionado por el efectivo cumplimiento de ciertas circunstancias, pero ha sido establecido con carácter general para todos los agentes. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

5. La mera circunstancia de que la actora haya percibido el suplemento en cuestión durante muchos años no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella establecida por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que durante igual plazo, la accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

6. Más allá del desacuerdo con la decisión impugnada, en el recurso no se demuestra que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Una constante jurisprudencia de este Tribunal tiene resuelto por mayoría en diversos precedentes que la regularización de la situación previsional de los empleados públicos excede la competencia de los tribunales locales, y la previsión legal invocada por la Cámara no rige cuando el tratamiento de la pretensión en juego no corresponde a los magistrados de la Ciudad, por lo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6298/08 - 3/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Liliana Lage promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) tendiente a que: *a)* se declare inconstitucional el carácter no remunerativo asignado al suplemento por conducción o función jerarquizada establecido por el dec. 861/93, a partir del 1º/5/1993*; b)* se condene al GCBA al pago retroactivo de la diferencia de sueldos anuales complementarios en relación con dicho suplemento, más sus intereses; *c)* se condene al demandado a liquidar mensualmente en forma correcta el suplemento, computándolo como remunerativo; *d)* se condene al accionado a presentarse ante la AFIP para que regularice las contribuciones debidas (fs. 1/8 vta.).

2. El GCBA opuso excepción de prescripción (fs. 39/40) y contestó la demanda (fs. 47/51 vta.) solicitando que fuera rechazada en todas sus partes.

3. La jueza de primera instancia, en lo que ahora interesa, hizo lugar a la demanda "en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad peticionada" y ordenó que el GCBA liquidara y calculara el SAC de conformidad con lo resuelto "y por todo el período no prescripto, en tanto se encuentre la agente en actividad" y abonara "las diferencias resultantes con más los intereses reclamados". Finalmente, impuso las costas al demandado (fs. 100/103 vta.).

4. Ambas partes apelaron la sentencia. El GCBA expresó agravios a fs. 118/121 vta. (que la actora contestó a fs. 123/126) y la Sra. Lage desistió de su recurso (fs. 117).

5. La Sala I de la Cámara CAyT resolvió: "*1)* Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia; y *2)* imponer las costas a la parte actora..." (fs. 131/133 vta.). Por resolución de fs. 148, aclaró que las costas eran impuestas a la parte demandada.

6. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. Sostuvo que la sentencia lesionó la garantía del debido proceso y el derecho de defensa (arts. 18 de la C.N. y 10 de la CCBA) y era, por ello, arbitraria. Invocó, también, que se afectaron el derecho de propiedad y el principio de división de poderes (arts. 1°, 14, 17, 19 y 129 de la C.N.; 1°, 13 inc. 3, y 53 de la CCBA).

7. La Sra. Lage contestó el traslado y se opuso a la admisibilidad y procedencia del recurso de la parte demandada (fs. 152/154).

8. La Sala I concedió, parcialmente, el recurso. Así, lo rechazó por la causal de "arbitrariedad" y lo concedió sólo en cuanto al cuestionamiento del GCBA al carácter remunerativo que la sentencia reconoce al dec. 861/93.

9. Recibidas las actuaciones por el Tribunal, se dio vista al Ministerio Público Fiscal. En su dictamen, el fiscal general adjunto propuso que el Tribunal "declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada". Sostuvo que "el recurrente no presenta un caso constitucional pues su crítica, a pesar del esfuerzo realizado para derivar de ello una cuestión de tal naturaleza, sólo traduce una mera discrepancia con los desarrollos del *a quo* que no permiten, en mi opinión, corroborar su irracionalidad en punto a la interpretación del referido decreto" y que "más allá del acierto o error de la decisión recurrida, la ponderación acerca de los presupuestos fácticos que llevaron, a la Cámara, a admitir el carácter remunerativo del suplemento dispuesto por la normativa en cuestión, en razón de la habitualidad y generalidad en su percepción, por parte de la demandante, resulta tarea propia de los jueces de mérito y ajeno a esta instancia extraordinaria" (fs. 164/166).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Tal como lo señala el señor fiscal general adjunto, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA fue mal concedido por la Sala I, como se verá.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, el recurrente expresó los siguientes agravios: *a)* arbitrariedad de la decisión judicial que atribuyó naturaleza remuneratoria al suplemento por conducción implementado mediante el dec. 861/93; *b)* extralimitación de las potestades jurisdiccionales, asunto que remite, en definitiva, a la división de poderes.

Corresponde señalar que el GCBA no planteó recurso de queja frente a la denegatoria del recurso por la causal de "arbitrariedad". En consecuencia, todo lo atinente a la interpretación efectuada por la alzada del dec. 861/93, así como sobre la concurrencia en el caso de los presupuestos fácticos y jurídicos que permiten la calificación del suplemento salarial como "remunerativo", ha quedado firme.

La lectura del recurso permite afirmar que los agravios expresados por el GCBA contra la sentencia recurrida giraron, centralmente, en torno a la indebida ponderación efectuada en las instancias de mérito de la situación laboral de la actora; y, a partir de allí, en el error en que incurrieron los jueces anteriores

al considerar el carácter habitual y permanente del suplemento creado por el dec. 861/93 en relación a la Sra. Lage. Esas cuestiones son, claramente, ajenas al contenido de la impugnación que autoriza el art. 27 de la ley 402, por medio del recurso de inconstitucionalidad.

En contra de lo señalado por la Cámara al conceder parcialmente el recurso —"toda vez que el Superior consideró en un precedente que presenta similitudes con el caso de autos, donde se analizó el carácter no remunerativo y no bonificable de ciertas asignaciones salariales (...) que se encontraba configurado un caso constitucional (...) es dable conceder el remedio intentado..."—, al haber dicho tribunal desestimado el planteo de arbitrariedad, ningún agravio constitucional autónomo subsiste en el recurso del GCBA, que autorizara su concesión.

En tal sentido, se advierte que la afectación del derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso, que invocó el GCBA, tuvo en miras dar base constitucional a la causal de arbitrariedad.

3. Por último, los argumentos referidos a la extralimitación de las potestades jurisdiccionales que resultaría lesiva del principio de división de poderes, no fueron materia de consideración alguna por la Sala en la decisión de fs. 156/157. Ante tal omisión, el recurrente no solicitó un pronunciamiento expreso por vía de aclaratoria.

Sin perjuicio de ello, en tanto la fórmula utilizada por la Sala pudo llevar al demandado a considerar que la concesión abarcaba tal motivo de impugnación, señaló que el planteo tampoco articula debidamente una cuestión constitucional (conf. mi voto en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sarquis, Edgardo Walter c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5193/07, sentencia del 18/9/2007).

El recurrente alega que la decisión impugnada, que mantiene la naturaleza remunerativa del adicional de autos, vulnera la división de poderes en la medida en que la Cámara está suplantando en la voluntad del poder administrador, generando desequilibrios en las previsiones presupuestarias y financieras del GCBA (fs. 143 vta./144). Sin embargo, dicha manifestación carece de todo respaldo y su sola enunciación no define una cuestión constitucional. Es más, al decidir en un caso concreto —como es el de autos—, los jueces en las más variadas circunstancias y en ejercicio de sus atribuciones interfieren en la actuación de otros poderes cuando los condenan al cumplimiento de deberes o prestaciones; tal como lo he señalado en otras causas ("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, resolución del 31/8/2005 y "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, resolución del 31/8/2005, entre otros).

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. 861/93. 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 (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marone, Héctor Rodolfo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5190/07, sentencia del 14/10/2008).

Por lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, con costas.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La Sala interviniente, al expedirse sobre la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA (resolución obrante en copia a fs. 156/157), dispuso su concesión parcial en cuanto al agravio relativo a la vulneración de *"*la garantía del debido proceso integrativa del derecho de defensa" (apartado II), pero lo rechazó en lo referido a la causal de arbitrariedad de sentencia (apartado III).

Sin embargo, una lectura atenta del recurso de inconstitucionalidad permite concluir que todas las críticas del recurrente giran en torno a la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara que confirmó la decisión que atribuyó naturaleza remuneratoria al suplemento por conducción implementado por el dec. 861/93, vicio que, según el recurrente, lesionaría su derecho al debido proceso. Por lo tanto, contrariamente a lo que sostiene la Cámara, resulta imposible diferenciar los agravios según se relacionen con la invocada vulneración del debido proceso o con la arbitrariedad, porque todos apuntan a lo mismo: demostrar la existencia de errores del Tribunal de mérito en la valoración de los hechos, las pruebas y la aplicación del derecho infraconstitucional.

En otras palabras, hablar de sentencia arbitraria o de lesión al debido proceso a raíz de una indebida aplicación del derecho o valoración de los hechos de la causa, es exactamente lo mismo. Y la Cámara tampoco precisó con claridad cuáles planteos ameritaron la configuración de un caso constitucional y la concesión del recurso de inconstitucionalidad, y cuáles no, imprecisión que no puede perjudicar al recurrente, porque ello implicaría incurrir en un excesivo rigor formal.

En consecuencia, al estar íntimamente ligados los agravios, serán analizados conjuntamente a los efectos de determinar la existencia o inexistencia de un genuino caso constitucional, sin que resulta obstáculo para ello la falta de interposición de un recurso de queja contra la denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad en lo referido a la arbitrariedad de sentencia.

2. Sentado lo expuesto, cabe afirmar que el planteo del recurrente trasunta solamente la disconformidad del GCBA con la decisión que se impugna y no satisface la carga de efectuar una crítica concreta, fundada y suficiente para acreditar la existencia de un verdadero caso constitucional en los términos del art. 27 de la LPT.

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

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

En el presente caso, la Cámara valoró —para arribar a su decisión— diferentes elementos de los que da cuenta la sentencia como la existencia de notas de "habitualidad" y "generalidad" en las funciones que aplican para el suplemento, y desarrolló la interpretación y aplicación de normas de derecho común como lo son los decretos cuestionados y las normas del SIMUPA pertinentes de los que surgiría el carácter remunerativo del suplemento en cuestión. Todo ello demuestra la inexistencia de un debate constitucional, sino la discrepancia del recurrente con la valoración de hechos y la aplicación de derecho infraconstitucional, cuestiones todas ellas ajenas al recurso extraordinario local intentado.

En suma, la arbitrariedad no puede tratarse de una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio excepcional para que el TSJ conozca sobre decisiones manifiestamente carentes de fundamentos y que, de esta manera, lesionen el derecho de defensa en cuanto incluye el derecho a obtener una sentencia fundada en el derecho positivo aplicable a los hechos de la causa. Se trata, así, de un remedio ante decisiones

"desprovistas de todo apoyo, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces", según la letra de la Corte Federal en el caso "Rey" (*Fallos*, 112:384) y de otras situaciones semejantes que el referido tribunal ha ido sistematizando, como lo muestra la actual clasificación de los casos de arbitrariedad que contiene la publicación oficial de sus fallos (conf. Lugones, Narciso: *Recurso extraordinario*, LexisNexis, 2002, segunda edición actualizada, p. 286)

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

3. Por otra parte, en atención a que el GCBA sostiene que la sentencia de la Cámara genera un desequilibrio que conspira contra la división de poderes, es de destacar que sus manifestaciones no revelan la afectación de principios constitucionales, toda vez que la propia Constitución local confiere a los jueces el deber de controlar la legitimidad de la actividad de la Administración pública (arg. art. 106, CCBA). Este deber de los magistrados no vulnera la división de poderes, sino que, por el contrario, consolida este principio fundamental del Estado democrático, ya que un adecuado funcionamiento de las instituciones requiere un control permanente y recíproco de los distintos poderes —u órganos del poder.

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

4. Por último, cabe agregar que el GCBA, en el apartado IV de su recurso de inconstitucionalidad, se agravia de "la condena a regularizar la situación previsional respecto al pago total de los aportes jubilatorios supuestamente adeudados al sistema de jubilaciones y pensiones" (fs. 140).

Sin embargo, luego no desarrolla, con entidad suficiente, ninguna argumentación que dé sustento a ello, ni critica acabadamente el tratamiento que le dio el *a quo* a dicha cuestión. De esta manera, el escrito no satisface las exigencias formales básicas del recurso de inconstitucionalidad, que ineludiblemente debe incluir una crítica concreta y razonada de la sentencia impugnada, y la

refutación de todos y cada uno de los fundamentos enunciados por la Cámara para arribar a las conclusiones que motivan los agravios.

Por otra parte, si bien en anteriores presentaciones el GCBA ha hecho alusión a la falta de legitimación material de la accionante para exigir el pago de la deuda previsional —por ejemplo, en la expresión de agravios de la apelación contra la sentencia de primera instancia—, lo cierto es que al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad el GCBA no ha reeditado el planteo. En consecuencia, al no hallarse dentro del marco del recurso intentado ante estos estrados, el citado planteo no puede prosperar, porque lo contrario implicaría que el Tribunal oficiosamente introduzca y trate defensas que la parte interesada no dedujo en la oportunidad y forma correspondiente.

En conclusión, las mencionadas deficiencias en la fundamentación del recurso de inconstitucionalidad impiden su tratamiento en esta instancia.

5. Por las consideraciones expuestas precedentemente, voto porque se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las razones expuestas por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'", expte. nº 6031/08, sentencia del 11/2/2008, dan suficiente respuesta al cuestionamiento relacionado con el carácter remunerativo que la sentencia reconoció al dec. 861/93, y a ellas cabe remitirse para declarar, en este aspecto, mal concedido el recurso de inconstitucionalidad ante la ausencia de caso constitucional.

En tal sentido vale destacar que la sentencia impugnada (fs. 132 vta.), interpretando la normativa infraconstitucional, cuya aplicabilidad no fue puesta en tela de juicio por la parte recurrente, vino a señalar que, en tanto por un lado, el dec. 861/93 no calificó al suplemento analizado como "no remunerativo", y que, por otro, al tratarse de un adicional propio de la categoría de revista contemplada por el mencionado decreto, el carácter remunerativo coincidiría con las previsiones del art. 18 del SIMUPA, según el cual la retribución de los agentes se compone de la asignación básica de nivel y de los adicionales, suplementos y bonificaciones que correspondan a su situación de revista, entre ellos el suplemento ahora reclamado ("función ejecutiva", art. 20, SIMUPA). Al margen de expresar su desacuerdo, el gobierno recurrente no acredita que la inteligencia asignada a los preceptos en juego exceda la que pueden formular los jueces de la causa, ni que hacer reposar la generalidad del suplemento en el hecho de ser percibido por todos los que cumplen funciones de conducción —aunque no por todo empleado del GCBA— sea contradictorio con las previsiones legales que regulan la composición del salario de los empleados públicos. Esa noción

de generalidad, cualquiera sea su mérito, encuentra apoyo en la normativa citada que, según el *a quo*, vincula el carácter salarial de los suplementos con la situación de revista y no con la de la totalidad de los agentes. Ello no implica más que sostener que abarca a todos los que están en igual condición y no a todos los dependientes. A su vez, la demandada tampoco logra descalificar la sentencia en cuanto habría omitido considerar el efectivo cumplimiento de los presupuestos requeridos para el cobro del suplemento en cuestión por el universo de quienes lo perciben, en tanto esos requisitos fueron invocados como causa del rubro, no están discutidos en relación con la accionante ni, finalmente, lo decidido implica abrir juicio acerca de su procedencia en otros casos.

2. Por el contrario, los agravios que propician revocar la sentencia impugnada en cuanto condenó al GCBA a regularizar la situación previsional de la Sra. Lage deben progresar.

En primer término, para despejar equívocos, resulta necesario formular algunas precisiones relativas al alcance de la condena cuestionada. Aunque la sentencia de primera instancia —luego de abordar el tópico en cuestión en sentido favorable a la actora en el considerando IV y hacer lugar a la demanda— no incluyó en su dispositivo una orden específica orientada a lograr la regularización de la situación previsional de la actora como había sido solicitado en la demanda, el *a quo* al analizar los agravios del GCBA, primero asumió que tal condena existía, luego rechazó los planteos vinculados a la falta de legitimación y competencia de la justicia local, para finalmente confirmar la sentencia atacada (considerando IV, fs. 133).

Frente a ello, resulta aplicable la constante jurisprudencia de este Tribunal que, por mayoría, tiene resuelto para supuestos análogos al que nos ocupa, que la regularización de la situación previsional requerida excede la competencia de los tribunales locales (conf. TSJ *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, resolución del 14/9/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Velaz, Liliana Mirta y otros c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5526/07, resolución del 30/4/2008).

Esa solución no queda conmovida, como pretende la Sala I, Cámara CAyT, por la afirmación según la cual "(...) para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas —excepción hecha de las cuestiones que han sido expresamente atribuidas por el legislador de la Ciudad al conocimiento de otros

tribunales locales— sino a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1° de la CCBA" (*sic rectus* CCAyT). El criterio postulado sólo comprende a los asuntos propios del fuero mencionado que son los que pueden ser resueltos por autoridades locales. Con ese alcance, la norma sirve para determinar la radicación de una causa cuya solución dependa de la interpretación de derecho privado o público local y sólo en tales supuestos resulta indiferente cuál de ellos rige la solución del pleito pues ante la presencia de autoridades administrativas de la CABA en juicio opera la competencia del fuero CAyT (art. 2° de la ley 189).

La regla enunciada, invocada en el vacío pierde sentido y, a su vez, interpretada fuera de contexto conduce a una solución equivocada. Basta señalar a este respecto que, el criterio usado por la ley 189 que define el ámbito del proceso contencioso administrativo local, nunca podría cambiar las previsiones del art. 116 de la C.N. A su turno la delimitación del mencionado ámbito, evidentemente inspirada en la restricción que la ley 24.588 provoca sobre las potestades jurisdiccionales de la CABA, tampoco se expandiría en el sentido que pretende el *a quo* con el goce pleno de esa función actualmente retaceada, porque la previsión legal invocada por la Sala I no rige cuando la pretensión en juego no corresponde a la competencia local. En tanto el supuesto que nos ocupa se inscribe en esta última hipótesis, por los argumentos desarrollados en la jurisprudencia citada (punto 2, párrafo tercero) a los que remito por razones de brevedad, la sentencia cuestionada en este aspecto, incurre en un exceso jurisdiccional.

En consecuencia, oído el señor fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, *ii)* revocar la sentencia en cuanto condenó al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora y *iii)* declarar mal concedido ese recurso en relación con el carácter remunerativo asignado al dec. 861/93. Costas por su orden en función del resultado al que se arriba (art. 62 del CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Contra la sentencia de la Sala I —que, en lo que aquí interesa, confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar al planteo de inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del suplemento por función ejecutiva establecido por el dec. 861/93— el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad a fs. 137/145.

Resumidamente, la demandada se agravia de la decisión en cuanto allí se declara, sin fundamento válido, que el adicional de marras posee una naturaleza distinta de aquella establecida por el GCBA. Señala que el *a quo* alegó de manera dogmática que su pago posee carácter *habitual* y *general*, desentendiéndose del marco jurídico aplicable al caso y de las constancias probatorias producidas en el expediente. Sobre el punto, sostiene que el adicional de marras no es general

sino que, por el contrario, se caracteriza por su condicionalidad, por cuanto sólo puede ser abonado en favor de los agentes que cumplan con una pluralidad de requisitos. Así entonces, estima que el pronunciamiento impugnado cercena atribuciones propias del poder administrador y vulnera el derecho al debido proceso del GCBA.

Si bien la concesión parcial del recurso por el *a quo* condicionaría el tratamiento del remedio en esta instancia extraordinaria, en tanto existe íntima conexión entre los planteos que controvierten la asignación del carácter remunerativo del adicional previsto por el dec. 861/93 y los que señalan la arbitrariedad de la sentencia impugnada, corresponde adentrarse en el examen de ambos aspectos sin disociarlos (conf. doctrina de *Fallos,* 301:1194; 307:493; 323:1048, entre otros).

2. En mi concepto, los planteos esgrimidos por el GCBA tienen entidad suficiente para poner en crisis el decisorio impugnado, por los motivos que a continuación se exponen.

La Cámara entendió que, a fin de determinar el carácter remunerativo del suplemento por conducción previsto en el dec. 861/93, resultaba necesario analizar si el pago del mismo presentaba notas de "habitualidad" y "generalidad". Siguiendo este razonamiento, el *a quo* expresó que las normas involucradas en el caso estipulaban que su cobro quedaba sujeto al cumplimiento de tres condiciones, a saber: "La existencia de una designación en alguno de los cargos enumerados —director, jefe o capataz—, el ejercicio efectivo de la función de que se trate y, asimismo, contar con personal a cargo" (véase fs. 132 vta.). A continuación, sostuvo que "de la reseña normativa efectuada surge que cualquier agente que reúna las condiciones antes detalladas tiene derecho a percibir el mencionado adicional— generalidad. Por su parte, su percepción no queda condicionada a lapso temporal alguno, en la medida en que los presupuestos antes detallados —designación, ejercicio efectivo de la función y personal a cargo— se encuentran presentes a lo largo del tiempo— habitualidad".

Pues bien, desde mi punto de vista, el desarrollo argumental que contiene el decisorio resistido resulta autocontradictorio. Ello así, pues no es posible sostener al mismo tiempo que el goce de un suplemento por conducción instaurado para el ámbito de la Administración se encuentra *condicionado* por el efectivo cumplimiento de ciertas circunstancias, pero ha sido establecido *con carácter general* para todos los agentes. Y si lo que ha intentado la Cámara es argumentar que el suplemento por conducción cumpliría con la pauta de *generalidad* porque se le reconoce a todo el subconjunto de agentes que cumple con todos aquellos condicionamientos previos establecidos por la norma objeto de tacha, tal conclusión también debe ser descalificada por su falta de fundamentación; es evidente que luego de constatarse el cumplimiento de todos los condicionamientos previos establecidos por la norma para el goce del

suplemento por conducción, éste debe abonarse a todos los agentes incluidos en este subconjunto de personas que ejercen funciones ejecutivas o de conducción, pero ello no parece obedecer a una supuesta generalidad del suplemento, sino a elementales razones de *igualdad de trato*.

Cabe aclarar, además, que no existe prueba alguna en este juicio orientada a demostrar que, en los hechos, se hubiese desvirtuado por algún motivo la aplicación del dec. 861/93 a la *generalidad* de los agentes del GCBA regidos por el SIMUPA. Finalmente, entiendo que no pueden ser trasladadas sin más a este caso las argumentaciones vertidas en ciertos precedentes donde se concluyó que sí poseían carácter remunerativo otro tipo de suplementos creados por decretos distintos al objetado en esta causa. Debo recordar especialmente que en los precedentes "Ruiz" y "Farías", procesos iniciados por docentes de la planta del GCBA, los adicionales y suplementos que se declararon remunerativos no se vinculaban con el ejercicio efectivo de funciones de conducción —circunstancia fáctica específica que demanda algo más que el nombramiento en un cargo o la pertenencia a un determinado escalafón.

Por último, la mera circunstancia de que la actora haya percibido el suplemento en cuestión durante muchos años no autoriza a colegir, al menos automáticamente, una naturaleza del adicional distinta de aquella establecida por el GCBA en ejercicio de atribuciones que le son propias, sino que únicamente permite concluir que ello se ha debido a que, durante igual plazo, la accionante ha cumplido con los diversos requisitos exigidos por el dec. 861/93. Tampoco en este punto se ha acreditado que el desempeño efectivo de funciones ejecutivas que permite gozar del suplemento creado por el dec. 861/93, una vez adquirido, se encuentre tutelado por la garantía de la estabilidad.

Por las consideraciones expuestas y dado la forma en que se trabó y resolvió la litis —debido a que la actora construyó su pretensión, exclusivamente, a partir de la consideración de las pautas de habitualidad, regularidad y generalidad que, a su entender, tendría el decreto objetado—, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA; *b)* dejar sin efecto la sentencia recurrida; y *c)* rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Lage.

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. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

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

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

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

CLXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN: 'CAJA COMPLEMENTARIA DE PREVISIÓN PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE C/GCBA S/EJECUCIONES ESPECIALES'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. JUICIO EJECUTIVO: Sentencia definitiva. CAJA COMPLEMENTARIA DE PREVISIÓN PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE. TÍTULO EJECUTIVO: Requisitos. Autosuficiencia. Inhabilidad de título. Excesivo rigor formal. Derecho de defensa. Presupuesto. Patrimonio del Estado. Prestación de servicios públicos.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación ante ese Tribunal requiere que la Ciudad sea parte, que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva y que el valor disputado, sin sus accesorios, sea superior a $ 700.000, recaudos que no provienen de una única fuente, pues la exigencia relativa a la presencia del Estado en el pleito así como el requisito del monto mínimo apelable surgen de la ley (art. 26, inc. 6°, LOPJ y art. 38 de la LPT); y la necesidad de que el recurso se dirija a cuestionar una sentencia definitiva deriva de la jurisprudencia del Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Este Tribunal ha sostenido que la interpretación sistémica del ordenamiento local (art. 113, inc. 5° de la CCBA, art. 26, inc. 6° de la ley 7 y art. 38 de la ley 402) conduce a exigir que, como regla, el recurso ordinario de apelación debe estar dirigido a cuestionar una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Si bien la sentencia que pone fin a un juicio ejecutivo, en principio, no reviste el carácter de definitiva, dado que se persigue el cobro de una deuda en concepto de aportes previsionales no retenidos ni depositados, donde el Estado aparece como parte demandada en un juicio ejecutivo que tiene capacidad para comprometer el patrimonio público afectado a la prestación de servicios esenciales para la comunidad, tal característica opera como causal de equipara-

ción en las ejecuciones fiscales desestimadas en las que se perturba la normal percepción de la renta pública. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La excepción de inhabilidad de título fue analizada en las instancias de mérito con un excesivo rigor formal que afecta el derecho de defensa de la parte demandada, pues no se demostró que el planteo formulado por el GCBA estuviera vinculado a cuestiones ajenas al ámbito cognoscitivo propio de la ejecución intentada, de modo que la remisión a un proceso futuro de conocimiento pleno para resolver lo que puede quedar decidido en uno ejecutivo sin haber probado aun mínimamente que se lo desnaturalizaría, constituye un pronunciamiento dogmático e insosteniblemente lesivo del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva que garantizan la C.N. y la CABA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El art. 16 de la ley 22.804 no especifica de modo exhaustivo cuáles son el conjunto de recaudos que debe reunir el título ejecutivo para ser válido, circunstancia que no conduce a admitir que los certificados de deuda puedan carecer de los requisitos indispensables para adquirir el efecto que la ley les asigna. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La contracción del derecho de defensa del ejecutado resulta válida sólo cuando el título en que se apoya la ejecución brinde constancia fehaciente en torno a la existencia y exigibilidad de la deuda reclamada, porque el debate sobre tales puntos aparece excluido del proceso ejecutivo orientado, por regla, a discutir aspectos vinculados con deficiencias extrínsecas de la boleta de deuda. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. No es autosuficiente el título ejecutivo en que se apoya este proceso si el certificado no indica cuál sería el registro del que surgiría de modo fehaciente que las retenciones no practicadas corresponden a docentes que hubieran ejercido la opción requerida para gozar de los beneficios jubilatorios otorgados por la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Puede ser equiparado el pronunciamiento recurrido a sentencia definitiva en atención al significativo importe de la suma controvertida ($ 24.243.154,12), y la trascendencia que adquiere la controversia, tanto de cara al pretensor de la acreencia —la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente— encargado de satisfacer derechos alimentarios de sus beneficiarios, como del deudor —Ciudad Autónoma de Buenos Aires— obligado a garantizar la continuidad de la atención de las prestaciones a su cargo y de los servicios públicos esenciales que tienen como destinatarios a todos los vecinos de la jurisdicción. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Más allá de que la ley que regule específicamente la materia (nº 22.804) no detalle los recaudos básicos que deben reunir los títulos ejecutivos, ellos deben ser expedidos de forma que permita identificar con nitidez las circunstancias que justifican la procedencia del reclamo por la vía elegida, de modo que resulta una inconsistencia invalidante de la boleta de deuda que no se haya

consignado en ella, en términos precisos, el número de docentes transferidos que ejercieron la opción de continuar bajo el régimen de la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente, como el monto de la retribución total percibida y de la remuneración sujeta a aporte, todo ello conforme al plexo normativo aplicable. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. La ausencia de completitividad o autosuficiencia del título ejecutivo —boleta de deuda— deviene relevante para considerarlo vicioso e inhábil, en tanto impide ejercitar el derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional, sin que las expresadas tachas importen ingresar en la discusión de la causa de la obligación, sino tan sólo en preservar las exigencias mínimas del debido proceso ante la formación irregular de un instrumento expedido unilateralmente y que, bajo el amparo de ritualismos formales estrictos, no puede conducir a la indefensión de aquel a quien se atribuye la condición de obligado al pago, haciéndolo pasible de una condena por una deuda inexistente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

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

12. El importe de la ejecución fiscal resulta relevante, en tanto involucra una suma superior a $ 24.000.000, por lo que no es posible dejar de considerar la incidencia de la sentencia recurrida para los intereses del Fisco local, toda vez que el Estado de la Ciudad elabora anualmente un presupuesto, donde estima gastos y recursos necesarios para llevar adelante su gestión, y cualquier modificación sustancial a aquellas previsiones puede comprometer seriamente la ejecución de actividades organizadas en beneficio de la sociedad y la prestación de servicios esenciales a sus habitantes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. Si el título ejecutivo sobre el cual procede la ejecución —boleta de deuda emanada de la propia ejecutante— no reúne los recaudos mínimos de certeza que tornan procedente un trámite expedito como el ejecutivo, en especial la cantidad de agentes y el detalle de las remuneraciones que se han considerado para arribar a la suma que se dice adeudada, el pronunciamiento recurrido debe ser equiparado a sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. Son condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte, que el valor disputado sea superior a $ 700.000 y, conforme jurisprudencia de este Tribunal, que se dirija contra una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

15. La resolución que admite la vía ejecutiva local para el cobro de aportes previsionales no es definitiva a los efectos del recurso de apelación ante este estrado, ni puede asimilarse a tal, único supuesto en el que, para cierta doctrina,

cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva, en la medida que no pone fin al pleito, no impide la tramitación del juicio ni provoca un gravamen de imposible reparación ulterior. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6098/08 - 29/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente (en adelante, CCPAD) demandó ejecutivamente al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) por la suma de $ 65.610.486,18, con base en el certificado de deuda por ella emitido de conformidad con lo dispuesto por el art. 16 de la ley 22.804, correspondiente a aportes obligatorios a cargo de los afiliados que el GCBA debía retener de sus remuneraciones (fs. 8/14 vta.).

El GCBA planteó la nulidad del traslado ordenado, por considerar que la vía elegida por la actora era formalmente inadmisible en tanto el CCAyT (ley 189) no regula la vía de apremio para el cobro de tal tipo de créditos. Además, interpuso excepciones de prescripción, inhabilidad de título y espera documentada. Finalmente, cuestionó la constitucionalidad del art. 29 de la ley 22.804 y del inc. 4° de la reglamentación del art. 27 de esa ley (fs. 15/24)

La actora contestó el traslado del planteo de nulidad y de las excepciones, y solicitó que todos ellos fueran rechazados (fs. 25/38 vta.).

El juez de primera instancia rechazó todos los planteos del GCBA y mandó llevar adelante la ejecución (fs. 39/41 vta.).

2. El GCBA apeló la decisión (fs. 42/46 vta.). Expresó agravios contra el rechazo de su planteo de inconstitucionalidad del inc. 4° de la reglamentación del art. 27 de la ley 22.804; en tal sentido sostuvo que ante la falta de reglamentación del art. 29 de esa ley "frente a la mora sólo cabe aplicar los principios generales respecto de la misma, y en proceso judicial el art. 622 del Cód. Civil y, eventualmente, las disposiciones legales destinadas a evitar la contumacia en las obligaciones de hacer...". También cuestionó el rechazo de la excepción de inhabilidad de título por considerar que no es posible conocer "sobre cuántos agentes pretende la actora que se ha omitido retener aportes, la identificación de los mismos, la masa salarial involucrada u otros datos que permitan ubicar los documentos de pago sobre la masa de afiliados de la contraria o justificar caso por caso las razones concretas por las que no procede retener aportes con

destino a esa entidad"; y porque el certificado contiene $ 41.367.332,06 de intereses liquidados sobre la base del art. 29 de la ley 22.804 "norma que no se encuentra operativa ya que no ha sido reglamentada".

Contestado el memorial de agravios por la parte actora (fs. 47/55), la Sala II de la Cámara confirmó la sentencia recurrida (fs. 56/58). El Tribunal sostuvo que la "previsión reglamentaria no ha hecho más que plasmar una derivación lógica de los postulados de la norma" y que "la reglamentación que dispone la consecuencia del incumplimiento a lo expresamente previsto por el legislador, no parece (ni el apelante lo demuestra) irrazonable o excesiva". Y en cuanto a la excepción de inhabilidad de título, desestimó el agravio por cuanto el juicio ejecutivo "se concibe como un trámite de verificación restringido en el cual, dado su limitado ámbito de conocimiento se debe excluir todo aquello que va más allá de lo meramente extrínseco (...) sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa".

3. El GCBA interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 59 y vta.). Expresó que "la sentencia del Tribunal reviste carácter de definitiva".

La Sala Il denegó la concesión del recurso "toda vez que el pronunciamiento apelado no constituye sentencia definitiva" (fs. 60 y vta.).

4. Contra la denegatoria, el GCBA dedujo el recurso de queja (fs. 1/4 vta.). El recurrente plantea que la decisión denegatoria del recurso "prescinde injustificadamente de las circunstancias especiales de la causa, es decir, de las serias deficiencias de que adolecen los instrumentos agregados en autos en los que actora sustenta su demanda, de la exorbitancia del reclamo acogido por el Tribunal, de los planteos de inconstitucionalidad desoídos y, precisamente, de la grave afectación que resulta de todo ello al patrimonio de la Ciudad, que en el caso ha visto gravemente comprometido su derecho de defensa". Agrega que la legislación local no prevé una vía ordinaria posterior, como sí lo hace el CPCCN; y que "cuestiones esenciales tales como la inhabilidad de título y las inconstitucionalidades articuladas, todas ellas resueltas en la presente ejecución, no podrían ser replanteadas en el juicio ordinario posterior" aun en caso de aplicarse por analogía la regulación procesal nacional del juicio ejecutivo.

El señor fiscal general adjunto (fs. 66/67 vta.) postula el rechazo de la queja pues los planteos del GCBA "no resultan suficientes para equiparar la decisión a una sentencia definitiva".

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad fue deducido en tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), él no puede ser admitido.

2. El art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2° de la ley 189) dispone que el TSJ conoce "en instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)". Por su parte, el art. 38 de L.P.T. establece que en el recurso ordinario de apelación "el/la apelante debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26, inc. 6° de la ley 7 modificado por el art. 2° de la ley 189". Son entonces condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte, que el valor disputado sea superior a $ 700.000 y, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva (*in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 83 y ss.).

3. El recurso de apelación fue correctamente denegado por la Cámara. En primer lugar, la decisión recurrida no se dirige contra una sentencia definitiva, categoría o concepto sobre cuyo significado sostengo un criterio que, desarrollado en varios fallos, resulta particularmente estricto (véase, por ejemplo, mis votos en "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2778/04, resolución del 16/6/2004; "Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis CPN'", exptes. n° 3070 y n° 3071, resolución del 2/7/2004; "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, sentencia del 9/11/2005; "Jockey Club Argentino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Jockey Club Argentino s/ejecución fiscal – otros'", expte. n° 4590/06, resolución del 13/9/2006; y "J. Walter Thompson Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'J. Walter Thompson Argentina S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 4629/06, sentencia del 20/9/2006, entre otros casos).

El GCBA intenta impugnar, a través de un recurso ordinario, una resolución que admite la vía ejecutiva local para el cobro de aportes previsionales. Esta resolución no sólo no es definitiva a los efectos del recurso de apelación ante este estrado, sino que, además —como lo indica el señor fiscal general en su dictamen—, tampoco puede *asimilarse* a tal, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva, en la medida que no pone fin al pleito, no impide la tramitación del

juicio ni provoca un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. el TSJ en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Correa Luna S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Secretaría de Educación) s/demanda c/aut. adm.-otros'", expte. n° 1874/02, resolución del 20/11/2002 y sus citas). Sobre todo ello es así porque el régimen de ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas de dinero que no sean de carácter alimentario, articulado en los arts. 398 a 400 del CCAyT, evita la caracterización de fatalismo al peligro que el GCBA invoca para el presupuesto del Estado local.

4. Por lo demás, como lo demuestran las constancias acompañadas a la queja por el GCBA, los planteos del recurrente (presentados inicialmente bajo la forma de excepciones) dirigidos a considerar y cuestionar las pautas de hecho y de derecho tenidas en cuenta por la actora para establecer las sumas reclamadas, sólo confirman la necesidad de que el GCBA defina ulteriormente la controversia por la vía ordinaria que regula el art. 287, CCAyT (causas en las que la Ciudad sea parte actora).

5. Voto, en consecuencia, por rechazar la queja planteada por el GCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto la solución propuesta por el señor Juez de Trámite y adhiero a los puntos 1, 2, 3 segundo párrafo y 4 de su voto. Corresponde, pues, rechazar la queja intentada por el GCBA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso ordinario de apelación ante ese Tribunal requiere, para su admisibilidad: que la Ciudad sea parte, que la impugnación verse sobre una sentencia definitiva y que el valor disputado, sin sus accesorios, sea superior a $ 700.000.

Los recaudos mencionados, para lo que ahora importa, no provienen de una única fuente. La exigencia relativa a la presencia del Estado en el pleito así como el requisito del monto mínimo apelable surgen de la ley (art. 26, inc. 6°, LOPJ y art. 38 de la L.P.T.). En cambio, la necesidad de que el recurso se dirija a cuestionar una sentencia definitiva deriva de la jurisprudencia del Tribunal que, en este punto, recepta los criterios elaborados por la CSJN en relación con la apelación ordinaria prevista en el orden nacional (conf. TSJ *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 83 y ss.). Esa actitud se observó en general al momento de analizar algún aspecto formal del recurso que nos ocupa, para cotejar si la interpretación formulada por la Corte Federal resultaba aplicable (v. gr. exclusión de las multas para el cómputo

del mínimo apelable). Ello responde, por un lado, a la razonable suposición de que ésa fue la voluntad del legislador, en lo que puede estimarse como voluntad implícita ante un contexto normativo federal similar al esquema que se siguió en la CABA en algunos aspectos, sin haberse pronunciado nuestra ley en cuanto al que nos ocupa. Por otro, a la necesidad de alinear el recurso del modo más consistente con la función a que lo destinó el constituyente que es quien lo ha incorporado como herramienta esencial de su diseño del Tribunal Superior —único órgano que creó en la CABA— y sus relaciones con los tribunales inferiores creados por el Poder Legislativo así como, en última instancia, con el gobierno que es parte en estos remedios.

En ese marco, este Tribunal ha sostenido que la interpretación sistémica del ordenamiento local (art. 113, inc. 5° de la CCBA, art. 26, inc. 6° de la ley 7 y art. 38 de la ley 402) conduce a exigir que, como regla, el recurso ordinario de apelación debe estar dirigido a cuestionar una sentencia definitiva (el desarrollo en extenso aparece en "Playas Subterráneas..." ya citado). El fundamento básico no fue otro que evitar el control prematuro de pleitos cuyas sentencias definitivas, a la postre, podrían no comprometer el importe mínimo previsto para la apelación ordinaria. Nuevamente, tomando la doctrina de la CSJN se destacó que el sentido del recurso en cuestión "es conceder una mayor seguridad y acierto a las sentencias que decidan cuestiones que comprometan el patrimonio nacional" (*Fallos,* 234:427). Así como que "el recurso ordinario de apelación (...) funciona (...) tan sólo respecto de las sentencias definitivas, o sea, de aquellas que ponen fin al pleito o impiden su continuación. El criterio para la calificación de sentencia definitiva a los efectos de la apelación ordinaria, en tercera instancia, es más severo que en la hipótesis del art. 14 de la ley 48, siendo inaplicable la equiparación admitida para el recurso extraordinario respecto de los autos que causen gravamen irreparable" (*Fallos,* 249:172).

Ahora bien, no es menos cierto que la jurisprudencia de este Tribunal no ha importado en bloque toda la doctrina judicial elaborada en torno al recurso ordinario de apelación previsto por la ley 4055 (conf. votos Conde, Casás y Lozano en "S.P.V. y otros c/GCBA s/daños y perjuicios s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 4866/06, sentencia del 11/4/2007).

2. Establecido lo anterior, surge con toda evidencia que el GCBA es parte en un juicio donde, a esta altura, se disputa un importe ($ 24.243.154,12) que supera el mínimo previsto en el art. 26, inc. 6º, de la ley 7, concretamente es sin sus accesorios más de treinta veces ese importe. Verificada la existencia de esos presupuestos corresponde explicar cuáles son los motivos que conducen a equiparar a definitiva la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución entablada por la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente. Esa posibilidad, también admitida en el ámbito federal (*Fallos,* 322:227 entre

muchos otros), en realidad, tiene fundamentos particulares que derivan tanto de aspectos propios de la legislación local como de la situación especial que registra el trámite de la causa.

3. Es sabido y aceptado que a las sentencias que ponen fin a juicios ejecutivos, como principio, sólo les corresponde la estabilidad que dimana de la cosa juzgada formal y por eso no revisten el carácter de definitivas. La excepción habitual a esa regla exige que los pronunciamientos de esa especie, para poder ser cuestionados mediante el recurso ordinario, hayan puesto fin a la controversia de un modo que impida al interesado valerse de la posibilidad de defender el derecho comprometido en un proceso de conocimiento pleno, posterior al juicio ejecutivo (*Fallos,* 323:435, entre muchos otros). Sin embargo, según quedó anunciado, la equiparación de la sentencia impugnada con una definitiva encuentra fundamento en aspectos propios de la legislación local como en la situación especial que registra el trámite de la causa.

4. En estas actuaciones se persigue el cobro de una deuda en concepto de aportes previsionales no retenidos ni depositados. Son varias las particularidades que derivan de esa circunstancia. Por un lado, el Estado aparece como parte demandada en un juicio ejecutivo que tiene capacidad para comprometer el patrimonio público afectado a la prestación de servicios esenciales para la comunidad. Esa característica, precisamente, opera como causal de equiparación en las ejecuciones fiscales desestimadas en las que se perturba la normal percepción de la renta pública.

Por otra parte, toda vez que el recurso ordinario en la CABA está previsto en la Constitución de la Ciudad (art. 113, inc. 5º) —a diferencia del origen legal que ostenta su par a nivel nacional— no sería acertado calificarlo como un recurso prescindible porque es el constituyente quien ha querido asegurar una revisión amplia de las sentencias de significado monetario elevado. En tales condiciones, requerir que la apelación ordinaria se dirija a cuestionar una sentencia definitiva, como lo ha exigido la jurisprudencia de este Tribunal por la razones ya expuestas, tiene como contrapartida la potestad que asiste al legislador local para reglamentar los diferentes procesos que pueden tramitar ante la judicatura de la ciudad y su régimen recursivo (art. 80, inc. 1º, 81, inc. 2º, y 113, inc. 5º, CCBA). Esto significa que, cuando el recaudo de atacar una sentencia definitiva vulnere la finalidad con que el legislador local reglamentó el art. 113, inc. 5º de la CCBA, estará dentro de sus potestades sancionar la normativa que permita superar la exigencia que se reputa ilegítima. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa esa capacidad no existe porque ha sido el legislador nacional quien otorgó la posibilidad de reclamar la deuda exigida a través de un juicio ejecutivo (art. 16 de la ley 22.804). Esta particularidad conduce a no transformar la exigencia de sentencia definitiva —cuya finalidad primordial

según quedó dicho es no suscitar la intervención prematura de este estrado— en un mecanismo que frustre el objetivo constitucional orientado a brindar mayor certeza y posibilidad de acierto a las decisiones sindicadas por el elevado valor pecuniario que se reclama.

Además, conforme quedará desarrollado oportunamente, la excepción de inhabilidad de título fue analizada en las instancias de mérito con un excesivo rigor formal que afecta el derecho de defensa de la parte demandada. Ello así, pues no se demostró que el planteo formulado por el GCBA estuviera vinculado a cuestiones ajenas al ámbito cognoscitivo propio de la ejecución intentada. En tal contexto, la remisión a un proceso futuro de conocimiento pleno para resolver lo que puede quedar decidido en uno ejecutivo sin haber probado aún mínimamente que se lo desnaturalizaría, constituye un pronunciamiento dogmático e insosteniblemente lesivo del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva que garantizan la C.N. y la CABA. Desde esa perspectiva, la limitación que al derecho de defensa impone todo proceso ejecutivo debe ser observada con estricto apego a los fines para los que fue concebida y, no en cambio, como una autorización para eludir aspectos propios de la ejecución intentada, al amparo de fórmulas dogmáticas, citadas de modo retórico por no quedar demostrada su vinculación con las circunstancias de la causa.

Todo lo anterior permite afirmar que están dadas las condiciones adecuadas para estimar al fallo impugnado como uno definitivo.

5. A esta altura, entonces, es necesario reseñar los agravios de la recurrente.

Desde su primer presentación el GCBA esgrime que "(...) el certificado de deuda con el que se pretende la ejecución no reúne los requisitos necesarios para justificar la misma. El derecho expresado en este título ejecutivo no es literal, porque no expresa la extensión del reclamo, y no se basta por sí en la descripción del mismo" y que "[l]a actora sustenta su demanda en la afirmación falaz de que todos los docentes transferidos al Gobierno de la Ciudad en virtud de las leyes 21.810, 22.368 y 24.049 se hallan comprendidos obligatoriamente en sus disposiciones cuando estas normas específicamente indican que para estos agentes será optativo permanecer en el sistema. De esta afirmación, contraria a la expresada por la letra de la ley, surge la pretensión de obtener recursos de agentes que no han optado por mantener su afiliación a la Caja Complementaria o que nunca fueron docentes nacionales razón por la cual la Administración local nunca tuvo la obligación de retener", todo para concluir afirmando que los importes consignados en el título que se pretende ejecutar "(...) resultan de la mera afirmación de la contraria" constituyendo, a su criterio, "(...) una dogmática afirmación de la existencia de la deuda" y no una certificación capaz de sustentar un proceso ejecutivo (fs. 112 vta., 113

vta. y 114 de los autos principales). En síntesis, el GCBA postuló que "(...) el certificado de deuda 5127 se limita a afirmar dogmáticamente que el Gobierno de la Ciudad adeuda ciertas sumas (...) afirmación que no tiene otro sustento que la voluntad del ente emisor y de los que no se desprende los mecanismos utilizados para llegar a las sumas que indica, lo que los hace acreedores de las tachas antes reseñadas" (fs. 114 vta. de los autos principales).

A su turno, en la oportunidad de plantear esta queja la demandada sostuvo que en el auto denegatorio cuestionado el *a quo* "(...) prescinde injustificadamente de las circunstancias especiales de la causa, es decir, de las serias deficiencias de que adolecen los instrumentos agregados en autos y en los que la actora sustenta su demanda, de la exorbitancia del reclamo acogido por el Tribunal, de los planteos (...) desoídos y, precisamente, de la grave afectación que resulta de todo ello al patrimonio de la Ciudad, que en el caso ha visto gravemente comprometido su derecho de defensa" (fs. 3 vta.).

6. La presente ejecución encuentra apoyo en el art. 16 de la ley 22.804 —punto que no se encuentra controvertido ante esta instancia— según el cual "El cobro judicial de los aportes y sus accesorios (recargos, intereses y actualización), adeudados a la Caja Complementaria, y de las multas, se hará por vía de la ejecución fiscal prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por el Presidente de la Caja o los funcionarios en los que aquél hubiere delegado esa facultad".

Al igual que sucede con otras obligaciones que el ordenamiento permite reclamar a través de procesos que se caracterizan por su brevedad, así como por la limitación de las defensas oponibles al diferir el debate pleno para un juicio ordinario posterior, la norma transcripta no especifica de modo exhaustivo cuáles son el conjunto de recaudos que debe reunir el título ejecutivo para ser válido. Esa falta de regulación, según está reconocido de modo pacífico en doctrina y jurisprudencia, no conduce a admitir que los certificados de deuda puedan carecer de los requisitos indispensables para adquirir el efecto que la ley les asigna. La contracción del derecho de defensa del ejecutado resultará válida sólo cuando el título en que se apoya la ejecución brinde constancia fehaciente en torno a la existencia y exigibilidad de la deuda reclamada. Es ésa una condición indispensable porque el debate sobre tales puntos aparece excluido del proceso ejecutivo orientado, por regla, a discutir aspectos vinculados con deficiencias extrínsecas de la boleta de deuda.

En tal sentido, se ha dicho que los presupuestos del título ejecutivo son los requisitos formales y sustanciales, que permiten a quien se halle muñido de él, utilizar la vía ejecutiva porque la concurrencia de todos ellos da fuerza ejecutiva al título. Su enumeración comprende: *i)* legitimación sustancial, *ii)* causa lícita,

iii) objeto cierto y determinado o fácilmente determinable, *iv)* plazo vencido y *v)* obligación pura o condición cumplida. Dentro de ese esquema se afirma que ante la falta de alguno de sus presupuestos, entre otras consecuencias posibles, la deuda no podrá ser perseguida ejecutivamente. Por eso, a su vez, se sostiene que la excepción de inhabilidad de título sirve para mostrar la improcedencia de la vía ejecutiva, cuando faltan alguno de los requisitos formales exigibles pues se trata de una defensa que puede paralizar la fuerza ejecutiva del título (Podetti, Ramiro J.: *Tratado de las ejecuciones*, tercera edición, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 117/119, 270, 273, 278).

A su turno, la jurisprudencia de la CSJN destaca que aun cuando "(...) la ley procesal no especifica los recaudos básicos que deben reunir tales instrumentos, resulta necesario que sean expedidos de forma que permitan identificar con nitidez las circunstancias que justifican el reclamo por la vía elegida" (*Fallos,* 323:685).

En suma, el aprovechamiento de los beneficios que caracterizan la vía ejecutiva, en términos de la celeridad y de restricción del debate, exige controlar con sumo cuidado el respeto de las formas que debe ostentar el título de deuda. Ése fue, precisamente, el control requerido por el demandado y omitido por la sentencia impugnada.

7. La defensa del demandado, para lo que resulta relevante, se apoya en la circunstancia de que el título de fs. 9/10 (autos principales) no acredita que la deuda reclamada se refiera a la falta de retención de aportes correspondientes a docentes que hubieran hecho la opción a la que se refiere el art. 2º, inc. c, de la ley 22.804 (fs. 112 vta. de los autos principales). Esa norma dispone: "Están obligatoriamente incluidos en el presente régimen: (...) *c)* Los docentes transferidos en virtud de las leyes 21.809, 21.810, 22.367 y 22.368, que hubieran optado por continuar en la Caja Complementaria de Jubilaciones y Pensiones del Personal Docente, creada por convenio de corresponsabilidad gremial de fecha 27/5/1975, aprobado por resolución del ex Ministerio de Bienestar Social N. 1231/75".

Por su parte, la actora invariablemente sostuvo que la diferencia en concepto de aportes no retenidos ni depositados corresponde a "los docentes transferidos por las leyes 21.810, 22.368 y 24.049". Respecto de las dos primeras leyes de transferencia reconoció que el goce de los beneficios otorgados por la caja requiere opción del interesado, recaudo que no menciona en relación con la última norma mencionada. De todos modos, para ninguno de los supuestos enunciados se ha indicado de dónde surge el dato que prueba la existencia de la mentada opción, más aún, ni el título, que debe ser una certificación, ni la resolución a la que remite dan por probado, ni siquiera afirman, que los docentes hubieran sido transferidos y además optado en los términos legalmente exigibles.

Efectivamente, en lo que resulta relevante, el título ejecutivo se limita a congregar sumas que se identifican por período, con discriminación entre el capital y los intereses reclamados, para formar un total de deuda que se engloba como aportes no retenidos más sus accesorios. Como única referencia al origen de la deuda perseguida, la certificación emitida por la actora, se remite a la resol. 4672 (fs. 9/10, 37/8, 70/73 y 84/86 de los autos principales).

A su vez, ese documento constituiría, según la calificación que le brinda la propia accionante, una determinación de oficio sobre base cierta. Sin embargo, al margen de que un acto tal encuentre respaldo en una facultad propia de la ejecutante en función de lo prescripto por los arts. 19 y 34 de la ley 22.804 que distribuyen las potestades reglamentarias de la norma entre la Caja y el PEN, en ella el Consejo de Administración de la Caja, se limita a relatar la secuencia de pasos seguida para informar a la demandada que, el cruce entre sus bases de datos y las suministradas por el GCBA, arrojaría una diferencia por aportes no retenidos ni depositados, correspondiente a docentes transferidos del ámbito nacional a la orbita de la CABA. El aval de este dato se reduce, conforme indica la resol. 4672, a archivos en soporte digital que contienen los "cargos del personal docente transferido sin retención de aportes" así como "cargos docentes con retención" (fs. 84 de los autos principales). La afirmación formulada en la resolución mencionada no constituye un modo, menos aún uno fehaciente, que permita certificar que la deuda consignada en la boleta de fs. 9/10 (autos principales) se refiere a docentes que formularon la opción prevista en el art. 2º, inc. c, de la ley 22.804. Sobre ese punto el título ejecutivo no puede dar fe simplemente porque la resol. 4672 omite acreditarlo y ni siquiera indica cuál sería la fuente que permitiría corroborar el ejercicio de la opción en cuestión.

La deficiencia apuntada —cualquiera sea la validez que deba atribuirse a las normas emitidas por la Caja para regular el procedimiento de determinación de deuda, valorada ella en relación con el poder reglamentario que el art. 34 de la ley 22.804 atribuye al PEN, así como el alcance subjetivo que pretende extenderse a un empleador sin haber acreditado que sus dependientes están alcanzados por el beneficio complementario que justificaría la deuda reclamada— impide considerar que el título ejecutivo en que se apoya este proceso sea autosuficiente. Eso porque, vale insistir, el certificado no indica cuál sería el registro del que surgiría de modo fehaciente que las retenciones no practicadas corresponden a docentes que hubieran ejercido la opción requerida para gozar de los beneficios jubilatorios otorgados por la Caja.

Además, según quedó dicho, la actora no operó con datos aportados y consentidos por el GCBA, sino todo lo contrario, objetando las constancias aportadas por la ejecutada. Esa objeción, sin embargo, no deriva de un origen cuya veracidad hubiera sido rubricada —mediante los mecanismos previstos

en el ordenamiento, como por ejemplo, la actuación notarial— para avalar la declaración de deuda que surge del título que da base a esta ejecución.

En realidad, de la boleta de deuda no surge que su emisor haya tenido a la vista o identificado constancia alguna capaz de acreditar la condición que generaría la obligación reclamada en relación con los docentes transferidos (v. gr. ejercicio de la opción, art. 2º de la ley 22.804); presupuesto cuya existencia niega la ejecutada en base a registros que la actora tampoco ha desvirtuado. El título en cuestión se limita a afirmar que según datos generados unilateralmente por la ejecutante se determinó de oficio la deuda perseguida en autos. A diferencia de lo que ocurre con un título destinado a operar como constancia, esa declaración no es susceptible de confrontación con un hecho, acto o registro que permita corroborarla. Una verdadera constancia no es la manifestación de opinión mediante la cual quien la suscribe se estima acreedor, aunque verdaderamente lo sea, sino la declaración de que han ocurrido hechos o actos que permiten al juez afirmar que, a condición de que sea verdad lo descripto, existe el derecho a percibir la obligación reclamada en la vía ejecutiva (conf. mi voto en "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, sentencia del 20/11/2006).

Finalmente, frente a ello, corresponde recordar que el documento que sirve de base a la ejecución no puede completarse para ser puesto en condiciones, con posterioridad a la interposición de la excepción de inhabilidad de título (conf. Podetti, Ramiro: *Tratado...* ya citado, p. 282).

8. Ahora bien, resta aclarar que la conducta asumida por el GCBA en el procedimiento que precedió a la emisión de la boleta de deuda de fs. 9/10, al margen de otras consecuencias que pueda suscitar, no tiene aptitud para eximir a la ejecutante de la obligación de emitir el título en las condiciones exigibles para aprovechar la vía ejecutiva.

En este sentido, de la prueba documental obrante en autos surge que en ocasión de responder a los requerimientos de la Caja, la Directora General de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Gestión Operativa de la Secretaría de Hacienda y Finanzas emitió el informe 160/6 (nota 376.265-DGCFyC-05) según el cual "practicada la depuración queda una deuda, neta de intereses de $ 8.528.494,94 correspondiente a 9541 agentes en el período 01/95 a 02/01". Por su parte, la actora con apoyo en el mencionado informe, considera que "(...) la demandada reconoció expresamente en forma parcial la deuda" (fs. 2 y 128 vuelta de los autos principales). Aun cuando, indudablemente, el informe 160/06 constituye un elemento relevante en relación con las obligaciones que ligan al GCBA con la parte actora, el aprovechamiento que la Caja pudiera

obtener de las conclusiones allí consignadas no se proyecta sobre estas actuaciones. Por las características de la obligación que origina la deuda reclamada en autos, en su determinación no es indiferente conocer la identidad de los docentes cuya situación se pretende regularizar. La importancia de los datos, que según quedó indicado, no constata la declaración formulada en el título ejecutivo, es la que también impide imputar globalmente el reconocimiento de deuda que se atribuye al GCBA —al margen del acierto o error de esa afirmación— a las obligaciones que abarca el certificado que sustenta esta ejecución. En la medida en que las pruebas aportadas a la causa así como el debate desarrollado, resultan insuficientes para esclarecer el grado de identidad que existe entre el informe 160/06 del GCBA y la determinación hecha por la resol. 4672 de la Caja, en orden a identificar a los docentes alcanzados y al *quantum* de la obligación previsional exigida a su respecto (v. gr. período, cantidad de cargos afectados, vigencia de la opción, etc.), cualquiera fuera el efecto asignado al pretendido reconocimiento, él no alcanzaría para justificar el progreso parcial de este pleito.

En tales condiciones, el déficit que padece el título de deuda analizado no puede darse por superado mediante la invocación del informe 160/06. Una solución contraria no brindaría las certezas mínimas que requiere el efecto cancelatorio del pago, ni las que deben tener los docentes involucrados tanto al momento de enfrentar recuperos instados por su empleador como de exigir los beneficios que entiendan les debe la parte actora.

9. Todo lo dicho, conduce a sostener que la excepción de inhabilidad de título articulada por la demandada no excedía el ámbito propio del juicio ejecutivo. A diferencia de lo resuelto en el pronunciamiento impugnado, la defensa estuvo orientada a denunciar un defecto extrínseco de la boleta de deuda. Retomando lo señalado en el punto 6, se trataba de un supuesto de incumplimiento del presupuesto identificado como "*iii)* objeto cierto y determinado o fácilmente determinable". La verificación de esa deficiencia resulta suficiente para sostener que el título de fs. 9/10 (autos principales) no es idóneo para habilitar el uso de la vía ejecutiva, sin que ello implique expedirse en relación con la existencia de la obligación reclamada por la accionante.

Por tanto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso ordinario planteado por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 170/172 y rechazar la ejecución instada por la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente. Las costas se imponen en el orden causado pues el comportamiento asumido por la demandada en el procedimiento de determinación de las obligaciones reclamadas condujo a que la controversia se trasladara sin más a sede judicial.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso ordinario de apelación interpuesto satisface los requisitos adjetivos para su admisibilidad en tanto la Ciudad es parte y el monto del valor disputado sin sus accesorios supera la suma de $ 700.000.

A ello cabe añadir que en los precedentes de este Tribunal se ha establecido como un recaudo adicional que el planteo venga articulado contra una *sentencia definitiva*, esto es, la que ponga fin a la controversia impidiendo su tramitación ulterior (conf. *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.), receptando para el remedio local el temperamento elaborado en el orden federal por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello sentado, cabe reconocer que en la especie lo decidido ha recaído en una *ejecución fiscal*, con lo cual la condena al pago puede ser revisada en un juicio ordinario ulterior, en el que, por la amplitud de conocimiento del proceso, podrían hacerse valer todas las defensas, incluso aquellas que no pudieran ser tratadas en el limitado ámbito cognoscitivo de esta causa.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior *in fine*, es mi parecer que el pronunciamiento recurrido bien puede ser *equiparado a una sentencia definitiva*, atendiendo principalmente a dos circunstancias. La primera, el significativo importe de la suma controvertida que asciende a $ 24.243.154,12, suma más que relevante aunque se la pretenda confrontar con el total de gastos autorizados por la Legislatura al sancionar la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2009; y la segunda, la trascendencia que adquiere la controversia, tanto de cara al pretensor de la acreencia —la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente— encargado de satisfacer derechos alimentarios de sus beneficiarios, como del deudor —Ciudad Autónoma de Buenos Aires— obligado a garantizar la continuidad de la atención de las prestaciones a su cargo y de los servicios públicos esenciales que tienen como destinatarios a todos los vecinos de la jurisdicción. Todo ello exige de una decisión que, con la mayor justeza, acierte sobre la procedencia y monto del reclamo, evitando pagos provisorios o condenas sin deuda que conviertan a los ingresos que se practiquen, en pasibles de reversión.

Sentadas las premisas antecedentes, tengo para mí, que el recurso ordinario de apelación ha sido mal denegado por el *a quo* por lo que corresponde hacer lugar a la queja y entrar en la consideración de los agravios incoados.

2. En cuanto a la *excepción de inhabilidad de título* opuesta por la parte demandada, entiendo que la ponderación que de ella ha realizado la anterior instancia ha desenfocado la defensa articulada por la Ciudad.

Es que, los títulos ejecutivos para promover cobros como el que se persigue en la especie, más allá de que la ley que regule específicamente la materia no detalle los recaudos básicos que deben reunir tales instrumentos, demandan que sean expedidos de forma que permita identificar con nitidez las circunstancias que justifican la procedencia del reclamo por la vía elegida. Así entonces, siendo un presupuesto para la existencia del crédito y la fijación de su monto precisar el número de agentes cotizantes y la base de cálculo para la aplicación de la alícuota a favor del organismo previsional, resulta una inconsistencia invalidante de la boleta de deuda que no se haya consignado en ella, en términos precisos, el número de docentes transferidos por las leyes 21.810, 22.368 y 24.049 que ejercieron la opción de continuar bajo el régimen de la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente —a tenor de lo dispuesto por el art. 2º, inc. c) de la ley 22.804—, como el monto de la retribución total percibida y de la remuneración sujeta a aporte, todo ello conforme al plexo normativo aplicable.

Resulta ocioso recordar que la ausencia de completitividad o autosuficiencia del título ejecutivo —boleta de deuda— deviene relevante para considerarlo vicioso e inhábil, en tanto impide ejercitar el derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional, sin que las expresadas tachas importen ingresar en la discusión de la causa de la obligación, sino tan sólo en preservar las exigencias mínimas del debido proceso ante la formación irregular de un instrumento expedido unilateralmente y que, bajo el amparo de ritualismos formales estrictos, no puede conducir a la indefensión de aquel a quien se atribuye la condición de obligado al pago, haciéndolo pasible de una condena por una deuda inexistente.

No obsta a lo anteriormente expresado que la Directora General de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Gestión Operativa de la Secretaría de Hacienda y Finanzas haya emitido el informe 160/6 (nota 376.265-DGCFyC-05), según la cual, practicada una depuración, consigna una deuda por un determinado número de agentes, ya que el mismo no es hábil para suplir la completitividad y autosuficiencia de la boleta de deuda, además de no acreditar la identidad de los agentes involucrados y de los conceptos con los que se arriba a esa cifra con los que han suscitado el reclamo que aquí se controvierte. Adviértase, que una solución distinta a la propuesta importaría generar el riesgo cierto de hacer prosperar un cobro sin identificación de los docentes por los cuales se salda la obligación y a quienes beneficiaría el pago.

3. El modo en que abordo la cuestión traída a la decisión de este estrado no importa desconocer los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación decididos en su competencia originaria que tuvieran también como actora a la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente contra distintas

provincias (conf. *Fallos,* 323:685, entre otros), por cuanto en el *sub lite* se pone el acento en las deficiencias que se comprueban de los títulos ejecutivos al carecer de completitividad y autosuficiencia, según se apuntó en el considerando precedente, todo lo cual brinda una plataforma fáctica distinta en la especie, lo que también permite arribar a una diversa solución, más aún cuando, en nuestro caso, no solamente se ha operado una transferencia de docentes a la jurisdicción local, sino que, además, se ha producido una alteración sustancial del *status jurídico* del ente público territorial (de Municipalidad a Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a tenor del art. 129 de la C.N. reformada), lo que reclama, más que nunca, la acreditación efectiva del ejercicio de la opción por parte de los agentes de continuar bajo el régimen de la Caja Complementaria, a tenor del ya citado art. 2º, inc. c) de la ley 22.804.

Por lo hasta aquí señalado, y las demás razones desarrolladas en sentido concordante en el voto del juez Luis F. Lozano, a las que me remito, me pronuncio por la admisibilidad formal de la queja y por el progreso de la apelación ordinaria, haciendo triunfar a la defensa de inhabilidad de título, lo que conduce a propiciar se revoque la sentencia de la anterior instancia y se rechace la ejecución instaurada por la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente. Las costas se deberán imponer en el orden causado, en razón de que el rechazo de la pretensión obedece a defectos extrínsecos de la boleta de deuda, sin perjuicio de lo cual la demandada ha venido a conceder que por algún concepto —no necesariamente identificable con el que motiva el actual reclamo judicial— se encuentra en mora con la accionante, lo que pudo haber inducido a la actora a considerarse con derecho para promover la presente ejecución fiscal (art. 62, 2º párr. del CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. De acuerdo con la jurisprudencia unánime del Tribunal (conf. "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.), el recurso ordinario previsto para los casos en que la Ciudad sea parte y el valor económico en disputa supere el monto de $ 700.000, sólo resulta procedente frente a una sentencia de carácter definitivo.

2. Se trata la causa que nos ocupa de un proceso de ejecución fiscal, motivo por el cual quedaría descartada la posibilidad de que la resolución recurrida fuera susceptible de ser considerada sentencia definitiva toda vez que el procedimiento ejecutivo admite revisión mediante juicio ordinario posterior. No obstante, considero —al igual que mis colegas Casás y Lozano— que en

esta oportunidad, la decisión recurrida ha de ser considerada equiparable a sentencia definitiva.

En numerosos precedentes de este Tribunal, he sostenido que el recurso ordinario de apelación regulado por el art. 26 de la ley 7, ha sido consagrado con la finalidad de que este Tribunal revise con amplitud aquellas sentencias que pudieran comprometer el patrimonio del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (conf. mi voto en "Ingeniería Gastronómica S.A. c/Dirección General de Rentas" (expte. nº 3226/04), sentencia del 17/3/2005, y "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal'" y su acumulado expte. nº 4972/06 "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal- otros'" (expte. nº 4909/06), resolución del 13/6/2007, doctrina coincidente con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Establecimiento Modelo Terrabusi", del 27/9/2001 (*Fallos,* 324:3083); "San Martín", del 21/8/2003; "Club Atlético Vélez Sarsfield", del 8/9/2003 (La Ley 9/1/2004, p. 3); y "Hotel Presidente", del 23/3/2004 (La Ley, 31/5/2004, p. 6).

El importe de la ejecución fiscal resulta relevante, en tanto involucra una suma superior a $ 24.000.000. En este sentido no es posible dejar de considerar la incidencia de la sentencia recurrida para los intereses del Fisco local, toda vez que el Estado de la Ciudad elabora anualmente un presupuesto, donde estima gastos y recursos necesarios para llevar adelante su gestión. Cualquier modificación sustancial a aquellas previsiones puede comprometer seriamente la ejecución de actividades organizadas en beneficio de la sociedad y la prestación de servicios esenciales a sus habitantes.

Pero además, existe una segunda circunstancia a tener en cuenta: la excepción de inhabilidad de título planteada por la demandada ha sido analizada bajo parámetros de rigurosidad formal que, como quedará expuesto, han afectado el derecho de defensa de la accionada. En efecto, el título ejecutivo sobre el cual procede la ejecución en este caso —boleta de deuda emanada de la propia ejecutante— no reúne los recaudos mínimos de certeza que tornan procedente un trámite expedito como el ejecutivo, en especial la cantidad de agentes y el detalle de las remuneraciones que se han considerado para arribar a la suma que se dice adeudada.

En tales condiciones, considero que el pronunciamiento recurrido debe ser equiparado a sentencia definitiva.

3. Establecida la procedencia del recurso ordinario para el caso en cuestión, adhiero a los puntos 5 a 9 del voto de mi colega Dr. Luis F. Lozano, quien en forma minuciosa ha agotado las cuestiones a tratar y cuyo análisis comparto plenamente.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir la queja* y hacer lugar al recurso ordinario planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 170/172, autos principales, y rechazar la ejecución instada por la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente.

3º. *Imponer* las costas en el orden causado.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se agregue la queja al expediente principal y se devuelva al tribunal remitente.

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

CLXVII

"MEDINA, RAÚL DIONISIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caso constitucional. USO INDEBIDO DEL ESPACIO PÚBLICO: Venta ambulante. Habilitación. Venta de mera subsistencia.

SUMARIOS:

1. En el recurso no se demuestra que el actor haya solicitado la habilitación para desarrollar actividades comerciales en cualquier tipo de espacio público que el Código de Habilitaciones y Verificaciones exige con toda claridad requerir a la autoridad administrativa, ni tampoco cuál es la conducta de autoridad pública que se cuestiona. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Se debe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, ya que los argumentos esgrimidos por el actor trasuntan únicamente la discrepancia con el decisorio atacado mas no poseen entidad para poner en crisis, concreta y razonadamente, los distintos fundamentos brindados por el *a quo* para desestimar aquellas manifestaciones. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Para acreditar la existencia de un caso constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Se debe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, porque del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones no puede inferirse una prohibición genérica para cualquier tipo de actividad incluida la venta de baratijas que realiza el accionante, y hasta tanto la Legislatura determine las condiciones habilitantes para ella, su derecho no puede serle restringido por un acto de alcance particular de la Administración. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La conjunción del Código de Habilitaciones y Verificaciones y la ley contravencional de la ciudad (art. 83) no permiten establecer la existencia de una prohibición sobre la venta de baratijas en los espacios públicos por razones de necesidad y manutención personal, aunque se carezca de habilitación estatal. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6495/09 - 29/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Raúl Dionisio Medina promovió acción de amparo (fs. 1/7) a fin de que se ordene al GCBA "...abstenerse de decretar clausuras o tomar otras medidas que afecten (...) [su] labor comercial y tengan base en la inexistencia de habilitación para venta ambulante de baratijas...", actividad que constituye su única fuente de subsistencia.

Fundó su pretensión en los derechos que acuerdan los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 28 y 43 de la C.N. y concordantes de la CCBA. Invocó, asimismo, el sistema de protección integral para personas con discapacidad contemplado en la ley 22.431, arts. 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 11 y concordantes.

Refirió que es diabético, que tras haber sufrido un accidente vial le fue amputada su pierna izquierda, que se vale de una prótesis que debe ser renovada cada dos años, que padece una deficitaria situación económica y que vive en un ambiente que alquila.

Relató que en 1988 la Municipalidad le extendió un permiso precario para la venta de baratijas donde constaba su discapacidad pero que no se encuentra vigente.

Destacó que se vio afectado por operativos de la Policía Federal y que posee fundados temores de perder su fuente laboral ya que carece de habilitación para trabajar en la vía pública, circunstancia que atribuyó a la ausencia de normas que regulen la materia.

Agregó que la actividad que desarrolla no constituye una contravención en los términos del art. 83, tercer párrafo del CC.

Finalmente, requirió el dictado de una medida cautelar tendiente a que se ordene al demandado que se abstenga de concretar clausuras, remociones o afectaciones de su labor comercial de venta de baratijas debido a la falta de habilitación.

2. El GCBA contestó el traslado de la demanda y solicitó el rechazo de la acción de amparo (fs. 28/33).

Sostuvo que el actor no posee un permiso vigente que lo habilite a desarrollar la venta en la vía pública, que carece de legitimación y que no demostró arbitrariedad o ilegalidad en la conducta del GCBA. Añadió que la Ciudad tiene el deber de tutelar el uso del espacio público y que no es irrazonable que la prohibición de comercialización en dicho espacio alcance a quienes no cuenten con el permiso necesario.

3. La medida precautoria solicitada fue denegada por la jueza de primera instancia (fs. 15/16). El actor apeló la sentencia (fs. 19/22). La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la decisión recurrida (conforme resulta de la base de datos informática del fuero CAyT: *http://basefuero-cayt.gov.ar*).

4. El amparo fue rechazado en primera instancia (fs. 54/55). La jueza interviniente compartió el criterio del Ministerio Público Fiscal y se remitió al dictamen de fs. 38/40 para fundar su voto.

En el dictamen aludido, la fiscal expresó que el actor no efectuó el procedimiento establecido en el art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones a fin de obtener un permiso para la venta de baratijas en el espacio público ni demostró que el GCBA le hubiese denegado una petición vinculada a tal fin.

A mayor abundamiento, la jueza agregó consideraciones en torno a la ausencia de arbitrariedad o ilegitimidad en la conducta del GCBA.

5. El Sr. Medina apeló la resolución (fs. 58/63). Sostuvo que la decisión impugnada afectó su dignidad, vulneró el derecho a trabajar y el de participar en la vida económica de la sociedad, no tuvo en cuenta el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales para superar las condiciones de pobreza y exclusión y desatendió su condición de vulnerabilidad en razón de la discapacidad

que padece (arts. 14 bis de la C.N. y 10, 11, 17, 18, 43, 48 de la CCBA). Por último, consideró irrazonable la exigencia de un permiso cuando no existe un trámite que le permita obtenerlo.

6. El GCBA, al contestar el traslado, negó que afectara los derechos que el amparista entiende vulnerados (fs. 66/68).

7. La Sala II de la Cámara CAyT confirmó el fallo de primera instancia (fs. 75/76). Expresó que la actividad que el actor pretende llevar a cabo implica un uso privado, especial y diferenciado del dominio público que "...exige (...) *indispensablemente* un acto expreso del Estado..." (fs. 75 vta., con cursivas en el original) y que "...la —eventual— ausencia de reglamentación (...) no podría interpretarse como una consagración del libre uso, para fines individuales del espacio público..." (fs. 75 vta.). Añadió que la función de conferir permisos corresponde a órganos específicos del GCBA y no puede ser suplida por la actividad oficiosa de la Cámara. Concluyó que "...la peculiar situación del actor (discapacitado) importa —en paralelo— la obligación de proveer a su protección y desarrollo integral (art. 42 CCBA y concs.) que —eventualmente— el amparista podría articular por la vía que estime correspondiente" (fs. 76).

8. El Sr. Medina dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 81/83) que fundó en la afectación de la defensa en juicio, la vulneración del derecho a trabajar y a ejercer industria lícita, el derecho de igualdad y la arbitrariedad de la sentencia.

9. El GCBA contestó el traslado del recurso (fs. 90/95). Alegó la insuficiencia del escrito, la ausencia de caso constitucional, la improcedencia de la vía de amparo y la inexistencia arbitrariedad.

10. La Sala II concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad. Dijo que "encontrándose en debate la interpretación y el alcance de normas constitucionales (arts. 14, 19 y 28 C.N.; y 10 y 42 CCBA) (...) que (...) tuvieron una relación directa e inmediata con la solución adoptada, corresponde admitir el remedio intentado..." (fs. 97 vta.). El planteo de arbitrariedad de la sentencia fue desestimado.

11. La denegatoria parcial fue consentida por el recurrente.

12. El fiscal general adjunto propició un pronunciamiento del TSJ que declare mal concedido el recurso intentado (fs. 107/109).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Raúl Dionisio Medina fue correctamente concedido por la Sala II.

2. La cuestión de fondo a resolver es análoga a la de los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162, resolución del 5/3/2009, con la única diferencia que en este último fue el GCBA quien vino en queja ante el Tribunal.

Las razones por las que rechacé el recurso de inconstitucionalidad del demandado en aquella oportunidad, son aplicables para fundar mi decisión de hacer lugar aquí al recurso de inconstitucionalidad introducido por el actor.

3. El art. 80, inc. 1º de la CCBA confiere a la Legislatura de la Ciudad la atribución de dictar normas "...para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional..." y en la local. Por tanto, la facultad de reglamentar derechos constitucionales es exclusiva del Poder Legislativo, quien debe ejercerla de modo razonable (art. 28 de la C.N.).

El Código de Habilitaciones y Verificaciones (ley 1166, sancionada el 30/12/2003 y publicada en el *BOCABA* nº 1857 del 14/1/2004) fija en el Capítulo 11.1 reglas generales en materia de permisos de uso del espacio público de la CABA.

En el art. 11.1.2 prescribe: "[p]rohíbese la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios, en el Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, en los términos detallados en la presente Sección".

El art. 11.1.6 define únicamente tres modalidades de actividades comerciales en la vía pública que encuadran en la prohibición citada: *a)* la elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas de los puestos móviles y semimóviles; *b)* el expendio ambulante por cuenta propia y *c)* el expendio ambulante por cuenta de terceros.

Hasta ahora, la Legislatura local no ha establecido el mecanismo para la obtención de permisos que habiliten la venta ambulante de artículos de mera subsistencia y esta omisión no puede suplirse extendiendo la prohibición genérica de venta en la vía pública de productos alimenticios sin permiso.

En otros términos, del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones no puede inferirse una prohibición genérica para cualquier tipo de actividad incluida la que realiza el accionante (venta de baratijas). Y, hasta tanto la Legislatura determine condiciones habilitantes para ella, su derecho no puede serle restringido por un acto de alcance particular de la Administración.

El GCBA desconoce, a lo largo del proceso y en los argumentos que desarrolla en su contestación al recurso de inconstitucionalidad que, en el marco constitucional, la libertad es el principio y su restricción, en situaciones como la de autos, exige una regulación específica.

En definitiva, el actor goza de la protección de la C.N. y de la CCBA, y la actuación del poder administrador lesiona gravemente el derecho cuya tutela viene reclamando desde la interposición de la demanda.

4. En consecuencia, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera el Sr. Raúl Dionisio Medina (fs. 81/83), *b)* revocar las sentencias de primera (fs. 54/55) y de segunda instancia (fs. 75/76) que desestimaron la pretensión del actor, *c)* hacer lugar a la acción de amparo, *d)* ordenar al GCBA que se abstenga de decretar clausuras u otras medidas que, con fundamento en la ausencia de habilitación, afecten la venta en la vía pública de artículos de mera subsistencia que efectúa el Sr. Raúl Dionisio Medina y, *e)* imponer las costas al vencido.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza del trámite. Según ella lo expone, "…la cuestión de fondo a resolver es análoga a la de los autos "CGBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/CGBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expediente nº 6162, resolución del 5/3/2009, con la única diferencia que en este último fue el GCBA quien vino en queja ante el Tribunal".

2. En esa controversia anterior, que también provocó mi adhesión, quedó claro, por una parte, que la conjunción del Código de Habilitaciones y Verificaciones y la ley contravencional de la ciudad (art. 83) no permitían establecer la existencia de una prohibición sobre la venta de baratijas en los espacios públicos por razones de necesidad y manutención personal, aunque se carezca de habilitación estatal; y, por otra parte, que perjudicar al damnificado mediante prohibiciones y sanciones de hecho, dada aquella circunstancia, lesionaba el derecho de trabajar y ejercer una industria lícita sobre cuya base el actor pretendía que la autoridad se abstuviera de toda injerencia (C.N., 14), razón de ser del triunfo de su pretensión (véanse los puntos 1 y 3 de mi voto en el fallo citado).

3. En razón de lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujo el Sr. Raúl Dionisio Medina (fs. 81/83); *b)* revocar las sentencias de primera (fs. 54/55) y de segunda instancia (fs. 75/76), que desestimaron la pretensión del actor, y hacer lugar a la acción de amparo mediante orden dirigida al GCBA para que se abstenga de decretar clausuras u otras medidas que, con fundamento en la ausencia de habilitación, afecten la venta en la vía pública de artículos de mera subsistencia, labor que efectúa el Sr. Raúl Dionisio Medina; y *d)* imponer las costas al GCBA, vencido en la ocasión.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como señalan mis colegas preopinantes, la cuestión de fondo planteada en esta causa resulta análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009, al que cabe remitirse. En efecto, la Cámara describió el objeto de la acción del actor en los siguientes términos: "…la señora jueza de grado rechazó la demanda de amparo que promovió el Sr. Raúl Dionisio Medina contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, *con el fin de que se le ordenara abstenerse de decretar clausuras o tomar otras medidas que afectaran su labor comercial [con] base en la falta de habilitación para venta ambulante de baratijas que realiza*" (sin destacar en el original) (fs. 75). En tales condiciones, al igual que en el precedente indicado más arriba, el actor se limitó a invocar en forma genérica que tenía un razonable temor de ser controlado en su actividad laboral, la venta de baratijas en la vía pública, y, por no contar con una habilitación corría el riesgo de que le fueran labradas actas de infracción y secuestrada la mercadería que eventualmente ofreciera. A su vez, también al igual que en el mencionado precedente, el actor no ha alegado haber intentado obtener una decisión de la administración que le permitiese llevar a cabo la actividad en cuestión: la venta de baratijas. Las únicas dos diferencias que presenta este caso son que: *i)* quien viene recurriendo por resultarle adversa la sentencia del *a quo* es la parte actora; y *ii)* el Sr. Medina ha denunciado ser discapacitado. Pero, ninguna de ellas modifica el motivo principal en virtud del cual resolví en la forma que lo hice en la tantas veces mencionada causa "Pizarro": la ausencia de un "caso" o "controversia" en los términos de los arts. 106 y 113 de la CCBA.

Por ello, y oído lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 81/83.

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

1. El actor cuestiona la sentencia de la Sala II que, confirmando la decisión de primera instancia, rechazó el amparo interpuesto con el objeto que se ordenara al GCBA abstenerse de decretar clausuras o tomar medidas que afectaran su labor comercial en la vía pública motivadas en la falta de habilitación del señor Medina para efectuar la venta ambulante de baratijas.

En particular, el recurrente sostiene que la Cámara debería haber efectuado una "construcción histórica internacional" del ordenamiento jurídico para conjugar "esta dualidad entre las normas del uso del espacio público y las normas del derecho al trabajo" (fs. 82 vta./83). Asimismo, alega que el *a quo* ha incurrido en errores de apreciación, al olvidar su discapacidad, y que las circunstancias recién apuntadas tornan al pronunciamiento impugnado en

arbitrario. Asimismo, alega que en autos se encontraría controvertida la interpretación de los arts. 10, 14 y 42 de la CCBA y arts. 14, 14 bis, 17, 18, 28, 43 y 75, inc. 23 de la C.N. (conf. fs. 81/vta.).

2. Ahora bien, en lo que aquí interesa, la Cámara expresó que la pretensión del actor no podía tener acogida favorable en tanto ésta, en definitiva, implicaba un uso particular, especial y diferenciado del dominio público y que aquel derecho de uso *especial* necesariamente debía ser otorgado por aquellos órganos específicos del GCBA mediante un acto expreso. En este sentido, el *a quo* manifestó que en autos no se había demostrado que la actuación del GCBA para con el actor hubiese sido irrazonable o arbitraria y recalcó que no correspondía a los magistrados conceder un uso privilegiado del dominio público para desarrollar actividades comerciales sin una norma expresa que así lo autorizase, en tanto tal cuestión responde a la observancia de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia. Por último, resaltó expresamente que la particular situación en la que se encuentra el actor a raíz de su discapacidad no permite establecer excepciones en este tema, sino que, en todo caso, habilita al accionante a exigir por las vías correspondientes el cumplimiento de aquellas obligaciones asumidas por el Estado relativas a la protección y desarrollo integral de las personas con necesidades especiales.

3. La lectura del recurso interpuesto a fs. 81/83 permite advertir que las manifestaciones esgrimidas por el actor trasuntan únicamente la discrepancia con el decisorio atacado mas no poseen entidad para poner en crisis, concreta y razonadamente, los distintos fundamentos brindados por el *a quo* para desestimar los planteos del actor —ya reseñados en el punto precedente—. Al respecto, resulta oportuno recordar que para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravian al impugnante (véase para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local). Así entonces, forzoso es concluir que en autos no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

4. Sólo a mayor abundamiento, corresponde señalar que la cuestión de fondo debatida en las presentes actuaciones ya ha sido abordada por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009, arribándose allí —por mayoría— a una solución adversa a las pretensiones del amparista.

5. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto en los puntos precedentes, cabe aclarar que la decisión que aquí se adopta en modo alguno obsta a que el actor incite por las vías pertinentes la intervención de las autoridades administrativas competentes para otorgar el permiso pretendido y de aquellas especialmente encargadas de la protección y asistencia de las personas con necesidades especiales.

Por los motivos expuestos, tal como lo propicia en su dictamen de fs. 107/109 vta. el señor fiscal general adjunto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado a fs. 81/83.

Así lo votamos.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por Raúl Dionisio Medina.

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

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

CLXVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MATO POSE, FELICITAS C/GCBA S/REPETICIÓN (ART. 457, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. Arbitrariedad de sentencia. ACCIÓN DE REPETICIÓN: Tasa de interés.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja en el que se reitera la alegación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común que ya fueron planteadas en el recurso de inconstitucionalidad, y resultan ajenas a la competencia del Tribunal, sin que el recurrente haya logrado demostrar la existencia de un caso constitucional *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora*

jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).

2. La decisión recaída en la sentencia que se recurre, difícilmente pueda interpretarse, a esta altura, como una resolución contraria implícita a la constitucionalidad de los intereses establecidos en el plexo normativo general aplicable a los gravámenes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; por un lado, en razón de no existir, hasta ahora, pedido expreso de la parte actora en tal sentido y de otro, pues no cabe presumir una declaración de inconstitucionalidad *ex officio*, sin brindar explícitamente, como respaldo, fundadas razones para ello. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. No se ha logrado demostrar incontrastablemente que la referencia genérica al Código Fiscal y a las leyes impositivas —bloque de legalidad tributario— descarte, necesariamente, la aplicación de los intereses contemplados en la resolución de la Secretaría de Hacienda y Finanzas 4151/2003, art. 1º, que se fijaran para los casos de repetición, reintegro o compensación de los saldos a favor de importes abonados por los contribuyentes. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Si alguna duda suscitaba a la demandada la sentencia contra la que aquí agita la queja debió, dentro del plazo de ley, articular el recurso de aclaratoria contemplado en los arts. 216 y ss., del CCAyT, a fin de que el magistrado de grado que dictó la sentencia la corrigiera —en cualquier error material—, la aclarara —respecto de algún concepto oscuro— o supliera cualquier omisión en que hubiese incurrido. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La frustración por la propia parte de un recurso judicial potencialmente apto para reparar los agravios, enerva la procedencia de una ulterior impugnación extraordinaria con base constitucional, por derivarse el gravamen de la propia conducta discrecional del recurrente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El cálculo de los intereses, su monto y las fechas de devengamiento deben ser decididos por el tribunal de mérito, ponderando el alcance de las pretensiones de las partes como los extremos de hecho y prueba volcados en autos, sin desconocer el carácter accesorio de ellos y, eventualmente, la forma de preservar la incolumidad del capital en tiempos en los cuales, por aplicación de la ley nacional 23.928 de desindexación, el interés no sólo retribuye la no disponibilidad durante el proceso del importe del reclamo acogido en la sentencia, sino que morigera la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Corresponde admitir el recurso de queja en el que se formula un crítica adecuada a la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, y rechazar este remedio que se intenta con fundamento en la causal de arbitrariedad, que debe ser analizada de modo estricto, y sobre la que el Tribunal tiene dicho que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado

por la Cámara no significa que la decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende arbitraria. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La determinación de la voluntad contractual que tuvieron las partes al momento de la celebración de los acuerdos objeto del debate; el examen del carácter del instrumento mediante el cual la actora requirió las facilidades de pago previstas en el dec. 606/96, y los agravios relacionados con el discutido conocimiento por la actora de las modificaciones que dieron lugar a los nuevos avalúos, constituyen cuestiones que versan acerca del análisis de extremos de hecho y prueba, e interpretación de normas infraconstitucionales, propias de los jueces de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El *a quo* sin que medie ni debate ni declaración de nulidad prescindió, sin dar fundamento alguno, de aplicar la normativa vigente que específicamente regula la cuantía de la tasa de interés que la Administración debe abonar cuando tiene que restituir importes mediante un reclamo de repetición, lo que implica haber declarado la nulidad de la norma en forma implícita. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Corresponde revocar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al GCBA a aplicar sobre los importes reclamados las tasas de interés previstas en el Código Fiscal y leyes vigentes para los distintos períodos, por apartarse esa decisión de la normativa específica aplicable sin que se haya dado argumento alguno que lo justifique. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. En virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 402 el Tribunal debe resolver la cuestión, en tanto ella versa sobre la aplicación de normas locales, en ejercicio de la función que detenta una vez que fue abierta su competencia revisora, y toda vez que no se han dado razones tendientes a demostrar la improcedencia de la normativa específica, corresponde condenar al GCBA a restituir los montos reclamados con más la tasa de interés prevista en el art. 1º de la resol. 4151/03. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6149/08 - 30/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Felicitas Mato Pose, en su carácter de propietaria de los inmuebles sitos en la calle Tte. Gral. Juan D. Perón 1351/3 (partida nº 221.973) y 1355/7/9/61/5/9/71/3 (partida nº 224.007), inició demanda de repetición contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "GCBA") por lo abonado con motivo de la aplicación retroactiva de un avalúo del tributo de

Alumbrado, Barrido y Limpieza ($ 3.009,96 con más intereses, desvalorización monetaria, costos y costas).

La actora impugnó la aplicación retroactiva al mes de enero de 2001, de los avalúos de fecha 9/2/2004 en concepto de "ampliación" por la partida nº 224.007 y en concepto de "incorporación de edificio" por la partida nº 221.973. Y explicó que:

i) adquirió los inmuebles el 30/9/2002;

ii) antes de realizar la operación el escribano interviniente solicitó a la Dirección General de Rentas del GCBA los correspondientes certificados de deuda, de los que no surgía ninguna deuda vencida;

iii) con posterioridad a ser notificada de los avalúos del 9/2/2004, con fecha 5/7/2004 recibió una intimación por el pago de los períodos 1º/9/2001 al 31/12/2004;

iv) al recibir la intimación fiscal, se inscribió en dos planes de facilidades a efectos de evitar un grave perjuicio a sus derechos patrimoniales;

v) el GCBA conocía el estado de ambos inmuebles al momento de emitir los certificados de deuda y su pretensión de aplicar el revalúo en forma retroactiva al año 2001 afecta el principio de irretroactividad de la ley, la fuerza liberatoria del pago y su derecho de propiedad.

2. El Gobierno contestó (fs. 9/27 vta.) que la contribuyente, al suscribir los planes de pago en los términos del dec. 606/96, reconoció su deuda con el Fisco y que, por lo tanto, su pretensión de desconocer los alcances de dicho acogimiento tornaba aplicable la doctrina de los actos propios.

Afirmó que cuando la Sra. Mato Pose adquirió los inmuebles, ya conocía las modificaciones que determinaron el avalúo. Ese conocimiento se evidenciaba, según el GCBA, porque el monto de la operación de venta fue notoriamente superior a la valuación fiscal, y porque más allá de que en los certificados de deuda emitidos por la Dirección General de Rentas al momento de la escrituración, los inmuebles estuvieran registrados como baldíos, la actora sabía que en realidad se trataba de una construcción con destino cochera/garaje.

3. En primera instancia se hizo lugar a la acción de repetición por la suma de $ 3.009,96, con más intereses y costas (fs. 28/29).

La sentenciante sostuvo que los revalúos efectuados por el Gobierno se vinculan con cambios en el inmueble que datan del año 2001, y que la Sra. Mato Pose adquirió el inmueble el 30/9/2002. En consecuencia sólo en el supuesto de dolo de su parte hubiera correspondido el pago del revalúo cuestionado, circunstancia que a su criterio no había quedado probada.

Merituó los informes expedidos por la Administración al momento de escriturar, los cuales no indicaban la existencia de deuda exigible, y las constancias

de la escritura traslativa de dominio, de las que resulta que no hubo asunción de deuda en los términos del art. 5º de la ley 22.427 por parte de la actora.

Señaló que, en las condiciones referidas no había razón para que el comprador estuviera obligado a indagar más acerca del estado del bien que adquiría y que imponer una exigencia de este tipo generaría grave inseguridad jurídica en materia de operaciones inmobiliarias.

Asimismo, la magistrada rechazó el argumento del Gobierno vinculado con la teoría de los actos propios. Se refirió a antecedentes de la CSJN y de la Cámara Nacional en lo Civil según los cuales la suscripción de un plan de facilidades no importa una renuncia al derecho de repetir. Por fin y en el mismo sentido, citó el art. 874 del Cód. Civil que establece que la intención de renunciar no se presume y es de interpretación restrictiva.

4. Contra el pronunciamiento de primera instancia —inapelable por el monto del capital cuestionado en este proceso (art. 219 *in fine* del CCAyT reglamentado por el art. 1º de la resol. 149-CMCABA/99)—, el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 30/39 vta.), que fue denegado (fs. 40/41).

Contra la resolución de fs. 40/41, el GCBA interpuso la queja que tramita en autos (fs. 44/51 vta.).

5. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 59/60 vta., en el que propició el rechazo de la presentación directa.

6. A fs. 62 fueron requeridos los autos principales, caratulados "Mato Pose, Felicitas c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAyT)" que tramitan bajo el expte. nº 17391/0, recepcionados en el Tribunal el 6/3/2009.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

El recurso directo fue interpuesto en tiempo y forma, y contiene una crítica adecuada a la resolución de fs 40/41, vistos los términos en que el *a quo* denegó el recurso de inconstitucionalidad. En el caso en análisis, la jueza se limitó a señalar que no se había planteado un caso constitucional ni se estaba frente a una sentencia arbitraria. Por tanto, el quejoso sólo podía para rebatir el auto denegatorio reeditar como lo hace, los argumentos del recurso de inconstitucionalidad, lo que es suficiente para admitir la queja (conf. mis votos en "Banco Macro Bansud S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Banco Bansud Grupo Macro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones'", expte. nº 4512/05, resolución del 19/7/2006; "Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Volkswagen S.A.

de ahorro para fines determinados c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'", expte. n° 4723/06, resolución del 15/11/2006; "Compañía Papelera Sarandí S.A.C.I.I.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5335/07) y su acumulado "Compañía Papelera Sarandí S.A.C.I.I.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Compañía Papelera Sarandí S.A.C.I.I.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" (expte. nº 5331/07), resolución del 6/11/2007, entre otros).

Recurso de inconstitucionalidad

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno aunque formalmente admisible, debe ser rechazado porque no logra proponer una cuestión constitucional.

El GCBA califica de arbitraria la decisión y afirma que se vulneran los arts. 16, 17, 18, 19 y 129 C.N. y los arts. 9º, 10, 12, 13 y 51 CCBA.

Sostiene que la sentencia recurrida debió haber aplicado el dec. 606/96 en lugar del art. 874 del Cód. Civil, toda vez que ese decreto establecía que la suscripción del plan de facilidades importaba el reconocimiento expreso de la deuda.

Asimismo, el recurrente vuelve a manifestar que al momento de escriturar, la accionante conocía las modificaciones que dieron lugar a los revalúos, y se agravia de que la jueza de grado entendiera que no hubo dolo de la contribuyente.

Por otra parte, el Fisco impugna que la magistrada no aplicara la resol. 4151-SHyF/03 que regula los intereses en casos de repetición, y que dispusiera "aplicar las tasas previstas en el Código Fiscal y leyes tarifarias vigentes para los distintos períodos" (fs. 372 de los autos principales), todo lo cual a su juicio lesiona el principio de legalidad y afecta la renta pública.

2. En primer lugar, cabe recordar que la tacha de arbitrariedad de una sentencia debe ser analizada de modo estricto. El Tribunal tiene dicho que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

Ahora bien: cada una de las defensas intentadas por el GCBA en su contestación de demanda fueron atendidas y desechadas fundadamente en la sentencia de primera instancia. Y el recurrente no aporta ninguna otra razón —más allá de su comprensible discrepancia con una resolución desfavorable

a su posición— que demuestre que el fallo atacado afecta algún principio o garantía constitucional de los que enumera en su presentación.

Por lo demás, a diferencia de lo que pretende el Fisco, la magistrada no concluyó que cabía hacer lugar a la acción de repetición sólo por aplicación del art. 874 del Cód. Civil, sino que examinó diversas constancias probatorias del expediente y aplicó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Montarsa, Montajes Argentinos S.A. c/Neuquén, Provincia del s/repetición" (*Fallos,* 302:1223) para rechazar el argumento del GCBA según el cual la suscripción por la actora de un plan de facilidades de pago importó el reconocimiento de la deuda.

En suma, reitero que el Gobierno se limita a discrepar con la interpretación de normas infraconstitucionales y con la evaluación de la prueba que hiciera el *a quo* al resolver la controversia de autos. Esa discrepancia no alcanza a poner en crisis la argumentación de la sentencia recurrida que no resulta ni irrazonable ni arbitraria.

El recurso en análisis, pues, no expone caso constitucional alguno ni respecto del fondo ni de los intereses y debe ser rechazado.

Por lo expuesto, voto por: *a)* admitir la queja interpuesta por el GCBA a fs. 44/51 vta.; *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 379/389 (actuaciones principales); y *c)* imponer las costas al demandado vencido.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El Gobierno recurrente tacha de arbitraria la sentencia de la magistrada de grado por tres motivos. Sostiene que: *i)* omitió valorar el hecho de que la actora reconoció expresamente la deuda que hoy pretende repetir, al suscribir el plan de facilidades instrumentado por el dec. 606/96; *ii)* existen elementos que dan cuenta de que la actora conocía, al tiempo que escrituró la compraventa de los inmuebles sitos en la calle Tte. Gral. Juan D. Perón nºs. 1351/3 (partida nº 0221.973) y nºs. 1355/7/9/61/5/9/71/3 (partida nº 0224.007), las modificaciones realizadas por el anterior dueño que dieron lugar al avalúo que generó las diferencias que aquí se pretenden repetir; y *iii)* le impuso una tasa de interés que dista de la prevista expresamente para los procesos de repetición, sin dar motivo alguno que lo justificara.

Por los fundamentos que se exponen en el punto 1.3. de este voto, el recurso logra prosperar con relación al agravio dirigido a controvertir la tasa de interés impuesta por la jueza de grado. En cambio, la queja debe ser rechazada con relación al resto de los agravios —esto es, los reseñados en los puntos (i) y (ii)—, porque el recurrente no acredita que se encuentre comprometida la interpretación o aplicación de alguna norma contemplada en la Constitución local o en la Nacional (conf. el art. 113, inc. 3º, de la CCBA); y, menos aún,

que la decisión adoptada por el *a quo* resulte insostenible por ser fruto de su mero arbitrio (véanse los puntos 1.1. y 1.2. de este voto).

1.1. El recurrente sostiene que el carácter de DD.JJ. que le asigna el art. 5º del dec. 606/96 al instrumento por el que se requiere acceder al plan de facilidades de pago que esa norma organiza le impediría a la actora reclamar los montos ingresados a través de dicho plan; toda vez que el carácter señalado (el de DD.JJ.) "…implica un reconocimiento expreso y voluntario de la deuda y de la validez de la exigencia fiscal…" (fs. 384). En apoyo a esa afirmación señala que los instrumentos que suscribió la actora al momento de solicitar el plan de facilidades decían que "[e]l que suscribe en su carácter de titular/apoderado afirma bajo juramento que los datos consignados en este formulario son correctos y completos y que esta declaración se ha confeccionado sin omitir dato alguno que deba contener, siendo real expresión de la verdad, reconociendo expresamente la deuda que emerge del presente…" (el destacado corresponde al original) (fs. 34 de la queja).

En la argumentación reseñada se encuentran inmersos dos planteos distintos. Uno remite a analizar cuál fue la voluntad contractual exteriorizada por la actora al suscribir los planes de facilidades instrumentados por medio del dec. 606/96, a fin de determinar si esa voluntad implicó, tal como afirma el recurrente, una renuncia a su derecho a repetir las sumas ingresadas por medio del mencionado plan; y el otro, a examinar si el carácter de DD.JJ. que detenta el instrumento a que se refiere el art. 5º del dec. 606/96 impide a la actora reclamar las sumas abonadas por medio del plan de facilidades. Ninguno de esos dos planteos involucra una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCBA que habilite la competencia revisora de este Tribunal. Determinar cuál es la voluntad contractual que tuvieron las partes al momento de la celebración de los acuerdos aquí discutidos —en el caso, los dos planes de facilidades que suscribió la actora, uno por cada uno de los inmuebles por ella adquiridos el 30/9/2002 sitos en la calle Tte. Gral. Juan D. Perón nºs. 1351/3 (partida nº 0221.973) y nºs. 1355/7/9/61/5/9/71/3 (partida nº 0224.007)—, constituye una cuestión que versa acerca del análisis de extremos de hecho y prueba, competencia propia de los jueces de la causa; y el recurrente no muestra que los argumentos que le dio la jueza de grado para resolver ese punto sean insostenibles. Por su parte, la respuesta al segundo de los planteos delineados, esto es, aquel vinculado al carácter de DD.JJ. que reviste el instrumento mediante el cual la actora requirió las facilidades de pago previstas en el dec. 606/96, depende de la interpretación de normas infraconstitucionales; cuestión propia, como principio, de los jueces de la causa, sin que el GCBA demuestre que corresponda en el *sub lite* hacer excepción a esa regla. Si bien dice que es arbitraria la sentencia del *a quo* en este punto, no muestra

con sus planteos que la decisión de la magistrada no pueda ser el fruto de una interpretación posible de las normas por él citadas.

1.2. Tampoco pueden prosperar los agravios que formula el recurrente a fin de controvertir los fundamentos que dio la jueza para resolver que no se había demostrado que la actora conociese las modificaciones que dieron lugar a los nuevos avalúos al tiempo de la escrituración de los inmuebles. Los dos argumentos que brinda el recurrente para demostrar lo cual son: *i)* la diferencia de valor que existía entre la valuación fiscal y los valores en que se realizó la compraventa; y *ii)* la consignación del término "baldío" en las constancias de deuda expedidas por el GCBA, Dirección General de Rentas ABL. Ambos remiten al análisis de las pruebas agregadas en la causa, cuestión propia de los jueces de la causa, sin que corresponda hacer excepción en la presente causa a ese principio.

Sin perjuicio de ello, y con relación al segundo de esos argumentos, el vinculado con el término "baldío" consignado en las constancias de deuda expedidas por el GCBA, Dirección Gral. de Rentas ABL al 23/9/2002 con relación a los inmuebles adquiridos por la actora el día 30 de ese mes y año, cabe agregar que, más allá de la imprecisión con la que está consignado ese término en las constancias, el GCBA no se hace cargo de que en ambas constancias está consignado un importe correspondiente al rubro "edificación"; y que él mismo ha reconocido la existencia de una edificación en el inmueble asentado en la partida nº 0224007, al realizar el nuevo avalúo sobre la base de una "ampliación" no declarada de la edificación existente. De esas cuestiones debió hacerse cargo si pretendía demostrar que la existencia del término "baldío" en las mencionadas constancias de deuda le bastaba a la actora para conocer las modificaciones realizadas a los inmuebles por el anterior dueño.

1.3. En cambio, y tal como adelanté al comienzo de este voto, asiste razón al Gobierno en cuanto afirma que la magistrada de grado no pudo condenar a su parte a devolver los importes ingresados por la actora con más una tasa de intereses calculada en base a "…las tasas previstas en el Código Fiscal y leyes tarifarias vigentes para los distintos períodos…" (fs. 372), sin dar fundamento alguno en que se apoye esa decisión.

Con carácter previo a fundar esa afirmación, cabe señalar que la decisión adoptada por la jueza resulta excesivamente ambigua. En primer lugar, los cuerpos normativos por ella indicados, esto es, los códigos fiscales y leyes tarifarias vigentes para los períodos reclamados, no establecen la cuantía de las tasas de interés aplicables. Sólo disponen que tipo de interés debe aplicarse frente a determinadas situaciones. La Secretaría de Hacienda y Finanzas del GCBA es la que establece la cuantía de las tasas de interés aplicables (conf. la delegación expresa que le confieren los códigos fiscales aplicables a los períodos aquí

reclamados, los años 2001 a 2004; véanse los artículos que se mencionan más abajo). Por lo demás, esa decisión tampoco especifica a qué tipo de interés de los previstos en los códigos fiscales se refiere (v. gr. *a)* los intereses resarcitorios que deben pagar los contribuyentes cuando no abonan dentro del plazo legal las obligaciones mencionadas en los arts. 60 del C.F., t.o. 2001 y 2002; 64 del C.F., t.o. 2003 y 65 del C.F., t.o. 2004; *b)* los intereses punitorios que deben abonar los contribuyentes cuando la Administración debe recurrir a la vía judicial para hacer efectivos los pagos de las deudas mencionadas en los arts. 61, C.F., t.o. 2001, 2002, 65 del C.F., t.o. 2003 y 66 del C.F., t.o. 2004; *c)* los intereses que debe pagar la Administración cuando debe reintegrar importes ingresados por los contribuyentes, conf. los arts. 58 y concordantes del C.F., t.o. 2001 y 2002, 62 del C.F., t.o. en el año 2003 y 63 del C.F., t.o. en el año 2004).

Ahora bien, aun cuando esas cuestiones bien pudieron ser despejadas mediante un recuso de aclaratoria, lo cierto es que corresponde revocar la decisión a la que me vengo refiriendo, empero por otro motivo. El *a quo,* sin que medie ni debate ni declaración de nulidad prescindió, sin dar fundamento alguno, de aplicar la normativa vigente que específicamente regula la cuantía de la tasa de interés que la Administración debe abonar cuando tiene que restituir importes mediante un reclamo de repetición; circunstancia que implica haber declarado la nulidad de la mencionada norma en forma implícita (*Fallos,* 303:1006 y sus citas, entre muchos otros).

El art. 1º de la resol. 4151-GVABA-SHYF-03 reza del siguiente modo: "[f]íjese en cincuenta centésimos por ciento (0,50 %) mensuales la tasa de interés prevista en el art. 62 del C.F., t.o. 2003 (separata *BO,* nº 1677), aplicable en los casos *de repetición*, reintegro o compensación de los saldos a favor de importes abonados por los contribuyentes" (el destacado no corresponde al original). A su vez, el art. 2º de esa resolución establece que "[l]os intereses referidos en el art. 1° se devengarán desde la fecha de interposición del reclamo de repetición o compensación, según corresponda, hasta la fecha de su efectiva devolución, reintegro o compensación. Estos intereses se devengarán únicamente para los reclamos interpuestos a partir del 1°/1/1999".

Si la magistrada de grado pretendía apartarse de esas pautas generales debió, cuanto menos, explicitar los motivos que la llevaron a adoptar esa decisión; cosa que en el *sub lite* no ha ocurrido. Menos aún surge del texto de la sentencia recurrida que hayan existido pretensiones de las partes que la hubiesen puesto a la jueza en la situación de tener que resolver acerca de la procedencia de la resol. 4151-GVABA-SHYF-03 en el caso. En tales condiciones, corresponde revocar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al GCBA a aplicar sobre los importes reclamados las tasas de interés "…previstas en el Código Fiscal y leyes tarifarias vigentes para los distintos períodos [reclamados]"

(fs. 372), por apartarse esa decisión de la normativa aplicable, sin que se haya dado argumento alguno en que lo justifique.

2. No obstante ello, corresponde a este Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la ley 402, resolver la cuestión a la que me vengo refiriendo. Ello así, en tanto ella versa, exclusivamente, acerca de la interpretación y aplicación de normas locales; competencia que este Tribunal detenta una vez que fue abierta su competencia revisora (conf. la doctrina de mi voto *in re* —conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. n° 3260/04, sentencia del 16 de marzo del 2005, entre otros.

Así las cosas, y toda vez que no se han dado argumentos tendientes a justificar la improcedencia de la normativa específica para el supuesto que nos ocupa, corresponde condenar al GCBA a devolver los montos en este proceso reclamado con más la tasa de interés prevista en el art. 1° de la resol. 4151/03.

Por ello, y lo parcialmente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por: *i)* rechazar la queja con relación a los agravios vinculados con el derecho de la actora a instar la presente acción y el conocimiento que ella tenía de las modificaciones que dieron lugar a los nuevos avalúos; *ii)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio dirigido a controvertir la tasa de intereses impuesta en la sentencia de fs. 370/372; *iii)* revocar dicha tasa de interés; y, por último, *iv)* condenar al GCBA a restituir lo montos reclamados con más la tasa de interés prevista en el art. 1° de la resol. 4151-GCABA-SHYF-03. Costas por su orden dada la existencia de vencimientos recíprocos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Resulta palmario que el GCBA, recurrente en el caso bajo análisis, centra todo el recurso de inconstitucionalidad en la alegación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, cuestiones ajenas a la competencia del Tribunal, según lo expresa el mismo voto de la señora jueza del trámite. Así, se intenta tornar plausible la idea de que la magistrada de grado ha interpretado *arbitrariamente* las constancias de la causa, argumento que también reedita el quejoso en el capítulo de la presentación directa, y funda en la alegada inaplicabilidad de la normativa vigente (el Gobierno admite el carácter de derecho común —infraconstitucional— del CCAyT de la CABA y del Código Fiscal, pero entiende que esta normativa no ha sido aplicada, o su aplicación ha sido contradictoria, circunstancia que ha generado "incertidumbre jurídica", fs. 47 vta.).

Más allá del error o del acierto de la sentencia contra la que el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, al resultar aquélla inapelable por el monto del capital cuestionado, la magistrada de grado ha explicado, en su auto denegatorio del recurso, que ninguno de los argumentos del recurrente posee

base constitucional, por más que aquél cite diversos derechos constitucionales que no vincula específicamente con el caso concreto, sino a través de la interpretación de las normas infraconstitucionales cuyo texto él mismo considera conforme a la Constitución y aplicables al caso (el dec. 606/96 y la resol. 4151/2002). Por lo demás, ella rechaza el planteo del recurrente en cuanto a la llamada doctrina de la *arbitrariedad* de sentencia, por reputarla "una vía oblicua para exponer agravios que no [involucran] cuestiones constitucionales" (fs. 40 vta., legajo de la queja); así sucede también con la invocación de la doctrina de la *gravedad institucional* (véase fs. 41).

2. Como ya lo tengo dicho en otras sentencias, la palabra *arbitrariedad* ni siquiera es utilizada en el sentido técnico que pretende habilitar la CSJN (sentencia infundada o su equivalente por estar motivada irracionalmente, dicho de manera general) y sólo designa a la palabra *agravio*, esto es, a la acción de disentir con la sentencia recurrida (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). Esta aplicación del vocablo, aun por fuera de mi posición absolutamente restrictiva del motivo (véase mi voto *in re* "Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4143/05, "Sound Garage S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 4229/05, sentencia del 10/5/2006; entre muchas otras causas), no surte con evidencia la competencia del Tribunal conforme al art. 27 y concs. de la local 402.

3. Por las razones expuestas, y en concordancia con la solución que propicia el señor fiscal general adjunto en su dictamen, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 44/51 vta., decisión que, a mi juicio, implica también el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

La jueza Ana María Conde dijo:

Por los fundamentos desarrollados por el Dr. Maier en el apart. 1° de su voto, al que adhiero, el GCBA no logra rebatir el principal fundamento en virtud del cual la magistrada de grado denegó el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional.

En consecuencia, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. Por las razones expuestas en el punto 1 de su voto por mi colega el doctor Julio B. J. Maier, y lo dictaminado en sentido concordante por el fiscal

general adjunto, me pronuncio por el rechazo de la queja planteada (a fs. 44/55 del recurso de hecho).

2. Cabe añadir, respecto al agravio enderezado a cuestionar la resolución de la instancia de grado —en cuanto allí se dispuso en materia de intereses que "corresponderá aplicar las tasas previstas en el Código Fiscal y leyes tarifarias vigentes para los distintos períodos" (*sic* – fs. 28 y 29 de la queja)—, que tal planteo, al igual que los restantes, no puede tener acogida en esta instancia, atento se ponderen los extremos que seguidamente se desarrollan.

a) Si bien, ni en el Código Fiscal ni en las distintas leyes tarifarias anuales se consignan los intereses que corresponde abonar en caso de repetición de tributos, la decisión recaída en la sentencia que se recurre difícilmente pueda interpretarse, a esta altura, como una resolución contraria implícita a la constitucionalidad de los intereses establecidos en el *plexo normativo general* aplicable a los gravámenes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por un lado, en razón de no existir, hasta ahora, pedido expreso de la parte actora en tal sentido. De otro, pues no cabe presumir una *declaración de inconstitucionalidad ex officio*, sin brindar explícitamente, como respaldo, fundadas razones para ello, por cuanto, como lo ha señalado desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de normas legales —aun para el caso corriente resuelto a petición de parte— constituye una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional y debe de ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico.

b) En atención a lo precedentemente sentado en el punto anterior, no se ha logrado demostrar incontrastablemente que la referencia genérica al Código Fiscal y a las leyes impositivas —bloque de legalidad tributario— descarte, necesariamente, la aplicación de los intereses contemplados en la resolución de la Secretaría de Hacienda y Finanzas 4151/2003, art. 1º, que se fijaran para los casos de repetición, reintegro o compensación de los saldos a favor de importes abonados por los contribuyentes.

c) Por su parte, si alguna duda suscitaba a la demandada la sentencia contra la que aquí agita la queja debió, dentro del plazo de ley, articular el *recurso de aclaratoria* contemplado en los arts. 216 y ss., del CCAyT, a fin de que el magistrado de grado que dictó la sentencia, la corrigiera —en cualquier error material—, la aclarara —respecto de algún concepto oscuro— o supliera cualquier omisión en que hubiese incurrido (véanse en particular arts. 216 y 218 del CCAyT).

d) Asimismo, tiene reiteradamente sentado el Tribunal cimero que la frustración por la propia parte de un recurso judicial potencialmente apto para reparar los agravios, enerva la procedencia de una ulterior impugnación extraordinaria con base constitucional, por derivarse el gravamen de la propia conducta discrecional del recurrente.

e) También, el agravio resulta, a esta altura del proceso, futuro o meramente conjetural, ya que podría concretarse recién en la etapa de ejecución de sentencia, habida cuenta de la opacidad de los términos con que se ha expresado la sentencia sobre el punto, todo ello consignado a tenor de los razonamientos precedentes, que no descartan de modo definitivo la aplicación de los intereses previstos para supuestos como el de autos por la resolución de la Secretaría de Hacienda y Finanzas 4151/2003.

f) Finalmente, estimo que el cálculo de los intereses, su monto y las fechas de devengamiento deberán ser decididos por el tribunal de mérito, ponderando el alcance de las pretensiones de las partes como los extremos de hecho y prueba volcados en autos, sin desconocer el carácter accesorio de los mismos y, eventualmente, la forma de preservar la incolumidad del capital en tiempos en los cuales, por aplicación de la ley nacional 23.928 de desindexación, el interés no sólo retribuye la no disponibilidad durante el proceso del importe del reclamo acogido en la sentencia, sino que morigera la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por las razones consignadas precedentemente propicio el rechazo en todas sus partes de la queja incoada.

Así lo voto.

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 Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CLXIX

"SANTORO, WALTER NELSON S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN: 'GCBA C/SANTORO, WALTER NELSON S/EJ. FISC. - AVALÚO'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. Valor disputado en último término. Sentencia definitiva. Ejecución fiscal. Caducidad de instancia. Debido proceso. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación es admisible cuando la Ciudad es parte; el valor debatido ante esta instancia es superior a $ 700.000; y la impugnación versa sobre una sentencia definitiva. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El art. 38 de la ley 402 establece que los requisitos de admisibilidad del recurso ordinario de apelación deben ser acreditados en el escrito de interposición por quien intenta hacer uso de esta vía de impugnación, quien debe cumplir la carga impuesta por dicha norma de probar que el monto de su agravio supera la suma de $ 700.000. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si, a los efectos del recurso ordinario de apelación, sólo se encuentra satisfecho el requisito de que la Ciudad sea parte); pues la suma ejecutada por el GCBA ($ 26.390) dista enormemente de aquella establecida por la ley como presupuesto objetivo de impugnación por medio de este recurso ($ 700.000); y, la sentencia dictada —al decretar la caducidad de la instancia del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de Cámara que revocó la de primera instancia que había admitido la excepción de inhabilidad de título en una ejecución fiscal— no es, por regla, definitiva, ni el actor justifica la viabilidad de su equiparación a tal clase de pronunciamiento. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Si bien el recurrente, en el recurso de inconstitucionalidad señaló el defecto de actuación en que incurrieron las instancias anteriores, que afectó su derecho de defensa, omitió expresar que él fue notificado en su domicilio constituido de la medida para mejor proveer dispuesta por la Cámara, fecha en la que tomó conocimiento de la intervención del tribunal de alzada y, al conocer el vicio, debió plantear la nulidad y afectación de garantías constitucionales tardíamente invocadas. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

5. Si bien la providencia de la secretaria de la Sala que dispuso, al dar traslado del recurso de inconstitucionalidad, que quedaba "a cargo del recurrente

la confección de la cédula respectiva" fue dictada en contra de lo expresamente señalado por la ley aplicable (art. 4º, ley 402), llevó a que, legítimamente, quien interpuso el recurso de inconstitucionalidad podía esperar que el tribunal confeccionara la cédula de traslado, y no tenía razones para suponer que se le había impuesto el cumplimiento de una carga que disparaba el inicio del plazo de caducidad, no es menos cierto que un obrar medianamente diligente del profesional le habría despertado cierta inquietud por la demora de varios meses en dictar tan sencilla providencia, y le habría indicado la necesidad de consultar y tomar vista del expediente, y que al contestar el acuse de caducidad, y, luego, al recurrir, no objetó la carga impuesta por la providencia de Secretaría. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

6. Más allá de las evidentes imprecisiones y defectos de fundamentación que presentan la queja deducida y el recurso de inconstitucionalidad que intenta sostenerse mediante ella —que, además, no se dirigen contra una *sentencia definitiva*—, este Tribunal, como juez del recurso de inconstitucionalidad según la Constitución local (art. 113, inc. 3º), no debe consentir el apartamiento de las reglas procesales en que incurrió la Cámara, al trasladarle a la demandada la carga de confeccionar una cédula sin brindar justificación alguna —y sin notificarlo debidamente de ello—, para, a continuación, declarar la caducidad de la vía recursiva intentada. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

7. Desde este punto de vista, el agravio del recurrente fundado en que la Cámara se apartó de las reglas procesales, al trasladarle a la demandada la carga de confeccionar una cédula sin brindar justificación alguna —y sin notificarlo debidamente de ello—, para luego declarar la caducidad del recurso de inconstitucionalidad, se muestra apto para habilitar este estrado porque lo decidido por la Cámara pone en juego la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, valores que no se satisfacen con decisiones judiciales sólo aparentemente fundadas, pues se apartan de la solución legal prevista para resolver el planteo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6277/08 - 30/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) promovió un juicio de ejecución fiscal contra el Sr. Walter Néstor Santoro por la suma de $ 26.390,64 en concepto de diferencias de ABL, más sus intereses y costas (fs. 14/16 vta.).

2. El ejecutado opuso excepciones de inhabilidad de título y prescripción (fs. 55/57).

3. El juez de primera instancia desestimó la excepción de prescripción e hizo lugar a la de inhabilidad de título, e impuso las costas en el orden causado (fs. 69/70).

4. El GCBA apeló la sentencia (fs. 78) y expresó agravios (fs. 83/86 vta.), que no fueron contestados por el Sr. Santoro. Requerida la elevación de las actuaciones a la Cámara CAyT por el actor (fs. 88), el prosecretario del juzgado dispuso que se practicara una nueva notificación de la sentencia al ejecutado, ya que la realizada no se había dirigido al domicilio constituido por la parte demandada (fs. 89/90).

5. Recibidas la actuaciones por la Sala II de la Cámara, el juez a cargo del despacho dispuso, como medida para mejor proveer, que la DGR acompañara las actuaciones administrativas que dieron base al título ejecutivo, lo que se notificó a las partes (fs. 93/95). Una vez agregadas (fs. 101/107), se hizo saber a las partes (fs. 108) quienes nada dijeron. Posteriormente, pasaron los autos para resolver (fs. 109).

6. La Sala II revocó la resolución recurrida, con costas en ambas instancias a la demandada (fs. 95/96).

7. El Sr. Santoro interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 118/122 vta.). La secretaria de la Sala, por providencia del 28/11/2007, ordenó su traslado y dispuso que quedaba "a cargo del recurrente la confección de la cédula respectiva" (fs. 123). El 17/6/2008 el GCBA acusó la caducidad de la instancia recursiva (fs. 131). De este escrito se ordenó correr traslado al recurrente (fs. 132), el que fue contestado a fs. 135/137.

8. La Sala II, por resolución del 23/10/2008, consideró transcurrido el plazo previsto por el art. 260, inc. 2°, CCAyT, desde la providencia que ordenó el traslado del recurso de inconstitucionalidad sin que el recurrente hubiese dado impulso al proceso y, por ello, resolvió "declarar operada la caducidad del recurso de inconstitucionalidad (...) con costas" (fs. 139 y vta.). La notificación se practicó el 28/10/2008.

9. El Sr. Santoro planteó contra esa decisión los recursos de reposición y apelación en subsidio (fs. 142 y vta.).

10. La Sala II desestimó el pedido de revocatoria, en atención a que el art. 267 sólo autoriza dicho recurso cuando, en segunda o ulterior instancia, la resolución hubiese sido dictada de oficio, lo que no ocurrió en el caso. Por otro lado, rechazó el recurso de apelación deducido ya que el recurrente no acreditó los recaudos de procedencia de ninguna de las distintas vías recursivas

previstas en la ley 402 (fs. 143). La decisión fue notificada al recurrente el día 2/12/2008.

11. El 11/12/2008, el ejecutado dedujo ante la Sala II un nuevo recurso de reposición contra la decisión que rechazó la concesión del recurso de apelación (fs. 145) y ante el Tribunal, queja por apelación denegada. Sostuvo en ésta, que "no precisar el monto de la caducidad, conforme art. 38 *in fine*, no debe ser fundamento para la denegación de justicia, ni tampoco es ponderable precisar dicha suma, cuando es una cuestión de derecho. Por lo que denegar el recurso de apelación ordinario, interpuesto por esta parte, deviene en un excesivo rigor formal, que se refleja a una violación a las garantías de defensa en juicio y el debido proceso" (fs. 6 y vta.).

12. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por las siguientes razones: *a)* el escrito no rebate el fundamento central por el que la Cámara denegó el recurso; *b)* la decisión de la Sala que declaró la caducidad de la instancia del recurso de inconstitucionalidad no resuelve en forma definitiva el litigio; *c)* el recurrente no intenta demostrar que la decisión cuestionada sea definitiva; *d)* las sentencias dictadas en juicios ejecutivos, por regla general, no son definitivas; *e)* ni en la apelación ni en la queja el ejecutado acreditó el recaudo referido al monto del agravio, establecido por el art. 38, LPTSJ.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La lectura de este expediente pone de resalto una serie de relevantes desaciertos en la forma en que se ha llevado adelante el proceso. Estas equivocaciones han sido generadas, en cierta medida, por la propia recurrente, pero también por los tribunales intervinientes, entre cuyos deberes se encuentra, justamente, el de *dirigir el procedimiento* (art. 27, inc. 5°, CCAyT) de acuerdo a lo establecido por las normas adjetivas aplicables —para garantizar, por ejemplo, la igualdad y el derecho de defensa de las partes que protagonizan el litigio.

2. Describo a continuación dos hechos puntuales que surgen de las actuaciones que respaldan la afirmación precedente:

a) La sentencia de primera instancia fue notificada al Sr. Santoro, demandado en el juicio, en un domicilio equivocado (fs. 71), razón por la cual no pudo conocer que la causa había salido de despacho; luego el GCBA apeló la sentencia (fs. 83/86 vta.) notificándose por nota al ejecutado el traslado del memorial de agravios (fs. 87). Obviamente, al no conocer que por el dictado de la sentencia se reanudaba la carga de concurrir a notificarse los días de nota, no

tomó conocimiento de ese traslado. Seguidamente el GCBA pidió la elevación de los autos a la Cámara de Apelaciones (fs. 88). Ante ese pedido, el prosecretario del juzgado dispuso una nueva notificación de la sentencia en el domicilio constituido del Sr. Santoro, pero no le anotició de la existencia de un recurso de apelación de la parte contraria contra esa sentencia (fs. 89/90).

El Sr. Santoro, en el recurso de inconstitucionalidad de fecha 27/11/2007 ha señalado ese defecto de actuación que afectó su derecho de defensa. Sin embargo, omite expresar que él fue notificado el 20/3/2007 en su domicilio constituido (fs. 94) de la medida para mejor proveer dispuesta por la Cámara a fs. 93, fecha en la que tomó conocimiento de la intervención del tribunal de alzada y, al conocer el vicio, debió plantear la nulidad y afectación de garantías constitucionales que tardíamente invocó. Ello es así pues el art. 153, CCAyT, establece que "la nulidad no puede ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración.// Se entiende que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco (5) días subsiguientes al conocimiento del acto".

b) La providencia de la secretaria de la Sala II de la Cámara CAyT que dispuso, al dar traslado del recurso de inconstitucionalidad incoado por la demandada, que quedaba "a cargo del recurrente la confección de la cédula respectiva" (fs. 123) fue dictada en contra de lo expresamente señalado por la ley aplicable. El recurso de inconstitucionalidad se rige, básicamente, por la ley 402 (arts. 27 y ss.) que, en materia de notificaciones dispone en el art. 4°: "*Todas* las notificaciones se realizan personalmente o por cédula *confeccionada por el Tribunal*" (el destacado es añadido). La decisión de apartarse de la disposición legal expresa, debió, cuanto menos, ser notificada en forma personal o por cédula al recurrente para que él consintiera la providencia o pudiera plantear la reposición impropia ante los jueces de la Sala. Legítimamente, quien interpuso el recurso de inconstitucionalidad podía esperar que el tribunal confeccionara la cédula de traslado, y no tenía razones para suponer que se le había impuesto el cumplimiento de una carga que disparaba el inicio del plazo de caducidad. Tampoco puede ser totalmente ignorada la notificación colateral cursada por la Cámara —vinculada al rechazo de un pedido de expedición de un testimonio para ejecutar honorarios en primera instancia (véanse fs. 124/130)—, por cuyo intermedio la actora adquirió conocimiento de la interposición del recurso de inconstitucionalidad de la demandada —no de su contenido, claro está—, dado que la apuntada diligencia bien pudo haber gravitado para que la irregular forma de notificación del traslado pasara inadvertida. No es menos cierto que para la recurrente debió resultar llamativa una demora de varios meses en dictar tan sencilla providencia, situación que podría haber indicado la necesidad de consultar y tomar vista del expediente, lo que al parecer no ha ocurrido. Por

otra parte, al contestar el acuse de caducidad, y, luego, al recurrir, el Sr. Santoro no advirtió que la carga que le había impuesto la secretaria de la Sala II para confeccionar la cédula de traslado de su recurso de inconstitucionalidad no posee fundamento legal.

3. A la luz de lo expuesto, más allá de las evidentes imprecisiones y defectos de fundamentación que presentan la queja deducida y el recurso que intenta sostenerse mediante ella —que, además, no se dirigen contra una *sentencia definitiva*—, creo que este Tribunal, como juez del recurso de inconstitucionalidad según la Constitución local (art. 113, inc. 3º), no debe consentir el apartamiento de las reglas procesales en que ha incurrido la Cámara, al trasladarle a la demandada la carga de confeccionar una cédula sin brindar justificación alguna —y sin notificarlo debidamente de ello—, para, a continuación, declarar la caducidad de la vía recursiva intentada.

Desde este punto de vista, el agravio del recurrente se muestra apto para habilitar este estrado porque lo decidido por la Cámara pone en juego la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, valores que no se satisfacen con decisiones judiciales sólo aparentemente fundadas, pues se apartan de la solución legal prevista para resolver el planteo. El debido proceso legal y la defensa en juicio (art. 18, C.N.) deben ser reestablecidos, ahora, mediante una decisión del Tribunal que ponga en quicio el trámite de la ejecución. Es que, como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Domingo Colalillo c/Compañía de Seguros España y Río de la Plata*"* (*Fallos,* 238:550), sentencia del 18/9/1957: "(E)l proceso... no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte", agregando, frente a la facultad que las reglas adjetivas brindan a los magistrados para esclarecer los hechos debatidos, que: "(T)al facultad no debe ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho".

4. En suma, entiendo que el respeto de la *tutela judicial efectiva* garantizada constitucionalmente y elementales razones de equidad aconsejan: *a)* admitir la queja interpuesta y el recurso que se intenta sostener ante este estrado; *b)* devolver el depósito integrado a fs. 10; *c)* declarar la nulidad de la providencia dictada por la señora secretaria de la Sala II de la Cámara CAyT de fecha 28/11/2007 (fs. 123) y dejar sin efecto todo lo actuado a partir de ese momento, y *d)* remitir este expediente a la Cámara para lo agregue al principal, corra mediante cédula el traslado del recurso de inconstitucionalidad deducido y, oportunamente, resuelva su concesión o denegatoria.

Debe resaltarse que la decisión que se propone no ingresa en la valoración de los fundamentos que hacen al tema controvertido por la demandada en el recurso de inconstitucionalidad —rechazo por parte de la Cámara de una excepción de inhabilidad de título—. Aquí simplemente se ordena que un remedio previsto para habilitar la competencia revisora de este Tribunal se sustancie y resuelva de acuerdo a la ley.

Así lo voto.

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

1. Aunque la queja planteada por el Sr. Walter Néstor Santoro ha sido formulada en tiempo oportuno, le asiste razón al señor fiscal general adjunto en cada una de las objeciones que ha efectuado a la procedencia de la presentación directa.

2. En efecto, el art. 38 de la ley 402 establece, en cuanto ahora interesa, que "...el/la apelante debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26, inc. 6) de la ley 7, modificado por el art. 2° de la ley 89", norma ésta en la que se precisa que el Tribunal tiene competencia para intervenir "(e)n instancia ordinaria de apelación, en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)". Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha dicho en reiteradas ocasiones que el recurso de apelación es admisible cuando se presentan los siguientes recaudos de impugnación: *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 (conf. sentencia dictada el 9/4/2001 *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. n° 860/01, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 83 y ss., entre muchos otros).

Por otro lado, como ya se dijera, el art. 38 de la LPTSJ establece que los requisitos aludidos *deben* ser acreditados en el escrito de interposición por quien intenta hacer uso de esta vía de impugnación.

El Sr. Santoro afirma, escuetamente, en la queja que "no precisar el monto de la caducidad, conforme art. 38 *in fine,* no debe ser fundamento para la denegación de justicia, ni tampoco es ponderable precisar dicha suma, cuando es una cuestión de derecho". No le asiste razón, por los motivos que se expondrán a continuación.

Como se vio en el párrafo anterior, es una carga impuesta a la parte la de acreditar, al interponer el recurso del art. 38 de la ley 402, que el monto del agravio de la parte recurrente supera la suma de $ 700.000.

La expresión "denegación de justicia" que el presentante emplea, no permite considerar que esté haciendo alusión a la *queja por privación, denegación o retardo injustificado de justicia* prevista y reglada en los arts. 36 y 37

de la ley 402 ya que, por un lado, el recurrente no hace mención a esa vía en todo el resto del escrito, y, por otro, tampoco da cumplimiento a los requisitos señalados por el art. 36 de esa ley.

Finalmente, el Sr. Santoro parece sostener que, cuando la cuestión es de puro derecho, no resulta operativa la exigencia del monto mínimo del agravio. El argumento, además de carecer de mayor desarrollo, no tiene fundamento en disposición legal alguna. Ya he transcrito la regla jurídica que trata sobre la apelación ordinaria, y en ella no aparece la distinción que el recurrente postula. Nada hay ni en el texto ni en el espíritu de la ley que permita avanzar en ese sentido interpretativo; o, al menos, ello no resulta evidente y el recurrente no se ha hecho cargo de fundar suficientemente las razones que permitirían arribar a esa conclusión.

3. Por lo demás, la lectura de las actuaciones acompañadas a la queja da cuenta del acierto material de lo decidido por el tribunal de alzada al denegar la apelación. Ello así, puesto que en el caso sólo se encontraría satisfecho el primer requisito (que la Ciudad sea parte); pues la suma ejecutada por el GCBA ($ 26.390) dista enormemente de aquella establecida por la ley como presupuesto objetivo de impugnación por medio de este recurso ($ 700.000); y, la sentencia dictada —al decretar la caducidad de la instancia del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de Cámara que revocó la de primera instancia que había admitido la excepción de inhabilidad de título en una ejecución fiscal— no es, por regla, *definitiva*, ni el actor justifica la viabilidad de su equiparación a tal clase de pronunciamiento.

4. Sin perjuicio de que lo expresado sella el rechazo de la queja, no se puede dejar de señalar que las copias de los autos principales permiten advertir serios defectos en la tramitación del proceso.

a) La sentencia de primera instancia fue notificada al Sr. Santoro en un domicilio equivocado (fs. 71), razón por la cual no pudo conocer que la causa había salido de despacho; luego el GCBA apeló la sentencia (fs. 83/86 vta.) notificándose por nota al ejecutado el traslado del memorial de agravios (fs. 87). Obviamente, al no conocer que por el dictado de la sentencia se reanudaba la carga de concurrir a notificarse los días de nota, no tomó conocimiento de ese traslado. Seguidamente el GCBA pidió la elevación de los autos a la Cámara de Apelaciones (fs. 88). Ante ese pedido, el prosecretario del juzgado dispuso una nueva notificación de la sentencia en el domicilio constituido del Sr. Santoro, pero no le anotició de la existencia de un recurso de apelación de la parte contraria contra esa sentencia (fs. 89/90).

El Sr. Santoro, en el recurso de inconstitucionalidad de fecha 27/11/2007 ha señalado ese defecto de actuación que afectó su derecho de defensa. Sin embargo, omite expresar que él fue notificado el 20/3/2007 en su domicilio constituido (fs. 94) de la medida para mejor proveer dispuesta por la Cámara

a fs. 93, fecha en la que tomó conocimiento de la intervención del tribunal de alzada y, al conocer el vicio, debió plantear la nulidad y afectación de garantías constitucionales que tardíamente invocó. Ello es así pues el art. 153, CCAyT, establece que "la nulidad no puede ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración.// Se entiende que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco (5) días subsiguientes al conocimiento del acto".

b) La providencia de la secretaria de la Sala que dispuso, al dar traslado del recurso de inconstitucionalidad, que quedaba "a cargo del recurrente la confección de la cédula respectiva" fue dictada en contra de lo expresamente señalado por la ley aplicable. El recurso de inconstitucionalidad se rige, básicamente, por la ley 402 (arts. 27 y ss.) que, en materia de notificaciones dispone en el art. 4°: "*Todas* las notificaciones se realizan personalmente o por cédula *confeccionada por el Tribunal*" (el destacado es añadido). La decisión de apartarse de la disposición legal expresa, debió, cuanto menos, ser notificada en forma personal o por cédula al recurrente para que él consintiera la providencia o pudiera plantear la reposición impropia ante los jueces de la Sala. Legítimamente, quien interpuso el recurso de inconstitucionalidad podía esperar que el tribunal confeccionara la cédula de traslado, y no tenía razones para suponer que se le había impuesto el cumplimiento de una carga que disparaba el inicio del plazo de caducidad. Pero no es menos cierto que un obrar medianamente diligente del profesional le habría despertado cierta inquietud por la demora de varios meses en dictar tan sencilla providencia, y le habría indicado la necesidad de consultar y tomar vista del expediente, lo que al parecer no ha ocurrido. Por otra parte, al contestar el acuse de caducidad, y, luego, al recurrir, el Sr. Santoro no objetó la carga impuesta por la providencia de Secretaría.

5. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja planteada por el Sr. Walter Néstor Santoro a fs. 6 y vta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Considero que la queja por apelación denegada debe ser rechazada por múltiples motivos. Empero, en tren de indicar los motivos principales, advierto que de modo alguno está determinada por el recurrente la suma que habilita el recurso de apelación ante el TSJ, por una parte, y que, además, lo recurrido no es una sentencia definitiva conforme a jurisprudencia del Tribunal (*in re* "Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores S.A. c/GCBA s/concesión de servicios públicos'", expte. nº 6201/08, sentencia del 18/5/2009; con base en jurisprudencia de la CSJN que aprecia en forma particularmente restrictiva el 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).

Adhiero, pues, al voto más comprensivo de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, que menciona la sentencia según la cual el TSJ advirtió acerca de los elementos que debían reunirse para tornar viable el recurso de apelación ante el Tribunal.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Más allá de las particularidades verificadas en la tramitación del proceso principal, la queja planteada a fs. 6 y 6 vta. debe ser rechazada, puesto que no demuestra que el recurso ordinario que defiende cumpla con los requisitos de admisibilidad pertinentes (art. 26, ley 7 y art. 38 de la L.P.T.).

En primer lugar, la decisión que declaró la caducidad del recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia que revocó la de primera instancia que había —en lo que ahora importa— hecho lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por el demandado, contra la que el recurrente interpuso el recurso ordinario de apelación no constituye sentencia definitiva (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4102/05, sentencia del 14/12/2005).

Sin perjuicio de que lo dicho resulta suficiente para rechazar la queja, tampoco acredita el recurrente el cumplimiento del recaudo de que el monto disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000). Pese a que postula que "el no precisar el monto de la caducidad, conforme el art. 38 *in fine*, no debe ser fundamento para la denegación de justicia, ni tampoco es ponderable precisar dicha suma, cuando es una cuestión de derecho" (fs. 6 vta.), no muestra que la interpretación que propone sea una de aquellas posibles a la luz de los propios términos de la ley (art. 26, inc. 6º, ley 7), cuya constitucionalidad, por lo demás, no viene cuestionada.

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 6/6 vta.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Walter Néstor Santoro.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CLXX

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. Intereses. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: Arbitrariedad de sentencia. Defensa en juicio. Debido proceso.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar si no somete a consideración del Tribunal cuestión constitucional alguna que habilite su competencia, y aunque el recurrente invoque la afectación de su derecho de defensa (arts. 18, C.N. y 10 y 13, CCBA) como consecuencia de la alegada vulneración del principio de congruencia, no logra eludir que la Cámara fundo su decisión en la apreciación de las constancias de la causa y la interpretación que efectuó de normas locales infraconstitucionales, lo que priva a los preceptos constitucionales de relación directa con el caso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Este Tribunal no debe ocuparse como una tercera instancia, de examinar la sentencia para arribar a una solución justa según todas las reglas del orden jurídico, sino que, a diferencia de los tribunales de mérito, su labor 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse, y sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación del art.106 de la CABA. *(Voto del señor juez José O. Casas).*

4. La determinación de cuál ha sido el alcance de la pretensión de la actora y si en su reclamo se incluyeron o no los intereses, es un asunto privativo de los jueces de mérito, y más allá del acierto o error de la decisión del *a quo*, en ella se han brindado fundamentos para sustentar su posición sobre una cuestión que, por regla, excede el ámbito propio del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º de la CCBA y en el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casas).*

5. El recurso de queja 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 remedio procesal intentado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La causal de 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues el *a quo* se ha apartado de los términos de la litis al conceder más de lo pretendido por la actora —que no reclamó intereses sino 'adicionales', que tienen una muy distinta naturaleza— y se ha excedido de los límites de las facultades decisorias, aspectos éstos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad, por lo que corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que este Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la C.N. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6367/08 - 30/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Carmen Adela Roisenzvit de De Luque, Nilda Ruth Fanny Álvarez, Norma Beatriz Bronte, María Carmen Puntoriero, María Angélica Riobo, Marina Gabriela Calvo, Lidia Beatriz Palma y Silvia Norma Gargiulo, en su carácter de preceptores de escuelas transferidas de la Administración Nacional a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en cumplimiento de la ley 24.049, plantearon una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) por cobro de pesos por diferencias salariales (fs. 2/6). 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. 5).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y, en lo que aquí importa, condenó al GCBA al pago de las diferencias salariares y los intereses. En tal sentido, dispuso que "...[l]as sumas pertinentes generarán intereses desde que cada una de ellas fue debida hasta el efectivo pago, conforme la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina hasta el 6/1/2002. Desde esa fecha y hasta el 30/9/2002 se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina; y desde esta última fecha y hasta el efectivo pago, se aplicará nuevamente la tasa pasiva promedio..." (fs. 18/22).

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. 24/27).

La Sala l de la Cámara CAyT, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia (fs. 32/39 vta.). En su voto, el juez Carlos F. Balbín, al que adhirió el juez Horacio G. Corti, expresó: "La aplicación del principio de congruencia no puede derivar en un excesivo rigor formal que limite el alcance de la pretensión de un modo tal que altere su sustancia; es decir, 'en determinados supuestos debe admitirse su flexibilización, bajo determinadas condiciones, para no afectar otras garantías constitucionales y la finalidad misma del proceso...'". A ello agregó que "...los intereses resultan accesorios al capital reclamado habida cuenta de que compensarán la demora en el cumplimiento de la obligación debida..." y que "...si el daño moratorio no es reparado por la sentencia la retribución no es oportuna y, por tanto, ésta no puede considerarse justa e integral en los términos exigidos por la legislación local.// No debe perderse de vista que nos encontramos ante un reclamo que tiende a la defensa del derecho a trabajar, más precisamente, al derecho a la remuneración que es de carácter alimentario (...) Luego dado que, por un lado, los intereses moratorios —como dije en el considerando anterior— compensan la demora en el pago de lo debido; y que, por el otro, lo debido son créditos salariales de naturaleza alimentaria, no cabe sino concluir que el interés necesariamente integra el concepto de remuneración justa e integral...". Puntualizó además que, "...en el caso bajo estudio el mentado principio de congruencia debe flexibilizarse pues, de lo contrario, se daría a la pretensión de los actores —reconocimiento de diferencias salariales— un alcance sumamente estrecho que terminaría desnaturalizándola con mengua del derecho a la tutela judicial efectiva...". Concluyó, por tanto, en que "en las condiciones antedichas, el reclamo principal —reconocimiento de diferencias

salariales derivadas de una relación de empleo público— lleva implícito el de sus accesorios. Por tanto, la omisión de peticionar expresamente en la demanda el cómputo de intereses no obsta a su reconocimiento".

3. Disconforme el GCBA, interpuso contra dicha decisión recurso de inconstitucionalidad (fs. 40/49) por considerar que la sentencia, al condenarlo al pago de intereses, afectó su derecho de defensa y la garantía del debido proceso, en tanto: *a)* vulneraba el principio de congruencia, puesto que los mencionados intereses no fueron pedidos por la parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis, *b)* carecía de fundamentos suficientes, y *c)* prescindía de la normativa directamente aplicable. Por las mismas razones tachó la sentencia de arbitraria (fs. 43/48 vta.).

Contestado el traslado por la parte actora (fs. 50/54 vta.), el recurso fue denegado por la Cámara (fs. 56/57). El rechazo se sustentó principalmente en que el recurrente no lograba exponer debidamente un genuino caso constitucional y en que tampoco podía considerarse configurada la causal de arbitrariedad, en tanto la sentencia "...no se evidencia como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica...".

4. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 59/70 vta.).

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 las actoras y en la oposición del demandado, afectando seriamente el derecho de defensa de esa parte. De tal manera, terminan reconociendo supuestos derechos no debatidos en violación a la garantía del art. 18 de la C.N., lo que las hace pasibles de la tacha de arbitrariedad". Por ello, propició que el Tribunal "admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad y revoque la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara CAyT en cuanto condena al pago de intereses" (fs. 82/84 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA no puede prosperar, pues no somete a consideración de este Tribunal cuestión constitucional alguna que habilite su competencia.

2. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia de hecho regulada por las

leyes procesales, cuya determinación es, por ello y como principio, privativa de los jueces de la causa.

Los agravios que desarrolla el GCBA giran en derredor del alcance asignado por la resolución cuestionada a la pretensión de los actores, que la Cámara ponderó comprensiva de los intereses correspondientes al capital reclamado, a partir de los términos utilizados en la demanda y la interpretación que efectuó del derecho de los actores a una remuneración justa e integral a la luz de las normas locales infraconstitucionales que consideró aplicables al caso (arts. 7°, inc. b del Estatuto Docente —ordenanza 40.593— y 9° de la ley de relaciones laborales en la Administración Pública de la Ciudad —nº 471—, todo ello con rems.).

En tales condiciones, aunque el recurrente invoca la afectación de su derecho de defensa (arts. 18, C.N. y 10 y 13, CCBA) como consecuencia de la alegada vulneración del principio de congruencia, no logra eludir que la Cámara fundó su decisión en la apreciación de las constancias de la causa y la interpretación —no refutada por el recurrente— que efectuó de las normas locales infraconstitucionales mencionadas, lo que priva a los preceptos constitucionales invocados de relación directa con lo resuelto. Tampoco conmueve dicha solución la insistencia del recurrente en sostener que la Cámara efectuó una interpretación arbitraria de los términos de la demanda, pues más allá del acierto o error de la resolución cuestionada, no alcanza con la simple discrepancia con la interpretación elaborada por los magistrados intervinientes, si el recurrente no logra demostrar que ésta no era una de aquéllas posibles.

3. Por lo demás, el agravio dirigido a cuestionar la interpretación que el *a quo* efectuó acerca del art. 43 CCBA carece de aptitud para conmover la resolución cuestionada, pues ella encuentra suficiente sustento en argumentos independientes de la exégesis que realizó la Cámara respecto del mencionado precepto constitucional que privan a lo resuelto de relación directa con el referido precepto.

Por tanto, oído el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la queja por no ser admisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, con costas.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite por idénticos motivos a los que he señalado en causas sustancialmente análogas, a cuyos argumentos me remito —en lo que aquí interesa— en honor a la brevedad (véanse mis votos en los casos “Fungeiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Fungeiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte. nº 5800/08, sentencia del 20/8/2008; “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5904/08, sentencia del 8/10/2008; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Galli, Andrea Carolina y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5925/08, sentencia del 20/11/2008).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, no logra dirigir una crítica concreta hacia el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, el impugnante crítica la referida decisión denegatoria pero efectúa esa labor desde un marco de generalidad equivalente con el que predica de la resolución cuestionada pues limita sus argumentos a reproducir párrafos ya vistos en otros recursos y que aquí no ofrecen ningún aspecto denotativo respecto del texto alojado en la resolución dictada por el tribunal superior de la causa el día 2/12/2008. Así las cosas, corresponde desestimar la queja por improcedente, con costas.

El juez José O. Casás dijo:

1. En mi concepto, la queja interpuesta por el GCBA a fs. 59/70 vta. debe ser rechazada por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En el caso que nos ocupa, la demandada sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia y, en consecuencia, su derecho de defensa en juicio. Ello así, pues entiende que el *a quo* ha efectuado una interpretación desnaturalizadora de las peticiones contenidas en la demanda interpuesta por la parte actora, transgrediendo así los términos en que quedó trabada la litis. En definitiva, se encuentra en discusión la interpretación que corresponde asignar al escrito de inicio cuando requiere al GCBA el pago de diferencias salariales "(...) más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 5).

3. En primer lugar, debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre otros), ya que se trata de una materia regulada por las

leyes procesales cuya interpretación y aplicación es, en principio, atribución propia de tales magistrados. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

En particular, como se ha señalado en un precedente que guarda similitud con el presente caso, la enunciación del agravio consignado en el punto 2 de este voto pone de resalto que el Tribunal, para decidir el planteo, no debería dilucidar ninguna de las cuestiones para las que tiene asignada jurisdicción, sino sólo adentrarse en establecer cuál fue el alcance de la pretensión de la actora y, a ese fin, determinar si en el reclamo se incluyeron o no los intereses del capital pretendido, asunto que es privativo de los jueces de mérito y ajeno, en cambio, a esta instancia [*in re* "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5800/08, sentencia del 20/8/2008; citado también por el suscripto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5904/08, sentencia del 8/10/2008].

Así las cosas, más allá del acierto o error del criterio adoptado por los jueces de la causa en el punto que es objeto de agravio, lo cierto es que el *a quo* ha brindado fundamentos para sustentar su posición sobre una cuestión que, por regla, excede el ámbito propio del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA y en el art. 27 de la ley 402 y, a su turno, la recurrente no ha logrado demostrar su palmaria irrazonabilidad. Por este motivo, entiendo que la cuestión interpretativa propuesta ante este estrado no puede ser abordada en el caso.

Así lo voto.

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. 60). 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..." (fs. 60 vta.). 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 omisión del concreto contenido de la normativa vigente..." (fs. 69 vta.).

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 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.

La Cámara, en virtud del derecho a una tutela judicial efectiva, de principios de empleo público y derecho del trabajo relativos al salario, y en el entendimiento de que los intereses moratorios son accesorios al capital que compensan la demora en el pago de lo debido, interpretó que "en el caso bajo estudio el mentado principio de congruencia debe flexibilizarse" (fs. 37).

Pero como bien señala el fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 84) y tal como lo indica, asimismo, el recurrente "es sabido que los intereses son algo distinto al capital... y en todo caso activados y convertidos en realidad mediante su oportuno y concreto requerimiento" (fs. 46 vta. y 47). Y lo cierto es que de las manifestaciones formuladas por las actoras no puede extraerse que la parte esté reclamando intereses pues, como también lo señalara el Dr. Centanaro en su voto (fs. 205), ninguna petición en ese sentido contiene el escrito de inicio.

En efecto, en la demanda lo que se reclama, además de la aplicación del haber municipal de Preceptor —índice 094— (D. 858/94), son los "adicionales" (véase fs. 5). Al respecto de dicha expresión ya me he expedido en precedentes sustancialmente análogos con el fin de precisar que la misma hace referencia, no a los intereses, sino a "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" ("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, sentencia del 8/10/2008; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Galli, Andrea Carolina y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5925/08, sentencia del 20/11/2008).

Así, la concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues se ha apartado de los términos de la litis al conceder más de lo pretendido, y se ha excedido de los límites de las facultades decisorias, aspectos éstos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad (conf. *Fallos,* 301:1149; 307:519, 2445, entre otros).

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 Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; *b)* revocar el pronunciamiento dictado por la Sala I de la Cámara CAyT de fs. 32/39 vta. en cuanto condena al pago de intereses y *c)* imponer las costas a la actora vencida (art. 62, CCAyT).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CLXXI

"MBAYE, IBRAHIMA Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MBAYE, IBRAHIMA S/INF. ARTS. DE LA LEY 23.098 (HABEAS CORPUS)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Amicus curiae. OMISIÓN DE PRUEBA: Debido proceso. Derecho de defensa. HABEAS CORPUS. Audiencia. Desconocimiento del idioma nacional. VENTA AMBULANTE EN LA VÍA PÚBLICA: Venta de mera subsistencia.

SUMARIOS:

1. La figura *amicus curiae*, en principio, está prevista por la ley 402 sólo para las acciones declarativas de inconstitucionalidad (art. 22, ley 402*). (Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad si se acredita la insuficiencia constitucional del proceso llevado a cabo, vinculada con la omisión de celebrar la audiencia solicitada y de producir las pruebas ofrecidas oportunamente, dirigidas a demostrar la amenaza a la libertad de movimiento de los amparistas de nacionalidad senegalesa que se dedican a la venta de mercaderías en la vía pública, generada por la iniciación reiterada e ilegal de procesos contravencionales en su contra. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. Las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país y/o integrantes del bloque de constitucionalidad exigen el acceso sencillo a un medio de defensa del interés afectado y la comprensión por el afectado presunto de ese procedimiento, para lo cual le garantizan la comunicación inmediata en su idioma del contenido de los actos que se cumplen en ese procedimiento, incluso gratuitamente, cuando el interesado no conoce el idioma nacional (arts. 6º, 25 y, analógicamente, 8.2, a, c, y f, CADH; 2.3, 9.4 y, analógicamente, 14.3, d, e y f, PIDCyP, entre otros). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. La audiencia requerida al tribunal de apelación para recibir la prueba y conocer a los actores parece razonable respecto de la eficiencia del procedimiento iniciado, no sólo por el derecho a comprender ese procedimiento por parte de aquel a quien afectará su decisión, sino, antes bien, porque para los procedimientos de *habeas corpus* resulta esencial conocer y escuchar a quien dice sufrir la iniquidad estatal, pues *habeas corpus* significa, precisamente, "traer el cuerpo a la presencia del juez". *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

5. La audiencia solicitada por los amparistas, considerada razonable, no puede realizarse ante el TSJ, porque se trata de una audiencia en la cual se incorporará prueba y se escuchará a las partes, para valorar en la decisión los elementos que surjan de ella y fijar la situación de hecho que comparecerá frente a reglas jurídicas, que sólo es competencia de los tribunales del mérito, actividad vedada al TSJ con fundamento en el recurso de inconstitucionalidad en nuestro orden institucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

6. Si bien es cierto que la desigualdad fulminada por la Constitución Nacional, al igual que la vedada por la CCBA, es atributo de la norma y no de la conducta, también lo es que la doctrina y jurisprudencia constitucionales admiten desde antiguo la investigación y corrección por los jueces de supuestos en que la discriminación odiosa que no aparece en la norma se evidencie en una conducta administrativa con características de reiteración y sistematicidad que pueda ser explicada por una suerte de reglamentación implícita o no escrita. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Los escritos presentados en calidad de *amicus curiae* deben ser agregados, porque si bien las normas que regulan el procedimiento de *habeas corpus*

no proveen esa figura, lo cierto es que ella tiene por objeto traer al Tribunal información relativa a cuestiones de trascendencia que exceden, muchas veces, el interés de las partes en litigio. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La denuncia en estos autos acerca de la posible violación de derechos constitucionales por motivos racistas, satisface los requisitos mínimos en virtud de los cuales la figura del a*micus curiae* tuvo amplia recepción jurisprudencial. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Existe caso constitucional si las omisiones referidas a la producción de prueba y la celebración de la audiencia afectaron el debido proceso, dado que en el marco del procedimiento de *habeas corpus* es de fundamental importancia que los magistrados intervinientes conozcan y escuchen a quienes denuncian; y faciliten la producción de prueba dada la presunción de desventaja entre el denunciante y el Estado que subyace a la institución del *habeas corpus* como instrumento de tutela efectiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. El recurso de queja no puede triunfar si no logra desvirtuar las razones, brindadas por la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que determinaron la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto contra la sentencia que confirmó el rechazo de la acción de *habeas corpus* intentada. *(Voto en disidencia de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

11. No cabe hacer lugar al recurso de queja si los recurrentes omiten cualquier referencia que indique o al menos sugiera a qué elementos de prueba se le otorga el valor necesario para concluir en la verificación de constantes contactos, encuentros e intercambios involuntarios de los accionantes con la Policía, y de la excesiva vigilancia, presiones, registros intrusivos, denuncias, detenciones y procesamientos sufridos por quienes sobreviven a través de la actividad de venta lícita en el espacio público y por qué; cuál fue la prueba que la Cámara omitió considerar o valoró en forma arbitraria, o cuáles de los hechos supuestamente probados fueron considerados erróneamente irrelevantes por los jueces. *(Voto en disidencia de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

12. La decisión legislativa de no considerar contravención la venta ambulatoria en la vía pública —sin autorización— “de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido”, receptada en el art. 83 del CC, no determina, por sí sola, que la actividad que dicen desplegar los accionantes no se encuentra, de todos modos, vedada por la ley desde que, además de la posibilidad subsistente de que según las normas que rigen la materia la conducta constituya una falta (art. 4.1.2, ley 451), dicha actividad no se encuentra permitida pues el Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad —plexo de rango legal— que se encuentra vigente, prohíbe con carácter

general la venta ambulante en la vía pública sin autorización administrativa. *(Voto en disidencia de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. n° 6448/09 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Ibrahima Mbaye, Bara Sakho y Sergine Lam interpusieron recurso de queja (fs. 61/76) contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 52/53) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 23/48. Éste, a su vez, fue articulado contra la resolución de la Sala de feria (fs. 20/22) que confirmó el rechazo de la acción de *habeas corpus* preventivo interpuesta el 15/1/2009 (fs. 1/3).

2. En el recurso de inconstitucionalidad, los amparistas expusieron los siguientes motivos de agravio: *a)* violación del derecho a la libertad física y libre circulación, y de los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, legalidad, reserva, razonabilidad, protección contra las detenciones o intervenciones arbitrarias y protección especial a migrantes, refugiados y peticionantes de refugio o asilo. Estas lesiones constitucionales estarían vinculadas a la supuesta existencia de una práctica policial racista —avalada por el Ministerio Público local— que derivaría en la incoación injustificada de causas por violación del art. 83, CC, contra un grupo de personas pertenecientes a la comunidad senegalesa que se dedican a la venta de relojes y *bijouterie* en la vía pública. En este sentido, ellos se agravian de que la Cámara —sin argumentos suficientes— haya descartado la afectación de derechos denunciada, al considerarla simplemente conjetural; y *b)* desconocimiento de la garantía de debido proceso y de los derechos de defensa en juicio y acceso a la justicia en tanto la Cámara de Apelaciones no sustanció la audiencia peticionada por los amparistas y, en ese sentido, no produjo la prueba ofrecida para dicha oportunidad.

3. Los jueces de la Sala III denegaron el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la parte recurrente no había logrado articular un caso constitucional. Los camaristas sostuvieron que los accionantes se limitaron a reiterar los agravios y argumentos que ya habían sido objeto de tratamiento en el recurso de apelación y a exponer su discrepancia en torno a la interpretación y aplicación de normas de derecho común. Además, agregaron que el derecho de protección contra toda discriminación negativa por motivo racial está res-

guardado en tanto el juez de primera instancia resolvió extraer testimonios a fin de que se investigue si los hechos constituyen una infracción a la ley 23.592.

4. El fiscal general adjunto, en su dictamen, consideró que la queja debe ser rechazada (fs. 89/92). Sostuvo, resumidamente, que ella sólo revela una mera discrepancia con la forma en que fue decidido el caso. Argumenta que los recurrentes consideran que existe una persecución ilegal a una actividad lícita cuando, en rigor, la conducta de los amparistas está expresamente prohibida y, en el mismo sentido, sostiene que la eximente de responsabilidad prevista en la parte final del art. 83, CC, sólo puede constatarse después de tramitado un proceso judicial. Agregó que no existen pruebas suficientes para fundar la discriminación denunciada. Por último, descartó la lesión a las normas procesales mencionadas en la queja.

5. El día 5/6/2009 fue recibido, por mesa de entradas, un escrito cuyo encabezamiento señala "Presentan *amicus curiae*" (fs. 127/136). El 8/6/2009 se resolvió dar traslado de esa presentación a las partes (fs. 139).

El 10/6/2009 el Tribunal —en razón del pedido realizado por los recurrentes (fs. 47 vta., punto 3)— recibió en audiencia pública a los peticionantes y al Ministerio Público Fiscal, quienes expusieron su posiciones tanto sobre la procedencia y fundamentación de la queja y del recurso de inconstitucionalidad, así como también respecto de la admisibilidad del escrito mencionado en el párrafo anterior (fs. 146/147).

6. El 17/6/2009 los recurrentes presentaron un escrito cuyo encabezamiento indica "contesta traslado – *amicus curiae*". El 22/6/2009 el Sr. Fabio Basteiro, en su carácter de Secretario General de la Central de los Trabajadores Argentinos (CTA), presentó un escrito titulado "se presenta en calidad de *amicus curiae*". Ambas presentaciones fueran agregadas al expediente (fs. 149/167 y 168/177).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Sobre la admisibilidad del primer escrito que contiene un pedido para actuar ante el Tribunal como *amicus curiae* en este proceso (fs. 127/136), debo expresar lo siguiente.

Según entiendo, quien se presenta no acreditó forma alguna de organización jurídica, ni siquiera como sociedad de hecho. Se trata, al parecer, de una comisión de estudiantes de la materia "Práctica profesional" de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires.

En el escrito en cuestión, asimismo, no encuentro argumentos suficientes para que el Tribunal admita la intervención excepcional de un *amicus* en este

procedimiento, figura que, en principio, está prevista por la ley 402 sólo para las acciones declarativas de inconstitucionalidad (art. 22, ley 402). Por lo demás, obsérvese que la presentación no cumple los parámetros temporales previstos en la misma ley local 402, ello a pesar de que le fueron proporcionadas al original colectivo las fotocopias del legajo que solicitó con gran anticipación (fs. 94/97 vta.). Tampoco se conoce a mérito de qué apoderamiento concurren al proceso la persona que se presentó en él y su patrocinante; adviértase que una cosa es un convenio suscripto por una fundación con la Facultad de Derecho (UBA), y otra muy distinta representa un módulo singular de ejecución de ese convenio.

Con posterioridad a la finalización de la audiencia y con el proceso todavía en condiciones de ser resuelto ocurrieron dos presentaciones: la primera (fs. 149/167), obedece a una contestación de los actores acerca de la posibilidad de ingreso de quien se presentara como *amicus curiae*; la segunda corresponde, a una nueva persona jurídica que pretende ingresar como *amicus curiae* (fs. 168/177). Como regla general explicaré que un proceso judicial no constituye una acumulación desordenada de acciones procesales a gusto e intención de quien las lleva a cabo sino, por lo contrario, ha sido definido como el conjunto de actos procesales regulados, ordenados y concatenados por la ley ritual (conf. Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1969, t. II, tercera parte, cap. III, 1, pp. 113 y ss.). Ello impone, en el caso, que una vez que "los autos pasan al acuerdo", para decidir, y, más aún, una vez cumplida la audiencia para el debate del caso dispuesta por el Tribunal, lo que sigue es la acción del Tribunal en el recurso, que se agota en dictar sentencia, para lo cual las partes, que ya han tenido oportunidad de defender su interés —en este caso, reitero, incluso en una audiencia pública que solicitaron los mismos actores— deben omitir toda actividad en espera de la decisión.

Pero la primera acción cumplida por los actores carece también de sentido, pues, como se expresó al comunicársele la presentación de *amicus curiae*, tendrían oportunidad de expresar su interés o desinterés al respecto durante la audiencia que ya había sido programada, mecanismo que utilizaron y acción que cumplieron (conf. fs. 139 y 145/147).

La presentación como *amicus curiae* posterior a la audiencia, por su parte, también carece de sentido ante el texto de las normas que contiene el art. 22 de la ley 402. Las acciones que pretenden influir sobre la decisión, en un sentido o en otro, deben ser realizadas antes de la deliberación de los jueces —en la audiencia o antes de ella—; no corresponden cuando ellos ya han ingresado en el período de deliberación.

Por estas razones, deben desglosarse del legajo los escritos y devolverlos a quienes los han presentado.

2. El recurso de queja cumple con los requisitos básicos que impone la ley local 402. Además, contiene un relato detallado de los hechos procesales más importantes y, por último, critica con éxito el auto denegatorio atacado porque demuestra la existencia —al menos— de un caso constitucional, vinculado a la violación de las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

3. Los recurrentes interpusieron una acción de *habeas corpus* preventivo. Según relatan, son víctimas de una práctica policial y fiscal ilegal, que amenaza el efectivo goce de su libertad ambulatoria. Los accionantes sostienen que estos actos de las autoridades públicas locales (o federales con competencia local) constituyen una práctica racista.

En otras palabras, surge de la queja que los actores son personas senegalesas, con estatuto de refugiado concedido o en trámite, en situación de pobreza, que sólo hablan el idioma *wolof* y se dedican a la venta de relojes y *bijouterie* en la vía pública. Ellos denuncian que la policía y el MPF utilizan criterios de peligrosidad y sospecha —arraigados en prejuicios racistas— para iniciarles causas contravencionales (por infracción al art. 83, CC) cuando, en rigor, la actividad que desarrollan es de mera subsistencia y, por lo tanto, no constituye contravención (art. 83, 3° párr., CC), ni tampoco puede ser considerada una falta. En ese marco —según detallan en sus escritos— la policía les secuestra la mercadería, único elemento que les proporciona sustento económico. Además, denuncian que son víctimas de maltratos verbales —con contenido racista— por parte de las autoridades y, sumado a ello, mencionan otros hechos de similar gravedad (retención del pasaporte, falta de respuesta de autoridades judiciales, etcétera).

De este breve relato de los hechos puede concluirse que la acción intentada está dirigida a conseguir que cesen ciertas interferencias a la libertad de movimiento de los amparistas, generadas por la iniciación reiterada e ilegal de procesos contravencionales en su contra. Esto es, el objeto de la acción no es el de impedir que una detención específica —ya ordenada— pueda concretarse sino, antes bien, hacer cesar las injerencias molestas, reiteradas e injustificadas que supone la acción policial arbitraria.

4. Como surge de la exposición de los hechos procesales ("resulta"), los recurrentes expusieron dos motivos de agravio. El primero de ellos se vincula con la falta de fundamentos de la sentencia de Cámara que —según los actores— desconoció ciertos elementos que acreditaban la amenaza denunciada. El segundo motivo de agravio apunta a la violación de ciertas reglas procesales durante la tramitación del *habeas corpus*. Esta cuestión puede resumirse del siguiente modo: en su sentencia, por un lado, los camaristas consideraron que la afectación de la libertad ambulatoria denunciada era simplemente conjetural pero, por otra parte —y antes de resolver sobre el fondo de la apelación—, los

mismos magistrados negaron la producción en audiencia de la prueba ofrecida por los amparistas para demostrar la amenaza que originó la acción iniciada.

Considero que sólo sobre este último punto el recurso de inconstitucionalidad triunfa. El legajo del proceso acredita la insuficiencia constitucional del proceso llevado a cabo, vinculada con la omisión de celebrar la audiencia solicitada y de producir pruebas pertinentes, ofrecidas oportunamente.

5. En el escrito mediante el que fundaron su apelación, los amparistas mencionaron que el juez de primera instancia —para justificar el rechazo de la acción— entendió que la prueba aportada no fue suficiente para probar los hechos denunciados (fs. 11 vta.). A fin de criticar esa conclusión, recurrieron a la doctrina de las *categorías sospechosas*, empleada por el Tribunal en más de una ocasión, aunque para resolver sobre la validez constitucional de una norma y no para extraer de ella una regla sobre la valoración de pruebas, aplicable a aquellos casos en los que está en juego el principio de igualdad ante la ley o cuando, como en el caso, los actores denuncian un acto de discriminación racial. Pero, además de intentar rebatir argumentalmente la sentencia que los agravió, ofrecieron a la Cámara la producción de nuevas pruebas.

Por un lado, aportaron nuevas citas de informes y presentaron ciertas estadísticas oficiales para acreditar la amenaza de derechos denunciada. Además, y éste es el punto central que se vincula con los motivos constitucionales de agravio de los recurrentes, solicitaron que la Sala a la cual le tocó fallar sobre esta acción realizara la audiencia prevista en los arts. 13 a 16 y 20 de la ley nacional 23.098, que regula el procedimiento en el caso. En esa ocasión estarían presentes los amparistas —asistidos por un intérprete que debía ser provisto por el Estado local— con el fin de ampliar, ante los jueces del recurso, su testimonio sobre los hechos. Además, requirieron la citación de cinco testigos para que expusieran en la audiencia requerida sobre ciertos aspectos, importantes a la resolución del caso, que también indicaron. Por último, pidieron la remisión de documentos por parte de una defensoría oficial local y la incorporación de nueva prueba documental, que adjuntaron (fs. 14 vta.). Debo aclarar, antes de continuar, que ni los testigos propuestos habían declarado antes en este proceso, ni los documentos aportados o solicitados habían sido valorados en la sentencia de primera instancia.

Frente a esta petición, la Cámara sólo indicó —en la sentencia que rechazó la apelación— que resultaba "completo el marco de evaluación del caso planteado con la denuncia, los informes y lo alegado por las partes, razón por la cual no deviene procedente la renovación de la audiencia celebrada en la instancia anterior" (fs. 21).

6. No se trata de valorar aquí si existe algún acto nulo en el procedimiento utilizado por la Cámara, sino de observar si ese procedimiento, conforme a la

acción incoada, resulta suficiente para garantizar la defensa eficaz del interés puesto en juego: la afectación, en un grado menor, de la libertad personal. En este sentido, cabe expresar: *a)* que pudo ser útil la prueba ofrecida sobre procedimientos policiales y fiscales anteriores; y *b)* que, más allá del sistema elegido para el trámite de la acción (con o sin audiencia inmediata), las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país y/o integrantes del bloque de constitucionalidad exigen, por una parte, el acceso sencillo a un medio de defensa del interés afectado y, por la otra, la comprensión por el afectado presunto de ese procedimiento, para lo cual le garantizan la comunicación inmediata en su idioma del contenido de los actos que se cumplen en ese procedimiento, incluso gratuitamente, cuando el interesado no conoce el idioma nacional (arts. 6°, 25 y, analógicamente, 8.2, a, c, y f, CADH; 2.3, 9.4 y, analógicamente, 14.3, d, e y f, PIDCyP, entre otros). Es en este mismo sentido que la audiencia requerida al tribunal de apelación para recibir la prueba y conocer a los actores parece razonable respecto de la eficiencia del procedimiento iniciado, no sólo por el derecho a comprender ese procedimiento por parte de aquel a quien afectará su decisión, sino, antes bien, porque para los procedimientos de *habeas corpus* resulta esencial conocer y escuchar a quien dice sufrir la iniquidad estatal: *habeas corpus* significa, precisamente, eso, "traer el cuerpo a la presencia del juez". Frente a ello, ninguna determinación interpretativa del art. 20, párr. III, de la ley nacional 23.098, acerca de la discrecionalidad de los jueces para ordenar la renovación de la audiencia oral (tal como realizó la Cámara en su decisión, fs. 21), merece triunfar sobre la racionalidad de un procedimiento eficiente para resguardar el derecho presuntamente afectado.

7. Conforme a lo explicado, el primer error que aquí se advierte, inequívocamente referido a reglas básicas del Estado de derecho (constitucionales y de derechos humanos), resulta ser la deficiencia del procedimiento de conformidad con la acción incoada y a la actividad ejercida por los actores. Por ello, además de hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, corresponde devolver el procedimiento a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que anteriormente intervinieron, juzgue nuevamente el recurso de apelación de los amparados, según las indicaciones procesales de esta sentencia y, en consecuencia, proceda a decidir nuevamente ese recurso.

Quizá convenga explicar la razón por la cual esa audiencia, considerada razonable, no puede realizarse ante el TSJ. Sintéticamente, se trata de una audiencia en la cual se incorporará prueba y se escuchará a las partes, para valorar en la decisión los elementos que surjan de ella y fijar la situación de hecho que comparecerá frente a reglas jurídicas. Todo ello es sólo competencia de los tribunales del mérito, actividad vedada al TSJ con fundamento en el recurso de inconstitucionalidad en nuestro orden institucional.

8. Sin embargo, este Tribunal, ante el pedido de los actores, concedió una audiencia, estimo que provechosa para ellos, al tomar contacto con el MPF en la persona de uno de sus más jerarquizados representantes, y de provecho para todos al debatir el recurso de cuerpo presente.

Al mismo tiempo, debo aclarar que fue muy pobre la defensa, en la audiencia, del punto de vista que a mí me resulta importante del recurso interpuesto, agravio claramente expuesto por los actores a partir de la negación de audiencia e incorporación de pruebas por parte de la Cámara. Más aún, no se me oculta el hecho de que ellos, a través de sus abogados, han pedido expresamente que el Tribunal decida ya el litigio, sin otra demora. Frente a ello, debo expresar que, por las razones ya apuntadas, la audiencia ante este Tribunal, en el marco del recurso de inconstitucionalidad, no tuvo por finalidad incorporar prueba —según la naturaleza del recurso—, ni la incorporó en la realidad. Esta situación habilita la solución por mí indicada, pese al defecto de fundamentación oral en la audiencia pública llevada a cabo ante el Tribunal —no sucede así en la fundamentación escrita del recurso— y al requerimiento de los actores, que de manera alguna constituye un desistimiento del fundamento procesal del recurso interpuesto.

De más está decir que un mínimo fundamento acerca del rechazo del extenso petitorio de parte dispositiva leído en la audiencia no puede sino conceder razón a la exposición del MPF: resulta imposible "declarar" inconstitucional una conducta humana —adjetivo que sólo puede soportar una norma jurídica— y, más aún, "declarar" inconstitucional una conducta humana futura, por tanto, hipotética, freno que no se impuso el patrocinio letrado de los actores; tampoco es viable declarar la inconstitucionalidad del art. 83, CC, que pune la venta en los espacios públicos, cuando esa norma, precisamente, contiene la excepción —venta para la propia subsistencia— que deja sin efecto la prohibición citada con anterioridad y constituye la eventual "tabla de salvación" de los intereses puestos en juego por los denunciantes.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero a la solución propiciada por el señor juez de trámite Dr. Julio B. Maier y a los fundamentos expuestos en los puntos 2 a 8, primer párrafo, de su voto.

Estimo útil formular, además, algunos comentarios, que, admito, bien pueden considerarse obviedades. Aun soslayando formalismos de rito, en razón de la índole de los derechos en juego, como señala el juez Maier —punto 3—, el presente proceso pone algunos límites a la pretensión de los actores, debido a que el *habeas corpus* está especializado en la defensa de la libertad ambulatoria o la protección de la integridad física (en el caso de los correctivos), bien tutelado que no agota los que se busca preservar mediante esta acción. Pero,

ello no significa que la Justicia de la Ciudad no provea remedios a los males que denuncian los actores sobre otros derechos que les asisten. Así, la propiedad puede ser defendida tanto por vías ordinarias como por la abreviada de la ley 2145 de amparo. De ello no se sigue, lamentablemente, que todas sus pretensiones puedan recibir tratamiento en sede local, puesto que algunas remiten a la actuación de agentes de policía del Gobierno de la Nación no instada por fiscales de la Ciudad.

En otro orden de ideas, si bien es cierto que la desigualdad fulminada por la Constitución Nacional, al igual que la vedada por la CCBA, es atributo de la norma y no de la conducta (*Fallos,* 202:130; 289:82; 292:289; 293:553 y 310:471, entre otros), no lo es menos que la doctrina y jurisprudencia constitucionales admiten desde antiguo la investigación y corrección por los jueces de supuestos en que la discriminación odiosa que no aparece en la norma se evidencie en una conducta administrativa con características de reiteración y sistematicidad que pueda ser explicada por una suerte de reglamentación implícita o no escrita. Este principio fue sentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el precedente "Yick Wo v. Hopkins" —118 U.S. 356 (1886)—. Allí donde dijo que "[a]unque la ley en sí misma sea justa en su letra e imparcial en apariencia, aun así, si es aplicada y administrada por autoridad pública con una visión maligna y una mano desigual, tanto como para prácticamente hacer discriminaciones injustas e ilegales entre personas en circunstancias similares, sustancial para sus derechos, la denegación de justicia igualitaria sigue estando dentro de la prohibición de la Constitución".[28]

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Antes de resolver la queja obrante a fs. 61/76 corresponde expedirse acerca de los escritos que han sido presentados en calidad de *amicus curiae*. Si bien las normas que regulan el procedimiento de *habeas corpus* no proveen dicha figura, lo cierto es que la misma tiene por objeto traer al Tribunal información relativa a cuestiones de trascendencia que exceden, muchas veces, el interés de las partes en litigio.

La actora denuncia en estos autos la posible violación de derechos constitucionales por motivos racistas, lo que satisface los requisitos mínimos en virtud de los cuales la figura del *amicus curiae* tuvo amplia recepción jurisprudencial. Por ello, los escritos deben ser agregados.

[28] En idioma original: "[t]hough the law itself be fair on its face and impartial in appearance, yet, if it is applied and administered by public authority with an evil eye and an unequal hand, so as practically to make unjust and illegal discriminations between persons in similar circumstances, material to their rights, the denial of equal justice is still within the prohibition of the Constitution".

2. La queja de fs. 61/76 fue deducida en tiempo y forma (art. 33, ley 402) y contiene una crítica acertada de la resolución que denegara el recurso de inconstitucionalidad, por lo tanto debe ser admitida.

3. En el recurso de inconstitucionalidad, y tal como surge de los resultas, los accionantes plantearon dos motivos de agravio constitucional: *a)* la violación del derecho a la libertad física y libre circulación, y de los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, legalidad, reserva, razonabilidad, protección contra las detenciones o intervenciones arbitrarias y protección especial a migrantes, refugiados peticionantes de refugio o asilo. Estas lesiones constitucionales estarían vinculadas a la supuesta existencia de una práctica policial racista —avalada por el Ministerio Público local— que derivaría en la incoación injustificada de causas por violación del art. 83, CC, contra un grupo de personas pertenecientes a la comunidad senegalesa que se dedican a la venta de relojes y *bijouterie* en la vía pública. En este sentido, ellos se agravian de que la Cámara —sin argumentos suficientes— haya descartado la afectación de derechos denunciada, al considerarla simplemente conjetural; y *b)* el desconocimiento de la garantía de debido proceso y de los derechos de defensa en juicio y acceso a la justicia en tanto la Cámara de Apelaciones no sustanció la audiencia peticionada por los amparistas y, en ese sentido, no produjo la prueba ofrecida para dicha oportunidad.

4. Comenzaré por tratar el agravio consignado bajo la letra b, ya que de la solución del mismo depende si corresponde continuar con el tratamiento del indicado en el punto a.

Los accionantes plantean una cuestión constitucional relativa a la violación de la garantía del debido proceso, del derecho de acceso a la justicia y el derecho a ser oído en virtud de las circunstancias que de forma detallada relata el señor juez de trámite en el punto 5 de su voto, al que me remito por razones de brevedad.

En síntesis, se agravian porque la Cámara se negó tanto a producir la prueba aportada cuanto a celebrar la audiencia prevista en la ley nacional 23.098, que regula el procedimiento de *habeas corpus*, y resolvió el fondo del asunto considerando "completo el marco de evaluación del caso planteado con la denuncia, los informes y lo alegado por las partes, razón por la cual no deviene procedente la renovación de la audiencia celebrada en la instancia anterior" (fs. 21).

Asiste razón a los apelantes dado que en el marco del procedimiento de *habeas corpus* es de fundamental importancia que los magistrados intervinientes conozcan y escuchen a quienes denuncian; y faciliten la producción de prueba dada la presunción de desventaja entre el denunciante y el Estado que subyace a la institución del *habeas corpus* como instrumento de tutela efectiva.

Así entonces, al señalar la forma en que las omisiones referidas a la producción de prueba y la celebración de la audiencia afectaron el debido proceso, los accionantes han traído ante el Tribunal un caso constitucional.

5. Las razones que expongo en los aparts. 2, 3 y 4 me llevan a compartir la solución que propone mi colega el juez Maier en su voto: devolver el procedimiento a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que anteriormente intervinieron, juzgue nuevamente el recurso de apelación de los accionantes, según las indicaciones procesales de esta sentencia y, en consecuencia, proceda a decidir nuevamente ese recurso.

6. La resolución que concede el recurso, entonces, está limitada al agravio referido a la violación de la garantía del debido proceso. En efecto, y según lo decidido en el punto 5, la sentencia recurrida debe tenerse por definitiva, sólo respecto de ese agravio

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

1. Sobre la admisibilidad de los escritos relativos a la presentación de *amicus curiae* efectuadas por la Clínica Jurídica CREF-CELS-UBA y por el Secretario General de la Central de los Trabajadores Argentinos (CTA), compartimos, en líneas generales, lo que expresa en el punto 1 de su voto el señor juez, doctor Julio B. J. Maier, y la conclusión a la que arriba: desglose y devolución de los escritos a sus respectivos presentantes. Además, deseamos recalcar que la intervención en el carácter pretendido no se encuentra legalmente prevista sino sólo para la acción declarativa de inconstitucionalidad. Por lo demás, habida cuenta de que no se ha realizado esfuerzo argumental suficiente para justificar su presencia en este tipo de causas en la que ya han intervenido las instancias de mérito y solamente corresponde pronunciarse en razón de la queja por recurso de inconstitucionalidad interpuesta, las presentaciones no merecen ser ponderadas a los fines de esta decisión.

2. La queja interpuesta a fs. 61/76 no puede triunfar pues no ha logrado desvirtuar las razones, brindadas por la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que determinaron la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto contra la sentencia que confirmó el rechazo de la acción de *habeas corpus* intentada.

3. Para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en esta causa los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas afirmaron, en primer lugar, que la presentación se limitaba a reiterar un simple desacuerdo basado en argumentos ya sometidos a consideración de la alzada, insuficientes para sostener, en el caso, la existencia de un acto u omisión de una autoridad pública que implique una limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita

de autoridad competente en los términos del art. 3°, ley 23.098. A su vez, se descartó, en el caso, la existencia de un gravamen de carácter constitucional en razón de haberse impulsado una investigación en torno a la posible infracción a las previsiones de la ley 23.592, con lo que las garantías establecidas en los tratados internacionales contra la discriminación se encontrarían amparadas (fs. 52/53).

4. La presentación de hecho realizada por los accionantes plantea, en definitiva, la arbitrariedad de esa decisión —y de las anteriores decisiones tomadas en la causa—. Los recurrentes consideran que la Cámara se pronunció sin fundamento suficiente y adecuado pues, a la vez que desconoce que se demostró durante este proceso la ilegalidad del accionar de la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal de esta Ciudad, convalida la interpretación inconstitucional que aquellos funcionarios hacen de la norma aplicable a los supuestos en los que se basa su pedido de *habeas corpus* (art. 83, CC). En este sentido, los accionantes consideran que las actividades que, según ellos manifiestan, desarrollan (venta de "baratijas" en la vía pública para subsistir), "se encuentran dentro de acciones lícitas frente a las cuales el poder público no debe interferir (art. 18 y 19 de la C.N.)" —fs. 69 vta.—. Agregan que "la aplicación de estos criterios inconstitucionales está sobrecargada y se intensifica frente a los amparistas y la comunidad a la que pertenecen, en razón de su raza, nacionalidad e imposibilidad de manejo del idioma local, violando de la forma el goce igualitario y no discriminatorio del derecho a la libertad física y ambulatoria" (fs. 69 vta.). En estas cuestiones se centra la acción rechazada por las instancias de mérito.

Se plantea además que existe, en torno al trámite dado al procedimiento, una cuestión constitucional vinculada con el debido proceso y el derecho de acceso a la justicia. En ese punto, los recurrentes se refieren a que se les habría impedido la presentación de nuevas pruebas, defensas y alegaciones, y señalan la "falta de traducción de *wolof* a español, denunciada largamente en el recurso de inconstitucionalidad" (fs. 70 vta.), en perjuicio al derecho a ser oídos (art. 8° y 25, CADH).

5. Al margen de los esfuerzos de los presentantes, lo cierto es que el recurso de queja está cargado de afirmaciones genéricas que no han sido vinculadas con ninguno de los elementos probatorios acumulados en las actuaciones. En ese sentido, la defensa afirma que "[e]n las actuaciones de esta causa se demostraron, a través de diferentes fuentes, los constantes contactos, encuentros e intercambios involuntarios de estas personas con la Policía, así como la excesiva vigilancia, presiones, registros intrusivos, denuncias, detenciones y procesamientos que corrientemente sufren ellos mismos y las personas pertenecientes a su comunidad, que sobreviven apelando a actividades de venta lícita en el

espacio público" (fs. 62 vta./63) y que "como surge de las diferentes fojas de este expediente, en el caso concreto de los amparistas se detallan numerosas prácticas de la policía (muchas de ellas, reconocidas en los informes solicitados por el juez de primera instancia), que se traducen en la prohibición de circular libremente por el espacio público, en el desplazamiento forzado por diferentes zonas de la Ciudad, en la detención por 'averiguación de antecedentes' [...] en la amenaza permanente de que serán encarcelados por violar las leyes vigentes, etcétera" (fs. 63). Sin embargo, los recurrentes omiten cualquier referencia que indique o al menos sugiera a qué elementos de prueba se les otorga el valor necesario para concluir en aquellas afirmaciones y por qué; cuál fue la prueba que la Cámara omitió considerar o valoró en forma arbitraria, o cuáles de los hechos supuestamente probados fueron considerados erróneamente irrelevantes por los jueces.

Lo expuesto basta para descartar el planteo de arbitrariedad y la existencia de cuestión constitucional alguna en el caso, pues la impugnación se basa, tal como lo afirmó la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad que aquí se pretende defender, en una mera discrepancia con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos efectuada por los jueces de mérito. En ese sentido, según argumentos brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aplicables *mutatis mutandi* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local, "la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros). Al respecto, se debe recordar que de manera reiterada el Tribunal ha destacado que más allá del acierto o error de una decisión judicial, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (*in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

6. Aun si se omitiera la evidente falta de fundamentación del recurso de hecho en estudio, lo cierto es que la compulsa del expediente principal, reservado en la Secretaría de este Tribunal, permite afirmar que aquellas consideraciones genéricas de la defensa no tienen base en los elementos acumulados en el expediente (a ello se debe la falta de fundamentación señalada precedentemente). En efecto, tras la realización de las medidas de prueba solicitadas

por los accionantes ante el juez de primera instancia, se ha probado en esta causa la existencia de dos procedimientos a través de los cuales se secuestró la mercadería que tenían en su poder dos de los accionantes (los señores Bara Sakho y Serigne Lam), uno del día 23/6/2007 y el otro del día 6/1/2009. En ambos casos se designó un Defensor Oficial para asistir a los imputados y, finalmente, se dispuso la remisión de los sumarios a la Unidad Administrativa Controladora de Faltas (conf. fs. 27/8 —informe del sistema informático JUSCABA—, 29 —informe del Juzgado N° 13 sobre el expediente relativo al señor Bara Sahko—, fs. 30/47 —copias e informes sobre las actuaciones iniciadas contra Serigne Lam—). En el caso del expediente relativo al señor Serigne Lam, quien manifestó no haber recibido su pasaporte que habría sido retenido por el personal de la Comisaría 16°, la titular de la Defensoría Oficial N° 3 realizó una denuncia ante el fuero criminal y correccional con sede en esta Ciudad (así lo manifestaron los propios accionantes, ver acta de audiencia de fs. 56/58). De las actuaciones compulsadas, entonces, se desprende que las situaciones denunciadas por los accionantes ya han sido canalizadas por la vía judicial correspondiente. De más está decir que el hecho de desplegar una actividad no permitida no justifica un maltrato o amenaza de tal, ni mucho menos el secuestro de documentación identificatoria, pero la vía intentada no puede tener incidencia en dichas cuestiones, pues cada una de las situaciones denunciadas en autos es objeto de investigación en el marco de los respectivos procesos judiciales que oportunamente se consideraron idóneos para ventilarlos, con intervención, además, del Ministerio Público de la Defensa.

7. A ello debe sumarse que, tal como lo señalara el señor fiscal general adjunto en su dictamen de fs. 89/92 y en la audiencia llevada a cabo ante esta instancia, pareciera que los actores parten de una hipótesis equivocada. Tal vez les ayudaría saber que la decisión legislativa de no considerar contravención la venta ambulatoria en la vía vía pública —sin autorización— "de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido (…)", receptada en el art. 83 del CC (cuestión que debe ser determinada judicialmente en cada caso en particular y no dejada en cabeza de los funcionarios policiales que se encuentren ante una posible contravención) no determina, por sí sola, que la actividad que dicen desplegar los accionantes no se encuentra, de todos modos, vedada por la ley. En efecto, además de la posibilidad subsistente de que según las normas que rigen la materia la conducta constituya una falta (art. 4.1.2, ley 451), dicha actividad no se encuentra permitida pues el Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad —plexo de rango legal— que se encuentra vigente —al menos por ahora—, prohíbe con carácter general la venta ambulante en la vía pública sin autorización administrativa, en tanto

su Sección 11 (Permisos de Uso en el Espacio Público), art. 11.1.2, expresa*:* "Prohíbese la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios en el espacio público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, en los términos detallados en la presente Sección" (conf. nuestro voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009.

8. Finalmente, debe descartarse también el agravio de los recurrentes relativo a la vulneración del derecho de defensa en juicio, pues no se ha logrado demostrar la utilidad que a los fines de la acción intentada tendría la producción de la prueba que genéricamente (y sin que se haya denunciado la existencia de hechos nuevos que justificaran ampliar el procedimiento ante la alzada con la producción de nuevas medidas de prueba) se requiriera a la Cámara tras la apelación del rechazo de la acción en primera instancia. Además, con ello no se obtendría más que la prolongación innecesaria de un procedimiento que, como se expuso en el punto precedente, remite a una pretensión de fondo que en la actualidad resultaría inviable y que, en definitiva, no hace cosa juzgada en torno a la situación denunciada, que, de acuerdo al criterio de los recurrentes, podría sustentar una acción colectiva correctamente encausada.

9. Por lo expuesto, votamos por rechazar la queja interpuesta a fs. 61/76.

Así lo votamos.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desglosar* los escritos agregados a fs. 127/136, 149/167 y 168/177 y devolvérselos a los respectivos presentantes.

2º. *Hacer lugar* al recurso de queja agregado a fs. 61/76, sólo en cuanto a la violación de las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

3º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 23/48 con el alcance indicado en el punto anterior y, en consecuencia, devolver el proceso a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que anteriormente intervinieron, juzgue nuevamente el recurso de apelación de los amparados, según las indicaciones procesales de esta sentencia.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con carácter urgente, con habilitación de día y hora, y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

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

CLXXII

"WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BWIN.COM S/INFR. ART. 116, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva.

SUMARIO:

1. El recurso de queja no puede prosperar porque las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, y la sola mención de preceptos constitucionales de índole patrimonial que habrían sido afectados por las resoluciones impugnadas, no es suficiente para demostrar que los perjuicios enunciados sean de imposible reparación ulterior, en cuyo caso aquellas decisiones son equiparables a sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6383/09 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Armando Andrés Wasserman interpuso recurso de queja (fs. 27/42) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 22/24) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 61/72. Dicha impugnación fue dirigida contra la resolución que confirmó la decisión de primera instancia

—de fecha 7/10/2008— que no había hecho lugar al planteo de nulidad del requerimiento de juicio intentado por los defensores del acusado (fs. 7/8).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión atacada era equiparable a una sentencia definitiva. Además, consideró que la resolución cuestionada era arbitraria en tanto resultaba dogmática, autocontradictoria e incurría en excesos formalistas. Asimismo, denunció que en este proceso la fiscalía había efectuado una imputación genérica sobre los hechos investigados. En igual sentido, señaló que no fueron consideradas ciertas constancias de la causa que indicarían que el sitio web *www.bwin.com.ar* fue registrado por la empresa Bwin Interactive Entertainment AG, y no por el acusado o la firma que preside (Bwin Argentina S.A.).

Concluyó que los defectos mencionados afectaban el derecho de defensa del imputado y el principio de igualdad ante la ley porque, por un lado, no se le permitía conocer cuál es la conducta reprochada y, por otra parte, sólo se requirió juicio respecto del Sr. Wasserman y no sobre el resto de los acusados.

Por último, expresó que el caso reviste gravedad institucional por las proyecciones que pueda tener la decisión que recaiga en definitiva, sobre todo en cuanto a la seguridad jurídica necesaria para realizar inversiones en el país o jugar por internet.

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso mencionado en el punto anterior debido a que no atacaba una sentencia definitiva, ni un auto equiparable a tal. Además, los camaristas agregaron que la defensa no había logrado exponer un caso constitucional (fs. 22/24).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 79/80), propició el rechazo de la queja debido a que no se vinculaba con una resolución definitiva, o equiparable a tal, ni presentaba un caso de arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta ante el 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. Según se observa en el relato del caso, el recurrente se agravia contra las decisiones de las instancias anteriores referidas a un planteo de nulidad del requerimiento de juicio.

Ahora bien, la resolución que el defensor ataca tiene por única consecuencia la continuación del proceso y los agravios que invoca no se evidencian como de tardía o imposible reparación ulterior. Entiendo que los escasos fundamentos dados por el recurrente para intentar soslayar lo que afirmo no pueden tener acogida favorable.

El Tribunal sostuvo reiteradamente el criterio general que establece que las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68 CC nulidad —apelación—'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas).

En este contexto, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla, lo que no ha sucedido.

El recurrente menciona reiteradamente la lesión de preceptos constitucionales, básicamente vinculados a la posibilidad de defenderse eficazmente en el proceso y a las implicancias generales que podría tener una condena en el caso. Denuncia, además, la arbitrariedad de la resolución que cuestiona. Sin embargo, su presentación no logra demostrar que los perjuicios que enuncia sean de imposible reparación ulterior —por caso, mediante una absolución en el debate— con lo cual tampoco acredita que la resolución recurrida sea equiparable a definitiva.

Como lo sostiene la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62, entre otros).

3. Voto por rechazar el recurso de queja y, en consecuencia, dar por perdido el depósito integrado oportunamente.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, pues pone de resalto las razones por las cuales el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene no fue interpuesto contra una *sentencia definitiva* o *equiparable* a tal. En efecto, los recurrentes no han logrado acreditar motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Estigarribia, Federico Milcíades y otros s/infr. art. 189 bis portación de arma de fuego de uso civil C.P. (p/L 2303)'", expte. nº 6171/08, resolución del 25/3/2009, y sus citas).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 y 2 del voto de la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

2. Por las razones apuntadas en mi voto en la causa "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 27/42 vta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja cumple con los requisitos básicos que fija la ley 402. Sin embargo, defiende un recurso de inconstitucionalidad que no ataca la sentencia definitiva de la causa, sino, antes bien, el rechazo de un planteo de nulidad del requerimiento de juicio. La decisión, entonces, manda proseguir con el procedimiento judicial hacia la sentencia. Esa razón me obliga a rechazar el recurso directo.

2. Por lo demás, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. n° 4170, sentencia del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

Empero, si quedara alguna duda al respecto, repárese que el derecho positivo establece que la apertura del juicio es inimpugnable,

3. Voto por rechazar el recurso de queja y, en consecuencia, dar por perdido el depósito integrado oportunamente.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 27/42.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 26.

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

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

CLXXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO; TAPIA, LUISA KARINA S/INFR. ART. 116 CC —ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO'"

RECURSO DE QUEJA: Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. No corresponde admitir el recurso de queja cuando las dos instancias de mérito han dictado sentencias, y el modo en que los jueces han valorado las pruebas incorporadas al proceso no permite la intervención del Tribunal, porque sólo aparentemente involucra una cuestión constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Según el ordenamiento local, la interpretación de la ley común, como lo es el Código Contravencional, fenece en los tribunales de mérito y no surte la competencia del TSJ, salvo algún caso excepcional, y no toda desinteligencia en la interpretación de la ley infraconstitucional entre el juez y la parte significa una lesión al principio de legalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6402/09 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 55/66) contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 52/53) que declaró inadmisible el recurso de inconstituciona-

lidad agregado a fs. 41/48. Éste, a su vez, fue articulado contra la resolución de la misma Sala (fs. 35/39) que confirmó la condena impuesta en primera instancia (fs. 3/21). A través de la sentencia mencionada, el Sr. Carlos Alberto Oniszczuk había sido condenado como autor de la contravención prevista en el art. 116, primer párrafo, del CC —organización ilegal de juegos de azar—, ocurrida entre el 8/11/2006 y el 24/8/2007, a las penas de veinticinco días de arresto de cumplimiento efectivo, seis años de inhabilitación para obtener cualquier autorización para organizar, promover, explotar o comerciar apuestas o juegos de azar, ochenta días de clausura parcial del local ubicado en la Av. Federico Lacroze 3531/3533, y el comiso de los bienes secuestrados.

En la misma decisión, el juez de primera instancia unificó la condena mencionada con otras anteriores (conf. fs. 20/21) y, por ello, le impuso al acusado la pena única de noventa días de arresto de efectivo cumplimiento, diez años de inhabilitación para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar sorteos, apuestas o juegos, clausura por el término de ciento sesenta días respecto de los locales ubicados en Federico Lacroze 3531/3533 y en Elcano 3498, y por el término de ciento cincuenta días respecto del local de Segurola 2425, más el comiso de todos los bienes secuestrados, a excepción de un libro de actas.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que en estas actuaciones se habían vulnerado: *a)* las garantías de debido proceso y defensa en juicio (art. 13, inc. 3°, CCBA) porque, pese a que fueron anuladas dos actas de secuestro, de ello no fue derivada la nulidad de los actos que le sucedieron y, además, porque las sentencias dictadas en el proceso son arbitrarias; *b)* el principio *in dubio pro reo* en tanto, según la defensa, no existen pruebas suficientes para fundar la condena; *c)* el principio de legalidad porque fue empleada una errónea calificación legal; y, por último, *d)* el principio de lesividad porque no fue probada la afectación de un bien jurídico en los términos fijados por el Código Contravencional.

3. Los jueces de la Sala III denegaron el recurso de inconstitucionalidad porque la parte recurrente no había logrado articular un caso constitucional. Los camaristas sostuvieron que la defensa se limitó a reiterar los agravios y argumentos que ya habían sido objeto de tratamiento en el recurso de apelación y a exponer su discrepancia en torno a la interpretación y aplicación de normas de derecho común.

4. El fiscal general adjunto, en su dictamen, consideró que la queja debe ser rechazada porque el recurso de inconstitucionalidad que defiende no presenta un caso de competencia del Tribunal (fs. 70/71).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja, aunque cumple con los requisitos básicos que impone la ley local 402, no puede ser admitido.

2. La defensa parece creer que cuenta con una tercera instancia de revisión ordinaria sobre la aplicación de la ley infraconstitucional y la apreciación de las pruebas.

El modo en que los jueces valoraron la incorporación de pruebas a este proceso —invalidez del registro de los secuestros practicados, pero validez de la prueba obtenida en aquellas ocasiones— no permite, al menos tal como fue planteado en el caso, la intervención del Tribunal porque sólo aparentemente involucra una discusión constitucional. En rigor, exige la revisión de aspectos sobre los cuales el Tribunal tiene vedado resolver: sencillamente, sobre la interpretación de la ley 12.

Algo similar ocurre con relación a la forma en que los jueces formaron su convicción para condenar. Más allá de que a la defensa no le parezcan suficientes las pruebas producidas en el juicio para condenar al imputado, lo cierto es que las dos instancias del mérito ya han fallado el caso y, sobre la valoración probatoria, esos son los únicos tribunales habilitados por la ley procesal para cumplir la tarea mencionada.

Con relación a la figura contravencional en la que los jueces encuadraron la conducta del acusado ocurre lo mismo. El Código Contravencional es una ley infraconstitucional y, por esa razón, su interpretación no es competencia del Tribunal. La defensa pretende traer a esta instancia sus motivos de agravio y, para ello, denuncia la violación del principio de legalidad. Según el ordenamiento local, la interpretación de la ley común (contravencional en el caso) fenece en los tribunales de mérito y no surte la competencia del TSJ, salvo algún caso excepcional, que no se ha mostrado en este proceso. Como ya lo he expresado (conf., entre otros, mi voto *in re* "Paiz, Mario Sergio s/art. 74 CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3887, resolución del 8/6/2005), no toda desinteligencia en la interpretación de la ley infraconstitucional entre el juez y la parte significa una lesión al principio de legalidad; ello sólo sucede en casos extraordinarios. Y que éste no es el supuesto de la excepción lo revelan los fundamentos dados en las sentencias dictadas en las instancias anteriores, en los que los jueces han explicado acabadamente la calificación jurídica del caso.

En cuanto a la afectación del principio de lesividad reitero, en primer lugar, que la queja no puede contribuir tardíamente a fundar un recurso de inconstitucionalidad infundado. En este sentido, el recurso de hecho no puede incorporar nuevos argumentos, no desarrollados en el de inconstitucionalidad

al que se refiere, ni subsanar deficiencias ya contenidas en aquel remedio. Así las cosas, aprovechar una crítica vinculada a la violación al principio de lesividad para incluir en el recurso directo un nuevo motivo de agravio, derivado del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, significa que el recurso de hecho no está referido a su único objeto, la crítica de la decisión de rechazo por el *a quo*, sino que —probablemente por la deficiencia del recurso de inconstitucionalidad— pretende ser un mecanismo independiente para impugnar la sentencia. Por lo demás, este motivo de agravio 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. En este sentido, según lo ha expresado este Tribunal en múltiples oportunidades, la conducta desplegada por el acusado 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 (véase, 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. n° 5858/08, sentencia del 28/8/2008).

3. Por último, voy a reiterar que la arbitrariedad no constituye un motivo del recurso de inconstitucionalidad. En el uso de los litigantes de esta Ciudad, al menos, la palabra equivale a la usada internacionalmente: agravio.

Éste es, precisamente, el sentido con el cual la usa el recurrente, que esconde tras de ella una opinión diferente sobre la valoración de la prueba y de la ley infraconstitucional que, según él, debió haber conducido a otro resultado. Mi opinión acerca de este motivo bastardo de los recursos extraordinarios puede confrontarse en el punto 3 de mi voto en "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente clausura— apelación'", expte. n° 1215, resolución del 19/12/2001 —y sus citas—, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja agregado a fs. 55/66. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3°, inc. a, ley local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito

previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que 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 los puntos 1 a 3 del voto del señor juez de trámite, 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.

Además, en torno a la supuesta afectación del debido proceso en razón de "la valoración de prueba que ha sido declarada nula" (pto. 2.b de la queja), me remito a las especificaciones efectuadas en el voto conjunto que suscribí junto a la doctora Ana María Conde *in re* "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/inf. arts. 116, 117 y 118, organizar y explotar juego'", expte. n° 5905/08, resolución del 10/12/2008, en tanto resultan aplicables al caso en estudio, en el que el juez de la causa si bien declaró la invalidez de ciertas actas, consideró que los procedimientos de los que aquellas daban cuenta fueron realizados en legal forma.

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 55/66 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re* "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII/B, pp. 950 y ss.).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto los argumentos expuestos en los puntos 1 a 3 del voto del juez de trámite, Julio B. J. Maier, y las consideraciones realizadas por el juez José O. Casás con respecto a la doctrina de la arbitrariedad.

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

Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 55/66.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 y 3 del voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, y, asimismo, comparto las puntualizaciones efectuadas por mi colega el doctor José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujera la Defensa Oficial del Sr. Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 55/66).

2. La Sala III de la CPCyF declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 52/53). Sostuvo que "...los planteos efectuados [en dicha presentación] no son más que un simple desacuerdo con la interpretación que (...) [la] Sala ha hecho del recurso de apelación presentado en su oportunidad en relación con la subsunción del caso en el art. 116 de la ley 1472…" (fs. 52 vta.) y que la Defensa "...no ha logrado demostrar alguna relación entre los derechos constitucionales que menciona y los fundamentos del fallo recurrido" (fs. 52 vta.).

3. El quejoso intentó sin éxito conmover el auto denegatorio. Afirmó que "...la decisión (...) atacada no se encuentra fundada; toda vez que se afianza en meras fórmulas dogmáticas que redunda en una fundamentación aparente y no ha tratado las cuestiones constitucionales planteadas..." (fs. 61).

Si bien expresó su disconformidad con la Sala III, no dio fundamentos suficientes para sustentar sus dichos. Las exiguas consideraciones transcriptas no fueron acompañadas de una explicación motivada, conforme resulta del apartado III. 2 del escrito en análisis.

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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

4. En el apart. a) de su presentación, el quejoso señaló que la Cámara denegó los siguientes agravios del recurso de inconstitucionalidad: errónea calificación legal de la conducta, insuficiencia probatoria y afectación del principio de inocencia.

En ese punto, volvió sobre los argumentos del recurso de inconstitucionalidad vinculados con la alegada atipicidad de la conducta atribuida al imputado, lo cual es insuficiente como crítica del auto denegatorio.

5. En el apart. b) del escrito, el quejoso se refirió a la denegatoria de los agravios del recurso de inconstitucionalidad que versaban sobre el pedido de nulidad de lo actuado y exclusión de prueba.

El quejoso dijo: "[y]a se ha sostenido que la sentencia denegatoria de la Cámara es arbitraria. Otro de los aspectos fundamentales de tal arbitrariedad fue la convalidación, de modo tácito, de la valoración de la prueba declarada nula..." (fs. 63).

Como se ve, la Defensa volvió sobre su desacuerdo con la interpretación que hiciera la Sala III de normas infraconstitucionales (sentencia de fondo —fs. 35/39—) sin refutar el resolutorio que debía ser materia de impugnación.

6. Por fin, en el apartado c) del recurso en análisis, el quejoso hizo alusión a la denegatoria del agravio por afectación del principio de lesividad.

Sostuvo: "[l]a arbitraria denegación del recurso de inconstitucionalidad ha desestimado el abordamiento de una cuestión trascendente para el presente caso, esto es, el desconocimiento de la necesidad de que exista un real peligro o afectación del bien jurídico..." (fs. 63 vta. *in fine*).

Nuevamente, sus afirmaciones no fueron acompañadas de una explicación sobre la arbitrariedad imputada al decisorio, ya que sólo manifestó su posición en materia de hechos y prueba. Y, ello no alcanza para habilitar el recurso intentado.

7. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la Defensa Oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—'", expte. n° 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, apelación'", expte. nº 2197, resolución del 10/9/2003; "Ministerio

Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis C.P.'", expte. n° 3562/04, resolución del 25/2/2005.

8. En consecuencia, voto por rechazar la queja que interpusiera la Defensa Oficial del Sr. Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 55/66).

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. 55/66.

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

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

CLXXIV

"ARCOS DORADOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ARCOS DORADOS S.A. S/INFR. ART. 6.1.8 —PÓLIZA DE SEGURO— LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Efecto suspensivo.

SUMARIO:

1. El art. 33 de la ley 402 sólo contempla el efecto suspensivo de la queja como una excepción, y por ello el Tribunal Superior de Justicia sólo puede concederlo cuando existen motivos suficientes que demuestren un daño de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 6442/09 - 1º/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El apoderado de la firma Arcos Dorados S.A. interpuso recurso de queja (fs. 22/29) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 12/16. Este remedio procesal se vincula con la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones que convalidó tanto la condena en su contra impuesta en primera instancia —por distintas infracciones al régimen de faltas—, como la sanción de $ 15.200 de multa fijada oportunamente.

2. El recurrente, en una presentación posterior a su queja (fs. 49), solicitó al Tribunal que "ordene la suspensión de la ejecución de la pena de multa dictada por el señor juez *a quo* en su resolución del 11/11/2008".

La jueza de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 50).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El art. 33 de la ley 402 sólo contempla el efecto suspensivo de la queja como una excepción. Por lo tanto, el TSJ sólo puede concederlo cuando existen motivos suficientes que demuestren un daño de imposible o insuficiente reparación posterior. Como el recurrente no ha fundado su petición —es decir, no demostró que la ejecución de la pena pecuniaria impuesta afecta irreparablemente sus derechos—, voto por no conceder efecto suspensivo al recurso de queja.

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

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en que corresponde rechazar la petición de otorgar efecto suspensivo a la queja deducida a fs. 22/29 vta., puesto que el recurrente no cumple con la carga de mostrar que estén dadas las condiciones para su procedencia.

El juez José O. Casás dijo:

Coincido con la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en que en el *sub examine* no se han acreditado razones que permitan hacer excep-

ción a la regla según la cual la queja no suspende el curso del proceso (art. 33, cuarto párrafo, ley 402), por lo que no cabe hacer lugar a lo solicitado (conf. mi voto *in re* "Tossi, Mauro Albis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nanfra, Damián Rodrigo y Tossi, Mauro Albis (responsables del local Eleven) s/inf. art. 82, CC'", expte. n° 6390/09, resolución del 31/3/2009, y sus citas, entre otros).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de suspensión del proceso efectuada a fs. 49.

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

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

CLXXV

"TABOADA ORTIZ, VÍCTOR S/INF. ART. 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL —C.P.— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6462/09 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TABOADA ORTIZ, VÍCTOR FERNANDO S/INFR. ART. 189 BIS C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL: Agravante. REINCIDENCIA: Antecedentes penales. PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD: Suspensión de la ejecución. Derecho penal de acto. Derecho penal de autor. Delito de peligro abstracto. Principio de culpabilidad. Principio de proporcionalidad de la pena.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede ser admitido si no logra una crítica suficiente para rebatir los motivos por los que la Cámara consideró parcialmente inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza*

Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos del señor juez Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).

2. Corresponde rechazar el recurso de queja si los agravios por los que fue denegado el recurso de inconstitucionalidad remiten al análisis de aspectos de hecho y prueba ajenos a esta instancia, y la defensa no demuestra por qué los jueces de mérito no debieron estimar concordantes las declaraciones de los preventores y las constancias labradas para certificar los hechos que los testigos dijeron haber presenciado al suscribir las actas pertinentes, ni por qué los elementos de prueba valorados no podrían fundar en el plano lógico o fáctico las consecuencias que les atribuyó el *a quo*. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. La instancia de este Tribunal no queda abierta para examinar el párrafo octavo del art. 189 bis del C.P. desde una perspectiva axiológica, de política criminal o de utilidad social, sino para decidir si corresponde revisar la aplicación que de la norma citada hizo el tribunal *a quo* porque el recurrente la estima contraria al principio de culpabilidad contemplado en el art. 18 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El tipo penal materia de análisis (art. 189 bis C.P.) busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada no por el mero hecho de llevar encima un arma sino por la capacidad efectiva de someter que cabe inferir de las aptitudes exhibidas en el pasado, que es revelador de la falta de inhibiciones al igual que de la habilidad ofensiva de quien porta el arma. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El legislador no ha tomado como agravante cualquier antecedente penal del autor, sino tan sólo aquellos registrados por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, esto es, aquellos que guardan vinculación con el hecho. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. No se trata de distinguir entre el efecto posiblemente mayor que el cumplimiento de la condena pudo haber tenido sobre el ánimo del autor, sino simplemente acudir a la declaración judicial firme de que se cometió un delito para apreciar la relevancia de portar actualmente un arma, por lo que no cabe asegurar que la ley castiga por lo que se es (derecho penal de autor) y no por la gravedad de lo que se hace (derecho penal de acto). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Se debe rechazar el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido porque no demuestra que el supuesto de agravamiento de la pena por condenas anteriores, y aquel en el que se admite el incremento de la sanción en condiciones que permiten razonablemente sostener que el autor muestra una insensibilidad a la pena que justifica compensarla con un incremento de

la misma, constituyan hipótesis legislativas que carezcan de asidero. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La criminalización de conductas bajo la forma de delitos de peligro abstracto tiene base en la peligrosidad general que ciertas acciones encarnan para determinados bienes jurídicos y la determinación de aquella peligrosidad, que no está librada al juicio individual, fue establecida para el caso por el legislador de acuerdo a criterios y normas de la experiencia que no han sido cuestionados de manera suficiente. *(Votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

9. El legislador ha considerado que la disponibilidad inmediata de un arma de fuego por parte de un sujeto a cuyo respecto se acreditan ciertos datos objetivos relativos a su pasado —antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o por uso de armas— encarna un peligro mayor para el bien jurídico que se busca tutelar, y conlleva por tanto, a la aplicación de una sanción que podrá ser de mayor gravedad que la prevista para otros supuestos. *(Votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

10. La norma impugnada (art. 189 bis, inc. 2º), al aumentar de manera automática y muy significativa el rango de la pena aplicable en razón de la situación penal previa del procesado, instaura un *status* diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva violatoria de la garantía de trato igualitario, fundamento último del derecho penal moderno, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. El artículo cuestionado (art. 189 bis, inc. 2º) convierte en atributos de la personalidad y con ello da carácter ontológico a circunstancias que facultan (sino obligan) al juzgador a discriminar de manera objetiva entre clases de sujetos, e impone consecuencias más gravosas a quienes ya fueron condenados por el sistema punitivo estatal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. El texto de la agravante del art. 189 bis, inc. 2º parece inaceptable, pues el imputado tiene antecedentes penales, pero sin haber cumplido pena privativa de la libertad, desde que registra dos sentencias de condena previas, una por delito contra las personas, pero ambas suspendidas en su ejecución. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. La conjunción entre la exigencia relativa al derecho penal de culpabilidad y aquella relativa a la proporcionalidad, exigen que la reincidencia, en primer lugar se refiera a imputaciones reprimidas con pena privativa de la libertad, y en segundo término, que la condena que da pie a la reincidencia haya sido cumplida, conforme al art. 50 del C.P. (sistema de reincidencia real). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

14. Si respecto del imputado no opera el sistema de reincidencia real, no existe forma razonable de interpretación de la regla de agravación cuestionada,

que deviene así contraria al principio de culpabilidad por el acto y al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, por lo que la conducta objeto de reproche es calificable según la figura simple que prevé el art.189 bis, inc. 2º, párr. III del C.P.). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6457/09 - 29/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El defensor de Víctor Taboada Ortiz interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 214/241 vta.) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de fecha 29/12/2008 (fs. 201/211) en cuanto, por mayoría, resolvió: "*I.* Confirmar el punto I dispositivo de la sentencia obrante a fs.127/144 [en cuanto no hace lugar] a la nulidad del procedimiento solicitado por la defensa; *II.* Confirmar el punto II del fallo en tanto no hacer (*sic*) lugar a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista por el art. 189 bis, inc. 2º, párr. 8º del C.P.; *III.* Confirmar el punto III de la sentencia dictada en autos en cuanto resuelve condenar a Víctor Taboada Ortiz, de las restantes condiciones personales obrantes en el acápite, a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización, previsto por el art. 189 bis, inc. 2º, párr. 3º del C.P., agravado por registrar antecedentes penales por delito contra las personas, de conformidad con el párr. 8º del mentado art. 189 bis, inc. 2º del C.P. (arts. 5º, 12, 29, inc. 3º, 40 y 41 del C.P.); *IV.* Confirmar el punto IV en cuanto resuelve condenar a Víctor Taboada Ortiz, de las restantes condiciones personales obrantes en acápite, a la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la impuesta precedentemente, de la pena de dos años y tres meses de prisión en suspenso y costas, por ser autor de los delitos de privación ilegal de la libertad, lesiones leves en concurso real con violación de domicilio, cometidos el 19/4/2005, impuesta por sentencia del 13/1/2005 dictada en la causa 592.493/1 por el Tribunal en lo Criminal Nº 1 del Departamento de Lomas de Zamora, y de la pena de tres años de prisión en suspenso por ser autor del delito de abuso sexual sin acceso carnal en concurso real con privación ilegal de la libertad cometido el 1/12/2003, impuesta por sentencia del 6/7/2007 dictada en la causa 1728 por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 22 de Capital Federal, cuya condicionalidad se revoca (art. 58, C.P.); *V.* Librar oficio

a la Policía Federal Argentina, a fin de que se arbitren los medios necesarios para que se instruya debidamente al preventor actuante —Cabo Carlos Adrián Suárez— y al resto de sus integrantes sobre las circunstancias objetivas que habilitan la requisa personal o de automotor sin orden judicial a efectos de no conculcar garantías individuales [...]" (fs. 210 vta./211).

2. Los motivos de agravio planteados por la defensa en el recurso de inconstitucionalidad son, resumidamente, los siguientes:

a) nulidad de la detención y de la requisa personal: el recurrente sostiene (fs. 215 vta./216) que se afectó su "(...) derecho a permanecer en libertad y no ser detenido ni sometido a una requisa personal sin orden emanada de autoridad competente y sin que existan motivos previos o circunstancias objetivas suficientes para fundar un estado de sospecha, situación que se traduce en una directa afectación de la libertad ambulatoria y de la intimidad (art. 18 C.N.; 13.1 CCBA; arts. 5º, 9º y 10, DADyDH; art. 12 DUDH; arts. 7º, 11.2 y 3 CADH; arts. 17.1 y 2 PIDCP)". Expresa que la Cámara sólo consideró los dichos del preventor pero no hizo ninguna referencia a los testimonios de Genaro Ramírez, Serafina Venerada Sosa y Segundo Damián González, quienes declararon que el Sr. Taboada Ortiz no se encontraba caminando ni cambió bruscamente de dirección cuando llegó el cuatriciclo policial;

b) violación a los principios constitucionales de inocencia e *in dubio pro reo*; arbitrariedad en la valoración de la prueba (afectación del derecho de defensa): el defensor afirma que la Sala I sólo consideró el testimonio del preventor sin darle trascendencia al resto de los testimonios brindados en el debate que dieron una versión de los hechos que contradice a la del policía Suárez. Agrega que los magistrados tampoco valoraron a favor del imputado la ausencia de los principales testigos de cargo (ciudadanos que habrían sido convocados por el personal policial para presenciar la requisa);

c) inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, octavo párrafo del C.P., por lesionar el principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena (art. 18 C.N., 13.9 CCBA, 9º CADH y 15 PIDCP), la prohibición de doble juzgamiento (*non bis in idem*, arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCyP), y por tratarse de una manifestación de "derecho penal de autor".

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en lo atinente al agravio vinculado con la inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el

uso de armas (fs. 250 vta./251). En cuanto a los restantes planteos, el recurso fue declarado inadmisible.

4. Contra la decisión de fs. 247/251, la defensa interpuso recurso de queja respecto de los agravios denegados (fs. 366/377 vta.).

5. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 380/386 vta.), 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:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa, si bien fue deducido ante el Tribunal y dentro del plazo que fija la ley procesal (art. 33, ley 402), no puede ser admitido.

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. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 92 y s.). El escrito en análisis denuncia la arbitrariedad del auto denegatorio, y tilda de dogmáticos los argumentos que fundaron la denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad sin explicar por qué las razones dadas por la Cámara para desestimar los agravios del recurso de inconstitucionalidad son insuficientes o equivocadas.

Así como fue obligatorio para los jueces de la Sala I fundar la resolución por la cual declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

2. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—'", expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, apelación'", expte. nº 2197, resolución del 10/9/2003; "Ministerio

Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.'", expte. n° 3562/04, resolución del 25/2/2005.

3. Con relación al planteo vinculado con la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes de delitos dolosos contra las personas o por el uso de armas, entiendo que el recurso fue correctamente concedido por la Cámara. El caso es similar al que resolvió el Tribunal en la causa "Rodríguez, Marcelo José s/inf. art. 189 bis, C.P., portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6146/08, y su acumulado "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez, Marcelo José s/infr. art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 6148/08, sentencia del 17/12/2008. Por ese motivo, tomaré las consideraciones que realicé al votar en aquella sentencia, en tanto son aplicables a este caso.

4. La norma impugnada prescribe que "el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años" (conf. art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P., según modificación introducida por la ley 25.886).

5. La defensa en su recurso de inconstitucionalidad reitera —al relatar sus planteos a lo largo del proceso— que el artículo en cuestión viola el principio constitucional de culpabilidad porque "no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho cometido (del contenido de lo injusto y de la culpabilidad), sino exclusivamente en función de los 'antecedentes condenatorios' que registra" (fs. 233 vta., destacado en el original). Agrega que "nuestro sistema adopta un derecho penal de acto y no de autor, resultando absolutamente prohibido cualquier intento de sancionar 'personalidades', 'formas de ser' o 'estados peligrosos'" (fs. 233 vta./234).

Las normas constitucionales que entiende vulneradas son los arts. 18 de la C.N., 9º de la CADH y 15 del PIDCyP.

6. Entiendo que asiste razón a la defensa y que la agravante es inconstitucional.

La norma impugnada, al aumentar de manera automática y muy significativa el rango de la pena aplicable en razón de la situación penal previa del

procesado, instaura un *status* diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva violatoria del la garantía de trato igualitario, fundamento último del derecho penal moderno.

Dicho en otros términos, la norma convierte en atributos de la personalidad y con ello da carácter ontológico a circunstancias que facultan (sino obligan) al juzgador a discriminar de manera objetiva entre clases de sujetos, e impone consecuencias más gravosas a quienes ya fueron condenados por el sistema punitivo estatal. La cuestión es harto significativa porque el reproche penal agravado sigue al fracaso evidente de aquellas primeras acciones punitivas estatales. Ahora, en virtud del artículo cuestionado, aquel fracaso se traslada al ámbito de la responsabilidad individual del procesado al que se lo constituye como un sujeto "fallido", definido no por el acto que se juzga sino por su historia registrada. 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, como el que se incluye en el voto del camarista M. Vázquez, cuando dice: "Lo que funda un mayor reproche es que en el momento de cometer el nuevo hecho el autor no se ha acordado, no ha tenido en cuenta, las graves consecuencias que una condena importa" (fs. 206).

7. 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).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. *Sobre el recurso de queja*

Los motivos de agravio que contiene el recurso de inconstitucionalidad denegado a los que se refiere la queja consisten, básicamente, en una cuestión de valoración de la prueba: se trata de saber cuál era el contexto en el que se suscitó la intervención policial, cuál la forma o proceder de esa intervención y, por último, cuál es el resultado de la requisa respecto del requisado. El recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado sobre esos puntos, pues, como se puede observar, consisten en una cuestión de prueba y fijación de los hechos a la que sólo el tribunal de mérito puede acceder, ya que él estuvo presente durante el debate oral y público, esto es, en el momento en que se incorporó —o se omitió incorporar— la prueba sobre la base de la cual decidió ese mismo tribunal. A mí me está vedado pronunciarme sobre algo que no he vivido (principio de *inmediación*) y que, por ello, no puedo valorar. Más allá del acierto o desacierto del tribunal sentenciante, lo cierto es que el recurso

incita a una actividad (revisora) para la cual el TSJ no es competente; esto es, en otras palabras, esa actividad me está prohibida, pues no tengo la facultad que el recurrente pretende excitar. Estas razones justifican el rechazo de la queja.

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

2. *Sobre el recurso de inconstitucionalidad concedido*

Este recurso consiste, básicamente, en la intolerabilidad constitucional del art. 189 bis, inc. 2°, último párrafo, C.P., que prevé una pena superior para quienes registran "antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas", agravante que resultaría contraria tanto a la garantía de que la imputación se funde en un derecho penal de culpabilidad o de acto (reproche), como a aquella que prohíbe el *bis in idem* (conf. arts. 8.4, CADH y 14.7, PIDCyP). Trataré este agravio a continuación.

I. En primer lugar debo decir que el art. 13, inc. 9°, de nuestra Constitución local no puede entrar en juego. Se trata de derecho penal, de una regla del Código Penal (ya mencionada) y de una pena privativa de la libertad de cierta gravedad, todos elementos o indicios que verifican la delegación de las provincias en el Congreso de la Nación para su regulación legal (art. 75, inc. 12, C.N.). Por lo tanto, ninguna regla constitucional local resulta idónea para criticar aquella disposición del Poder Legislativo de la Nación.

II. En cierta manera, ya me he expedido sobre la cuestión planteada (puntos 3 y 4 de mi voto en "Rodríguez, Marcelo José s/inf. art. 189 bis C.P., portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6146 y, su acumulado, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez, Marcelo José s/infr. art. 189 bis C.P.'", expte. nº 6148/08, sentencia del 17/12/2008). Allí he recordado, sin demasiada convicción de mi parte, que es extendida la opinión según la cual la *reincidencia* refleja una mayor culpabilidad, como desprecio manifiesto del autor hacia la amenaza penal. Incluso la CSJN se ha pronunciado en este sentido (*Fallos,* CSJN: 311:1451, considerando 7°; y 308:1938, considerando 5°). Debe reconocerse que un derecho penal de

acto o de culpabilidad, de extrema pureza, esto es, sin referencia alguna a los autores, resulta casi imposible de ser legislado: él tornaría inaceptable, incluso, la agravación —y quizá también la atenuación— de algunos delitos por el vínculo matrimonial, parental o por otro tipo de vínculo entre el autor y su víctima; y los mismos delitos especiales soportarían en ese caso la crítica y la impugnación. Considero imposible, entonces, a un derecho penal que, al menos en cierta medida, no se ocupe del autor, sobre todo cuando se trata de medir la pena. Y por ello no 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 hecho externos.

Dos son las objeciones que, desde el punto de vista tratado aquí, produce la agravación por reincidencia. En primer lugar, una ley penal que agrave la pena por la reincidencia debe tomar a su cargo la explicación de la razón —siempre limitada— por la cual existen dos estatutos penales, conforme a la discriminación personal que ella misma practica: un estatuto penal aplicable a quien no es reincidente y otro, distinto, para quien es reincidente. En segundo lugar, esa ley penal debe explicar como racional el hecho de que la medida de la pena a aplicar dependa de una actitud interna del autor o del modo en que él decidió conducir su vida. La respuesta a esta pregunta se vincula, a mi juicio, con el principio de *proporcionalidad*, invocado por el recurrente.

"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" (punto 3 de mi voto citado), menos aún privativa de la libertad. Precisamente aquí finca la gran diferencia entre este caso y el que involucró al Sr. Rodríguez, antes citado. En aquél, Rodríguez había sido condenado previamente a pena privativa de la libertad, pena que había cumplido; en éste, el imputado registra antecedentes penales, pero sin haber cumplido pena privativa de la libertad (registra dos sentencias de condena previas, una por delito contra las personas, pero ambas suspendidas en su ejecución).

La conjunción entre la exigencia relativa al derecho penal de culpabilidad y aquella relativa a la proporcionalidad exigen que la reincidencia, en primer lugar, se refiera a imputaciones reprimidas con pena privativa de la libertad y, en segundo término, que la condena que da pie a la reincidencia haya sido cumplida, conforme al art. 50 del C.P. (sistema de reincidencia real). También dije en el antecedente citado que no me "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 pre-

vención especial (C.N., art. 75, inc. 22; CADH, art. 5°, 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. 1°), significa el intento de evitar nuevos delitos y de manejar la medida de la pena según estos parámetros, para que ella sea efectiva".

En este caso, sin embargo —a diferencia del anterior citado—, no opera el sistema de reincidencia real, de modo que no existe forma razonable de interpretación de la regla de agravación cuestionada, que deviene, así, contraria al principio de *culpabilidad* por el acto y al principio de *proporcionalidad* en la aplicación de penas.

III. "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, Buenos Aires, 1957, p. 160)" (del punto 4 de mi voto en "Rodríguez").

IV. De tal manera, triunfa el recurso de inconstitucionalidad por las razones que expuse anteriormente. Como consecuencia de ello, parece claro que la conducta sólo es calificable según la figura simple que prevé el art. 189 bis, inc. 2°, párr. III, C.P. Y esa calificación y condena puede ser pronunciada por el Tribunal conforme a la autorización prevista por la ley local 402, art. 31, 2° párrafo.

Sin embargo, el Tribunal no puede pronunciar la sentencia íntegra, pues, al no conocer al infractor (C.P., 41, inc. 2°, oración final), ni haber presenciado el debate (*inmediación*), se halla imposibilitado de medir la pena conforme las circunstancias allí expuestas; deberá, entonces, reenviar la causa para que, después del procedimiento correspondiente, otros jueces —distintos a los que ya intervinieron— procedan a determinar la pena a aplicar y a integrar la sentencia.

3. Por ello, propongo el siguiente dispositivo: *a)* rechazar el recurso de queja interpuesto; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido, revocar la sentencia que condena al Sr. Víctor Taboada Ortiz en cuanto le atribuye la autoría del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización agravada por registrar antecedentes por delitos dolosos contra las personas (art. 189 bis, inc. 2°, último párrafo, C.P.), condenar al Sr. Víctor Taboada Ortiz como autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, inc. 2°, párr. III, C.P.) y

reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que, por intermedio de una integración distinta a aquellos jueces que intervinieron anteriormente, lleve a cabo los procedimientos necesarios para decidir sobre la pena aplicable; y *c)* las costas del recurso de inconstitucionalidad corresponden, en caso de existir, a la caja estatal.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero a la solución que los jueces preopinantes auspician en relación con el recurso de queja articulado a fs. 366/377. En tal sentido, los agravios por los que fue denegado el recurso de inconstitucionalidad remiten al análisis de aspectos de hecho y prueba ajenos a esta instancia si, como en el caso, la defensa no demuestra por qué los jueces de mérito no debieron estimar concordantes las declaraciones de los preventores y las constancias labradas para certificar los hechos que los testigos dijeron haber presenciado al suscribir las actas pertinentes, ni por qué los elementos de prueba valorados no podrían fundar, en el plano lógico o fáctico, las consecuencias que les atribuyó el *a quo* (fs. actas de detención y de secuestro 18/19).

2. Por su parte, en relación con el recurso de inconstitucionalidad concedido, resulta pertinente señalar que no estamos convocados a examinar el párrafo octavo del art. 189 bis, inc. 2º, del C.P. desde una perspectiva axiológica, de política criminal o de utilidad social. Menos aún, para establecer si son comparables los efectos de una condena no cumplida y los de una que lo fue. Tan sólo queda abierta esta instancia para decidir si corresponde revisar la aplicación que de la norma citada hizo el tribunal *a quo* porque el recurrente la estima contraria al principio de culpabilidad contemplado en el art. 18 de la C.N. (fs. 216). Buenas razones militan para descreer del acierto legislativo, aunque ellas, sin embargo, no determinan la inconstitucionalidad de la norma.

3. En ese orden de ideas, conviene tener presentes estos tres escenarios en que cabe descomponer el problema.

Por una parte, el cuestionamiento podría estar dirigido exclusivamente a la interpretación de la ley. La Sala I de la CPCyF entendió que la norma en cuestión solamente exige la existencia de condena previa, sin distinguir entre la total o parcialmente cumplida y la que no lo fue. Sustenta ese criterio, para lo que ahora importa, tanto en el texto empleado —"...registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas"— como en la relación entre este modo de expresión y aquel otro empleado en el art. 50 del mismo cuerpo normativo —"[h]abrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible con esa clase de pena"—. No es esta inteligencia, empero, lo que cuestiona la defensa recurrente; y, por

otra parte, no bastaría traer una diferencia en la interpretación de la ley para habilitar esta instancia. Esa parte, en cambio, cuestiona la relación entre la ley así interpretada y el art. 18 de la C.N. Sostiene que tal interpretación la convierte en una típica cláusula penal no de acto sino de autor (fs. 233 vta./236).

A su turno, la objeción constitucional podría convertirse en una que abarcase tanto el supuesto de condena cumplida como el de condena no cumplida o bien una que admita como derecho penal de acto el agravamiento de la pena en el supuesto de quien, habiendo cumplido condena, reitera la infracción al tipo, mientras que lo estime como un supuesto de derecho penal de autor cuando viene extendido a quien, habiendo sido condenado, no ha sufrido efectivamente la sanción. En uno u otro de estos supuestos, aceptar el cuestionamiento importa entender vedado al poder legislativo nacional la posibilidad de adoptar penas mayores para quienes incurren en portación de armas después de haber sido condenados por delitos dolosos contra las personas o con uso de armas. Esa limitación, según explicaré, no deriva de ninguna garantía constitucional.

4. Respecto del supuesto de condena cumplida, me he expedido ya en el caso "Lemes" rechazando la impugnación. En tal oportunidad sostuve que "...es extendida la opinión según la cual registrar antecedentes penales refleja una mayor culpabilidad del autor, circunstancia que justifica un agravamiento de la pena en tales casos. Por su parte, la CSJN se ha pronunciado en este sentido al sostener que '...la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, *lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito* [...] Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta' (*Fallos,* 311:1451, consid. 7º, 2º párr., sin destacar en el original). Asimismo, ha dicho el Tribunal cimero que '...el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce...' (*Fallos,* 308:1938, consid. 5º).// La agravante se funda, para esta postura, en 'una *mayor culpabilidad* por el nuevo hecho, mayor culpabilidad que se expresa en el *desprecio* que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido' (García, Luis: *Reincidencia y punibilidad*, Astrea, Buenos Aires,

p. 129, destacado en el original). Esta interpretación había sido sostenida ya, en la doctrina alemana, bajo el nombre de 'teoría de la advertencia', pues según ella la culpabilidad del segundo hecho es mayor en la medida en que el autor ya había sido advertido por una condena anterior, a pesar de lo cual cometió un nuevo delito (conf. Ziffer, Patricia: *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, en 'Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal', año III, nº 7, pp. 108 y ss.; y Magariños, cit., p. 89)". En ese precedente también señalé que "[e]n mi opinión, un derecho penal orientado a atribuir responsabilidad por hechos no requiere excluir la valoración de *todo* dato de la historia del autor para considerar la graduación de la pena —ni tampoco hay razones para creer que ésta sea la voluntad expresada en el art. 19 C.N.— (...) el tipo penal que aquí analizamos busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada por tener un arma ilegítimamente. Dicha situación no está determinada por el mero hecho de llevar encima un arma, sino por la capacidad efectiva de someter o dañar, que cabe inferir de las aptitudes exhibidas en el pasado, esto es, en el criterio del legislador, de los 'antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas', supuesto radicalmente distinto de la reincidencia genérica, pues más que dirigido a someter la voluntad de quien muestra ser renuente al cumplimiento de la ley, constituye una base razonable para presumir eficacia en el empleo del arma. El legislador ve aquel pasado como revelador de la falta de inhibiciones al igual que de la habilidad ofensiva de quien porta el arma. Visto con esta perspectiva, acudir a lo que hizo el autor en el pasado para establecer estas circunstancias no supone más que una manera de recoger, con la inexorable generalidad con que ello puede ser hecho a nivel legislativo, elementos de juicio para apreciar el peligro abstracto que encierra una conducta como la juzgada en el *sub lite*, a saber, la portación de un arma de fuego por parte de quien ya ha cometido robo en lugar poblado y en banda, dos robos con uso de armas en grado de tentativa, así como un robo agravado por el uso de armas (véase punto III de la sentencia de fs. 390/410). Quien decide llevar el arma queda advertido por el legislador de que, según cuál haya sido su comportamiento en el pasado, se considerará de modo diverso su capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, determinada por el uso del arma, en función de lo cual le tocará decidir si trasgrede en el presente. Si bien es posible conjeturar situaciones puntuales en las cuales el dato escogido por el legislador no sea revelador, esto es, supuestos en los cuales la fórmula del legislador fracase como método para establecer las características del hecho, nuestro mecanismo de control constitucional permitiría corregir estos desvíos de la norma suprema, sin que sea necesario apartarnos de la ley en aquellos casos en que no se presenta una falencia de la especie considerada". Por ello,

quedó destacado que "...el legislador no ha tomado como agravante cualquier antecedente penal del autor, sino tan sólo aquellos registrados por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, esto es, aquellos que guardan una vinculación con el hecho..." (conf. mi voto en "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4603, sentencia del 19/7/2006).

En síntesis, sin entrar a lo que podría ser un supuesto de prevención especial en que el legislador aumenta la sanción para lograr que se someta a la ley quien no responde al castigo común, o, dicho de otro modo, aumenta la pena respecto del individuo que no muestra que ella le ocasione el impacto esperado, esto es, la misma aflicción que una pena menor provoca en los demás, en el caso de un delito que, como en el que nos ocupa, atiende a lo que el autor se pone en condiciones de hacer antes que a lo que efectivamente hace, apoyarse a ese fin en la comisión de un hecho anterior de ciertas características que el legislador razonablemente estima relacionadas con lo que el portador del arma podría hacer o, mejor aún, haber hecho con esa arma en el supuesto presente, constituye una base admisible. Por decirlo de alguna manera simple, la portación de una misma arma tiene mayor potencial en manos de quien tiene más habilidad o menos inhibiciones para emplearla. Acudir a la condena anterior por un delito doloso contra las personas o con uso de armas para establecer ese potencial constituye una manera imperfecta pero dotada de objetividad para conjeturarla.

En esas condiciones, no se trata de distinguir entre el efecto posiblemente mayor que el cumplimiento de la condena pudo haber tenido sobre el ánimo del autor, sino simplemente de acudir a la declaración judicial firme de que se cometió un delito como elemento para apreciar la relevancia de portar actualmente un arma. Este empleo del dato no justifica distinguir entre la sanción cumplida, la suspendida o la eludida por fuga. Lo determinante de la mayor gravedad es el acto constatado por la condena, sin que sea la resistencia del individuo a la sanción cumplida el único elemento computable por el legislador.

Lo dicho muestra que no cabe asegurar que la ley castiga por lo que se es (derecho penal de autor) y no por la gravedad de lo que se hace (derecho penal de acto).

5. Un segundo abordaje del tema aparece justificado si se admite la constitucionalidad del agravamiento de la pena para aquellos que hubieran cumplido la condena anterior. Nos encontramos aquí ante tres subconjuntos de personas: *1)* quienes cumplieron condena, *2)* quienes no cumplieron efectivamente la sufrida (no distingo, pero, quizás cabría hacerlo, entre no cumplida por suspensión o por elusión) y *3)* quienes nunca sufrieron una (habiendo o no incurrido en delitos anteriores).

Quedar colocado en uno u otro subconjunto depende inexorablemente de un acto voluntario de quien queda incluido en dicho subconjunto. Voluntario en el sentido en que la voluntad es computable en el campo del derecho penal, apreciación que no contempla los condicionamientos que los seres humanos sufren por situaciones sociales, culturales, psicológicas y de otras especies cuya valoración, por cierto, no es unánime en la sociedad. También depende de otras circunstancias, entre la cuales se cuenta el celo que ponen en el cumplimiento de sus deberes los agentes estatales encargados de aplicar la legislación penal y aun el azar. Pero, en todo caso, basta la voluntad penalmente computable del individuo para no incurrir en los hechos que determinan la condena, cumplida o no.

Ello sentado, la elección del grupo de quienes han servido efectivamente la sanción como grupo al que cabe, válidamente, sujetar a un agravamiento de la pena en caso de nueva transgresión —premisa de la cual parte la tesis constitucional que examino en segundo término— constituye un supuesto de prevención especial en el cual se admite tener en consideración la "resistencia" del autor a someterse a la ley como fundamento de la utilidad o necesidad de incrementar la sanción para lograr un efecto disuasorio similar al que en el delincuente primario obtiene una pena menor. Aun admitiendo que el cumplimiento efectivo de la pena constituya un disuasorio más efectivo, no se infiere de ello que quien recibe la noticia de una sanción esté en la misma situación que quien nunca la ha recibido; o más específicamente, que la Constitución Nacional imponga al legislador asumirlo.

Visto desde otro ángulo, no se ve por qué si el legislador puede adoptar pautas de prevención especial —hipótesis de la cual parte la tesis que admite el agravamiento en supuesto de condena cumplida— no puede optar por aumentar también la prevención para quienes han recibido el beneficio de suspensión del cumplimiento de la pena o simplemente la han eludido fugándose. Esta tesis viene a afirmar que quienes están en el subconjunto 2) deben ser asimilados a quienes están comprendidos en el 3) mientras que asimilarlos a 1) supone alguna suerte de persecución por lo que se es y no por lo que se hace. La realidad es que si todo supuesto de prevención especial, constituye uno de derecho penal de autor, entonces el agravamiento será inconstitucional en cualquier caso, mientras que si la "resistencia" a la sanción puede justificar una adecuación a la sensibilidad de cada persona, ciertamente mostrada por parámetros objetivos, entonces tanto el parámetro usado en 1 (condena cumplida) como en 2 (sufrir una condena no cumplida) son válidos, lo que no quiere decir valorativamente equivalentes. Pero, como señalé, no estamos convocados a meritar la ley.

6. Lo dicho en los acápites anteriores no importa afirmar que el agravamiento de la pena en función de condenas anteriores es válido. El del primer

supuesto, tratado en el punto 4, supone una solución legislativa que distingue sobre base razonable entre el demérito o valor negativo de una acción según que sea cometida por quien anteriormente ha llevado a cabo otra que incrementa el demérito de la presente. El segundo, tratado en el punto 5, admite el incremento de la sanción en condiciones que permiten razonablemente sostener que el autor muestra una insensibilidad a la pena que justifica compensarla con el incremento de ella. El recurso no demuestra que estas hipótesis legislativas no tengan asidero, por lo que es aplicable la doctrina según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del orden jurídico e incumbe probarla a quien la afirma (*Fallos,* 288:325; 292:190; 294:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros).

7. El problema puede ser visto aun desde otro punto de mira. Admitimos que las normas penales pueden dejar librado al juez cierto margen de discrecionalidad para individualizar la pena, no ciertamente en razón de sus preferencias o repugnancias subjetivas hacia determinado hecho sino tomando en consideración atributos o variables propios de la persona castigada (arg. arts. 21 y 40, inc. 2° del C.P.). Algo similar ocurre en cuanto al modo de ejecución de las sanciones, que también varía según atributos de la persona penada (arts. 7° y 10 del C.P.). Aquellas circunstancias que pueden justificar la individualización judicial pueden también dar base a una tabla legislativa, aunque, desde luego, es imposible de establecer con el afinamiento con que puede hacerlo el juez facultado a ese fin.

8. Finalmente, a esta altura retomo una idea ya expresada para señalar que "[s]i bien es posible conjeturar situaciones puntuales en las cuales el dato escogido por el legislador no sea revelador, esto es, supuestos en los cuales la formula del legislador fracase como método para establecer las características del hecho, nuestro mecanismo de control constitucional permitiría corregir estos desvíos de la norma suprema, sin que sea necesario apartarnos de la ley en aquellos casos en que no se presenta una falencia de la especie considerada", en este caso, nada se ha dicho para desvirtuar que entre los antecedentes a los que se refiere el párrafo octavo del inc. 2º del art. 189 bis del C.P. el involucrado en el *sub lite* (lesiones leves en concurso real con violación de domicilio) no sea apto para probar la capacidad de someter la voluntad del prójimo determinada por la portación de armas sin la debida autorización que se le endilga al Sr. Taboada Ortiz (conf. mi voto en "Lemes..." ya citado).

9. En cuanto al depósito de la queja, por la razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad

denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que remito en honor a la brevedad, no corresponde exigirlo.

Por todo lo dicho, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja y el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido.

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

1. En cuanto al recurso de queja agregado a fs. 366/377 vta., adherimos al primer punto del voto del señor juez Julio. B. J. Maier y a las precisiones que al respecto efectuó, también en el primer punto de su voto, el señor juez Luis F. Lozano. En tales condiciones, la queja no puede prosperar.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad concedido por la Cámara, compartimos la solución propuesta y, en líneas generales, los fundamentos expuestos en el voto del señor juez Luis F. Lozano.

3. Los planteos efectuados giran en torno a la aplicación en el caso del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P., en tanto establece que quien "registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas [...] y portare un arma de fuego de cualquier calibre" será sancionado con pena de prisión de cuatro a diez años.

La defensa cuestiona que se hayan considerado ciertos datos del pasado del sujeto condenado (en este caso, una condena penal firme por delito doloso contra las personas) como una circunstancia que permite agravar la escala penal prevista para el delito base de portación de arma de fuego sin autorización legal. Considera que aquello —que señala como una manifestación de derecho penal "de autor" y no "de acto"— constituye una violación al principio de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas (arts. 18, C.N.; 9°, CADH y 15, PIDCyP) y, además, que la regulación aplicada por los jueces de mérito vulnera la prohibición del doble juzgamiento (arts. 18, C.N.; 8.4, CADH y 14.7, PIDCyP).

Sin embargo, las argumentaciones efectuadas en el recurso de inconstitucionalidad en estudio no demuestran que, en el caso, se hayan vulnerado las garantías constitucionales que se invocan. Ello es así, centralmente, dado que la criminalización de conductas bajo la forma de delitos de peligro abstracto tiene base en la peligrosidad general que ciertas acciones encarnan para determinados bienes jurídicos (conf. doctrina de *Fallos,* 321:160 y 323:3486, entre otros) y la determinación de aquella peligrosidad, que no está librada al juicio individual, fue establecida para el caso por el legislador de acuerdo a criterios y normas de la experiencia que la defensa no ha cuestionado suficientemente.

En efecto, tal como acabadamente lo expone en su voto el señor juez Luis F. Lozano, el legislador ha considerado que la disponibilidad inmediata de un arma de fuego por parte de un sujeto a cuyo respecto se acreditan ciertos datos objetivos

relativos a su pasado —"antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o por uso de armas"— encarna un peligro mayor para el bien jurídico que se busca tutelar (en este caso, la seguridad pública), y conlleva, por tanto, a la aplicación de una sanción que podrá ser de mayor gravedad que la prevista para otros supuestos. La defensa no ha demostrado que —en los términos en que la norma ha sido aplicada por los jueces de la causa— aquel análisis, realizado en forma previa (y, en principio, privativamente) por el Poder Legislativo, resulte a tal punto irrazonable que merezca ser descalificado por este Tribunal a través de la herramienta que el sistema jurídico le concede sólo como *ultima ratio* para evitar la intromisión en ámbitos reservados por la Constitución a otros poderes del Estado. Como lo señalan el señor juez Lozano en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen, no estamos llamados a valorar aquí los criterios de política criminal que guiaron al legislador en la selección de las conductas prohibidas y las sanciones previstas para la infracción a la ley penal, salvo que se evidencie su manifiesta irrazonabilidad. Por otra parte, tampoco se explica por qué razón el legislador estaría impedido, al momento de determinar una prohibición y establecer la respuesta estatal para el caso de su vulneración, de utilizar criterios de prevención especial con la finalidad de evitar la reiteración de delitos. En este sentido, resulta indiferente que el sujeto haya cumplido la privación de la libertad dispuesta por la condena anterior o haya recibido una condena cuya ejecución fuera dejada en suspenso.

Al respecto, resulta pertinente remitir a las circunstancias señaladas *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 del 19/7/2006 —punto 1. c), párrs. 6º a 8º, del voto de la señora jueza Ana María Conde—, pues ellas resultan aplicables al supuesto en estudio, al margen de las diferencias que señala la defensa.

4. Corresponde agregar finalmente que, en el caso, el Sr. Taboada Ortiz —encontrado culpable de portar un arma de uso civil sin la debida autorización, circunstancia agravada por registrar antecedentes penales por delito contra las personas— recibió el *mínimo* de la sanción prevista legalmente por el art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P.: cuatro años de prisión (el Sr. Taboada Ortiz había sido previamente condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 con sede en esta Ciudad a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, por ser responsable, en carácter de autor, de los delitos de abuso sexual sin acceso carnal en concurso real con privación ilegal de la libertad; así como por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Lomas de Zamora,

a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional, por la autoría del delito de privación ilegal de la libertad y *lesiones leves* en concurso real con el de violación de domicilio, según se desprende de los testimonios obrantes a fs. 31/39 y 73/80). Dicha sanción se encuentra, a su vez, abarcada por la escala legal prevista para el delito base de portación de arma de uso civil sin autorización legal —cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

Ello evidencia que la argumentación desarrollada por la defensa en torno a la desproporcionalidad de la pena, construida en base a una comparación de las escalas de sanciones previstas para éste y otros delitos del Código Penal, tiene la fragilidad de un castillo de naipes. Por un lado, la sanción impuesta no excede del marco previsto por la figura base del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P., a la cual pudo arribarse aun sin considerarse el agravante aquí cuestionado, al momento de determinarse la pena en los términos del art. 41, C.P. Además, la defensa no confronta de modo alguno la determinación de la pena impuesta en el caso particular con las garantías invocadas, sino que intenta formular en abstracto una comparación dialéctica especulativa que excede su interés jurídico y las posibilidades de intervención de este Tribunal (véase, al respecto, este Tribunal *in re* "Ministerio Público – Defensora Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Brites, Teresa Liliana s/infracción art. 68 CC – apelación'", expte. nº 3812/05, sentencia del 8/6/2005, y "Ministerio Público —Defensor Oficial Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 – apelación'", expte. n° 3171, sentencia del 16/12/2004).

5. Por último, en sus argumentaciones en torno a la supuesta vulneración de la prohibición del doble juzgamiento el recurrente no logra controvertir las consideraciones expuestas reiteradamente por este Tribunal en casos similares ("Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación—'", expte. n° 4603/05, sentencia del 19/7/2006", y "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.'", expte. n° 6146/08, sentencia del 17/12/2008). Ante la ausencia de razones que justifiquen revisar lo decidido o que puedan llevar a modificarlo, el planteo debe ser rechazado sin más.

Corresponde, en consecuencia, rechazar los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la defensa de Víctor Taboada Ortiz e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos.

Así lo votamos.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría con respecto al punto 2,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 366/377 vta.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad, agregado a fs. 214/241 vta., en cuanto fuera concedido.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a la fiscalía, a la defensa y personalmente al imputado, mediante oficio ley 22172, 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.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CLXXVI

"BUCHOT, YANNIS GERARD REMY C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario. Habilitación comercial. Clausura administrativa. AMPARO: Juez que previno.

SUMARIOS:

1. Corresponde atribuir la competencia al juez contencioso administrativo y tributario si, más allá de las faltas o contravenciones en que pudieran incurrir los actores, los interesados requieren al Poder Judicial local que los ampare en el ejercicio y desarrollo de sus actividades comerciales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En*

sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).

2. Corresponde atribuir la competencia al juez contencioso administrativo y tributario si en la misma demanda el actor, que no desconoce las infracciones en que incurrió y no cuestiona las sanciones que, a raíz de ello le fueron impuestas, determina que su pretensión se focaliza en lograr que la administración activa —Dirección General de Habilitaciones y Permisos— se pronuncie a favor o en contra de la habilitación comercial por él requerida. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Al no advertirse que por medio de esta acción de amparo el actor objete algún procedimiento contravencional o de faltas concreto, en el cual se encuentre involucrado como presunto infractor, corresponde atribuir la competencia al fuero contencioso administrativo y tributario en función de lo establecido por los arts. 1º y 2º, CCAyT y, 7º de la ley 2145. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. La acción de amparo debe tramitar de manera expedita y rápida (art. 14, CCBA) y, de suscitarse dudas sobre la competencia en razón de la materia o especialidad para conocer en el caso, aun cuando esa duda fuera razonable, debe resolver la situación con la celeridad necesaria el juez ante quien se interpuso el amparo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. La clausura administrativa no constituye una sanción sino que responde a la ausencia de recaudos para la habilitación de la explotación pretendida, de modo que no queda involucrado el juzgamiento de una falta, como lo requiere la ley 1217 (arts. 24 y 27) para atribuir competencia a la justicia contravencional y de faltas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Resulta competente el juez contencioso administrativo y tributario si la pretensión del actor consiste en que se ordene a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos expedir una habilitación definitiva de un inmueble con destino de hospedaje sobre la que aún ese organismo no se pronunció, sin cuestionarse por la vía del amparo intentada ni la sanción de multa ni las razones por las que se dispuso la clausura del lugar. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6635/09 - 29/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Originarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 12/5/2009 el Sr. Yannis Gerard Remy Buchot interpuso ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario demanda de amparo contra el Gobierno

de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de solicitar se "intime a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos para que proceda otorgar la habilitación definitiva oportunamente solicitada" en el expediente 73.797/2005, a fin de ejercer la actividad "rubro hospedaje" para turistas y estudiantes extranjeros y provenientes de otras provincias en el inmueble que alquila en la Avenida Córdoba 3540 de esta Ciudad. Fundó su pretensión en haber cumplido —a su modo de ver— "con todas las pautas de seguridad e higiene exigidas por la legislación vigente, además de contar con la adaptación estructural edilicia que impone el Código de Edificación" (fs. 3, 4 vta. y 5).

Estimó afectados sus derechos a trabajar y ejercer industria lícita como así también incumplido "el mandato de la Constitución local en la parte que adhiere a la promoción y fomento de la explotación turística" (conf. arts. 14, 16, 19, 28 y 43, C.N. y arts. 10, 14, 43 y 59, CCBA).

Asimismo, solicitó como medida cautelar "se otorgue una habilitación transitoria del hospedaje" (fs. 6 vta. y fs. 9 vta., punto 2.1 del petitorio) y se "intime a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos para que efectúe última inspección para corroborar el cumplimiento de los requisitos antes pedidos y otorgue habilitación definitiva" (fs. 9 vta., punto 2.2 del petitorio).

2. A fs. 133/136 la señora fiscal subrogante de 1ª instancia dictaminó, en lo que interesa, a favor de la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario, por considerar que la medida solicitada se encuentra encuadrada dentro de las previsiones del art. 7º de la ley 2145, ya que lo que pretende el amparista consiste en que "se declare que el inmueble cumple con todos los requisitos legales para su habilitación comercial", sin cuestionar la clausura "dictada por la Controladora Administrativa de Faltas".

A su modo de ver resulta claro que el caso no trata acerca de un procedimiento requerido a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, cuya actuación puede ser revisada eventualmente por el fuero Penal, Contravencional y del Faltas.

3. La jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15 declaró su incompetencia para intervenir en el caso, por estimar que "lo pretendido por el actor consiste en el levantamiento de la clausura dispuesta por la Dirección General de Fiscalización y Control, por medio de las disposiciones 1058-DGFyC/07 y 3883-DGFyC/08" cuyas "decisiones, en caso de ser adversas a la posición del actor, pueden ser cuestionadas ante la justicia Penal, Contravencional y de Faltas" conforme la doctrina del Tribunal en la causa "Mercado Romero" (fs. 138/139).

Tal decisión fue apelada por el Ministerio Público Fiscal (fs. 140/143) y el recurso denegado por la magistrada a fs. 144.

4. El juez Penal, Contravencional y de Faltas Nº 11 se declaró a su vez incompetente por considerar que aquello que agravia al amparista son las omisiones de la administración local —falta de respuesta negativa o positiva— a fin de habilitar la explotación comercial del hospedaje. Además, concluyó que la clausura dispuesta por la Unidad Controladora de Faltas como decisión está firme y que se prolongará en el tiempo hasta que el interesado adquiera la "habilitación definitiva" del establecimiento, ya que se trata de una actividad que exige la habilitación previa para comenzar a funcionar (fs. 150/151).

5. A fs. 157/162, el fiscal general opinó que resulta competente para entender en el caso el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15, por estimar aplicable el art. 7º de la ley 2145, y adicionalmente por considerar que "el objeto del amparo no se vincula con la intervención que haya tenido o pueda tener en el futuro la Unidad Administrativa de Control de Faltas, sino que con él se pretende, antes bien, el otorgamiento de la habilitación comercial para su local, en función de haber dado cumplimiento a las observaciones planteadas por el órgano administrativo local, sin haber cuestionado en forma alguna lo decidido por la unidad administrativa citada". Conclusión: el "asunto en consideración se relaciona directa y exclusivamente con el ejercicio del poder de policía local en lo atinente a habilitaciones y permisos".

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El relato de los hechos en el escrito inicial, así como también el derecho invocado y el objeto de las cautelares incluidas en la demanda —que fueran descriptas en el punto 1 del capítulo anterior— indican que se debe aplicar una vez más la doctrina a la que arribó el Tribunal Superior en los autos "Arancibia Cuba, Noemí Cristina c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14 CCBA)", expte. nº 5564/2007, la cual a su vez poseía notas análogas a las decisiones de los autos "Argañaraz, Mercedes Jesús y otros c/GCBA (Dirección General de Habilitaciones y Verificaciones) y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 1187/01, sentencia del 13/9/2001; "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3373/04, resolución del 24/11/2004; "Valle, Rubén y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3839/05, resolución del 16/3/2005 y "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 4756/06, resolución del 14/7/2006.

2. En esas oportunidades el Tribunal consideró correcto atribuir la competencia al juez contencioso administrativo y tributario puesto que "más allá de las faltas o contravenciones en que pudieran incurrir los actores (...), los interesados requieren al Poder Judicial local que los ampare en el ejercicio y desarrollo de sus actividades comerciales (...)".

No representan un óbice para esta conclusión las constancias de fs. 26/27 y fs. 35/36 (actas de clausura dispuestas por la Dirección General de Fiscalización y Control), puesto que lo expresado en el punto III, a) de la demanda muestra, por una parte, que el actor no desconoce las infracciones en que incurrió y no cuestiona —al menos en esta ocasión— las sanciones que a raíz de ello le fueron impuestas (véase fs. 3 vta.); y, por otro lado, la misma demanda determina que su pretensión se focaliza en lograr que la administración activa —Dirección General de Habilitaciones y Permisos— se pronuncie a favor o en contra de la habilitación comercial por él requerida. A su modo de ver, en la actualidad "el inmueble se encuentra totalmente apto para realizar la actividad del rubro hospedaje". En rigor de verdad, con sus propias palabras, "sólo falta la habilitación" —el destacado no me pertenece— (véase fs. 4 vta.).

Si alguna duda quedara al respecto, cabe remitirse al objeto de las cautelares peticionadas en los punto 2.1 y 2.2 del petitorio, así como también a lo aludido en el punto V del escrito inicial, en cuanto se sostuvo que el derecho a trabajar del actor es en definitiva "el principal objeto de la presente acción" (fs. 6 vta.).

Sintéticamente, no advierto que por medio de esta acción de amparo el actor objete algún procedimiento contravencional o de faltas concreto, en el cual se encuentre involucrado como presunto infractor, razón por la cual considero que corresponde atribuir la competencia al fuero contencioso administrativo y tributario en función de lo establecido por los arts. 1º y 2º, CCAyT y, 7º de la ley 2145.

3. Amén de lo expuesto, también se aplica al caso el criterio expuesto en mis votos en "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. n° 3373/04, sentencia del 24/11/2004 y "Valle, Rubén y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3839/05, resolución del 16/3/2005, acerca de que, en casos de amparos que puedan ser presentados como dudosos, debe intervenir siempre el juez que previno. La acción de amparo debe tramitar de manera expedita y rápida (art. 14, CCBA) y, de suscitarse dudas sobre la competencia en razón de la materia o especialidad para conocer en el caso, aun cuando esa duda fuera razonable, debe resolver la situación con la celeridad necesaria el juez ante quien se interpuso el amparo. Ello atiende a las características que la CCBA ha establecido para el proceso de amparo; de lo contrario se desnaturaliza la vía escogida (doctrina de este Tribunal *in re* "Colón SRL c/GCBA s/amparo", expte. nº 584/00, resolución del 7/11/2000, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 409 y ss.,

Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000). También he sostenido, de manera similar, que en las competencias concurrentes —si cabe la expresión— o en aquellas ubicadas en la franja de duda, límite entre fueros, debe intervenir el juez ante el cual se inició la acción, esto es, el juez que previno (conf. "Perrone, Héctor Alejandro c/GCBA s/amparo", expte. nº 30/99, resolución del 22/4/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 51 y ss.; "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3373/04, sentencia del 24/11/2004 y "Luna, María Beatriz c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5670/07, resolución del 13/2/2008, entre muchos otros).

4. Por último y en el mismo sentido, es de aplicación al *sub judice* la opinión que expuse en mi voto en la causa "Alberti, Solange Herminia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 2121/03, resolución del 3/3/2003). Como sostuve en esa oportunidad: "Me parece que los conflictos de competencia no deben plantearse entre jueces provenientes de una misma soberanía estadual, para dirimir el límite exacto en el cual finaliza la competencia de uno para comenzar la del otro, límite exacto que quizás no exista, pues puede concebirse cierta competencia compartida o genérica, más aún por razones temporales o espaciales. Y ello sucede, precisamente, en estos procedimientos de urgencia, incluso definidos así constitucionalmente, en los cuales se reconoce que una justicia —decisión judicial— demorada no representa una justicia cumplida. Por lo tanto, en tren de eliminar en lo posible las cuestiones de competencia por la razón apuntada, de sugerir el deber de los jueces de proveer materialmente a los requerimientos, tengan o no razón los pretendientes en definitiva, estimo que, en estos casos, debe responder el tribunal que previno...".

5. Por todo lo expuesto, voto por atribuir la competencia para conocer en este expediente al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, juez de trámite Julio B. J. Maier, por los fundamentos que expone en los puntos 1 y 2 que resultan suficientes para resolver la contienda negativa de competencia bajo estudio.

En esa línea, vale señalar, las consecuencias que un eventual progreso del pleito podrían proyectar en relación con la clausura administrativa, esto es, una que no constituye una sanción sino que responde a la ausencia de recaudos para la habilitación de la explotación pretendida, no involucran por ende

el juzgamiento de una falta, como lo requiere la ley 1217 (arts. 24 y 27) para atribuir competencia a la "Justicia Contravencional y de Faltas".

Por tanto, voto por que las actuaciones queden radicadas ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15.

El juez José O. Casás dijo:

Por los fundamentos expresados en los puntos 1 y 2 del voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B.J. Maier, a los que adhiero, considero que corresponde declarar la competencia del Juzgado CAyT Nº 15 para conocer en la presente acción de amparo.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en el sentido de que corresponde atribuir la competencia al Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 15.

2. La pretensión del actor consiste en que se ordene a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos expedir una habilitación definitiva de un inmueble con destino de hospedaje sobre la que aun ese organismo no se ha pronunciado (expte. adm. n° 73.797/2005/DGHyP).

Está fuera de discusión que el amparista no cuestiona por la vía intentada la sanción de multa ni las razones por las que se dispuso la clausura del lugar (conforme argumentos de fs. 3 vta.).

En este marco, la cuestión de competencia traída a conocimiento del Tribunal es análoga a la que se resolviera en otros expedientes donde consideré que correspondía atribuir la competencia al fuero Contencioso Administrativo y Tributario cuando la demanda no se dirige a impugnar actos dispuestos por la autoridad administrativa que hayan derivado en la formación de algún expediente de faltas ("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, resolución del 20/2/2008, y sus citas).

3. En atención a lo señalado, resulta competente para entender en la causa el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 15.

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

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 este expediente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor fiscal general, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y Faltas Nº 11 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

CLXXVII

"BARILATI, JUAN IGNACIO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Control abstracto de constitucionalidad. Regímenes de retención e información. Facultades de la administración tributaria. Delegación legislativa. Impuesto sobre los ingresos brutos. SISTEMA DE RECAUDACIÓN Y CONTROL DE ACREDITACIONES BANCARIAS: Saldos a favor del contribuyente. Empréstito forzoso.

SUMARIOS:

1. Cabe declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando no se especifica cuáles son las previsiones de cada una de las normas atacadas cuya constitucionalidad se pretende poner en crisis. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Debe declararse inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad que ataca *in totum* una serie de resoluciones dictadas por la Dirección General de Rentas y enumera ciertos artículos de cada una de ellas respecto de los cuales el actor entiende especialmente manifiesta la afectación de los principios constitucionales invocados, pues tal enumeración, por sí sola, es insuficiente si no es acompañada de una argumentación adecuada que explique de qué modo cada uno de esos artículos afecta los principios constitucionales mencionados. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. No puede admitirse la acción declarativa dirigida a que se declare la inconstitucionalidad del art. 14, inc. c) de la ley 2603 y del art. 3º, inc. 19 del C.F. texto ordenado para el año 2008, en tanto establecen la facultad de la Administración para implementar regímenes y designar agentes de percepción, retención, recaudación e información tributaria, si no da fundamentos para sostener dicha pretensión. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La acción que pretende una declaración de la pérdida de vigencia de una norma en razón de una lesión constitucional objetiva debe informar clara-

mente desde su iniciación, la demanda, los textos cuya vigencia tacha y tornar plausible el razonamiento que conduce a ese resultado por mera comparación objetiva entre normas (control abstracto de constitucionalidad). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. En la acción declarativa de inconstitucionalidad, el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local que pretende que sean excluidas del catálogo que lo conforma. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. A los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la impugnación *in totum* de una ley sólo será admisible cuando el actor exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la ley. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Corresponde declarar inadmisible la acción de inconstitucionalidad, pues el accionante, pese a señalar en forma concreta las normas impugnadas e identificar aquellas otras reglas constitucionales con las cuales entiende que colisiona, no formula un claro desarrollo que demuestre que el mecanismo establecido bajo la denominación “Sistema de Recaudación y Acreditaciones Bancarias (SIRCREB)”, se oponga o desvirtúe alguna norma o principio de la Constitución local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Para evaluar por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad una cuestión pasible de ser encuadrada como una política pública, que establece un sistema impositivo sobre un diseño fiscal determinado, se requiere una argumentación sólida que sustente firmemente el planteo, especialmente desde el punto de vista constitucional, siendo insuficiente recurrir a meras enunciaciones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Si el actor pretendía mostrar que el Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias, globalmente considerado, genera en forma continua y generalizada saldos a favor de los contribuyentes que se encuentran por él alcanzados, no le bastaba con afirmar que frente a algunas situaciones a ciertos contribuyentes podrían generárseles saldos a favor de aplicárseles las retenciones previstas en ese sistema, sino que sus argumentos debieron

dirigirse a mostrar que, más allá del nombre que se le dio, el SIRCREB considerado globalmente resulta inconstitucional por constituir en verdad un empréstito forzoso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La circunstancia de que a algún contribuyente se le pueda generar un saldo a favor, con motivo de la aplicación del Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias, no justifica la solución prevista en las acciones del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, pues en tal caso cabe recurrir al procedimiento difuso para requerir la tutela de sus derechos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. El Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias es un sistema unificado de retenciones, lo que lleva a que el contribuyente pueda imputar las retenciones sufridas en una jurisdicción, en otras, en las que deba ingresar adelantos en el impuesto sobre los ingresos brutos, siempre que estas últimas se encuentren adheridas al mencionado sistema. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. La afirmación de que la Legislatura habría violado la prohibición de delegar sus potestades contenida en el art. 84 de la CCBA, al autorizar al Poder Ejecutivo a investir a personas (aun quienes no revisten la condición de contribuyentes) de la atribución de retener, no está acompañada del desarrollo de una argumentación mínima suficiente para suscitar el debate en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Si bien los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada no son concluyentes para tener, a esta altura del proceso, configurados en el caso los presupuestos que condicionan el andamiento de la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113 inc. 2°, CABA, ante la existencia de, cuanto menos, duda razonable acerca de su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca del planteo efectuado. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6490/09 - 29/7/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Originarios

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Juan Ignacio Barilati promueve acción declarativa de inconstitucionalidad (fs. 3/11) en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, y art. 17 y siguientes de la ley 402, "a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad del inc. c) del art. 14 de la ley 2603, del inc. 19 del art. 3º del C.F., t.o. 2008,

de la resol. 816, del 23/3/2007, del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad, de las resols. 3807 del 14/11/2007 y 2355 del 5/12/2007 de la DGR, por ser contrarias a la CCBA, art. 51, a la C.N., arts. 17, 28 y 31, y a la ley 23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos" (fs. 1, acápite I, "Finalidad de este escrito", y fs. 11 acápite VII "Petitorio").

Sostiene (fs. 3) que "[l]as disposiciones impugnadas han creado un Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias 'SIRCREB', que establecen (*sic*) una apropiación por parte del Gobierno de la Ciudad, de un determinado porcentaje de cada depósitos (*sic*) en pesos o en moneda extranjera, que los contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos efectúen en cuentas en instituciones bancarias que revistan calidad de contribuyentes de la Ciudad de Buenos Aires". Agrega (fs. 3) que "[d]icha apropiación de cada depósito es computado como pago a cuenta del impuesto sobre los ingresos brutos de los titulares de las cuentas bancarias, que sean sujetos pasivos del impuesto sobre los ingresos brutos".

Afirma (fs. 5) que "(...) el SIRCREB funciona como un nuevo impuesto que se imputa al pago de los anticipos sobre ingresos brutos" y que por ser creado "(...) por simples resoluciones administrativas resulta manifiestamente inconstitucional en su confrontación con el secular principio de reserva de ley (art. 51, CCBA y 17 de la C.N.)". Añade que aun si se considerara al SIRCREB como un régimen particular o anómalo de retenciones en la fuente, igualmente el mencionado principio constitucional se vería afectado pues la designación de los contribuyentes y de los agentes de retención o percepción sólo puede realizarla el legislador. Finalmente, el accionante dice (fs. 6) que "(...) en función de la violación del principio de reserva de ley la declaración de inconstitucionalidad deba alcanzar al inc. c) del art. 14 de la ley 2603, inc. 19 del art. 3º (...) del C.F., t.o. 2008, *in totum* a la resol. 816 (...) y a la resol. gral. 2355 (...)." Aduce (fs. 6) que "[e]n especial, la trasgresión al art. 17 de la C.N., y art. 51 de la CCBA resulta manifiesta respecto de los arts. 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º y 10 de la resol. 816 del Ministerio de Hacienda y, arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, y 10 de la resol. 2355 de la DGR". Y expresa (fs. 6 vta.) que "[l]a inconstitucionalidad de la resol. 3807-DGR-07 que establece normas de procedimiento, es consecuencia de la inconstitucionalidad del SIRCREB...".

Por otra parte, el Sr. Barilati denuncia que se lesiona el principio de razonabilidad de las leyes y describe diversas situaciones que entiende ejemplificadoras de ello. Manifiesta que en atención a la violación al principio de razonabilidad, la inconstitucionalidad debe alcanzar *in totum* a la resol. 816/07 del Ministerio de Hacienda y a la resol. gral. 2355/07 de la DGR. Expresa (fs. 8 vta.) que "[e]n especial, la trasgresión al art. 28 de la C.N., resulta manifiesta respecto

de los arts. 2º, 4º, 6º, 7º y 10 de la resol. 816 del Ministerio de Hacienda y, arts. 1º, 3º, 5º y 6º, de la resol. 2355 de la DGR". Argumenta (fs. 8 vta.) que "[l]as demás normas devendrían inaplicables ante la declaración de inconstitucionalidad de las indicadas".

Finalmente, el actor alega (fs. 8 vta.) que "(...) el SIRCREB, aunque contara con sanción legislativa, contraviene a la Ley de Coparticipación Federal tributaria 23.548, régimen al cual la Ciudad se adhirió expresamente por ley 4, que prohíbe a los Fiscos locales establecer impuestos análogos a los tributos nacionales coparticipados (art. 9º, inc. 9º, ley 23.548)". Afirma que el SIRCREB es manifiestamente análogo al impuesto creado por la ley 25.413, que grava los créditos y débitos efectuados en cuentas. Plantea que el Régimen de Coparticipación Federal adquirió rango constitucional a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 2º de la C.N. y que —según jurisprudencia de la CSJN que cita— la afectación de dicho régimen involucraría, en principio, una cuestión constitucional. Indica (fs. 9 vta.) que "[e]n atención a la violación al Régimen de Coparticipación Federal, art. 75, inc. 2º de la C.N., art. 9º de al (*sic*) ley 23.548, la declaración de inconstitucionalidad debe alcanzar *in totum* a la resol. gral. 2355 del 5/12/2007 de la DGR, del Gobierno de la Ciudad" y que "[l]as demás normas devendrían inaplicables ante la declaración de inconstitucionalidad de las indicadas".

El Sr. Barilati acompaña prueba documental (fs. 2) y ofrece prueba informativa (fs. 10 vta./11).

2. A fs. 15/19 vta. emite dictamen el señor fiscal general y se pronuncia por la inadmisibilidad de la demanda.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La demanda en examen es sustancialmente similar a aquella que tramitara bajo el expte. nº 6278/08 y que el Tribunal —por mayoría— declarara inadmisible ("Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 26/3/2009). Ahora, sin embargo, además de las resoluciones cuestionadas en la oportunidad anterior, el accionante solicita también la invalidez del art. 14, inc. c) de la ley 2603 y del art. 3º, inc. 19 del C.F. texto ordenado para el año 2008.

Al emitir mi voto en el antecedente citado, sostuve que la acción no podía ser admitida por dos razones.

En primer lugar, porque el actor no especificaba cuáles eran las previsiones de cada una de las normas atacadas cuya constitucionalidad pretendía poner en crisis.

En segundo lugar, porque al impugnar *in totum* las resols. 816-MHGC/07, 3807-DGR/07 y 2355-DGR/07, el Dr. Barilati no conseguía explicar cuál era la colisión con los preceptos constitucionales invocados que justificaba, a su juicio, que se dejasen sin efecto hasta las disposiciones formales de cada norma.

La acción de autos no ha logrado superar las falencias indicadas en el decisorio dictado por el Tribunal en el expte. nº 6278/08 ("Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 26/3/2009), lo que sella su suerte adversa.

El presentante ataca *in totum* las resols. 816/07, 3807/07 y 2355/07 y enumera ciertos artículos de cada una de ellas respecto de los cuales entiende especialmente manifiesta la afectación de los principios constitucionales que invoca. No obstante, dicha enumeración, por sí sola, es insuficiente pues no es acompañada de una argumentación adecuada que explique de qué modo cada uno de dichos artículos afecta los principios constitucionales mencionados por el Dr. Barilati.

Por lo demás, el accionante solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 14, inc. c) de la ley 2603 y del art. 3º, inc. 19 del C.F. texto ordenado para el año 2008 —que establecen la facultad de la Administración para implementar regímenes y designar agentes de percepción, retención, recaudación e información tributaria— (fs. 1, acápite I, "Finalidad de este escrito"), pero no da fundamentos para sostener dicha pretensión.

2. En virtud de lo expuesto, voto por declarar inadmisible la acción intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Al comienzo de su voto la señora jueza del trámite expone que "la demanda en examen es sustancialmente similar a aquella que tramitara bajo el expte. nº 6278/08 y que el Tribunal —por mayoría— declarara inadmisible ("Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 26/3/2009). Ahora, sin embargo, además de las resoluciones cuestionadas en la oportunidad anterior, el accionante solicita también la invalidez del art. 14, inc. c) de la ley 2603 y del art. 3º, inc. 19 del C.F. texto ordenado para el año 2008".

Ello es absolutamente correcto. La sentencia que finalizó el proceso anterior, del mismo tipo que éste (acción de inconstitucionalidad), declaró inadmisible la acción tal como fue planteada, por mayoría (sólo el señor juez José O. Casas admitió la acción para su debate); ella data del 26/3/2009 y fue suscripta por todos mis colegas del TSJ, en ausencia mía.

2. Entiendo que, a pesar de que yo no suscribo la sentencia de rechazo antes citada, rige el principio *rebuc sic stantibus*, esto es —al menos parcialmen-

te— la imposibilidad de volver sobre lo mismo, con apoyatura en los mismos fundamentos y lesiones constitucionales invocadas en el litigio anterior, ya resuelto. Ello es lo que define el art. 20 de la ley 402 y la regla es aplicable en este proceso a la tacha de inconstitucionalidad de la resol. 816 del 23/3/2007 del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad, a la resol. 2355 del 14 de setiembre de 2007 emanada de la Dirección General de Rentas de la Ciudad y a la resol. 3807 del 14/11/2007 atribuida también a la Dirección General de Rentas de la Ciudad. Cualquiera que fuere mi opinión particular, el principio citado —de mucho mayor alcance en la teoría general del derecho que su repercusión aquí aplicada— provoca el efecto antes aclarado.

3. Resta, entonces, lo agregado a esta demanda: la ley local 2603 (6/12/2007), art. 14, inc. c) y el Código Fiscal año 2008 (t.o. de ese año), art. 3º, inc. 19, cuyos textos trascribo:

a) Ley 2603, art. 14, inc. c): "Deberes y atribuciones del Administrador Gubernamental de Ingresos Públicos. *c)* Designar agentes de percepción, retención, recaudación e información tributaria y la implementación de nuevos regímenes".

b) Código Fiscal año 2008 (t.o.), art. 3º, inc. 19: "En ejercicio de su competencia la Dirección General [se refiere a la DGR] está facultada para: 19. Implementar dentro de lo establecido por este Código, nuevos regímenes de percepción, retención e información y designar los agentes para que actúen dentro de los diferentes regímenes".

He trascripto el texto de las reglas atacadas, que, sin duda, son normas generales, porque no alcanzo a comprender —o, al menos, no puedo entender según la explicación de la demanda—, cómo ellas pueden lesionar objetivamente las reglas básicas (constitucionales o del bloque de constitucionalidad) del derecho tributario. El núcleo de la explicación está puesto por el actor en dos hechos: se trata de la creación de un tributo sin ley de la Legislatura, para lo cual se procede eventualmente por delegación. En la Constitución de la Ciudad ello está prohibido, pues los tributos deben ser creados por ley de la Legislatura, poder que ella no puede delegar (CCBA, 51 y 84). Pero ninguna de las dos normas generales atacadas crea un tributo, o establece su medida o delega esas atribuciones en algún funcionario administrativo, al menos textualmente.

4. Así queda explicado mi rechazo a admitir la acción de inconstitucionalidad interpuesta. Ya el TSJ ha dicho, en jurisprudencia múltiple, no sólo que el remedio de la inconstitucionalidad es de *ultima ratio* judicial, sino, además, que la acción que va en busca de una declaración de la pérdida de vigencia de una norma en razón de una lesión constitucional objetiva debe informar claramente desde su iniciación, la demanda, los textos cuya vigencia tacha y tornar

plausible el razonamiento que conduce a ese resultado por mera comparación objetiva entre normas (control abstracto de constitucionalidad).

Las costas deben ser impuestas por el orden causado (ley local 402, art. 25).

El juez José O. Casás dijo:

1. La actora intenta una nueva acción declarativa de inconstitucionalidad cuya sustancia es similar a la que el Tribunal declarara inadmisible —resultando en minoría mi postura por su admisión formal— por resolución del 26/3/2009, en el expte. nº 6278/08, aunque, en esta oportunidad, extiende el planteo a otras normas que se agregan a las entonces cuestionadas como contrarias a la C.N. y a la CCBA.

2. En la presentación ahora bajo tratamiento se individualizan como normas inconstitucionales las siguientes: resol. 816, del 23/3/2007, del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad y resols. 3807, del 14/11/2007, y 2355 del 5/12/2007, de la Dirección General de Rentas, art. 14, inc. c) de la ley 2603 y art. 3º, inc. 19 del C.F., t.o. año 2008—. Asimismo, se identifican las cláusulas constitucionales que podrían verse afectadas (principio de reserva de ley, principio de razonabilidad, con cita de los arts. 17, 28 y 31 de la C.N.) y se señala que podría existir una presunta violación al régimen de coparticipación tributaria instituido por la ley 23.548, ya que se estaría en presencia de un tributo que podría ser análogo a otro nacional, lo que resultaría atentatorio de la obligación asumida por las provincias en el art. 9º, inc. b), de dicho plexo normativo.

3. Si bien no se me escapa que los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada no son concluyentes para tener, a esta altura del proceso, configurados en el caso los presupuestos que condicionan el andamiento de la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2° CABA, y tal como lo he propiciado en anteriores oportunidades (conf.:"Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3881/2005, resolución del 18/5/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VII, 2008, pp. 373 y ss.), considero que, ante la existencia de, cuanto menos, duda razonable acerca de su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca del planteo efectuado.

4. A ello no obsta que la alegada violación al sistema de coparticipación —régimen, instituido mediante el mecanismo de *ley-convenio*— haya perdido naturaleza federal como consecuencia de la modificación de la doctrina que había venido sosteniendo hasta el presente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de lo resuelto en la causa: "Papel Misionero SAIFC c/Misiones,

provincia de s/acción declarativa" registro de la CSJN, letra "P", nº 582, libro XXXIX— sentencia del 5/5/2009 (véase considerando 3º).

Más allá de la salvedad efectuada en el párrafo precedente, por lo expuesto en los puntos 2 y 3 de este voto, y sin perjuicio del juicio de procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta que pueda efectuarse luego de escuchadas las partes en el debate con el que se sustancia este proceso, me pronuncio por su admisibilidad.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el actor resulta sustancialmente similar a la que fuera declarada inadmisible, por mayoría, el 26 de marzo del corriente año. En esta oportunidad, además, el actor amplía el espectro de normas cuestionadas al art. 14, inc. "c" de la ley 2603 y al art. 3°, inc. 19 del C.F., año 2008.

2. El actor Barilati no ha logrado superar las objeciones que se le hicieran en la anterior oportunidad y que determinaran la decisión de considerar inadmisible la demanda de inconstitucionalidad. En efecto, nada nuevo ha aportado a su construcción argumental que pueda distinguir esta nueva presentación de la anteriormente intentada, constituyendo ésta una réplica de su demanda precedente.

En este sentido, corresponde reiterar que este Tribunal ya ha advertido "que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (*in re*, "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, 15/11/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 622/623, entre otros).

En el *sub judice*, en primer lugar, el accionante ataca *in totum* las resols. 816 MHGC/07, 2355 DGR/07 y 3807 DGR/07 contraviniendo la doctrina sentada en numerosos fallos (v. gr. en "Villegas..." citado precedentemente) en el sentido de que "el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local que pretende que sean excluidas del catálogo que lo conforma. Debe citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal

(art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto. La impugnación *in totum* de una ley... sólo será admisible cuando el actor exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la ley". Esta carga no ha sido cumplida por el actor" (conf. mi voto en expte n° 6278/08, resolución de fecha 26/3/2009). Tampoco ahora lo hace y ello determina la suerte de la demanda.

El accionante, pese a señalar en forma concreta las normas impugnadas e identificar aquellas otras reglas constitucionales con las cuales entiende que colisiona, no ha conseguido formular un claro desarrollo que demuestre que el mecanismo establecido bajo la denominación "Sistema de Recaudación y Acreditaciones Bancarias (SIRCREB)", se oponga o desvirtúe alguna norma o principio de la Constitución local. En este sentido, la línea argumental seguida por el actor no logra establecer con suficiente entidad cuál es la vulneración constitucional que surgiría de la confrontación de las normas analizadas.

Resulta claro que para evaluar por esta vía una cuestión pasible de ser encuadrada como una política pública, que establece un sistema impositivo sobre un diseño fiscal determinado, se requiere una argumentación sólida que sustente firmemente el planteo, especialmente desde el punto de vista constitucional, de la que carece esta demanda que pretende sustentar el planteo mediante meras enunciaciones. Por lo demás, debo advertir que, por regla, "una política pública no queda referenciada a una cláusula, artículo 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 en cada caso en particular— de la existencia o no de una situación de afectación constitucional" (conf. mi voto en expte n° 5726, resolución del 16/7/2008), constituyendo la excepción la inadecuación constitucional que surge de la mera confrontación entre la norma impugnada y la de categoría constitucional.

3. En cuanto a las nuevas normas incluidas en la demanda, debo señalar que lo expuesto por el actor al respecto, se exhibe insuficiente para adentrarse en la consideración de su validez constitucional.

Como ya ha sido dicho, 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. En este caso, el planteo constitucional relacionado con lo prescrito en las normas, ni siquiera ha sido esbozado o engarzado, de alguna forma, con alguna argumentación que otorgue fuerza o sentido especial a su incorporación a la demanda, generando un elemento que la dote de aptitud para su admisi-

bilidad. Por el contrario, el planteo que las contiene es confuso, o al menos, incompleto.

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 la demanda de inconstitucionalidad deducida por el actor a fs. 3/11.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Por los motivos que brinda la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en su voto, a los que me remito, y por los que agrego, corresponde declarar inadmisible la presente acción.

2. Aun cuando el Dr. Barilati denuncia que las resols. 816-GCABA-MHGC/07, 2355-GCABA-DGR/07 y 3897-GCABA-DGR/07 y los arts. 14, inc. c, de la ley 2603 y 3°, inc. 19, del C.F., t.o. 2008 resultan violatorios de varias garantías constitucionales; los argumentos en que se apoyan sus planteos carecen, como se verá en los puntos que siguen, de la intensidad que está acción requiere (conf. el inc. 2° del art. 19 de la ley 402 y mi voto *in re* "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3725/2004, sentencia de este Tribunal del 3725/2004).

3. El actor apoya su demanda, principalmente, en el principio de legalidad (receptado por los arts. 51 de la CCBA y 17 de la C.N.) que las mencionadas resoluciones violan, según su concepción, por haber establecido, en lugar de un sistema de retenciones, un nuevo gravamen sobre las acreditaciones bancarias. Aduce que las retenciones únicamente pueden ser realizadas sobre operaciones que se encuentren alcanzadas por el tributo al que serán imputadas; situación que, afirma, no se da en el caso del SIRCREB, esto es, el sistema al que adhirieron las resoluciones aquí impugnadas. En esa línea argumental, manifiesta que ese sistema obliga a las entidades financieras regidas por la ley 21.526 (y sus modificaciones) a efectuar retenciones sobre las acreditaciones bancarias que se produzcan en las cuentas cuyos titulares revistan la calidad de contribuyentes del ISIB a la CABA, sin que esas acreditaciones bancarias estén alcanzadas por el mencionado impuesto. En este orden de ideas, señala que "[i]ndependiente[mente] del *nomen iuris* que se le ha dado, no puede disimularse que el SIRCREB funciona como un nuevo impuesto que se imputa al pago de los anticipos del impuesto sobre los ingresos brutos. Si la acreditación bancaria no constituye una operación aprehendida por el IIB, no puede detraerse una determinada porción de la misma, a título de anticipo de dicho tributo, cuando

reiteremos, aunque parezca prolija la insistencia, el depósito, en sí mismo, no resulta alcanzado por el gravamen" (fs. 5).

Ahora bien, más allá del desarrollo señalado, el accionante no apoya en norma alguna la premisa de la que parte todo su razonamiento, esto es, que no pueden efectuarse retenciones sobre sumas que no se encuentren en el marco de una operación alcanzada por el tributo al que serán imputadas. Consecuentemente, su afirmación no pasa del mero dogmatismo.

Por lo demás, cabe señalar que varios son los motivos que pudieron haber llevado a la Administración a adherir la sistema de retenciones bancarias delineado por la resol. gral. 104/04 de la Comisión Arbitral, sin que el recurrente se haga cargo de ellos, a saber: *1)* que a partir del dictado de la ley 25.345 se han "bancarizado" los pagos de la casi totalidad de las operaciones (comerciales o no) superiores a $ 1.000; *2)* que, por lo general, las acreditaciones bancarias que perciben las personas jurídicas están vinculadas con su actividad comercial; *3)* que las retenciones se realizan sobre los importes acreditados en las cuentas bancarias de los contribuyentes de la CABA comprendidos en las normas del Convenio Multilateral, cuyo listado proporciona la administración a los agentes de retención; *4)* que dichos agentes de retención —las entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras 21.526—, lo son en tanto también sean contribuyentes del ISIB en la CABA.

3.1. Ahora bien, a igual solución corresponde arribar si lo que en verdad pretendió el actor era señalar que el SIRCREB, tal como fue ideado, constituye un tributo —o, mejor dicho, un empréstito forzoso; figura a la que le caben idénticas garantías que a los tributos, conf. la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Horvath, Pablo c/Fisco nacional (DGI) s/ordinario", receptada en mi voto y en el del Dr. Casás en la precedente de este Tribuna *in re* "S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 12/11/2008— como lo indican tanto la siguiente frase consignada en su escrito de inicio: "…el sistema está ideado para generar saldos a favor del contribuyente, o sea para instituir un empréstito forzoso, sin ley, el sistema no prevé en modo alguno que el organismo fiscal pueda otorgar constancias de no apropiación o de apropiación reducida" (fs. 3 vta.), como los argumentos que desarrolla bajo el título "violación del principio de razonabilidad de las leyes".[29]

[29] Bajo el mencionado título el actor sostiene que el SIRCREB resulta violatorio del art. 28 de la C.N. porque: *i)* el porcentaje de apropiación se aplica a la generalidad de los depósitos, aunque sólo una de las actividades que realiza el titular de la cuenta esté alcanzada por el ISIB; *ii)* el sistema no tiene en cuenta que la acreditación puede ser el producto de una operación no alcanzada por el ISIB, como lo es la compraventa de un inmueble; *iii)* en el caso de que la cuenta bancaria esté a nombre de dos personas, una contribuyente del ISIB y la otra no,

En particular, sostiene que el SIRCREB, tal como fue concebido, perjudica a los contribuyentes que reciben más acreditaciones producto de operaciones no alcanzadas que las que lo están, porque las resoluciones impugnadas no contienen previsiones dirigidas a distinguir por el origen de los fondos acreditados.

Este planteo carece, también, del desarrollo mínimo necesario para tramitar la acción. Si el actor pretendía mostrar que el SIRCREB es un sistema que, globalmente considerado, genera en forma continua y generalizada saldos a favor de los contribuyentes que se encuentran por él alcanzados, no le bastaba con afirmar que frente a algunas situaciones a ciertos contribuyentes podrían generárseles saldos a favor de aplicárseles las retenciones previstas en el SIRCREB. Sus argumentos tendrían que haber estado dirigidos a mostrar que, más allá del nombre que se le dio, el SIRCREB considerado globalmente resulta inconstitucional por constituir en verdad un empréstito forzoso. Por un lado, porque la circunstancia de que a algún contribuyente se le pueda generar un saldo a favor no justifica la solución prevista en las acciones del art. 113, inc. 2°, de la CCBA. En todo caso, la persona que se encuentre en alguno de los ejemplos ensayados por el actor podrá recurrir al procedimiento difuso para requerir la tutela de sus derechos. Por lo demás, porque el mero hecho de que ocurra una retención sobre una suma producto de una operación no alcanzada por el tributo, sin que ello genere un desborde de lo que efectivamente tiene que tributar el contribuyente por el gravamen al que será imputado (en el caso el ISIB), no produce un supuesto como el apuntado por el actor. A lo que cabe agregar que no se muestra que las alícuotas de retención previstas generen saldos a favor de los contribuyentes en forma continua; circunstancia que, a su vez, no se desprende de las alícuotas previstas en las resoluciones impugnadas. Por ejemplo, la alícuota de retención prevista para las acreditaciones que reciben los contribuyentes cuya actividad con mayores ingresos está encuadrada en el régimen especial del Convenio Multilateral de comisionistas e intermediarios es de 0,01 % y para el de construcción es de 0,10 % (conf. art. 9° de la resol. 816). A su vez, para los contribuyentes cuya actividad con mayores ingresos esté encuadrada en el régimen general del Convenio Multilateral las alícuotas de retención van, según la actividad, del 0,80 % al 2,00 %.

En suma, el planteo del actor, cuando menos, debió haber sido relacionado con las alícuotas previstas en las resoluciones aquí impugnadas y con las alícuotas sobre las que efectivamente debe tributar cada contribuyente, si se pretendía mostrar que el sistema arroja como resultado, en numerosos casos, un continuo saldo a favor de imposible absorción.

---

igualmente se realizan retenciones sobre las acreditaciones que reciba esa cuenta, aun cuando éstas correspondan al último de los sujetos mencionados sujeto, etcétera.

A su vez, corresponde señalar que el sistema aquí impugnado reviste grandes diferencias con el analizado por el Tribunal *in re* "Patagonia", citado por el recurrente en apoyo a su postura. El SIRCREB es un sistema *unificado* de retenciones, lo que lleva a que el contribuyente pueda imputar, las retenciones sufridas en una jurisdicción, en otras, en las que deba ingresar adelantos en el ISIB, siempre que estas últimas se encuentren adheridas al mencionado sistema. En cambio, en el mencionado caso "Patagonia" al contribuyente se le realizaban, en virtud de lo dispuesto en el decs. 1150 y 2133/01 (modificatorio del 1150/90) y en la resol. 1550-SHyF/02, retenciones por los pagos que recibía casi en la totalidad de las sucursales que tenía en todo el país mediante los siguientes medios de pagos: tarjeta de crédito, debito, *tickets*, y similares, dado que la mayoría de las empresas prestadoras de esos servicios se encuentran establecidas en la CABA, empero únicamente podía computar sus saldos a favor en esta Ciudad. En tales condiciones, el actor tendría que haber explicitado por qué, a su juicio, el SIRCREB resulta similar al sistema de retenciones analizado por el Tribunal *in re* Patagonia, cuando, por lo expuesto, esos sistemas revisten, entre otras, una gran diferencia: el carácter de unificado que detenta el SIRCREB.

Todas esas falencias llevan a que por esta vía el planteo de la demanda no tenga, a la luz de la doctrina adoptada en mi voto *in re* "Fedecámaras", ya citado, entidad suficiente para abrir el debate.

3.2. El accionante también afirma que el SIRCREB resulta violatorio del mencionado principio de legalidad porque se ha atribuido la misión de agentes de retención mediante una norma inferior a una ley, en lo que considera una franca contravención a lo previsto en el arts. 19 de la C.N. y 51 y 84 de la CCBA. En este orden de ideas, sostiene que "…se impone precisar que la designación de los contribuyentes, sujetos pasivos del tributo, como de los responsables por deuda ajena —entre los cuales se encuentran los agentes de retención o de percepción— sujetos pasivos de la obligación tributaria deben, por imperio del principio de reserva de ley, ser designados por el legislador" (fs. 5 vta.). A lo que luego agrega que "[e]n el orden nacional, la delegación en la AFIP para designar agentes de retención o de percepción ha sido objeto de innumerables y justificadas críticas…" (fs. 5 vta.).

Si bien el accionante afirma que al haber autorizado al Poder Ejecutivo a investir a personas (aun quienes no revisten la condición de contribuyentes) de la atribución de retener, la Legislatura habría violado la prohibición de delegar sus potestades contenida en el art. 84 de la CCBA, lo cierto es que no desarrolla una argumentación mínima suficiente para suscitar el debate en el marco de esta acción. La atribución de funciones por parte de la Legislatura al Poder Ejecutivo no siempre constituye una delegación, premisa de la que parece partir el accionante (conf. la doctrina que surge del voto conjunto con

los Dres. Conde y Casás *in re* "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4807/06, sentencia de este Tribunal del 18/7/2007, reiterada en mi voto *in re* "Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", a la que cabe remitirse). En ese marco, si el accionante pretendía tachar las resoluciones citadas en el punto 2 de este voto por resultar, a su juicio, violatorias del art. 84 de la CCBA, no le bastaba con argumentar lo reseñado en el párrafo que antecede, sino que debió, aunque más no sea, hacerse cargo de la doctrina sentada en los mencionados precedentes. Máxime, cuando la función que ha ejercido la Administración, la recaudatoria, no es una que le venga dada sólo por las leyes fiscales, sino por CCBA, que pone en cabeza del Poder Ejecutivo la facultad de "[r]ecauda[r] los impuestos, tasas y contribuciones y percib[ir] los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad" —conf. lo dispone su art. 104 (Atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno), inc. 25.

Por lo demás, si bien indica que en el orden nacional la delegación en la AFIP de la facultad para designar agentes de retención ha generado innumerables críticas no desarrolla cuáles serían ellas y, menos aún, qué relación tendrían con la situación que aquí nos ocupa.

4. Los motivos dados en el punto 3.1. de este voto resultan suficientes para descartar el planteo relativo a la violación al principio de razonabilidad (conf. art. 28 de la C.N.), el que fue analizado en conjunto con el de legalidad en el mencionado punto.

5. Finalmente, el Dr. Barilati afirma que el SIRCREB resulta violatorio del art. 9°, inc. b, de la ley 23.548 (Ley de Coparticipación Federal), en cuanto establece que las jurisdicciones locales se comprometen a no establecer impuestos análogos a los coparticipables, puesto que el mencionado sistema grava, a su juicio, el mismo hecho imponible que el tributo instrumentado por la ley 25.413 (norma que grava los créditos y débitos efectuados en cuentas bancarias).

Este planteo también carece, al igual que el resto, de una fundamentación suficiente. Primeramente, el recurrente parte para formular este planteo de la premisa de que el sistema instaurado por las resoluciones que él impugna no constituye un sistema de retenciones sino un nuevo impuesto, postulación que, por las razones reseñadas en el punto 3.1. de este voto, carece de una argumentación suficiente. En segundo lugar, si pretendía apoyar ese agravio en el art. 75, inc. 2° de la C.N. debió hacerse cargo de que ese artículo, cuando se refiere a la ley de coparticipación, utiliza verbo "instituir" en su tiempo futuro: "instituirá". Ello, a fin de demostrar por qué deberían serle aplicadas esas previsiones a la ley de coparticipación preexistente a la reforma constitucional de 1994, es decir, a la ley 23.548 promulgada el 22/1/1988. Por último, y aun cuando resulta posterior a la interposición de esta acción, a partir de la sentencia de la CSJN

in re "Papel Misionero SAIFC c/Misiones, provincia de s/acción declarativa" (P. 582. XXXIX.) un planteo de las características del aquí formulado tiene que hacerse cargo de la doctrina que surge en ese fallo con relación al carácter que detenta la mencionada ley de coparticipación.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general, voto por declarar inadmisible la demanda de inconstitucionalidad interpuesta a fs. 3/11.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la demanda de inconstitucionalidad planteada por el señor Juan Ignacio Barilati a fs. 3/11.

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

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

CLXXVIII

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestión de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casas).*

2. No es admisible el recurso de queja que incurre en el mismo defecto del recurso de inconstitucionalidad precedente, que 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 aplicables, cuestiones todas ellas ajenas al ámbito del recurso extraordinario local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita de modo preciso y fundado su cercenamiento, es insuficiente para sostener el recurso de queja 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las insuficiencias argumentales expuestas en el recurso de queja no pueden ser salvadas por la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, ya que la sentencia de Cámara, más allá de su acierto o error, aparece adecuadamente razonada y fundada en los hechos y normas pertinentes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6210/08 - 12/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sociedad del Estado Casa de Moneda inició una acción declarativa, en los términos del art. 322 CPCCN, con el objeto de obtener un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad de los arts. 43 y 168 del dec. 6137/91, del dec. 2107/92, como así también del acto administrativo que determinó una deuda por el pago indebido del tributo de alumbrado, barrido y limpieza (en adelante, ABL) correspondiente a los períodos 01/94 al 12/98, por el revalúo del inmueble propiedad de la actora sito en la Avenida Antártida Argentina 2085, de esta Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/21).

El GCBA contestó la demanda, solicitando su rechazo (fs. 25/40).

2. La señora jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda, y declarando la irretroactividad de los efectos de la recategorización efectuada por la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en relación a las contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, Pavimentos y Aceras, ley 23.514 respecto al inmueble sito en la calle Agustín Magaldi 1568 de esta Ciudad (Partida nº 0109656/8) (fs. 2/7).

3. Ante las apelaciones deducida por la demandada (fs. 72/82) y contestada por la actora (fs. 117/119), y la presentada por la fiscal de Cámara y respondida por la accionante (fs. 120), la Sala I de la Cámara CAyT resolvió rechazar ambos recursos e imponer las costas de todo el proceso por el orden causado (fs. 84/90).

4. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha decisión (fs. 91/100), que fue contestado por la actora (fs. 121/122).

La Cámara resolvió, en lo pertinente, no conceder dicho recurso de inconstitucionalidad (fs. 102/103), lo cual motivó la interposición de la presente queja por parte de la demandada (fs. 105/113).

5. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició que se rechace la queja articulada (fs. 130/132).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja interpuesta satisface los requisitos de tiempo y forma exigidos legalmente (conf. art. 33 de la ley 402), sin perjuicio de lo cual no puede prosperar.

Conforme fuera dicho reiteradamente por este Tribunal, la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso —en este supuesto, la ausencia de un caso constitucional—, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. En sus recursos de inconstitucionalidad y queja, la demandada plantea los siguientes cuestionamientos contra la decisión de la Cámara que rechazó su apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia:

Incongruencia en la valoración de la prueba acumulada en autos, ya que las constancias probatorias obrantes en autos (estatutos de la actora, escritura de protocolización de la titularidad de dominio) acreditarían la ausencia de buena fe en la conducta de la actora.

Violación del principio de legalidad, en que habría incurrido la Cámara al considerar ilegítima la pretensión de la Administración de cobrar tributos por períodos ya cancelados, desconociendo los hechos probados en la causa (mejoras, ampliaciones y cambio de destino) y la normativa vigente.

Arbitrariedad de la sentencia, lesiva del derecho al debido proceso, ya que la decisión de la Cámara ostentaría serios defectos de fundamentación y razonamiento.

Sin embargo, la queja incurre en el mismo defecto del recurso de inconstitucionalidad precedente, ya que 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 aplicables —arts. 231 y 237 del C.F. año 2006, t.o. dec. 2046/06—, cuestiones todas ellas ajenas al ámbito del recurso extraordinario local. Ciertamente, en ninguno de los recursos existe una argumentación de tipo constitucional que supere la mera enumeración de principios y artículos de la Constitución Nacional, brindando el fundamento que un recurso de esta naturaleza requiere para su procedencia.

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", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 20 y ss.); 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. Estas insuficiencias argumentales no pueden ser salvadas por la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, ya que la sentencia de Cámara, más allá de su acierto o error —aspectos sobre los cuales no corresponde emitir opinión en esta oportunidad—, aparece adecuadamente razonada y fundada en los hechos y normas pertinentes.

Para declarar ilegítima la pretensión de cobro del ABL correspondiente a períodos ya cancelados, el Dr. Corti sostuvo que "...para que el revalúo tenga efectos retroactivos debería acreditarse que la actora realizó ampliaciones o mejoras y no las informó a la Administración. Estimo que no hay en autos elementos suficientes que acrediten tal extremo (...) en el expediente se desconoce, conforme a las probanzas obrantes, si las reformas fueron introducidas efectivamente entre el año 1944 y 1985 o si son posteriores e imputables a la actora (arts. 231 y 237, C.F. 2006)..." (considerando XIV del voto del Dr. Corti, al que adhirió el Dr. Balbín, fs. 87 vta./88). En el mismo sentido, el Dr. Centanaro consideró que "... no se encuentra claramente acreditado que la autora de dicha modificaciones haya sido la actora..." (considerando 3 del voto del Dr. Centanaro, fs. 89 vta.).

No existe controversia en cuanto a que fueron realizadas modificaciones en el inmueble objeto del litigio, cuestión que la Cámara considera probada por la pericia obrante en autos. Pero, para la sentencia cuestionada, no está debidamente acreditada la autoría de dichas modificaciones, es decir, si fueron realizadas por la Sociedad del Estado Casa de Moneda —quien resulta titular dominial del inmueble desde el año 1985—, o por otros sujetos que hubiesen ocupado dicho inmueble con anterioridad.

Para la Cámara, la indeterminación del momento en que fueron realizadas las modificaciones y, en consecuencia, si le son imputables a no a la actora, obstaculiza la pretensión de cobro retroactivo del GCBA. Ése es el meollo argumental de la decisión cuestionada, que debía ser refutado por la recurrente, ya sea demostrando su falsedad o su falta de aptitud para fundamentar la resolución de la causa, pero no lo hizo.

Por el contrario, en su recurso de queja, la recurrente defiende la legitimidad de su pretensión fiscal con el siguiente argumento: "... de las mismas constancias de la causa surge que el inmueble sufrió un aumento de la superficie de 2.948 m^2, un cambio de destino en la superficie de 39.211 m^2 que dejó de ser garaje a taller y que se realizaron mejoras que aumentaron el año constructivo y la categoría que llevó al inmueble a ser categorizado de 'D' a 'C'..." (fs. 111); "...la actora no denunció nunca las ampliaciones y mejoras introducidas en el inmueble, pesando dicha denuncia sobre el contribuyente ..." (fs. 108 vta.), y "...omitir esa denuncia lleva al contribuyente al incumplimiento de sus deberes lo que trae aparejado la aplicación de sanciones..." (fs. 108 vta.). Dichas afirmaciones resultan dogmáticas porque no explican suficientemente en qué elementos de prueba se fundamenta el GCBA para concluir que la actora realizó dichas modificaciones y omitió denunciarlas.

En conclusión, la recurrente demuestra una mera discrepancia con el desarrollo argumental de la Cámara que no resulta suficiente para demostrar la irrazonabilidad del fallo. Y este Tribunal ha dicho desde antiguo que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros). Y en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho 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 Constitución Nacional" (*Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

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

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:

En atención a lo expresado en el punto 1 de los fundamentos del voto de la señora jueza de trámite, voto por desestimar el recurso de queja, por improcedente. Con costas.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos y conclusiones expresados por la jueza de trámite, doctora Ana María Conde, expidiéndome, por ende, por el rechazo del recurso de queja incoado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Estimo del caso reafirmar que la sentencia recurrida, más allá de su acierto o error, no ha sido conmovida por los agravios agitados por la parte demandada, la que tampoco ha logrado articular un caso constitucional apto para instar la intervención de este estrado.

3. De todos modos, *obiter dicta,* me permito efectuar algunas consideraciones sobre el tema que ha sido objeto de tratamiento en la sentencia. Es que estimo que el obrar diligente de cualquier comprador—quizás excepcionando los supuestos de adquisición de unidades bajo el régimen de la ley 13.512 de propiedad horizontal en los que la conformación de los polígonos enajenados y su superficie en metros cubiertos, semicubiertos y descubiertos, como el porcentual y superficies comunes, resulta del plano de mensura horizontal que actúa como base para el otorgamiento de reglamento de copropiedad y administración—, no se agota en requerir, previo a la escritura, el estudio de títulos, sino que demanda también recabar del transmitente los planos de construcción de lo edificado debidamente aprobados, así como el certificado de final de obra, para confrontar las especificaciones en él contenidas con las construcciones efectivamente existentes sobre el terreno.

Ello es así, en razón de que, de no cumplirse tal recaudo, quien compra, por ejemplo, una casa, puede estar adquiriendo en realidad una construcción clandestina, incluso imposible de regularizar con posterioridad, mediante su denuncia ante los organismos pertinentes, en tanto no se ajuste a las especificaciones contenidas en la reglamentación edilicia vigente y en función de su localización.

De cumplirse tal elemental recaudo, se conjuraría la posibilidad de que un comprador se viera damnificado por la existencia de construcciones total o parcialmente no declaradas, perjuicios que no se agotan, valga enfatizarlo, en un eventual reclamo de diferencias tributarias por impuestos o tasas inmobiliarias.

Más aún, en algunas jurisdicciones —tal el caso de la provincia de Buenos Aires, como consecuencia de la sanción de la ley 11.432, con vigencia a partir del 1º/1/1994, por la que se modificó la Ley de Catastro provincial 10.707— se exige para la constitución, modificación o transmisión de derechos reales, la intervención de un agrimensor para verificar la subsistencia del estado parcelario y la captura por el organismo fiscal de las construcciones o mejoras no declaradas que pudieron producirse en los inmuebles.

En tales condiciones, lo que está en juego en supuestos como el de autos es un obrar diligente, esto es sin ligerezas o imprudencia, por parte de quien adquiere un inmueble edificado, constatando al momento de su compra que las construcciones se han realizado conforme un plano autorizado y que se ha obtenido el certificado de final de obra, lo que permite, no sólo garantizar que las construcciones no revisten carácter clandestino y se adecuan a las exigencias de la legislación sobre la materia, sino también que se ha suministrado información veraz para que el organismo fiscal de la jurisdicción pueda practicar con justeza la determinación tributaria y cuantificar el deber de contribuir a cargo del propietario o poseedor del inmueble.

Lo expresado cobra significación ya que si bien es doctrina firme de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en pronunciamientos de condena, a partir de la causa: "Doña Sara Doncel de Cook c/la provincia de San Juan sobre repetición de lo pagado" —*Fallos,* 155:290—, sentencia del 6/9/1929, que el pago genera efectos liberatorios y un derecho adquirido que impide el progreso de reclamaciones ulteriores al cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva, también se ha señalado, en otra familia importante de pronunciamientos del Alto Tribunal, que cabe descartar tales efectos cuando no ha mediado buena fe de parte del contribuyente, en los casos en que los pagos fueron provisorios o sujetos a reajuste, o cuando lo oblado quedó sujeto a la posterior revisión de la Administración en base a la documentación presentada (causas: "Andrés Federico René Tomás de Chateaubriand c/Provincia de Santa Fe" —*Fallos,* 311:389—, sentencia del 23/6/1948; "Rosa Campomar de Echeverría c/Dirección General del Impuesto a los Réditos" —*Fallos,* 218:596—, sentencia del 30/11/1950; "Flora C. Villate de Anchorena c/Nación Argentina" —*Fallos,* 220:5—, sentencia del 4/6/1951; "Carlos Dumas y otros c/Nación Argentina" —*Fallos,* 220:23—, sentencia del 4/6/1951; "Compañía Argentina de Electricidad S.A. Argentina c/Provincia de Buenos Aires" —*Fallos,* 224:935—, sentencia del 22/12/1952; "S.A. Ducilo c/Obras Sanitarias de la Nación" —*Fallos,*

225:703—, sentencia del 28/5/1953; "Luis Juan Firpo Miro y otros c/provincia de Santa Fe" —*Fallos,* 225:719—, sentencia del 28/5/1953; "Sociedad Anónima Pereda Limitada, Ganadería, Comercio, Industria c/provincia de Santa Fe" —*Fallos,* 228:72—, sentencia del 8/2/1954; "Ángela L. Roccatagliata de Masi c/Nación Argentina" —*Fallos,* 229:441—, sentencia del 27/7/1954; "Liebig's Extract of Meat Company Ltda. c/Dirección Nacional de Aduanas" —*Fallos,* 273:351—, sentencia del 9/5/1969; "S.A. Roberto Berlingeri c/Nación Argentina" —*Fallos,* 276:151—, sentencia del 1°/4/1970; "S.R.L. Estancias San Gara c/provincia de Corrientes" —*Fallos,* 299:379—, sentencia del 27/12/1977; "S.A. Industrias Plásticas por Extrusión C.I.F." —*Fallos,* 300:792—, sentencia del 18/7/1978, entre muchos otros).

4. Adviértase, por otro lado, que el reclamo fiscal no se endereza a hacer cargar con las diferencias de los tributos que pesan sobre el inmueble de marras a un tercero distinto del contribuyente deudor, lo que demandaría de expresa disposición legal, según acertadamente se indica en la sentencia del *a quo*, sino de hacer pesar sobre el propietario por los años no prescriptos y en los que fue titular de dominio, utilizó el bien y detentó la capacidad contributiva gravada, los tributos en la entidad legal establecida (incluso tasas retributivas de servicios), impidiendo que éste se prevalga de los datos que condujeron a que permaneciera desactualizada una determinación tributaria errónea como consecuencia de construcciones sobrevinientes que alcanzaron a tres mil metros cuadrados cubiertos, los cuales, cualquiera fuere el período en el cual fueron incorporados, existían, por estar en ello contestes las partes y haberse resuelto así por sentencia, en tal aspecto devenida firme, durante los años por los cuales se realiza el reclamo en razón de no estar prescriptos las acciones y poderes del Fisco para procurar su pago.

5. Hechas las prevenciones antecedentes, cabe recordar que la regulación legal —art. 237 del C.F.— sólo permite la retroacción de los reclamos tributarios por diferencias entre la realidad constructiva de un inmueble y su empadronamiento inmobiliario en tanto se demuestre dolo del contribuyente —sin perjuicio de la presunción *iuris tantum* que seguidamente establece cuando no se han notificado las altas al organismo recaudador, sin precisar si abarca, además de las realizadas por el propietario, a las preexistentes y que no pudieron pasar inadvertidas por el titular de dominio—, dispositivo cuya interpretación, al igual que la ponderación acerca de si se ha configurado tal extremo subjetivo, por regla general, corresponden a los jueces de la causa, lo que me veda rever las conclusiones a que se arribara en la sentencia en recurso.

Más allá de las reflexiones que he volcado en los puntos 3 y 4 de estos fundamentos singulares, me pronuncio, como lo anticipara, por el rechazo de la queja.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

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

CLXXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CUPIRAGGI, MARCO ANTONIO C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN: CUPIRAGGI, MARCO ANTONIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. AMPARO: Sentencia definitiva. Medidas cautelares. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Derecho de propiedad. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. En los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. En base a una interpretación sistemática de la Ley de Amparo es válido sostener que son sentencias definitivas aquellas a las que el art. 20 de la ley 2145 considera como decisiones apelables, tales como 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).*

3. El recurso de hecho no logra demostrar que, en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad local, se haya expuesto fundadamente

un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El recurso de queja deducido reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de derechos de raigambre constitucional no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida, limitándose a expresar la mera discrepancia con la solución dada por el tribunal *a quo* a partir de la valoración de circunstancias de hecho y prueba y la interpretación de normas infraconstitucionales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Las objeciones que se formulan en el recurso de queja acerca de la continuidad de la relación contractual, y de las modalidades de las tareas del amparista se refieren a aspectos cuyo examen resulta ajeno a la competencia de este Tribunal en el marco de la vía recursiva elegida, por remitir a cuestiones de hecho, prueba y a la interpretación de normas infraconstitucionales aplicables al caso *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. En cuanto a la afectación del derecho de propiedad que el GCBA afirma le provoca el decisorio cuestionado, basta con señalar que no resulta suficiente alegar la imposibilidad de recuperar las sumas abonadas al actor con motivo de la cautela dispuesta, pues el recurrente olvida considerar que tales sumas constituirían la contraprestación por las tareas cumplidas por el agente *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. 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 *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Los pronunciamientos sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, y es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. 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, ya que 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. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. 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) habilite el recurso extraordinario local, en tanto éste proponga una cuestión constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Las decisiones que imponen o niegan medidas cautelares son interlocutorias, y por regla, no habilitan su examen por intermedio del recurso de inconstitucionalidad, y no pueden equipararse sin más a sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. No es atendible la afirmación sobre la gravedad institucional invocada por el GCBA, si el impugnante no demostró cómo la medida cautelar que ordena la reincorporación del actor a las tareas que desempeñaba ha puesto en peligro al Estado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6497/09 - 12/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Marco Antonio Cupiraggi inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le ordenase que cese en la omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima de no renovar su contrato como agente público de planta transitoria e impedir que retome las tareas que desarrollaba hasta el 31/12/2007. Expresó que prestó servicios para el GCBA y UBATEC (empresa conformada por la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Tecnológica y el Gobierno de la Ciudad) a partir del mes de diciembre de 1999 mediante la celebración de distintos contratos de locación y que durante el año 2007 pasó a revistar en la planta transitoria del GCBA.

Solicitó —como medida cautelar innovativa— que se ordenase su inmediata reincorporación a la planta transitoria de la Ciudad, en los términos pactados oportunamente, en sus tareas habituales y con la remuneración pertinente; y que se lo incluya en la revisión de la situación del personal contratado acordada entre el GCBA y SUTEGBA en el punto 1º del acta del 8/1/2008, hasta que se dicte sentencia (fs. 1/32).

2. El juez de primera instancia rechazó la medida cautelar requerida (fs. 33/34). Ante la apelación presentada por el actor (fs. 35/36 y vta.), la Sala I de la Cámara CAyT resolvió "*1)* Hacer lugar al recurso de apelación y, en consecuencia (…) revocar la decisión de grado, ordenando a la demandada la inmediata reincorporación del actor a las tareas que desempeñaba a la fecha en que se dispuso la no renovación de su contrato, respetando las mismas funciones y

la misma remuneración (...).// *2)* Sin costas de la alzada atento la ausencia de controversia" (fs. 38/48).

Para así decidir, la mayoría (conformada por los votos de los jueces Carlos F. Balbín y Horacio G. Corti, aunque cada uno según su voto) consideró —en cuanto a la verosimilitud del derecho y una vez reseñado el marco jurídico aplicable— que la prueba agregada a la causa permitía tener por acreditado, *prima facie*, que la vinculación laboral entre el actor y la demandada se remontaba al 1º/1/2000; es decir, ocho años a la fecha en que se disolvió dicha relación. Y que tal circunstancia también permitía, *ab initio*, concebir que las tareas encomendadas al amparista no eran temporales o excepcionales, sino las propias del régimen de la carrera administrativa; lo que, en principio, podría configurar fraude al régimen legal aplicable. En lo que al peligro en la demora se refiere, los votos de los jueces Carlos F. Balbín y Horacio G. Corti coincidieron en señalar que "…por tratarse de una cuestión laboral, se encontrarían en juego los derechos alimentarios del recurrente…". También apuntaron que no se advertía que la reincorporación de un solo agente a la planta transitoria conllevase a la frustración del interés público, toda vez que dicho interés no podía servir de sustento para admitir la inobservancia del ordenamiento jurídico. Más aún, cuando el accionante sustentaba su planteo en la existencia de fraude laboral y, en consecuencia, en el quebrantamiento a la ley.

3. Disconforme con ello, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 49/69 vta.).

A este respecto, argumentó que la sentencia recurrida era definitiva, en virtud de lo establecido por el art. 22 de la ley 2145. También que resultaba equiparable a definitiva, ya que no admitía otra posibilidad de revisión judicial.

Centró sus objeciones en que la decisión: *a)* hizo lugar a la pretensión sin darle a su parte la oportunidad de ser oído ni en primera ni en segunda instancia, lo que conculcaba su derecho de defensa, la garantía del debido proceso y la bilateralidad en el trámite de apelación; *b)* le impedía —al ordenarle la contratación del actor— ejercer facultades que le eran propias y excluyentes, en tanto los jueces se habían arrogado funciones propias de los otros poderes estatales, sin evaluar las consecuencias de gravedad institucional que tal conducta implicaba y en franca violación al principio de división de poderes; *c)* producía la afectación de fondos públicos, en definitiva vulneraba su derecho de propiedad, dado que las funciones habían sido relevadas como innecesarias por la Administración (los servicios del actor no constituían uno de los requerimientos ni previsiones presupuestarias planificadas por el GCBA) y el recupero de las sumas abonadas con motivo de la cautela ordenada sería imposible, aun frente a una sentencia desestimatoria de la pretensión principal; *d)* constituía un evidente adelanto acerca del pronunciamiento sobre el fondo de

la cuestión traída a la litis, puesto que ella resultaba coincidir con el objeto de la pretensión deducida; *e)* vulneraba los principios consagrados en los arts. 17, 18 y 19 de la C.N. y los arts. 12, 43, 102 y 104 de la CCBA; ignorando, además, las previsiones contenidas en la Convención Americana de los Derechos del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y *f)* resultaba arbitraria por no ser una derivación razonada de los hechos y derecho aplicable a la causa. En cuanto a la verosimilitud del derecho puntualizó que: *i)* la medida dispuesta no tendía a proteger el *statu quo*, sino que se dirigía y lograba su modificación; *ii)* tuvo por acreditada una continuidad en la contratación que —de acuerdo a la prueba aportada y normas que rodearon a la contratación del amparista— no era tal; *iii)* no se había demostrado mínimamente que el actor hubiese sido contratado para tareas habituales, regulares y propias de la administración en forma reiterada y sucesiva; *iv)* el actor era un trabajador transitorio, carente de la estabilidad a que se refería el art. 36 de la ley 471, cuya prestación había concluido el 31/12/2007; por lo tanto, su desvinculación había ocurrido por vencimiento del plazo contractualmente establecido; *v)* "Ningún 'fraude laboral' (…) puede existir ante el cumplimiento y extinción natural de un contrato por vencimiento de su plazo" (fs. 60 vta., el destacado pertenece al texto original), ya que no existía norma alguna que impusiese a un contratante, y menos al Estado, la obligación de continuar con una vinculación contractual cuando ésta había fenecido; en todo caso, la decisión de continuar o no un vínculo de empleo, cuando éste era transitorio y el plazo estaba vencido, era eminentemente discrecional de la autoridad administrativa, que podía optar por una u otra alternativa, conforme sus propias apreciaciones de oportunidad, mérito y conveniencia; *vi)* el personal contratado estaba claramente excluido de la estabilidad que garantizan las Constituciones nacional y local; *vii)* "…mal podría hablarse de reincorporación de un personal que jamás ha ingresado al cuerpo de la planta de personal permanente de la Administración" (fs. 62 vta., el destacado es del original). Respecto del peligro en la demora, afirmó que*: i)* no se había demostrado que una hipotética sentencia favorable al actor resultase de imposible o difícil cumplimiento por parte de la autoridad demandada; y *ii)* el daño que alegaba el actor era producto de su propio proceder.

En oportunidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, también planteó el GCBA la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al dictado —por parte del juez de primera instancia— de la resolución que rechazó la cautela requerida por el actor, por no haberle sido ella notificada. Tal circunstancia, sostuvo, vulneró su derecho a la igualdad, al debido proceso y a la jurisdicción, en tanto le impidió tomar debido conocimiento de los agravios presentados por la parte actora y acceder al menos a una instancia judicial ordinaria que le permitiera demostrar la inexistencia de los presupuestos en que se sostuvo la medida concedida a la actora.

4. La Cámara de Apelaciones, previo traslado al actor del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (el que fue contestado a fs. 70/80 vta.), decidió no concederlo (fs. 115/116 vta.).

En este sentido, consideró que el pronunciamiento impugnado (medida cautelar) no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional y que tampoco el recurrente había logrado demostrar debidamente que la resolución le ocasionase un perjuicio irreparable y que, por lo tanto, fuese equiparable a definitiva.

Respecto de la nulidad alegada, señaló que resultaba infundado el agravio que a este respecto invocaba la accionada, en tanto las medidas cautelares —como principio general— tramitaban inaudita parte, pudiendo "ser cesadas, sustituidas, ampliadas o disminuidas al ser evaluadas las circunstancias que motivaron su dictado".

También entendió que no se verificaban en el caso ninguno de los supuestos en que excepcionalmente se había admitido la causal de arbitrariedad, pues "la sentencia, puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica".

5. Frente al rechazo del recurso interpuesto, el GCBA articuló la correspondiente queja (fs. 85/109 vta.).

En esta oportunidad, mantuvo los fundamentos expuestos en el recurso de inconstitucionalidad. Y agregó que: *1)* no se había cumplido —en relación a la nulidad que articulara— con el traslado previsto en el art. 15, segundo párrafo de la ley 2145; *2)* la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad resultaba arbitraria, en tanto la alzada omitió analizar concretamente los agravios constitucionales introducidos por su parte, prescindiendo —de este modo— de las constancias de la causa y de cuestiones decisivas; entre otras, que no concurría ningún acto, hecho u omisión manifiestamente arbitrario y/o ilegítimo por parte del GCBA y en el que pudiera fundarse la verosimilitud del derecho del amparista: *3)* la Cámara no trató su planteo de nulidad.

6. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 120/124). Luego de señalar que —a su criterio— la decisión recurrida constituía sentencia definitiva, concluyó que el recurrente no había logrado exponer un agravio constitucional.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja, no obstante satisfacer los recaudos formales de interposición, no puede prosperar.

2. La Sala I de la Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad por tres razones fundamentales, sobre las que se agravia el GCBA: *a)* que la decisión que revoca una medida cautelar no reúne la condición de definitiva con relación a ninguna cuestión constitucional; *b)* que el recurrente no acreditó las circunstancias que permitan equiparar la decisión a una sentencia definitiva; y *c)* que la sentencia no es arbitraria.

3. En cuanto a lo primero, en mi voto en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008, sostuve que en los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local.

Señalé entonces, y lo reitero ahora, que la mención de "las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa" que efectúa el art. 22 de la ley 2145 "no parece referirse únicamente a las sentencias definitivas (en el sentido más usual señalado en el párrafo anterior [aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida]), ya que, a ese respecto, hubiera bastado con la previsión del art. 27 de la ley 402 y, como lo ha dicho la CSJN, no es dable suponer la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Algo más, y distinto, quiere decir la ley amparo de la Ciudad.// El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la 'sentencia definitiva' y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad 'se consideran definitivas' todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa. ¿Cuáles son, entonces, esas sentencias? Una interpretación sistemática de la Ley de Amparo me inclina a pensar que son aquellas a las que el art. 20 del apuntado plexo legal considera como decisiones apelables, a saber, las que disponen 'el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares'.// Independientemente de la opinión que me merezca la solución legal adoptada, sobre todo a partir de la caracterización de la vía en el art. 14 CCBA como rápida y expedita, el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones, reguló de esa forma especial el recurso de inconstitucionalidad para la acción de amparo".

Agregué que la solución legislativa no entraba en colisión con la regulación constitucional del recurso de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 3º) ya que "(n)o hay (...) en la Constitución referencia alguna al tipo de sentencia en la cual se produce tal interpretación o se practica la aplicación de esas normas constitucionales".

Sostuve, finalmente que "la sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad", conclusión que resulta igualmente aplicable a este caso en donde la sentencia de Cámara decidió admitir la medida cautelar solicitada por el actor. El criterio adoptado torna innecesario considerar los agravios del GCBA dirigidos a cuestionar la afirmación de la Cámara referida a que el recurrente no demostró que la decisión debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva.

4. Ahora bien, de todos modos, entiendo que el recurso de hecho tampoco logra demostrar que, en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad local, se haya expuesto fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

El GCBA cuestiona la sentencia de la Sala I que admitió la medida cautelar solicitada por el señor Marco Antonio Cupiraggi y, en consecuencia, ordenó la reincorporación del actor a las tareas que desempeñaba a la fecha en que se dispuso la no renovación de su contrato, respetando las mismas funciones y la misma remuneración.

La demandada intenta construir el caso constitucional —y pretende sostener la arbitrariedad de la sentencia— a través de la invocación de derechos y garantías constitucionales que considera vulnerados (defensa en juicio, debido proceso, propiedad y principio de división de poderes).

Sin embargo, el recurso no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de la Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con un planteo que involucre una garantía constitucional referida directamente a las cuestiones resueltas por la alzada. Por el contrario, todos sus desarrollos remiten, básicamente, a cuestiones de hecho, prueba y de interpretación de normas infraconstitucionales.

5. En primer término, el GCBA argumenta la violación de su derecho de defensa en juicio, toda vez que sólo fue notificado de la medida cautelar decretada en oportunidad de ser ella concedida por el *a quo*. Sobre este punto, el recurrente agrega en la queja que debió notificársele oportunamente la medida cautelar solicitada por la parte actora, en virtud de lo establecido en el art. 15 de la ley 2145. Sin embargo, tal cuestión, además de remitir a la interpretación de una norma infraconstitucional —pese a lo manifestado en sentido contrario por el GCBA—, no fue oportunamente planteada al interponer el recurso de inconstitucionalidad. Esa falta de oportuna introducción del agravio y el déficit en la fundamentación adicional del remedio intentado en torno a esta cuestión, sellan de manera adversa la suerte de la queja ante este Tribunal.

No dejo de tener en cuenta que, según el art. 20 de la ley de amparo local, con el recurso de apelación deducido contra una sentencia que resuelve un pedido de medida cautelar (incluso inaudita parte) se debe formar un incidente y luego correr traslado a la contraparte. Además, en el caso, la quejosa expresa que el apuntado traslado se habría efectuado por nota (conf. fs. 90 vta. y 91 vta.). No obstante lo expuesto —y más allá de las insinuaciones que contiene el recurso de la demandada para intentar demostrar la violación a su derecho de defensa—, considero que la interesada no ha logrado acreditar fehacientemente que no tuviera conocimiento del proceso, sus pretensiones y su estado al momento en que se le confirió el traslado del recurso de apelación deducido por la actora —aparentemente por nota—, merced al traslado de la demanda que se le había corrido —por cédula— una vez dictada la denegatoria de la cautelar por el juez de grado. En efecto, parece oportuno destacar que la demandada alega que el apuntado traslado de la demanda le fue notificado el 31/3/2008 (fs. 90 vta.), es decir, antes de la fecha de interposición de la apelación de la actora referida a la medida cautelar, escrito presentado en el juzgado el día 4/4/2008 (conf. cargo que luce a fs. 36 vta. de las copias respectivas acompañadas en la queja). Así las cosas, dado que el escrito de inicio que le fuera notificado el día 31/3/2008 se refiere en varias oportunidades —claramente en su capítulo VII y en el petitorio— a la medida cautelar innovativa pretendida por la actora, no es posible abonar el argumento del GCBA con los pocos elementos de juicio arrimados a la queja. Desde esta perspectiva, todo hace pensar que cuando la demandada concurrió al juzgado para contestar el traslado de la demanda, de haber actuado de manera diligente, debió al menos haber solicitado tomar contacto con el expediente para interiorizarse del estado del mismo, sobre todo al contener el escrito que se contestaba un pedido claro de medida cautelar. Pero sobre estos detalles no se ha expresado la interesada —tal vez podría haber resultado útil aclarar si en oportunidad de presentar la contestación del traslado de la demanda se pudo tener acceso al expediente o, por el contrario, se dejó nota en el libro respectivo en caso negativo.

Lo expuesto basta en mi opinión para concluir que las alegaciones formuladas no resultan hábiles para acreditar que el derecho de defensa de la demandada tutelado por la Constitución local y la nacional se haya visto resentido por motivos ajenos a su propia conducta discrecional.

6. El GCBA postula, también, que la decisión afecta el principio de división de poderes, en tanto le impide ejercer facultades que le son propias al imponerle la reincorporación del actor con carácter cautelar.

Pero el hecho de que el GCBA finque sus objeciones en que la continuidad en la relación contractual que denuncia el amparista no era tal, que las tareas que realizaba habían sido consideradas innecesarias y que ellas no eran habituales,

regulares y propias de la Administración, no hace más que poner en evidencia que el examen de tales aspectos resulta ajeno a la competencia de este Tribunal en el marco de la vía recursiva elegida, por remitir a cuestiones de hecho, prueba y a la interpretación de normas infraconstitucionales aplicables al caso. Recuérdese que el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre la aplicación del derecho común.

Por lo demás, corresponde enfatizar que las afirmaciones vertidas en la sentencia por los jueces Balbín y Corti —que integraron la mayoría— para tener por acreditada la verosimilitud del derecho que permitiría respaldar la pretensión cautelar del actor fueron realizadas dejando expresamente sentado que ellas se hacían con la provisionalidad y dentro del limitado alcance que caracteriza a todo juicio de mérito cautelar (conf. punto VI del voto del juez Balbín y punto II del voto del juez Corti). Con ello quiero decir que, si bien la ley de amparo local —desde mi punto de vista— considera a los fines del recurso de inconstitucionalidad que la sentencia que resuelve una medida cautelar es definitiva a los efectos de habilitar la competencia de este estrado, es evidente que tal resolución, en rigor, no causa estado.

7. En cuanto a la afectación del derecho de propiedad que el GCBA afirma le provoca el decisorio cuestionado, basta con señalar que no resulta suficiente alegar la imposibilidad de recuperar las sumas abonadas al actor con motivo de la cautela dispuesta, pues el recurrente olvida considerar que tales sumas constituirían la contraprestación por las tareas cumplidas por el agente. Por otra parte, el recurrente no ha esbozado —menos aun acreditado, tan siquiera mínimamente— la existencia, en el caso, de un enriquecimiento sin causa por parte del actor como consecuencia de la medida cuestionada.

8. En lo referente a la gravedad institucional invocada, el Gobierno local no ha efectuado en el caso justificación alguna que explique de qué forma concreta la decisión del *a quo* comprometería principios institucionales básicos con proyección más allá del interés individual de las partes que integran la litis. Así, entonces, la referencia a la presencia de gravedad institucional en el caso se plantea como una invocación genérica y reitera, una vez más, la discrepancia del recurrente con la sentencia de Cámara.

9. En suma, tal como lo señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 120/124), el recurso de hecho deducido reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de derechos de raigambre constitucional no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida. En el mejor de los casos para la recurrente, la queja se sustenta exclusivamente en su mera discrepancia con la solución dada por el tribunal *a quo* a partir de la valoración de circunstancias de hecho y

prueba y la interpretación de normas infraconstitucionales, lo que no comporta suficiente fundamento para conceder el recurso intentado.

Finalmente, la demandada no demuestra que en el *sub examine* haya mediado un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación al decidir el otorgamiento de la cautelar, más allá del acierto o error de lo decidido. En este punto, resulta oportuno recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros). Como se ha sostenido reiteradamente, "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

En consecuencia, la queja planteada por el GCBA a fs. 85/109 vta. debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. José Casás.

2. No obstante ello, es menester puntualizar, que tal como lo he expresado con anterioridad, participo del criterio según el cual —por regla— los pronunciamientos sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad (expte. n° 6015/08 "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resolución del 1º/10/2008; expte. nº 6208 "Marocchi, Haydeé Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydeé Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; expte. nº 6260 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", resolución del 27/5/2009; expte. nº 6208 "Marocchi, Haydeé Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydeé Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009, entre otros). De tal modo,

es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. Sin embargo, en el caso *sub examine*, el recurrente no ha logrado acreditar que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— le genere un gravamen que le cause un perjuicio inminente de imposible reparación ulterior.

3. Aun cuando la razón expuesta en el punto precedente conduce por sí sola al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, debo señalar que comparto los argumentos expresados por el juez de trámite en cuanto considera que el recurrente no ha logrado demostrar, a través de su planteo, la existencia concreta de una cuestión de naturaleza constitucional.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 85/109 vta. cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la resolución de la Sala I que revocó la decisión de grado y concedió la medida cautelar solicitada por el actor.

Los magistrados señalaron que el pronunciamiento atacado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional y que el recurrente no había demostrado la existencia de un perjuicio irreparable que permitiera equipararlo a una resolución de esa naturaleza.

Por otra parte, los jueces resaltaron (fs. 116) que "(...) la sentencia, puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica".

3. De los fundamentos del auto denegatorio que fueran motivo de crítica del quejoso, consideraré inicialmente el vinculado a la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable, por cuanto la ausencia de dicho recaudo de admisibilidad formal define el rechazo por el Tribunal del recurso intentado por el demandado.

Anticipo que, a mi juicio, el Gobierno no alcanza a acreditar que la sentencia cuestionada sea definitiva o asimilable.

La Procuración reitera las manifestaciones efectuadas en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto al requisito de sentencia definitiva. Sostiene:

i) que debe aplicarse el art. 22 de la ley 2145 (ley de amparo);

ii) que contra lo resuelto por el *a quo* no puede interponerse ningún recurso ordinario; y

iii) que (fs. 88) "(...) en mérito a la identidad del objeto de la demanda amparista con la cautelar en cuestión, el pronunciamiento sobre el principal resultaría tardío y de imposible ejecución, en el supuesto de rechazarse la demanda" pues "(...) la contratación ordenada produciría

un gasto superfluo, cuyo recupero se tornaría imposible aun frente a una sentencia desestimatoria de la pretensión traída a juicio".

4. El art. 22 de la ley 2145, 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".

En mi voto en el caso "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), me referí a los diversos sentidos que se atribuyen a la expresión "sentencia definitiva" y, en particular, a la noción de "sentencia definitiva" en la ley 2145. En dicha oportunidad, señalé 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". Y expliqué que "(...) 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, cuándo 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." Sin embargo, no es esto lo que sucede con la presentación ahora en análisis (a diferencia de lo que ocurriera en el precedente citado).

Pese a sus esfuerzos, el Gobierno no logra acreditar que la medida cautelar dictada en autos impida su intervención útil en el proceso o le cause algún gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior. Por el contrario, el anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión de la accionante es coherente con la efectividad de la acción de amparo.

5. Por otra parte, el quejoso reitera su planteo de nulidad de lo actuado por afectación del derecho de defensa en juicio introducido a fs. 54/56 vta. El tema tal como está expuesto remite a un supuesto vicio o error de procedimiento, definitivamente extraño al recurso de inconstitucionalidad. Cabe recordar que, para tales situaciones, el CCAyT prevé en los arts. 152 a 157 —que regulan el régimen de las nulidades procesales— la vía incidental, la cual debe ser promovida ante la instancia donde el supuesto vicio u omisión se hubiera producido.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 85/109 vta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA, demandado en la causa, contra la resolución de Cámara de fs. 38/48, ha sido interpuesta en tiempo y forma; sin embargo, no puede prosperar.

La jurisprudencia estable del TSJ (véanse causas "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA]'", expte. nº 5872/08, sentencia del 27/8/2008 y "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. n° 6015/08, sentencia del 1º/10/2008) y la opinión mía (de acuerdo con mis adhesiones a los votos del Dr. Lozano, juez de trámite en las causas citadas) determina: *a)* que las decisiones que imponen o niegan medidas cautelares son decisiones interlocutorias, que, por regla, no habilitan su examen por intermedio del recurso de inconstitucionalidad; *b)* que ellas no pueden equipararse sin más —en mi opinión nunca— a sentencias definitivas; y *c)* que, en el caso especial de la ley de amparo local, la correcta interpretación de su articulado, en conjunción con la ley local 402, determina que aquellas afirmaciones son válidas también para ese caso genérico, aunque especial respecto de las normas anteriormente definidas.

2. El recurrente, además, no invocó ni probó la existencia de un precepto constitucional, en el caso, para apartase de la regla expuesta, ni ha demostrado un agravio imposible de reparación ulterior, tal que trasforme la decisión interlocutoria en definitiva, aun en el supuesto caso de la existencia de sentencias equiparables a definitivas sostenida por la doctrina mayoritaria.

3. En su impugnación, el GCBA alega una supuesta afectación del derecho de defensa, referida a la privación de la posibilidad de demostrar la inexistencia de presupuestos que tornarían viable el dictado de una medida cautelar en una instancia ordinaria. Sobre este punto huelga aclarar que: *a)* en primer lugar, el ejercicio previo de la respuesta, anticipada a la decisión, pone en riesgo a la misma eficiencia de la medida, razón por la cual el legislador ha diferido la contestación al pedido y la defensa de la posición de quien sufre la medida para un momento posterior a su traba; *b)* en segundo lugar, la norma contempla mecanismos alternativos al recurso de inconstitucionalidad (por ejemplo, la reposición del art. 181, CCAyT), que le hubieran permitido al recurrente ejercer la defensa ante los jueces de mérito después de conocer la decisión, mecanismos procesales que no fueron utilizados por el GCBA; y *c)* en tercer lugar, esas medidas son reformables y revocables no bien se verifique otro contexto de decisión, situación que, por supuesto, puede poner de manifiesto en el proceso quien sufre la medida, requiriendo su cesación. Se trata así, tan sólo, de diferir

el ejercicio de la defensa para después de trabada la medida, en homenaje, precisamente, a la acción de trabarla de modo rápido y eficiente.

4. En cuanto a la gravedad institucional invocada por el GCBA, el impugnante no demostró cómo la medida cautelar que ordena la reincorporación del actor a las tareas que desempeñaba pone en peligro al Estado; tal adjetivación es más absurda aún respecto del Estado federal, cuando ni siquiera las instituciones de la comuna se encuentran en crisis a raíz de esa decisión.

5. Por último, respecto del agravio referido a la arbitrariedad de la sentencia impugnada, mi postura restrictiva acerca de la procedencia del recurso intentado por este motivo, que es utilizado abusivamente por los litigantes al recurrir a esta instancia, ha sido expuesta en numerosos precedentes (véanse mis votos en las causas "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", sentencia del 26/5/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, pp. 438/439; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", sentencia del 29/6/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, p. 642, y sus citas; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Edesur S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa [art. 277 CCAyT]'", expte. n° 6164/09, sentencia del 18/5/2009; entre muchos otros). Es más, aun en la hipótesis amplia de la CSJN, creadora de la doctrina, la invocación de arbitrariedad no suple la ausencia de sentencia definitiva (véase mi voto en la causa "Automóvil Club Argentino c/GCBA s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 6117/08; y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Automóvil Club Argentino c/GCBA s/repetición [art. 457 CCAyT]'", expte. nº 5977/08, sentencia del 29/4/2009).

6. En virtud de lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA a fs. 85/109 vta.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

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

CLXXX

"MACCAGNONI, JUAN CARLOS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MACCAGNONI, JUAN CARLOS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Amparo.

SUMARIOS:

1. Los fundamentos sobre los que se intenta construir la impugnación remiten a cuestiones de hecho, prueba y normativa infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa, que de manera alguna reviste índole federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. La sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria, ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si las decisiones de los jueces de la causa se centraron en el análisis de los hechos y de las pruebas colectadas para finalmente concluir, en ambas instancias, que la vía del amparo resultaba improcedente en tanto no se había logrado demostrar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la actuación del GCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6160/08 - 19/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Juan Carlos Maccagnoni interpuso recurso extraordinario federal (fs. 51/66) contra la resolución de fecha 6/5/2009 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja planteado por su parte (fs. 34/44).

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), en oportunidad de contestar el traslado respectivo, solicitó el rechazo del recurso extraordinario interpuesto por el actor (fs. 69/83 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario intentado por Juan Carlos Maccagnoni no es admisible: en modo alguno logra delinear un caso federal hábil para suscitar la competencia de excepción de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. La sentencia de fs. 34/44 desestimó el recurso de queja articulado por el señor Maccagnoni por considerar —en apretada síntesis— que no involucraba una cuestión de naturaleza constitucional que autorizara la apertura de esa instancia extraordinaria. Es que las objeciones se relacionaban —principalmente— con el examen de circunstancias de hecho, prueba e interpretación de preceptos de jerarquía infraconstitucional que brindó la Cámara de Apelaciones para confirmar la sentencia de grado.

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

3. Ahora bien, en el recurso extraordinario federal deducido, el actor pretende acreditar la existencia de cuestión federal en el hecho de haber planteado su parte la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815. En este sentido, sostiene que ella es contraria a la Constitución Nacional y avasalla la garantía de la defensa en juicio, el derecho al debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas; y que la decisión final del Máximo Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires ha sido a favor de la validez de la ley local. Puntualiza que "...la ponderación de la falta a partir de las garantías que exige un procedimiento sancionatorio respetuoso de tan valiosos bienes constitucionales, en mi caso particular ha sido claramente desproporcionada y, por ende, irrazonable, circunstancia que conlleva a la necesaria declaración de inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza citada. Ello, por la desconexión que existe entre el incumplimiento de una formalidad de índole laboral y la extinción de la licencia, al equipararse aquella conducta con otras

de carácter delictivo perpetradas en fraude a la Administración pública y a los usuarios del servicio, y para peor sin admitir ninguna clase de prueba en contrario...” (fs. 57 vta./58). Agrega, también, que ninguno de los tribunales que intervinieron con anterioridad se expidieron en torno de la “presencia de ‘arbitrariedad o ilegalidad manifiesta’ de la conducta administrativa cuestionada en este caso” (fs. 61 vta.); por lo que “...resulta una exageración rayana con la denegación de justicia pretender que se cuestionen las motivaciones que los jueces reservaron en su fuero interno...” (fs. 62 vta.). Y que “...a través de la sentencia impugnada los jueces de la causa han renunciado a cumplir cabalmente con una de las funciones más trascendentes emplazadas en cabeza del Poder Judicial: ejercer el control de razonabilidad sobre los productos formativos generados por el Poder Legislativo” (fs. 63).

Sin embargo, a poco que se advierta, los fundamentos sobre los que intenta construir su impugnación (en definitiva, desproporción e irrazonabilidad de la medida), no hacen más que remitir —como fue puesto de manifiesto en la sentencia de fs. 34/44— a cuestiones de hecho, prueba y normativa infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa —de manera alguna de índole federal—. Ciertamente, no se requiere desentrañar la inteligencia de norma constitucional o federal alguna para la solución de la causa, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria que se refiere el art. 14 de la ley 48. Las consideraciones que formula el señor Maccagnoni en su recurso tan sólo dejan entrever su discrepancia con la decisión adoptada.

Debe recordarse, 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.

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

recurrente —se insiste— no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal.

Tampoco alcanza a establecer —con éxito— esa correspondencia exigida, cuando afirma que ninguno de los tribunales que intervinieron con anterioridad se expidieron en torno de la "presencia de 'arbitrariedad o ilegalidad manifiesta' de la conducta administrativa cuestionada en este caso", por lo que resultaría una exageración rayana con la denegación de justicia pretender que se cuestionen las motivaciones que los jueces reservaron en su fuero interno. Tal expresión no constituye una crítica razonada y fundada de los fundamentos que al respecto lucen en los fallos de primera (fs. 265 vta.) y segunda instancia (fs. 295).

5. Por lo demás, tampoco puede tenerse por cumplidos los extremos requeridos por los arts. 2°, inc. i) y 3º, incs. b), d) y e) del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

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

6. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen 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 Ana María Conde dijo:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en el sentido de que corresponde denegar el recurso extraordinario federal que interpusiera el señor Juan Carlos Maccagnoni (fs. 51/66).

2. El recurso no satisface el recaudo prescripto por el inc. e) del art. 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN que establece que debe demostrarse la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso.

En efecto, el recurrente no articula cuestión constitucional alguna.

A fs. 52 *in fine* sostiene que "…ha planteado la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815 de la Ciudad de Buenos Aires (...) por ser

contrario y avasallar la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18, C.N.) (…), la de proporcionalidad en la imposición de las penas (arts. 28 y 33 del texto fundamental), y la decisión final del máximo tribunal de la Ciudad de Buenos ha sido a favor de la validez de la ley local…" (fs. 52 *in fine*).

Sin embargo, esas referencias de índole constitucional no se dirigen a impugnar las razones que expusiera el Tribunal para fundar el rechazo de la queja y que se vinculan con los defectos argumentales del recurso de inconstitucionalidad que la presentación directa de fs. 1/21 pretendió sostener.

La deficiencia indicada priva a los agravios que mencionara más arriba de relación directa con la resolución de la causa.

3. En consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario federal que dedujera el señor Juan Carlos Maccagnoni (fs. 51/66). Las costas se imponen a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto la solución que propician mi colegas, consistente en denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Juan Carlos Maccagnoni a fs. 51/66.

Es que, en definitiva, las decisiones de los jueces de la causa se centraron en el análisis de los hechos y de las pruebas colectadas en la presente acción para finalmente concluir, en ambas instancias, que la vía del amparo resultaba improcedente en tanto no se había logrado demostrar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la actuación del GCBA. Por su parte, como ya fuera resaltado por el suscripto con fecha 6 de mayo del corriente año, al decidir la improcedencia de la instancia extraordinaria local, resulta relevante destacar que la alzada de mérito no se adentró en la consideración del planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815, por cuanto consideró que las alegaciones esgrimidas por el accionante en este punto carecían de sustento; aspecto que no fue eficazmente rebatido en la oportunidad procesal pertinente y que, por ello, quedó precluido por la conducta discrecional de la parte. Así las cosas, en tanto el planteo que se intenta revivir, replicándolo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no guarda relación directa e inmediata con lo efectivamente resuelto por este Tribunal en la causa, sólo corresponde denegar el remedio incoado.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Juan Carlos Maccagnoni, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 44, punto 2.

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

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

CLXXXI

"OTAEGUI, JULIO CÉSAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OTAEGUI, JULIO CÉSAR C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Deserción del recurso. Tribunal superior de la causa. Cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

SUMARIOS:

1. Si bien las decisiones como la que declaró desierto el recurso de apelación, en principio, no satisfacen el recaudo objetivo de derivar del tribunal superior de la causa (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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La resolución dictada en segunda instancia que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la sentencia definitiva de primera instancia, final de mérito para el litigio, no priva a la Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en relación con el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 27 LPTSJ. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Para que el recurso de inconstitucionalidad pueda tener sustento, el recurrente está obligado a someter a consideración del Tribunal razones de naturaleza constitucional para cuestionar, exclusivamente, la declaración de deserción de la apelación, pues la Cámara no dictó una sentencia de mérito que permita debatir ante este estrado los aspectos constitucionales de la cuestión de fondo, tratada por la señora jueza de primera instancia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Corresponde rechazar el recurso de queja si las consideraciones formuladas por el actor en el recurso de inconstitucionalidad relativas a que se decidieron cuestiones no pedidas, son sólo un nuevo intento por controvertir los motivos dados por la jueza de primera instancia para decidir como lo hizo, y no introduce ninguna cuestión constitucional en su presentación dirigida a refutar los argumentos vertidos en el pronunciamiento de la alzada que declaró desierto el recurso de apelación *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

6. La mera cita de normas constitucionales no basta para considerar acreditada la adecuada correspondencia entre los derechos y garantías que se afirman conculcados y la sentencia recurrida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Si las objeciones formuladas en el recurso de queja remiten a cuestiones de hecho y prueba ajenas —como principio— a esta instancia extraordinaria, de nada sirven las meras referencias a normas constitucionales que el actor expresa, pues carecen de la necesaria correspondencia entre ellas y la decisión impugnada *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. El recurso de queja no es admisible si no contiene una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y las exiguas e infundadas consideraciones que la quejosa formula no son más que una sintética y desvinculada reiteración de las que enunciara en el recurso denegado y no constituyen una impugnación fundada y autónoma del resolutorio impugnado *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

9. La quejosa introduce tardíamente argumentos complementarios del recurso de inconstitucionalidad, desconociendo que el recurso de hecho no constituye una oportunidad procesal para que los litigantes procuren superar los defectos de fundamentación del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad, puesto que son de índole procesal y se vinculan con aspectos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, cuya dilucidación, por regla, es propia de los jueces de mérito. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. La referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6479/09 - 19/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Julio César Otaegui promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), con el objeto de que se declare que "con la visión que tengo soy apto para obtener la licencia de conductor particular de automóviles" (fs. 1/4 de las actuaciones principales).

Expuso que —en oportunidad de concurrir a dependencias del Automóvil Club Argentino a los efectos de renovar su licencia para conducir y tras ser examinado por la técnica óptica—, le fue retirada su licencia. Posteriormente y, con motivo de ello, fue nuevamente revisado sucesivamente por el señor Gabriel González y el doctor Lotorto, pero tampoco en este caso superó la prueba de la visión. Señaló, además, que no obstante haber requerido que se realizase una junta médica, ésta le fue negada, pues "la habilitación dependía exclusivamente de la prueba del aparato". Afirmó ver "bien con anteojos tanto de cerca como de lejos" y que "hasta el 6/10/2007 he manejado sin inconvenientes".

2. Al contestar el traslado de la demanda, el GCBA solicitó su rechazo (fs. 17/22 vta. de los autos principales). Ello, en atención a que —contrariamente a lo sostenido por el actor— éste fue efectivamente evaluado por una junta médica que lo declaró "no apto" para la conducción de vehículos en la vía pública, no sólo por el resultado de la evaluación visual "sino que obedeció a una sumatoria de patologías (...) que llevaron a la autoridad de aplicación a no habilitarlo para conducir en razón que presenta un riesgo para sí mismo y para terceros". Concluyó, por tanto, en que no le asistía derecho subjetivo alguno al actor a que se le otorgase una licencia para conducir, en tanto carecía de las aptitudes psicofísica y visual para ello, de acuerdo con las prescripciones de la ley nacional 24.449, su dec. regl. 779/PEN/1995 y la ley local 2148.

3. La jueza de primera instancia, a su turno, desestimó la acción de amparo incoada (fs. 49/50 vta. de la causa principal).

Arribó a tal conclusión luego de considerar —principalmente— que la aptitud visual no era la única necesaria para otorgar la licencia de conductor que solicitaba el actor, teniendo en cuenta que del informe efectuado por la Dirección General de Educación Vial y Licencias surgía que éste tampoco había superado las restantes aptitudes evaluadas por la junta médica (evaluación psicológica, auditiva y clínica), por lo que por la sumatoria de patologías, el

actor presentaba un riesgo para sí y para terceros, en la conducción de vehículos en la vía pública.

4. Disconforme con la decisión, el actor dedujo recurso de apelación contra ella. Argumentó que la sentencia violó el principio de congruencia y, con ello, su derecho de defensa, puesto que la demanda que promovió sólo tuvo por objeto que se declarase que su visión era apta para conducir automóviles particulares, no para que se le otorgase la licencia para conducir, dado que —una vez aprobado el examen de la vista— debía rendir los restantes. Adujo, también, que el pronunciamiento dio por sentada la realización de una junta médica inexistente y que se le negó el derecho a probar la falsedad de sus conclusiones (fs. 54/56 vta. de los autos principales).

5. La Sala ll de la Cámara CAyT, previo traslado al GCBA de los agravios presentados por el actor (el que fue contestado a fs. 57/58 vta. de las actuaciones principales), resolvió declarar desierto el recurso deducido por la parte actora (fs. 62/63 del expediente principal).

Sustentó su decisión en que el actor no había logrado exponer —en forma razonada— el error en que sostenía había incurrido la jueza de grado, por lo que sus manifestaciones resultaban simples discrepancias con el temperamento adoptado en la anterior instancia. Sin perjuicio de lo cual puntualizó —en relación a la objeción de que se había decidido fuera de lo pedido— que: "...una sentencia judicial en un proceso de amparo no puede tener como finalidad emitir una mera declaración de que una persona no tiene problemas visuales, sino debe responder a una razón concreta y específica para hacer cesar una acción u omisión manifiesta. Naturalmente, que —por vía de hipótesis— dictar un pronunciamiento como el requerido por el amparista, no tendría por consecuencia tal efecto". Agregó, por otra parte, que no existió una lesión a la garantía de la defensa del actor, desde que "la falta de prueba sobre el punto obedeció —en todo caso— al temperamento procesal que adoptó la propia actora y no a que el juzgado haya procedido en forma arbitraria al proveer la prueba".

6. Frente a la declaración de deserción del recurso, el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad. Centró sus objeciones en que —a su entender—: *1)* sí había criticado la sentencia de primera instancia, toda vez que había demandado que se declarase que su visión "era apta para conducir" y se había resuelto que "no era apto para obtener una licencia"; *2)* su pretensión había tenido por fin que —una vez aprobado el examen de la vista— se le efectuaran los restantes exámenes, lo que nunca ocurrió; *3)* se le había denegado el incidente de redargución de falsedad que introdujo, porque se trataba de copias simples y sobre la base de esas mismas copias se había afirmado que no era apto psi-

cológica, auditiva, ni clínicamente. Fundó sus agravios en lo dispuesto por los arts. 17 y 18 de la C.N. y 10, 12, inc. 5º y 113, inc. 3º de la Constitución local (fs. 67 y vta. de las actuaciones principales).

7. Contestado, por el GCBA, el traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por el actor (fs. 74/80 vta.), la Cámara decidió rechazarlo por ausencia de caso constitucional (fs. 84 de los autos principales).

8. Ante el rechazo, el actor articuló la correspondiente queja (fs. 21/23 vta. de este incidente). Mantuvo los agravios vertidos en oportunidad de plantear el recurso de inconstitucionalidad. Agregó que*: i)* solicitó la designación de un perito médico, pero tal petición le fue denegada mediante una resolución que resultaba inapelable; y que *ii)* la sentencia era arbitraria.

9. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició su rechazo, en atención a que las razones del rechazo de la pretensión del actor no provenían del tribunal superior de la causa (fs. 30/31).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde 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 las razones dadas por la Sala ll de la Cámara para declarar desierto el recurso de apelación al no provenir del tribunal superior de la causa no son pasibles de ser cuestionadas por el recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja (fs. 30/31).

Aunque, en principio, decisiones de tal índole no satisfacen el recaudo objetivo de impugnación señalado por el señor fiscal (véase art. 27, ley 402), sucede lo contrario cuando la resolución de la Cámara que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la sentencia 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 c/Augusto C. Trouillet" —*Fallos,* 261:420—, sentencia del 17/5/1965, entre muchos otros), opinión que, si bien fue establecida para el recurso extraordinario federal, equivale en el caso al rechazo del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de primera instancia, final 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).

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 Osvaldo 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: "Lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario..." (expte. nº 3922/05, sentencia del 5/10/2005). Este criterio es coincidente con los fallos de la CSJN que el señor juez Casás cita en su voto, y que, por lo demás, la Corte reitera, con palabras semejantes, en numerosos precedentes, así: "...en virtud de su carácter fáctico y procesal, resultan irrevisables en la instancia extraordinaria las conclusiones a que arribara la Cámara respecto de la deserción del recurso..." (*in re* "Robot SACIFI c/Administración General de Puertos" —*Fallos,* 310:2214—, sentencia del 20/10/1987); o: "la decisión referente a la insuficiencia de la expresión de agravios y a la consiguiente deserción del recurso es, como regla, ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte" (causa: "Santos Cifuentes y otros c/Nación Argentina (Ministerio de Economía)" —*Fallos,* 314:800—, sentencia del 6/8/1991).

De tal manera, para que el recurso de inconstitucionalidad pueda tener sustento, el recurrente 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 la señora jueza de primera instancia.

4. Ahora bien, a poco que se advierta, las consideraciones formuladas por el actor en el recurso de inconstitucionalidad relativas a que se decidieron cuestiones no pedidas (que no era apto para obtener la licencia, cuando lo que había solicitado era que se declarase que con la visión que tenía podía conducir), a que lo resuelto le impidió someterse a los restantes exámenes y a que se le negó el derecho a probar que no existió junta médica alguna, son sólo un nuevo intento por controvertir los motivos dados por la jueza de primera instancia para decidir como lo hizo. Ciertamente, ninguna cuestión constitucional introduce

en su presentación el recurrente dirigida a refutar los argumentos vertidos en el pronunciamiento de la alzada que declaró desierto el recurso de apelación. En otras palabras, el actor no se hace cargo de demostrar que la apelación que dedujo contra la sentencia de primera instancia fue incorrectamente declarada desierta por el *a quo*.

No puede tenerse por cumplido este extremo, tampoco, con la desnuda referencia a normas constitucionales que efectúa el actor. La mera cita de normas constitucionales —como la que realiza el recurrente a fs. 18 vta.— no basta para considerar acreditada la adecuada correspondencia entre los derechos y garantías que se afirman conculcados y la sentencia recurrida.

5. Por otro lado, la Sala II sustentó el rechazo del recurso de inconstitucionalidad en el hecho de que "...en su presentación el actor no funda en ningún momento la existencia de caso constitucional, deviniendo sus aseveraciones en meras conjeturas que reiteran lo dicho a lo largo del proceso..." y en que "...la cuestión —a estar por los escuetos términos del recurso— estriba en cuestiones de índole procesal no aptas para abrir la vía del recurso de inconstitucionalidad..." (fs. 19).

Y de cara a los términos en que la queja fue articulada, no puede tenerse por satisfecha 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 n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni por rebatidos racionalmente 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).

Es que en ella el actor reitera —una vez más— argumentaciones encaminadas a cuestionar la sentencia de la jueza de primera instancia, pero en momento alguno critica la decisión del *a quo* de denegar el recurso de inconstitucionalidad con sustento en la ausencia de caso constitucional. En efecto, las objeciones remiten a cuestiones de hecho y prueba (entre otras cosas, a si su vista era o no apta, a si efectivamente existió una junta médica), ajenas —como principio— a esta instancia extraordinaria. A estos efectos, de nada sirven las meras referencias a normas constitucionales que el actor formula (fs. 21/23), pues —del modo en que fueron introducidas— carecen de la necesaria correspondencia —exigida para estos casos— entre ellas y la decisión impugnada. Repárese, también, en que limitarse a alegar —sólo en esta oportunidad y huérfana de

fundamentos— la arbitrariedad de la sentencia de grado, resulta insuficiente para considerar configurada la existencia de caso constitucional.

6. Así las cosas, más allá del acierto o error de la sentencia de la señora jueza de grado que rechazó la acción de amparo interpuesta, no resulta posible ingresar en su consideración debido a que el 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. 21/23 vta. por Julio C. Otaegui, no puede prosperar.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja no critica el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Las exiguas e infundadas consideraciones que la quejosa formula son: "*1)* Critiqué la sentencia pues demandé que se declarara que mi visión era apta para conducir y se resolvió que no era apto para obtener una licencia. *2)* Se negó mi derecho a probar la falsedad de la inexistente junta médica" (fs. 21 vta., destacado en el texto original).

Las reseñas aludidas no son más que una sintética y desvinculada reiteración de consideraciones del recurso denegado y no constituyen una impugnación fundada y autónoma del resolutorio de fs. 20.

Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros). Recaudo que no se verifica en autos en atención a las razones indicadas.

Por último, la quejosa introduce tardíamente argumentos complementarios del recurso de inconstitucionalidad. Desconoce que el recurso de hecho no constituye una oportunidad procesal para que los litigantes procuren superar los defectos de fundamentación del recurso de inconstitucionalidad.

2. Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja que interpusiera el señor Julio César Otaegui (fs. 21/23).

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que propician mis colegas preopinantes en sus respectivos votos y agrego unas breves puntualizaciones adicionales.

2. Además de no rebatir fundadamente el auto denegatorio obrante a fs. 84 de los autos principales, la queja interpuesta por el señor Otaegui no puede prosperar,

pues, en definitiva, intenta sostener ante el Tribunal un recurso que no ha logrado acreditar la existencia de un caso constitucional derivado de la decisión de la Cámara que declaró desierta la apelación deducida contra la sentencia de la jueza de grado que rechazó el amparo.

En este sentido, debe recordarse que las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad, puesto que son de índole procesal y se vinculan con aspectos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, cuya dilucidación, por regla, es propia de los jueces de mérito. Sobre este mismo tema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentado en numerosos precedentes que: "(l)o 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" (*in re* "Jorge R. Moras Mom c/Nación Argentina —Poder Judicial de la Nación—", sentencia del 7/12/1988, *Fallos,* 311:2629; véase idéntica doctrina en *Fallos,* 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Desde esta perspectiva, entiendo que las consideraciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en realidad, sólo traducen un intento por controvertir los motivos dados por la jueza de primera instancia para decidir el rechazo del amparo y no la decisión de la Cámara que declaró desierta la apelación. En otras palabras, el actor no desarrolla desde el plano constitucional una crítica concreta y suficiente de los fundamentos expresos brindados por la Sala II para declarar desierto el aludido recurso. A estos efectos, la cita genérica de normas constitucionales y la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no bastan para considerar acreditada la adecuada correspondencia entre los derechos y garantías que se afirman conculcados y el contenido concreto de la decisión resistida. Por este motivo, resulta aplicable la reiterada doctrina del Tribunal según la cual "[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento es insuficiente (...) ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss.).

En consecuencia, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 21/23 vta., aclarando a todo evento que no resulta posible ingresar en el planteo de fondo que ella agita —al criticar el rechazo de la acción de amparo decidido en primera instancia—, en tanto no se ha logrado rebatir fundadamente la decisión

de la Cámara que declaró desierta la apelación obrante a fs. 54/55 vta. de los autos principales.

Así lo voto.

Por ello, oído lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Julio César Otaegui.

2º. *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.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CLXXXII

"COHEN ÁLVAREZ, EDGARDO A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/COHEN ÁLVAREZ, EDGARDO A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. EJECUCIÓN FISCAL: Sentencia definitiva. Inhabilidad de título. Inexistencia manifiesta de deuda. Impuesto sobre los ingresos brutos. CONTRATO DE TRABAJO: Arbitrariedad de sentencia. DEBIDO PROCESO: Tutela judicial efectiva.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prospera respecto del agravio relativo a que el agente que suscribió el certificado de deuda que se persigue ejecutar no se encontraba habilitado para firmarlo, pues la decisión acerca de esas cuestiones en los procesos ejecutivos no constituye una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 27 de la ley 402), ni el recurrente ha demostrado que corresponda hacer excepción a ese principio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado con relación a los planteos dirigidos a impugnar la sentencia de Cámara en cuanto no trató la excepción de inhabilidad de título fundada en la inexistencia manifiesta de actividad alcanzada por el hecho imponible del ISIB, a fin de acreditar la cual

acude a pronunciamientos de la justicia del trabajo, pasados en autoridad de cosa juzgada, que habrían resuelto que entre el ejecutado y las empresas para las cuales trabajó medió un contrato de trabajo en los términos del art. 23 de la L.C.T. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La inexistencia de la deuda reclamada y poner a un trabajador en la situación de tener que pagar el tributo para luego repetir lo abonado, aun cuando por su situación de hecho, a la luz de lo que disponen las normas laborales, no debió facturar sus trabajos, tal como habría sido reconocido por la justicia del trabajo, llevan a hacer excepción a la regla según la cual no son definitivos los pronunciamientos emitidos en juicios ejecutivos que pueden ser revisados en ulteriores procesos de conocimiento, equiparando a definitiva la sentencia de Cámara en cuanto omitió tratar ese planteo, en atención a que la deuda ejecutada es manifiestamente inexistente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Obligar a un trabajador a abonar un impuesto en el marco de una ejecución fiscal para que luego reclame los montos ingresados en un proceso de repetición ulterior cuando la prueba dirimente para resolver si existe la deuda reclamada es una que resulta de fácil producción, sin que su tratamiento se muestre como uno que venga a desvirtuar al proceso de ejecución, se contrapone a lo dispuesto en las normas laborales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que el *a quo* no pudo dejar de tratar la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de pronunciamientos de la justicia del trabajo, pasados en autoridad de cosa juzgada, que habrían reconocido que la relación que unió lo unió con las empresas a las que facturó todos sus trabajos fue un contrato de trabajo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La sentencia de Cámara que rechazó el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el ejecutado constituye un supuesto de "sentencia arbitraria", por omitir expedirse sobre una cuestión esencial para la correcta solución del caso, consistente en la inexistencia de deuda —encuadrada en la excepción de inhabilidad de título— por no configurarse el hecho imponible del tributo reclamado en esta ejecución fiscal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Dado que en el presente proceso ejecutivo, no se requiere un debate fáctico y probatorio que atente contra la celeridad y los límites cognoscitivos del juicio de apremio, sino simplemente solicitar la remisión y analizar el juicio laboral mencionado por el ejecutado, y la incidencia de lo allí resuelto en la pretensión fiscal ejercida en autos, la postergación de la discusión para un juicio ordinario posterior, significa un rigorismo formal incompatible con el respeto a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La falta de atención de la naturaleza de la vinculación laboral que alega haber mantenido el ejecutados con las firmas para las que trabajó,

que se encontraría confirmada, en términos de verdad legal en una causa, con sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, de la justicia laboral, importa una renuncia consciente de atenerse a la verdad jurídica objetiva, con las implicancias disvaliosas que de ello pudieran derivarse, ya que, en tal caso, el demandado podría no resultar contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos que se le reclama en el cobro ejecutivo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. El hecho de que el pronunciamiento haya recaído en un juicio de ejecución fiscal, el cual, por regla, no constituye sentencia definitiva apta para habilitar la competencia de este estrado, no es óbice para dejar sin efecto la sentencia, si la quejosa invoca inexistencia manifiesta de deuda. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad en relación al agravio dirigido a impugnar la falta de tratamiento por el *a quo* de la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de decisiones de la Justicia del Trabajo, pasadas en autoridad de cosa juzgada, que darían cuenta de que el demandado prestó servicios, por los períodos impositivos por los que se le reclama impuesto sobre los ingresos brutos, reenviando la causa a la Cámara para que los mismos jueces que entendieron en ella, con los elementos de juicio pertinentes, se expidan sobre la esa excepción. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

11. Cabe hacer excepción al acotado ámbito de debate al que se ciñe el juicio ejecutivo, debiendo, por lo tanto, producirse prueba en torno a la defensa de inhabilidad de título, ante la posible proyección de la cosa juzgada material definida en sede laboral que puede incidir en el marco del juicio ejecutivo y que, en rigor operaría por el carácter subordinante del juicio ordinario —esta vez no posterior sino anterior al juicio ejecutivo—; cosa juzgada que debe ser analizada, aun sin pedimento de parte, por el tribunal competente en atención a resultar posiblemente comprometido el orden público y derechos y garantías constitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La sentencia que rechaza las excepciones planteadas por la demandada y manda a llevar adelante la ejecución no es definitiva, en tanto la cuestión puede ser revisada en un juicio posterior. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. Cabe rechazar el recurso de queja si no se acredita un agravio constitucional, ya que el remedio intentado remite al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas a los límites del recurso de inconstitucionalidad, y, por ende, irrevisables por el TJS. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6175/08 - 20/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala I de la Cámara CAyT, al rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado, confirmó la decisión del juez de primera instancia en cuanto, en lo que ahora importa, rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución, con intereses y costas (fs. 105/106 vta.). Para así decidir, sostuvo que la excepción de inhabilidad formulada por el recurrente en base a la inexistencia de deuda no apuntaba a denunciar un vicio en las formas extrínsecas del título, sino que tenían por fin discutir la causa de la obligación. En esa línea argumental, indicó que "…debe ponerse de resalto, en primer lugar, que las cuestiones planteadas por el recurrente referidas a la relación laboral mantenida por el accionado con las empresas Video Cable y Multicanal, así como la prueba cuya producción solicitara el recurrente —remisión del expediente tramitado en el fuero laboral—, son cuestiones que se refieren a la causa de la obligación. Es decir, no se trata de un vicio extrínseco del título ejecutivo y, por ello, excede el ámbito de conocimiento propio de la excepción opuesta" (fs. 105 vta.). Señaló, a su vez, que tampoco surgía en forma manifiesta la inexistencia de la deuda denunciada; circunstancia que, a su criterio, quedaba acreditada por "...la propia actitud asumida por el ejecutado al requerir la producción de prueba tendiente a acreditar la inhabilidad de la constancia de deuda con sustento en la existencia de 'fraude laboral'" (fs. 105 vta.). Por lo demás, y con relación a los planteos dirigidos a controvertir el hecho de que el magistrado de grado había denegado la apertura a prueba a fin de requerir el expediente que tramitó ante la justicia del trabajo, sostuvo que "…el pedido de la recurrente no reúne los requisitos enunciados precedentemente, en tanto no contiene una argumentación debidamente fundada en orden a demostrar la procedencia de proveer las medidas de prueba que no han sido proveídas en las instancia de grado.// En efecto, […] la prueba solicitada implica adentrarse al estudio de la causa de la obligación y, tratándose el presente de un proceso ejecutivo, dicho análisis excede el límite de admisibilidad de la excepción opuesta. Un proceder contrario importaría la ordinarización del juicio ejecutivo en claro detrimento el juicio ordinario posterior…" (fs. 106).

Finalmente, con relación al planteo dirigido a controvertir la competencia de la persona que suscribió el certificado de deuda, expresó que quien suscribió

ese certificado, la señora Rosa Sánchez, se encuentra, conforme surge del art. 1º de la resol. 2934/DGR/99, habilitada a tales fines.

2. El señor Cohen Álvarez planteó recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia (fs. 117/133 vta.). En él sostiene que la decisión de la Cámara resulta violatoria de los arts. 43 y 48 de la CCBA y 14 bis y 16 de la C.N. y de la cosa juzgada material.

Relata que desde febrero de 1988 hasta el año 1999 (tiempo que abarcaría los períodos aquí reclamados) trabajó bajo relación de dependencia de las firmas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal, desempeñándose como instalador domiciliario del servicio de televisión por cable, con una jornada laboral de ocho a nueve horas diarias. Pero dichas firmas, en contraposición a lo que las leyes laborales mandan, trataron de ocultar esa relación laboral haciéndole facturar sus servicios de instalación, por lo que se vio obligado a inscribirse como monotributista y facturar sus trabajos. Comenta que en virtud de esa situación inició una causa laboral contra las mencionadas empresas, la que tramitó bajo los autos "Cohen Álvarez, Edgardo Arnaldo c/Video Cable Comunicación y otros s/otros reclamos" ante el Juzgado Nacional de primera instancia del Trabajo Nº 26; causa en la que se resolvió que el vínculo que lo unió a las mencionadas empresas era un contrato de trabajo, en los términos del art. 23 de la L.C.T (Ley de Contrato de Trabajo); para acreditar lo cual, solicitó que se abra a prueba la excepción de inhabilidad de título y se solicite a la justicia del trabajo que remita el mencionado expediente. En ese contexto, afirma que, como toda su facturación estaba a nombre de esas empresas, no corresponde que tribute importe alguno en concepto de ISIB, porque su actividad, empleado en relación de dependencia, no estaba alcanzada por ese impuesto durante los períodos reclamados.

Sostiene que la decisión del *a quo* de rechazar la excepción de inhabilidad de título fundado en los argumentos desarrollados *supra* resulta violatoria: *i)* de la cosa juzgada porque viene a desconocer lo resuelto por la justicia del trabajo; *ii)* de la doctrina de la CSJN según la cual la excepción fundada en la inexistencia manifiesta de la deuda debe ser tratada en el marco de las ejecuciones fiscales si su tratamiento no viene a desvirtuar el procedimiento previsto para esa clase de acciones, supuesto en el que se encontraría, a su juicio, la excepción descripta; *iii)* del art. 43 de la CCBA que "...protege al trabajo en todas sus formas..." (fs. 127); *iv)* del principio igual remuneración por igual tarea, toda vez que él sería el único trabajador que por su salario debe tributar ingresos brutos; y, finalmente, *v)* del art. 48 de la CCBA que viene a reconocer a nivel local el deber de propender al desarrollo de la persona y la justicia social; fines ambos que, afirma, se verían perjudicados por la sentencia del *a quo* al obligar a un trabajador que pague y luego repita lo abonado.

Sostiene, a su vez, que la Cámara yerra al afirmar que el agente que firmó el certificado de deuda que se le pretende ejecutar, la señora Rosa Sánchez, se encontraba autorizada para suscribir ese título. En ese orden de ideas, manifiesta que esa agente sólo se encontraba autorizada "...para emitir [...] constancias para el cobro de diferencia[s] de avalúo" (fs. 131 vta.).

3. Previa contestación del traslado por el GCBA (fs. 138/147), la Sala I denegó la concesión del recurso porque no se dirigía contra una sentencia definitiva, ni el demandado había logrado demostrar que corresponda equiparla a tal por generarle un perjuicio de imposible reparación ulterior. Por lo demás, agregó que los planteos del recurrente no versaban acerca de la interpretación de normas constitucionales (fs. 149/149 vta.).

4. Ante esa denegatoria, el demandado interpuso la queja que obra a fs. 34/55 (del expte. de la queja).

5. El señor fiscal general adjunto dictaminó a favor de que se rechace esa queja (fs. 70/72, del expte. de la queja); para lo cual recordó que, por regla, las sentencias dictadas en juicios ejecutivos no constituyen la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, regla a la que, a su juicio, no cabe hacer excepción en el *sub lite*.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Primeramente, corresponde tratar el planteo del recurrente dirigido a controvertir la afirmación de la Cámara según la cual el agente que suscribió el certificado de deuda que se persigue ejecutar en el *sub lite*, la señora Rosa Sánchez, se encontraba habilitada para firmarlo, conforme surge del art. 1º de la resol. 2934/DRG/99 (fs. 105vta./106). Ello así, porque de tener acogida favorable ese planteo resultaría innecesario expedirse acerca del resto de los agravios.

Con relación a esa cuestión la queja no puede prosperar. Como principio, tal como indicó el *a quo* en la denegatoria, la decisión acerca de esas cuestiones en los procesos ejecutivos no constituye una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 27 de la ley 402). A su vez, en el *sub lite* tampoco el recurrente ha demostrado que corresponda hacer excepción al mencionado principio. El recurrente no invocó, por ejemplo, junto con el planteo tendiente a apuntar la falta de competencia de quien firmó la certificación que se pretende ejecutar, que los hechos que constata ese certificado de deuda sean inexistentes. El demandado únicamente discrepa con la interpretación de las normas infraconstitucionales que efectúo el *a quo* (la resol. 2934/DRG/99) y con el análisis de las cuestiones de hecho que realizó

en derredor de esa norma para llegar a la afirmación señalada en el párrafo que antecede, cuestiones ambas, por regla, ajenas a la competencia de este Tribunal. Por lo demás, el planteo que desarrolla el recurrente en torno a la inexistencia manifiesta de la obligación reclamada, no versa acerca de los hechos que da cuenta el "certificado de deuda", sino, como se verá en lo que sigue, en torno a la causa de la obligación.

2. Ahora bien, como quedará expuesto en lo que sigue, el recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado con relación a los planteos dirigidos a impugnar la sentencia de fs. 105/106 en cuanto no trató la excepción de inhabilidad de título fundada en la inexistencia manifiesta de actividad alcanzada por el hecho imponible del ISIB, a fin de acreditar la cual acude a pronunciamientos de la justicia del trabajo, pasados en autoridad de cosa juzgada, que habrían resuelto que entre el señor Cohen Álvarez y las empresas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal medió un contrato de trabajo en los términos del art. 23 de la L.C.T. (véase segundo párrafo del punto 2 de los resultas).

3. Con carácter previo, cabe señalar que el ordenamiento jurídico es uno solo. Esa circunstancia lleva a que el intérprete deba buscar sistematizarlo por medio de sus decisiones, a fin de evitar que unos preceptos normativos vengan a desvirtuar o privar de efectos a otros. En este orden de ideas, la CSJN ha señalado, en numerosas oportunidades, "...que es regla de hermenéutica de las leyes atender a la armonía que ellas deben guardar con el orden jurídico restante y con las garantías de la Constitución, y que en casos no expresamente contemplados ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos legislativamente. Por ello, no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que avente el riesgo de un formalismo paralizante; debiéndose buscar en todo tiempo una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, pudiéndose arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa como de la judicial" (*Fallos,* 300:417; 302:1209, 1284, entre muchos otros). Esa circunstancia lleva a que aun cuando una misma cuestión admita soluciones dispares según la perspectiva desde la que se la aborde, es misión del juez buscar una interpretación que venga armonizar las unas con las otras, a fin de evitar que una situación que una parte del ordenamiento buscó tutelar en una forma específica, quede al desamparo de esa tutela por la aplicación estricta de otra parte del ordenamiento jurídico.

3.1. Conforme surge de la sentencia de Cámara, la que remite en el relato de los hechos al certificado de deuda que obra a fs. 1/2, y no fue materia de controversia, el GCBA inició este proceso contra el señor Cohen Álvarez, Edgardo A.,

a fin de obtener el cobro de la suma de $ 5.744,34, más sus intereses y costas, en concepto de pago a cuenta del ISIB —conf. las facultades que le acordaba el art. 134 del C.F., t.o. 1999, vigente a la fecha de emisión del certificado de deuda—, por los siguientes períodos: 1994, pos. 12; 1995, pos. 1 a 12; 1996, pos. 1 y 7 a 12; 1997, pos. 1 y 7 a 11; y 1998, pos. 1 a 11.

Por su parte, desde el inicio de esta ejecución el demandado viene manifestando que por la actividad que realizó durante los períodos reclamados en el *sub lite*, trabajo bajo relación de dependencia, no tendría que tributar monto alguno en concepto de ISIB, por no encontrarse esa actividad alcanzada por el hecho imponible del mencionado impuesto. Señaló ante las instancias de mérito (conf. surge del relato de la Cámara), y reitera ante ésta, que si bien durante los períodos cuyo pago se reclama estuvo inscripto como monotributista y facturó sus trabajos de instalador a las empresas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal la prestación de sus servicios (únicas facturas que afirma haber emitido durante ese tiempo), lo cierto es que estaba bajo relación de dependencia de esas empresas, que lo habrían puesto en la disyuntiva de facturar sus servicios de la manera indicada, esto es, en "fraude" a lo que la ley laboral ordena, o perder su fuente de ingresos; situación esta última que, afirma, fue reconocida por la justicia del trabajo, mediante un pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada en el que se resolvió que la relación que lo unía a él con las mencionadas empresas, a quienes facturaba, era un contrato de trabajo. A fin de acreditar dichos extremos solicitó a los jueces de mérito que se abriese a prueba la causa por la excepción de inhabilidad de título mencionada en el punto 2 de este voto, requiriéndose a la justicia del trabajo el expediente donde se dictó la sentencia mencionada más arriba.

3.2. En resumen, el demandado alega que: *i)* la justicia del trabajo resolvió que durante los años 1988 a 1999 fue obligado a prestar sus servicios en contra de lo que las leyes laborales disponen y, por ende, reconoció la existencia de un contrato de trabajo entre él y las empresas mencionadas *supra* (conf. el art. 23 de la L.C.T.); *ii)* todas la facturas que emitió durante ese período fueron hechas a nombre de esas firmas; y, por último; *iii)* por esos motivos no estaría obligado a abonar monto alguno en concepto de ISIB, por los períodos aquí reclamados, porque su actividad, empleado en relación de dependencia, no estuvo, ni está, alcanzada por el hecho imponible del ISIB; situación por la cual sostiene que la deuda es manifiestamente inexistente. Dos consecuencias, cuanto menos, se desprenderían, de ser ciertas, esas manifestaciones. La primera sería que se estaría ejecutando al señor Cohen Álvarez una deuda manifiestamente inexistente. Ello así, porque, conforme señala el recurrente, el producto del trabajo personal ejecutado bajo relación de dependencia, esto es, el salario, no estuvo durante los períodos cuyos pagos aquí se persiguen, ni está, alcanzado por el hecho

imponible del ISIB (cuestión acerca de la cual no corresponde a este Tribunal expedirse, pues de hacerlo lo haría en instancia originaria, dado que el *a quo* no abordó ese tema); carácter que, afirma, le reconoció la justicia del trabajo a la actividad que realizó durante los períodos cuyos pagos aquí se reclaman. La segunda es que la decisión que mandase a llevar adelante la ejecución difiriendo el tratamiento del planteo del demandado para que sea propuesto en un juicio de repetición ulterior vendría a operar en una dirección opuesta a las reglas de derecho común —las leyes laborales dictadas por el Congreso en el marco del art. 75, inc. 12, de la C.N.— mediante las cuales se buscó compensar la situación de debilidad que supone se encuentra el trabajador al momento de negociar con su empleador la relación que los va a unir. Ello ocurriría sin una razón suficiente, toda vez que las normas que definen la obligación tributaria —a diferencia de las que autorizan percepciones provisorias por montos presuntos— no gravan al trabajo ejecutado en relación de dependencia. En otros términos, la decisión *sub examine* viene a obligar a un trabajador a afrontar el pago de un impuesto por haber sido puesto en una situación que el derecho laboral busca evitar que se dé. Esa consecuencia, como quedó expuesto en el punto 3 de este voto, el juez debe intentar evitarla. El juez debe buscar una interpretación de las normas que evite enfrentar unas partes del ordenamiento con otras. En el caso, a la luz de los agravios reseñados, las dos partes del ordenamiento jurídico que se encuentran en puja son, por un lado, las normas laborales que persiguen, como quedó expuesto, compensar una situación de debilidad que presume se encuentra el trabajador al sentarse a negociar con el empleador y, por el otro, las normas que regulan los procedimientos de ejecuciones fiscales.

Esas dos consecuencias a las que llevarían de ser ciertos los planteos del demandado, la inexistencia de la deuda reclamada y poner a un trabajador en la situación de tener que pagar para luego repetir lo abonado, aun cuando por su situación de hecho, a la luz de lo que disponen las normas laborales, no debió facturar sus trabajos, tal como habría sido reconocido por la justicia del trabajo, llevan, en primer lugar, a hacer excepción a la regla según la cual no son definitivos los pronunciamientos emitidos en juicios ejecutivos que pueden ser revisados en ulteriores procesos de conocimiento, equiparando a definitiva la sentencia de Cámara en cuanto omitió tratar el planteo detallado en lo párrafos que anteceden. Corresponde hacer excepción a esa regla cuando la deuda ejecutada es manifiestamente inexistente (*Fallos,* 315:1916; 302:861, entre muchos otros), supuesto invocado por el demandado en el *sub lite*. Esa excepción encuentra apoyo en el hecho de que la prolongación de trámites judiciales, remitiendo a un proceso futuro de conocimiento pleno y resultado anunciado, lo que puede ser fácilmente resuelto en uno presente ejecutivo, sin desnaturalizarlo, constituye un ritualismo inútil incompatible con el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva que garantizan la Constitución Nacional

y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; condiciones que reviste el planteo del demandado, como se verá en el punto 4.1.1.2. de este voto. A su vez, en el *sub lite* se suma, como motivo para hacer lugar a la excepción de inhabilidad a la que me vengo refiriendo, el hecho de que constituye una forma de armonizar la tutela que quiso brindarle el ordenamiento jurídico, por un lado, a los trabajadores y, por el otro, al mecanismo de recaudación. Ello así, porque resulta en contraposición a lo que las normas laborales disponen obligar a un trabajador a abonar un impuesto en el marco de una ejecución fiscal para que luego reclame los montos ingresados en un proceso de repetición ulterior cuando la prueba dirimente para resolver si existe la deuda reclamada es una que, como quedará expuesto en el punto 4.1.1.2. de este voto, resulta de fácil producción, sin que su tratamiento se muestre como uno que venga a desvirtuar al proceso de ejecución. Es decir, la tensión en que pone los agravios del recurrente a las normas laborales con las que regulan el procedimiento de ejecución fiscal, puede ser descomprimida, en el caso, con el tratamiento de esos agravios en el marco del proceso de ejecución fiscal evitando de ese modo que, de ser ciertos esos planteos, el trabajador tenga que iniciar un proceso ulterior donde reclame su acreencia.

4. Adelanto, a su vez, que por los motivos expuestos hasta aquí y por los que agrego más abajo, corresponde revocar la sentencia de fs. 105/106 en cuanto no trató el planteo mencionado en el punto 2 de este voto.

4.1. La Sala I de la Cámara CAyT rechazó los planteos del demandado dirigidos a sostener la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de pronunciamientos de la justicia del trabajo que habrían reconocido que la facturación emitida por él a nombre de las empresas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal se realizó en fraude a la ley laboral porque: *i)* esos planteos versaban acerca de la obligación y no de las formas extrínsecas del título que se pretende ejecutar; y *ii)* no surgía en forma manifiesta la inexistencia de la deuda denunciada, circunstancia que, a juicio del *a quo*, quedaba demostrado por el hecho de que el demandado había requerido que se produjese prueba en torno a esa alegación: la remisión del expediente tramitado ante el fuero del trabajo (prueba cuya producción desvirtuaba, a criterio de la Cámara, el proceso de ejecución).

4.1.1. A la luz de lo expuesto en los puntos 3, 3.1. y 3.2. de este voto, varias son las cuestiones que en el *sub lite* llevan a tener que tratar la excepción que fundó el recurrente en la inexistencia manifiesta de la deuda.

4.1.1.1. Primeramente, cabe reiterar que el tratamiento de esa excepción, tal como adelanté al final del punto 3.2. de este voto, contribuiría a armonizar el ordenamiento normativo evitando que de ser ciertos los hechos denunciados

por el demandado se lo condenara a pagar un impuesto por haber sido obligado a prestar sus servicios en contraposición a lo que las normas laborales ordenan, para que luego, en base a esos mismos argumentos, reclame los montos ingresados mediante un juicio de repetición ulterior (en este punto remito a lo dicho en puntos 3 y 3.1. de este voto).

4.1.1.2. A su vez, la prueba que requirió el recurrente para fundar sus dichos, esto es, que se solicite la remisión del expediente tramitado ante el fuero del trabajo, a diferencia de lo que entendió el *a quo*, no se muestra como una que venga a desvirtuar el proceso de ejecución.

4.1.1.3. Finalmente, a lo señalado *supra* se aduna el hecho de que el certificado de deuda que se busca ejecutar no constata una obligación tributaria mediante un procedimiento administrativo en el que el demandado hubiese podido oponer a las impugnaciones y cargos que le fueran formulados en la resolución que da inicio a una determinación de esa especie los argumentos que entendiese pertinentes, ofrecer pruebas en torno a ellos y producirlas, etc.; planteos que, por lo demás, la Administración con carácter previo a dictar el acto determinativo debería haber resuelto. Conforme surge de la sentencia de Cámara, y no fue discutido por la partes, la Dirección General de Rentas emitió el mencionado certificado de deuda en ejercicio de las facultades que le acordaba el art. 134 del C.F., t.o. 1999, previsión legal que le permitía, al tiempo en que se inició esta ejecución, requerir el pago provisorio de impuestos vencidos a quienes no hubieran presentado declaraciones juradas ni regularizado su situación dentro de los 15 días de intimados.[30] Es decir, a la Administración le bastó para emitir

[30] En este orden de ideas, el art. 134 del C.F., t.o. 1999, establecía que "[e]n los casos de contribuyentes que no presenten declaraciones juradas por uno o más períodos fiscales o anticipos, la Dirección General los emplazará para que dentro del término de quince (15) días presenten las declaraciones juradas e ingresen el impuesto correspondiente.// Si dentro de dicho plazo no regularizan su situación podrá requerirse judicialmente el pago, a cuenta del gravamen que en definitiva les corresponde abonar, de una suma equivalente al gravamen declarado o determinado en el período fiscal o anticipo más próximo, según corresponda por cada una de las obligaciones omitidas.// Existiendo dos períodos o anticipos equidistantes se ha de tomar el que arroje mayor gravamen. En ningún caso el importe así determinado podrá ser inferior al que a tal efecto fije la Ley Tarifaria para las distintas actividades.// Cuando no exista gravamen declarado o determinado que pueda servir de base para el cálculo de la suma a requerir como pago a cuenta, se reclamará en tal concepto el importe que, para la actividad del contribuyente, establezca la Ley Tarifaria.// Tratándose de contribuyentes no inscriptos podrá requerirse como pago a cuenta, una suma equivalente al duplo del importe fijado para cada actividad por la Ley Tarifaria.// Luego de iniciada la ejecución fiscal el Gobierno de la Ciudad de Buenos de Aires no está obligado a considerar las reclamaciones del contribuyente contra el importe requerido, sino por vía de repetición y previo pago de las costas y gastos del juicio.

el certificado de deuda con constatar que el señor Cohen Álvarez se hallaba inscripto en el ISIB, circunstancia que él no niega, para requerirle judicialmente el pago de los períodos aquí reclamados. El hecho de que la Administración, dado el medio que utilizó para emitir el certificado de deuda, no haya podido valorar los planteos del recurrente al tiempo de emitir el certificado de deuda constituye un motivo más para resolver a favor del tratamiento del planteo del recurrente al que me vengo refiriendo.

5. En virtud de lo expuesto, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que el *a quo* no pudo dejar de tratar la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de pronunciamientos de la justicia del trabajo, pasados en autoridad de cosa juzgada, que habrían reconocido que la relación que unió al demandado con las empresas a las que facturó todos sus trabajos, conforme él afirma, fue un contrato de trabajo. Ahora bien, dado que la resolución de la presente causa remite a la valoración de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas infraconstitucionales como lo es: *i)* requerir a la justicia del trabajo la remisión de las sentencias a que hace alusión el demandado (en la forma que los jueces entiendan más conveniente: v. gr. solicitando la remisión del expediente, copias certificadas de la sentencia, etc.); *ii)* determinar, de ser ciertas las alegaciones del demandado, si el trabajo realizado en esas condiciones está alcanzado por el hecho imponible del ISIB; *iii)* de llegarse a la conclusión de que no está alcanzado, constatar qué períodos abarcan esas resoluciones; y, finalmente, *iv)* establecer qué facturación fue tenida en cuenta por la Administración para iniciar la presente ejecución y qué parte de ella estaría alcanzada por los pronunciamientos de la justicia del trabajo y, toda vez que la Cámara se limitó rechazar la excepción de inhabilidad de título porque excedía el marco cognoscitivo de la presente ejecución, corresponde reenviar la causa a la Cámara Contencioso Administrativo de la CABA, a fin de que se expida con relación a la mencionada excepción y, por ende, trate las cuestiones enunciadas en los puntos que anteceden. Ello así, dado que, por regla, la dilucidación de las cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas infraconstitucionales constituyen materia privativa de los jueces de mérito y ajena a la de esta instancia de excepción.

En síntesis, la sentencia recurrida efectúa un tratamiento del planteo, al que me vengo refiriendo, reñido con el debido proceso, y debe ser, por ello, revocada en cuanto rechazó la excepción de inhabilidad de título por inexistencia de la deuda fundada en que no se había acreditado en el *sub lite* en forma manifiesta la inexistencia de la deuda reclamada, en tanto para su constatación era necesario producir prueba.

Las ejecuciones ágiles de los tributos constituyen un cimiento esencial de la vida de un estado. Pero ello no debe hacer perder de vista que sólo debe

cobrar las deudas efectivamente existentes. Tampoco que la antigüedad del ejercicio al que corresponden los montos que se vienen ejecutando sugiere que su efectiva percepción difícilmente haya sido contemplada para atender al normal desarrollo del gasto público presente, que es el bien centralmente tutelado por el apremio (conf. mi voto *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, sentencia de este Tribunal del 20/11/2006).

6. La solución que propicio no impide que los jueces de la causa continúen a cargo de ella, toda vez que su fallo no los ha llevado a verter opinión acerca de los puntos que el pronunciamiento que propicio dejaría abiertos. Ello, sin decidir acerca de los reparos que eventualmente podrían formular las partes al tiempo en que queden en conocimiento de los jueces que habrán de conocer.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio dirigido a impugnar la falta de tratamiento por parte del *a quo* de la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de decisiones de la justicia del trabajo pasadas en autoridad de cosa juzgada que darían cuenta que el señor Cohen Álvarez durante los períodos aquí reclamados prestó servicios bajo relación de dependencia de las empresas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal; *ii)* reenviar la causa a la Cámara para que los mismos jueces que entendieron en esta causa traten esa excepción; y *iii)* rechazar la queja con relación al agravio tendiente a defender la excepción de inhabilidad de título fundada en la incompetencia de la persona que firmó el certificado de deuda. Costas por su orden, dado que el recurso logró prosperar sólo en parte.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del Dr. Lozano, y agrego las siguientes consideraciones.

Como acertadamente destaca mi colega juez de trámite, la sentencia de la Cámara que rechazó el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el ejecutado constituye un supuesto de "sentencia arbitraria", por omitir expedirse sobre una cuestión esencial para la correcta solución del caso: la inexistencia de deuda —encuadrada en la excepción de inhabilidad de título— por no configurarse el hecho imponible del tributo reclamado en esta ejecución fiscal.

La consideración de dicho planteo no desnaturaliza el presente proceso ejecutivo, ya que no requiere un debate fáctico y probatorio que atente contra la celeridad y los límites cognoscitivos del juicio de apremio. Simplemente requiere solicitar la remisión y analizar el juicio laboral mencionado por el ejecutado, y la incidencia de lo allí resuelto en la pretensión fiscal ejercida en autos.

Postergar esta discusión para un juicio ordinario posterior, significa un rigorismo formal incompatible con el respeto a la tutela judicial efectiva y el

debido proceso. Por ello, hago propio el dispositivo propuesto por el Dr. Lozano, y voto por:

– hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio dirigido a impugnar la falta de tratamiento por parte del *a quo* de la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de decisiones de la justicia del trabajo pasadas en autoridad de cosa juzgada que darían cuenta que el señor Cohen Álvarez durante los períodos aquí reclamados prestó servicios bajo relación de dependencia de las empresas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal; reenviar la causa a la Cámara para que los mismos jueces que entendieron en esta causa traten esa excepción; y
– rechazar la queja con relación al agravio tendiente a defender la excepción de inhabilidad de título fundada en la incompetencia de la persona que firmó el certificado de deuda.

Costas por su orden, dado que le recurso logró prosperar sólo en parte.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, tanto en la solución propuesta como en los fundamentos allí brindados, a los que me permito añadir las consideraciones que puntualizaré seguidamente.

2. El no atender a la naturaleza de la vinculación laboral que alega haber mantenido el señor Edgardo A. Cohen Álvarez con las firmas "Video Cable Comunicación", "Cablevisión" y "Multicanal" que se encontraría confirmada, en términos de verdad legal en una causa, con sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, de la justicia laboral, importa una renuncia consciente de atenerse a la verdad jurídica objetiva, con las implicancias disvaliosas que de ello pudieran derivarse, ya que, en tal caso, el demandado podría no resultar contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos que se le reclama en el cobro ejecutivo.

Es que, como lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia *in re* "Domingo Colalillo c/Compañía de Seguros España y Río de la Plata" —*Fallos,* 238:550—, sentencia del 18/9/1957, el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales ya que: "No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte", por cuanto: "...concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso

contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho".

3. Por otro lado, no es óbice para dejar sin efecto la sentencia el hecho de que el pronunciamiento haya recaído en un juicio de ejecución fiscal, el cual, por regla, no constituye sentencia definitiva apta para habilitar la competencia de este estrado, ya que la quejosa invoca inexistencia manifiesta de deuda y a este respecto el Máximo Tribunal ha excepcionado el principio cuando se invoca tal supuesto abriendo la vía contemplada por el art. 14 de la ley 48 para el recurso extraordinario federal (conf. causas: "Dirección General de Ferrocarriles c/Ferrocarril Central Argentino" —*Fallos,* 201:155—, sentencia del 14/3/1945; "S.R.L. Aserradero Clipper" —*Fallos,* 249:221—, sentencia del 2/3/1961; "Dirección Nacional de Aduanas c/S.A. Fábrica Argentina de Caños de Acero Industrias Electrometalúrgicas Mauricio Silbert y otro" —*Fallos,* 278:346—, sentencia del 23/12/1970; "Municipalidad de Morón c/S.A. Deca, I. y C. y otra" —*Fallos,* 294:420—, sentencia del 20/5/1976; "Municipalidad de Rosario c/Cooperativa de Carniceros de Rosario" —*Fallos,* 295:338—, sentencia del 29/6/1976; "Provincia de Buenos Aires c/S.A. Hidronor" —*Fallos,* 297:227—, sentencia del 20/7/1976; "Nación Argentina c/Ivo Oscar Torres"—*Fallos,* 298:626—, sentencia del 29/3/1977; "Nación Argentina c/S.A. Sasetru, C.I.F.I.A." —*Fallos,* 298:626—, sentencia de 6/9/1977; "Municipalidad de San Isidro c/S.A. Atma-Chloride" —*Fallos,* 302:861—, sentencia del 12/8/1980; "Provincia de Buenos Aires c/Maderas Miguet I.C.A. y F." —*Fallos,* 312:178—, sentencia del 14/2/1989; "Municipalidad de Plaza Huincul c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales" —Registro de la Corte letra D, nº 461 libro XXII—, sentencia del 6/3/1990; "Dirección General Impositiva c/Angelo Paolo Entrerriana S.A" —*Fallos,* 315:1916—, sentencia del 22/10/1991; "Nación Argentina (Dirección General Impositiva) c/Aurelia Élida Seco" —*Fallos,* 315:2684—, sentencia del 8/9/1992; "Fisco nacional (Dirección General Impositiva) c/Droguería Buenos Aires S.A." —*Fallos,* 316:2153—, sentencia del 28/9/1993; "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/Antonini, Schon, Zemborain S.R.L." —*Fallos,* 318:646—, sentencia del 10/11/1992; "Nación Argentina c/Municipalidad de Resistencia"—*Fallos,* 318:1151—, sentencia del 4/5/1995; "Municipalidad de Daireaux c/Pequeña Obra de la Divina Providencia" —*Fallos,* 319:79—, sentencia del 6/6/1995; "Dirección General Impositiva c/Cayetano de Bonis" —*Fallos,* 319:79—, sentencia del 13/2/1996; "Dirección General Impositiva c/Silverman S.A." —*Fallos,* 319:1260—, sentencia del 11/7/1996; "Provincia de Entre Ríos c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos" —*Fallos,* 320:1985—, sentencia del 25/9/1997; "Municipalidad de Avellaneda c/Gas del Estado S.A." —*Fa-*

llos, 322:2559—, sentencia del 26/10/1999; "Dirección General Impositiva c/Pesquera Alenfish S.A." —*Fallos,* 323:2801—, sentencia del 10/10/2000; "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Román S.A. Comercial" —*Fallos,* 324:1924—, sentencia del 14/6/2001; "Administración Federal de Ingresos Públicos c/Compañía de Transporte El Colorado S.A.C." —*Fallos,* 324:2009—, sentencia del 26/6/2001; "Municipalidad de Quilmes c/Edesur S.A." —*Fallos,* 325:931—, sentencia del 7/5/2002; "Dirección General Impositiva c/Banco 1784 S.A." —*Fallos,* 325:1008—, sentencia del 14/5/2002; "Administración Federal de Ingresos Públicos c/Templar S.A." —*Fallos,* 327:4791—, sentencia del 9/11/2004; "Municipalidad de Paraná c/Emilio Ramón Reula" —*Fallos,* 327:4832—, sentencia del 9/11/2004, y "Fisco nacional – Dirección General Impositiva c/Llámenos S.A.", sentencia del 6/11/2007, fundado voto en disidencia del ministro Eugenio Raúl Zaffaroni).

4. A lo hasta aquí dicho cabe agregar, además, que el Tribunal cimero tiene establecido *in re* "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estudio Jurídico Cosme Beccar Varela" —*Fallos,* 316:2764—, sentencia del 7/12/1993, respecto de la Ciudad de Buenos Aires, en su anterior *status* jurídico, que en nada altera las conclusiones que pueden extraerse en este punto: "Que la facultad asignada al Fisco municipal para requerir el pago provisorio de impuestos vencidos a quienes no presenten declaraciones juradas debe interpretarse restrictivamente, por constituir, en la especie una excepción al principio que consagra... la citada ordenanza, relativo a la determinación de oficio de las obligaciones tributarias y teniendo en consideración que, en dicho marco, el contribuyente cuenta con la vista que asegura la defensa de sus derechos" (véase considerando 5º).

Por lo hasta aquí señalado, y habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto, me pronuncio por hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad en relación al agravio dirigido a impugnar la falta de tratamiento por el *a quo* de la excepción de inhabilidad de título fundada en la existencia de decisiones de la Justicia del Trabajo, pasadas en autoridad de cosa juzgada, que darían cuenta de que el demandado prestó servicios, por los períodos impositivos por los que se le reclama impuesto sobre los ingresos brutos, bajo relación de dependencia en las empresas "Video Cable Comunicación", "Cablevisión" y "Multicanal", reenviando la causa a la Cámara para que los mismos jueces que entendieron en ella, con los elementos de juicio pertinentes, se expidan sobre la apuntada excepción.

Costas en el orden causado en atención a que el recurso sólo prospera parcialmente.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma, y el impugnante logra efectuar una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad, tal como lo expone el ejecutado (fs. 125/126 vta.), emana del tribunal superior de la causa y se dirige contra una sentencia equiparable a definitiva.

3. En cuanto a los agravios vertidos en el recurso de inconstitucionalidad, coincido con el señor juez de trámite en que el planteo dirigido a cuestionar la competencia del agente que suscribió el certificado de deuda resulta ajeno a la competencia de este Tribunal Superior de Justicia, por lo que debe ser rechazado.

4. Otra solución es la que merece el agravio que critica la sentencia de fs. 105/106 vta. por no tratar la excepción de inhabilidad de título fundada en la inexistencia de la deuda debido a la autoridad de la cosa juzgada emanada de un fallo de la Justicia Nacional del Trabajo que pondría en crisis la licitud de las causas jurígenas de la deuda fiscal misma.

En este punto, los argumentos del tribunal superior de la causa, en cuanto considera que los planteos introducidos por el ejecutado resultan extraños al juicio ejecutivo y debe reconducirse para ser tratados en un futuro juicio ordinario, si bien aparecen formalmente correctos, incurren en un exceso ritual incompatible con la prueba ofrecida en el proceso y las circunstancias en que se apoya la excepción de inhabilidad de título interpuesta.

5. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en el conocido caso "Burman, Leonardo c/Álvarez Joaquín" resuelto el 8/3/1983 (*Fallos,* 305:226), "que el carácter limitativo de las excepciones en los juicios de que se trata [juicio ejecutivo], no puede llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto incompatible con el ejercicio del derecho de defensa…".

Los hechos invocados por el demandado tienen entidad suficiente para hacer excepción al acotado ámbito de debate al que se ciñe el juicio ejecutivo, debiendo, por lo tanto, producirse prueba en torno a la defensa esgrimida y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida. Abonan esta solución, asimismo, la posible proyección de la cosa juzgada material definida en sede laboral que puede incidir en el marco del juicio ejecutivo y que, en rigor operaría por el carácter subordinante del juicio ordinario —esta vez no posterior sino anterior al juicio ejecutivo—; cosa juzgada que debe ser analizada, aun sin pedimento

de parte, por el tribunal competente en atención a resultar posiblemente comprometido el orden público y derechos y garantías constitucionales.

6. Por lo expuesto, voto por *i)* admitir la queja, *ii)* hacer lugar en forma parcial al recurso de inconstitucionalidad y revocar la decisión del tribunal superior de la causa en los aspectos considerados en los puntos 4 y 5 de mi voto; y *iii)* remitir el expediente a la Cámara CAyT para que otros jueces distintos de los que ya intervinieron manden producir la prueba y decidan el caso. Las costas, en razón de que el recurso triunfa en aspectos sustanciales, quedan a cargo del ejecutante.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja interpuesta por la demandada contra la resolución de Cámara de fs. 33/33 vta., que resuelve no conceder el recurso de inconstitucionalidad planteado, no puede prosperar, toda vez que la impugnación, a mi juicio, no ha sido dirigida contra una sentencia que revista el carácter de definitiva (conf. art. 27, ley local 402).

Por regla general, la sentencia que rechaza las excepciones planteadas por la demandada y manda a llevar adelante la ejecución no es definitiva, en tanto la cuestión puede ser revisada en un juicio posterior (conf. TSJ *in re* "GCBA s/queja por *recurso* de inconstitucionalidad denegado en Correa Luna S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Secretaría de Educación— s/demanda c/aut. adm. y otros", resolución del 20/11/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, p. 635 y sus citas; véase también mis votos en los autos "Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal'", resolución del 5/3/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, p. 107; "GCBA c/Club Méditerranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", resolución del 27/5/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 321/322; "GCBA c/Scrum S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", resolución del 9/3/2004; en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VI, p. 190; y "Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal'", resolución del 7/4/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VI, pp. 276/277; entre otros).

Esta causa no configura una excepción a dicha regla, puesto que las cuestiones planteadas por el recurrente —a saber: que su actividad como trabajador, incurso en una relación laboral encubierta reconocida por la justicia laboral, no está gravada con el impuesto sobre los ingresos brutos; y que el título ejecutivo fue suscrito por un funcionario no autorizado— exceden el estrecho marco cognoscitivo de un juicio ejecutivo y el impugnante puede hacerlas valer en un proceso ordinario con posterioridad.

2. Por lo demás, tampoco acredita el quejoso un agravio constitucional, ya que el remedio intentado remite al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas a los límites del recurso de inconstitucionalidad, y, por ende, irrevisables por el TJS. Un temperamento contrario al expuesto convertiría a este Tribunal, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. TSJ, *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", resolución del 23/2/2000 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., entre otros).

3. En cuanto al planteo de arbitrariedad, el apelante se limita a manifestar genéricamente su discrepancia con la resolución impugnada. Sobre este punto, reitero lo sostenido en diversos precedentes, en tanto es doctrina del TSJ que la mayoría de los recursos fundados en la arbitrariedad están destinados al fracaso pues la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica que la sentencia sea arbitraria (conf. TSJ *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 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.).

Asimismo, la propia CSJN —creadora de esta doctrina— advierte que "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, ella sostuvo que: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (véanse mis votos en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 26/5/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del

TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII, pp. 438/439; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 29/6/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VII. p. 642, y sus citas; entre otros).

Por último, aun en la hipótesis sostenida por la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos*, 308:62; entre otros).

4. En virtud de lo expuesto en los puntos precedentes y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta por el demandado contra el pronunciamiento de fs. 33/33 vta.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja con relación al agravio tendiente a defender la excepción de inhabilidad de título fundada en la incompetencia de la persona que firmó el certificado de deuda.

2º. *Hacer lugar* al recurso de queja y al recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio dirigido a impugnar la falta de tratamiento de la excepción de inhabilidad de título, con sustento en la existencia de decisiones de la justicia del trabajo pasadas en autoridad de cosa juzgada que darían cuenta que el señor Edgardo Cohen Álvarez, durante los períodos aquí reclamados, habría prestado servicios bajo relación de dependencia en las empresas Video Cable Comunicación, Cablevisión y Multicanal. Con costas en el orden causado.

3º. *Reenviar* la causa a la Cámara CAyT para que los mismos jueces que entendieron en la causa traten la excepción de inhabilidad de título, conforme a lo resuelto en esta instancia.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva.

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

CLXXXIII

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VENTUREIRA, CARLOS ALBERTO Y OTROS 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. 302/02 del Consejo de la Magistratura), discurriendo así en un plano infraconstitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6406/09 - 20/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los Dres. Carlos Alberto Ventureira y Teresita Silvia Robledo 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 de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas en el período comprendido entre el mes de mayo del año 2001 y noviembre del año 2003.

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. 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, fue admitida parcialmente la demanda (fs. 39/46 vta.). En efecto, la magistrada si bien consideró legítimo el pago de las diferencias salariales reclamadas, del mismo modo entendió que el cobro de la subrogación por una vacante de juez de Sala I, no podía ser efectivizado por entero a favor de cada uno de los actores debido a que ambos han subrogado la única vacante existente en la otra sala contravencional en forma sucesiva y alternada. De esta forma, la jueza de primera instancia estimó que como la subrogancia fue llevada a cabo simultáneamente por ambos actores, el monto de la subrogación debía reducirse en partes iguales a favor de cada uno ellos.

Ambas partes apelaron la sentencia. En cuanto a la situación de los actores, la Sala I de la Cámara CAyT, confirmó el monto de la subrogancia otorgado por la magistrada de grado y, a favor de los actores, concedió que las diferencias salariales debían abonarse desde que aquéllos cumplieron efectivamente tareas de subrogancia. A su turno, la Sala rechazó en su totalidad los agravios planteados por la parte demandada.

Contra la decisión del tribunal superior de la causa el CM interpuso recursos de inconstitucionalidad (cuya copia obra a fs. 80/92 de esta queja) y que fuera denegado (fs. 94/95).

Para así decidir, la Sala I entendió 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 del recurso de inconstitucionalidad provocó que la demandada interpusiera recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad (fs. 99/114 vta.).

4. El señor fiscal general adjunto dictaminó a fs. 141/143 propiciando el rechazo del recurso de queja planteados por el CM.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo, forma y dirige una crítica concreta y razonada contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

La cuestión traída por el Gobierno en su recurso de inconstitucionalidad es similar a la resuelta por este Tribunal Superior de Justicia en la causa expte.

nº 5809/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucangioli, Oscar Alberto c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'" y su acumulado expte. n° 5810/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dessanti, Raúl Agustín c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'", el día 14/10/2008.

En la mencionada causa, adherí el fundado voto de mi colega señora jueza Ana María Conde. Entiendo, en coincidencia con el dictamen del señor fiscal general adjunto, que en los presentes obrados no existen elementos diferenciadores que permitan apartarme de lo resuelto en el citado precedente. Por las razones expuestas, considero que debe declararse procedente la queja y rechazarse el recurso de inconstitucionalidad por improcedente. Con costas a la vencida. Así voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Coincido con lo sostenido por la señora jueza del trámite y el señor fiscal general adjunto, en tanto esta causa es sustancialmente similar a la debatida en el precedente "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'", expte. nº 5809/08 y su acumulado: "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'", expte. n° 5810/08, sentencia del día 14/10/2008, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad. En aquella sentencia sostuve que los argumentos sobre la base de los cuales se tacha la sentencia, incluso por arbitraria, pretenden solo reflotar un debate —ya agotado en todas las instancias previstas por la ley— sobre la aplicación de normas jurídicas comunes (infraconstitucionales) y sobre la fijación de hechos acerca de elementos importantes para esas disposiciones, cuestiones ya dilucidadas por los tribunales de mérito y ajenas tanto a la vía extraordinaria intentada, como a la competencia del TSJ.

Por ello, voto por rechazar la queja.

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

La cuestión propuesta resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "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 "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'", exptes. nos. 5809/08 y 5810/08, sentencia del 14/10/2008. Al igual que en aquella oportunidad, el recurrente no muestra que se encuentre configurada una cuestión constitucional que habilite la competencia de este Tribunal en el marco de la vía intentada. En efecto, las cláusulas constitucionales invocadas por el Consejo de la Magistratura (arts. 1º, 13 y 116 de la CCBA y 18 de la C.N.) carecen de relación directa con la sentencia impugnada, que se apoya en la interpretación asignada al régimen de subrogancias analizado, de orden infraconstitucional (resols. CM-152/99 y 302/02), así como en el valor atribuido a las pruebas colectadas en la causa (informe de la Secretaría General al que se alude a fs. 88, 89 vta. y 90). 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.

En relación a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado, 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 de 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, el recurso bajo estudio traduce la discrepancia de la demandada con la decisión cuestionada, sin demostrar que ella, más allá de su acierto o error, resulte descalificable como pronunciamiento jurisdiccional válido.

Finalmente, el agravio dirigido a cuestionar la imposición de costas, por tratarse de una cuestión netamente procesal, no puede ser abordado en esta instancia.

Por los motivos expuestos, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto a fs. 141/143, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad a fs. 99/114 vta.

Así lo votamos.

La jueza Ana María Conde dijo:

Tal como lo pone de manifiesto la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, la cuestión sometida a decisión resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en los autos "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'", expte. n° 5809/08 y su acumulado expte. n° 5810/08, "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad

denegado en: 'Dessanti, Raúl Agustín c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'", el día 14/10/2008.

Por este motivo, y no existiendo en esta causa elementos que justifiquen apartarme de lo resuelto en las citadas causas precedentes, doy por reproducidos los argumentos allí expuestos, los que resultan íntegramente aplicables al supuesto que ahora se decide.

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta, debiéndose agregar a la presente copia certificada de la resolución arriba indicada.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 14/10/2008, en los autos "Expte. nº 5809/08 'Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucangioli, Oscar Alberto c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'" y su acumulado expte. n° 5810/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dessanti, Raúl Agustín c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'".

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

Se rechaza el recurso de queja y se agrega copia de la sentencia dictada en el expte. n° 5809/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucangioli, Oscar Alberto c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'" y su acumulado expte. n° 5810/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dessanti, Raúl Agustín c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'".

CLXXXIV

"FRIGORÍFICO LA PAMPA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. Valor disputado en último término. Valuación fiscal. CITACIÓN DE TERCEROS.

SUMARIOS:

1. Dado que la intervención voluntaria de la adhesión simple procede cuando una sentencia tiene o puede tener efectos o consecuencias sobre la situación jurídica del tercero, la valuación fiscal del inmueble que finalmente resulte aplicable para la liquidación de los tributos, tendrá directa incidencia en los intereses de quien ha adquirido el inmueble cuya valuación se discute. (*Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. Son condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte, que el valor disputado sea superior a $ 700.000 y, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Ha sido mal concedido el recurso ordinario de apelación, si la suma correspondiente a la valuación fiscal originaria impugnada, no es el monto que se discute en esta instancia, pues la cuantía de lo que el GCBA pretende discutir está dada por la diferencia entre el monto de la valuación fiscal practicada por la DGR y el que correspondería conforme al criterio señalado por la Cámara, valor que no ha sido tan siquiera expresado por el recurrente, quien, por lo demás, a través de sus dependencias especializadas, se encontraba en inmejorables condiciones para hacerlo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El incumplimiento por el GCBA de la carga de acreditar los presupuestos del recurso ordinario de apelación, y la ausencia en la sentencia de un importe definitivo referido a la valuación del inmueble y a las cuotas subsiguientes, impiden al Tribunal confirmar que el importe disputado en último término supera el mínimo legal, circunstancia que determina la improcedencia formal del recurso, sin que obste a esta decisión el hecho de que la Cámara lo haya concedido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El valor disputado en último término, a que se refiere el art. 26 de la ley 7, en la especie no viene constituido por la diferencia entre la valuación fiscal establecida por el Organismo recaudador, la pretendida por la contribuyente o la fijada por la sentencia, ya que tales importes, no generarán una condena de

pago por los referidos montos, sino que, en realidad, se constituirán en uno de los elementos para establecer, mediante la aplicación de las escalas o de los tipos fijos que pudiera la Ley Tarifaria anual, el *quantum* de la prestación pública coactiva que, a título de tributo, se reclame en cada ejercicio a la actora en concepto de contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, Cercos y Aceras, y adicional fijado por ley nacional 23.514. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. La valuación fiscal es un elemento importante en el proceso de determinación tributaria por representar la justipreciación del inmueble a partir de la cual se arribará al monto de los respectivos tributos anuales, pero no constituye el valor del litigio, como sí podía representarlo el valor de un inmueble en un juicio de expropiación. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

7. El pedido de intervención de terceros, de ser pertinente, debe ser resuelto por el juez de primera instancia una vez devueltas estas actuaciones, habida cuenta su carácter de director del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Para mostrar la condición definitiva de la sentencia que declaró la nulidad de la valuación del inmueble y ordenó al GCBA a establecer la valuación histórica del inmueble, así como las cuotas subsiguientes, sería necesario acreditar que la pretensión del pleito queda totalmente zanjada aunque ella remita a un trámite posterior, por cuanto aquél sólo constituiría la aplicación de una fórmula aritmética establecida de modo final por los jueces de mérito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. No corresponde tratar, en esta instancia, la petición de intervenir en este pleito, en las condiciones del art. 84, inc. 1º del CCAyT, pues la norma prevé cuándo puede ser formulada la petición, pero no quién debe despacharla, a cuyo respecto, subsisten las reglas acerca de la prelación con que actúan los órganos permanentes del Poder Judicial, de modo que resolver en las presentes condiciones en los estrados de este Tribunal importa convertir la cuestión en una de su instancia originaria, sin que norma alguna lo autorice. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6229/08 - 20/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Frigorífico La Pampa S.A. promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), con el objeto de que

se declarase la nulidad de la disposición 72.215/DGR/97, en tanto estableció la valuación fiscal del inmueble de la calle Pedro de Mendoza 301/99 de esta ciudad (Partida 120223-07) —en ese momento de su propiedad— en la suma de $ 10.709.387. Solicitó, también, que se estableciese judicialmente un nuevo valor fiscal "al 25 de octubre de 2001".

2. El juez de grado hizo lugar a la demanda, declaró la nulidad absoluta de la disposición 72.215/DGR/97 y ordenó al GCBA que, a través de la Dirección General de Rentas, estableciese la valuación histórica (a la fecha del acto anulado) del inmueble objeto de autos, así como las cuotas subsiguientes, de acuerdo a los pautas que fijó en su pronunciamiento. En tal sentido, dispuso que la valuación fiscal pertinente debía determinarse "al tiempo de ese acto nulo", tomando como parámetro una superficie cubierta del inmueble de 69.627 m^2, incluida en la categoría "cámaras frigoríficas", con un valor de reposición de $ 52 el m^2 (según la Tabla de Valores contenida en el art. 7º de la Ordenanza Tarifaria nº 51.269 del año 1997, destino 30 "Cámaras Frigoríficas"), sin perjuicio de las modificaciones que hubiese sufrido ese valor de reposición en los años posteriores (fs. 588/591 vta.).

Arribó a tal conclusión, tras considerar que "...los informes técnicos asignan diferentes valuaciones al inmueble de la actora, y es notoria la diferencia que existe entre el valor fijado a los efectos impositivos por la Dirección General de Rentas ($ 10.756.624,25, véase planilla censal de fs. 104/105) y el que establece el perito ingeniero, a los fines impositivos ($ 2.813.244; fs. 397/400) y la valuación de mercado que le adjudican los tasadores del Banco de la Ciudad de Buenos Aires ($ 4.600.000; fs. 474/475,520/521 y 540/544)...", que ambos estudios indicaban eran razonables y fundados, y que constituían por ende herramientas adecuadas para la resolución del caso, en los términos del art. 384 del CCAyT.

3. Contra esa decisión, se alzó el GCBA (fs. 613/622 vta.). La Sala ll de la Cámara CAyT, previo traslado a la parte actora de la expresión de agravios presentada por el GCBA (el que fue contestado a fs. 625/631), resolvió "*1.* Confirmar la sentencia de grado en cuanto fue materia de agravio, con excepción de lo relativo al valor de reposición que se fija de conformidad con la Ordenanza Tarifaria para el año 1997, art. 7º, en $ 54 por m^2. Las costas se imponen a la vencida, porque no hay motivo para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT)" (fs. 635/644 vta.).

4. Frente a ello, el GCBA dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 649) por considerar que "...el monto involucrado en autos excede la suma de $ 700.000, puesto que la contraria impugna una valuación fiscal que estableció la Dirección General de Rentas de su edificio en la suma de $ 10.709.387,00.// Entonces,

no hay duda que el monto supera el límite previsto por la norma...” (fs. 649 y vta.).

A su turno, este recurso fue concedido por la alzada por dirigirse contra una sentencia definitiva y por ascender el importe de la acción, sin sus accesorios, a la suma de $ 10.709.387 (fs. 651 y vta.).

5. Producido el memorial por el GCBA (fs. 658/669) y contestados los agravios allí planteados por Frigorífico La Pampa S.A. (fs. 686/692), se presentó Pampa Real Estate S. A. acreditando —con la escritura nº 21— la transferencia de dominio, a su favor, del inmueble objeto de autos. Por tal motivo, solicitó —en atención al interés de su parte en el resultado de la causa (por cuanto la sentencia que se dicte fijará la valuación fiscal del inmueble que le fue transferido, en relación al cual deberá abonar las correspondientes contribuciones de ABL)— que se la tuviera por presentada y por parte en el carácter previsto en los arts. 84, inc. 1º y 85, párr. 1º del CCAyT. El nuevo interviniente pidió, en esa oportunidad, que se tuviera presente su adhesión y ratificación a la contestación del memorial realizada por Frigorífico La Pampa S.A. y que oportunamente se rechazase el recurso de apelación interpuesto por el GCBA, con costas (fs. 692/693).

A esta intervención se opuso el GCBA. Ello así, por considerar que el pedido formulado resultaba extemporáneo, en tanto la transferencia de dominio se había realizado el 14/2/2008, hacía un año; y las cuestiones en discusión no afectaban intereses propios de Pampa Real Estate S.A.: dado el estado del proceso, en donde todo estaba dicho, “...ningún aporte podrá realizar la aquí presentante que modifique el estado del mismo...”; solicitó, por tanto, el rechazo de la presentación, y que se ordenase su desglose por no ser Pampa Real Estate S.A. parte en estas actuaciones (fs. 694 y vta.).

6. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se declarase mal concedido el recurso ordinario de apelación articulado por el GCBA (fs. 700/702 vta.). Al respecto, señaló que “La simple lectura del recurso ordinario demuestra que el Gobierno de la Ciudad omite acreditar el cumplimiento del recaudo concerniente al importe mínimo apelable...”, pues el proceso se había iniciado a fin de obtener la declaración de nulidad del acto administrativo que revaluó el inmueble de la actora, por lo que la pretensión carecía, a su entender, de contenido económico: el monto de la valuación señalada por el apelante, sólo significaba una referencia para el pronunciamiento, que no estaba vinculada con el importe disputado en último término. No obstante ello, se apuntó que era el propio recurrente quien, a través de sus dependencias especializadas, pudo haber establecido cuál —en su caso— era el importe que, a su criterio, discutía en último término, conforme a los agravios desarrollados en el memorial. Más aún, frente a los términos de las sentencias de primera

y segunda instancia que —según acotó— no arrojaban un importe definitivo referido a la valuación del inmueble ni, por consiguiente, las respectivas cuotas que pudieren resultar, circunstancias que, sumadas a la ausencia de elementos que permitiesen, al Tribunal, considerar cuál era el importe disputado en último término y que éste superaba el mínimo legal exigido, se inclinó por la solución antes mencionada.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En primer término consideraré el pedido de Pampa Real Estate S.A. para intervenir como tercero, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 84, inc. 1º y 85, párr. Iº, del CCAyT. Anticipo que la petición debe ser admitida pues, por una parte, cumple las exigencias legales establecidas a tal fin y, por la otra, las objeciones que formula el GCBA para que se la desestime carecen de entidad.

En primer lugar, tal como lo establece el art. 84, inc. 1º del CCAyT: "Puede intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien 1) Acredite sumariamente que la sentencia puede afectar su interés propio...". Así, el argumento del GCBA relativo a la extemporaneidad de la petición queda, de este modo, sin sustento.

Y en segundo lugar, porque el interés señalado por Pampa Real Estate S.A. para intervenir en este proceso ("la sentencia que se dicte fijará la valuación fiscal del inmueble transferido a mi poderdante, en base a la cual ésta deberá abonar las correspondientes contribuciones de ABL", fs. 692, punto "2"), no fue desvirtuado por el Gobierno local, quien tampoco acreditó —como afirma— que el tercero pretendiese hacer algún "aporte" a la causa que pudiese modificar su estado (fs. 694 y vta.).

Adviértase que el tercero adherente simple, para ser admitido, debe probar un interés; y existe interés de quien interviene de modo voluntario y coadyuvante cuando la decisión haya de influir jurídicamente en favor o en contra, mediata o inmediatamente sobre sus relaciones, sean de derecho privado o públicas (Fassi-Yañez, *Código Procesal Civil y Comercial,* comentado, anotado y concordado, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, t. 1, p. 515). Dicho de un modo más sencillo, la intervención voluntaria de la adhesión simple procede cuando una sentencia tiene o puede tener efectos o consecuencias sobre la situación jurídica del tercero. En el caso, la valuación fiscal del inmueble que finalmente resulte aplicable para la liquidación de los tributos, tendrá directa incidencia en los intereses de quien ha adquirido el inmueble cuya valuación de discute.

Finalmente, debe repararse que Pampa Real Estate S. A. se limitó, en su presentación de fs. 692 y vta., a ratificar y adherir a la contestación del memorial

realizada por Frigorífico La Pampa S.A. Esa actitud se compadece, por otra parte, con el alcance que el art. 85 del CCAyT acuerda a quienes intervienen voluntariamente en el proceso, en tanto la citada norma establece que "...la actuación del/la interviniente es accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviere prohibido a ésta...".

Por ello, corresponde hacer lugar al pedido de citación efectuado por Pampa Real Estate S. A. y tenerla por presentada en los términos de los arts. 84, inc. 1º y 85, párr. 1º del CCAyT. Las costas de esta incidencia se imponen al GCBA; no hay motivo alguno para apartarse del criterio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAyT).

2. En cuanto al recurso ordinario de apelación, fue interpuesto en forma y en tiempo oportuno por el demandado. Sin embargo, fue incorrectamente concedido por la Cámara (fs. 651 y vta.).

El art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2 de la ley 189) dispone que el TSJ conoce "en instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)". Por su parte, el art. 38 de LPT establece que en el recurso ordinario de apelación "el/la apelante debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26, inc. 6º de la ley 7 modificado por el art. 2º de la ley 189" (énfasis agregado).

Son condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación interpuesto, entonces, que la Ciudad sea parte (lo es), que el valor disputado sea superior a $ 700.000 (esto está discutido) y, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva (*in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001), según ocurre en la realidad procesal del caso. Ello, además, es particularmente exigible cuando existe la experiencia del recurso ordinario a nivel nacional de la que dan cuenta los precedentes de *Fallos,* 303:662; 307:944; 308:917; 310:631; 311:2064; 318:1052; 324:1846 (entre muchos otros).

El recaudo concerniente al monto mínimo disputado en el recurso, en cambio, no ha sido acreditado por el GCBA, ni en el escrito de interposición del recurso de apelación ni —aún tardíamente— cuando presentó el memorial de agravios.

3. No basta con señalar, como lo hizo el recurrente, que "el monto involucrado en autos excede la suma de $ 700.000, puesto que la contraria impugna la valuación fiscal que estableció la Dirección General de Rentas de su edificio en la suma de $ 10.709.387,00" (fs. 649 y vta.) para tener por satisfecho ese recaudo. La sentencia de segunda instancia modifica levemente la de primera instancia y ordena al Gobierno local, a través de la Dirección General de Ren-

tas, que establezca la valuación fiscal histórica (a la fecha del acto anulado) del inmueble de que se trata, así como las cuotas sucesivas, conforme a los parámetros fijados en la sentencia. En consecuencia, la suma de $ 10.709.387, correspondiente a la valuación fiscal originaria, impugnada por Frigorífico La Pampa S.A., no es el monto que se discute en esta instancia. La cuantía de lo que el GCBA pretende discutir está dada por la diferencia entre el monto de la valuación fiscal practicada por la DGR y el que correspondería conforme al criterio señalado por la Cámara. Cuál es ese valor no ha sido tan siquiera expresado por el recurrente, quien, por lo demás, a través de sus dependencias especializadas, se encontraba en inmejorables condiciones para hacerlo.

El incumplimiento por el GCBA de la carga de acreditar los presupuestos del recurso que intenta, y la ausencia en la sentencia de un importe definitivo referido a la valuación del inmueble y a las cuotas subsiguientes, impiden al Tribunal confirmar que el importe disputado en último término supera el mínimo legal. Ello determina la improcedencia formal del recurso deducido por la demandada ante este estrado por no presentarse un presupuesto esencial para su admisibilidad —valor disputado en último término—, sin que obste a esta decisión el hecho de que la Cámara lo haya concedido (*Fallos,* 314:1455, 323:3033; entre muchos otros). Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. No enerva tal conclusión el hecho de que en este proceso se persiga la declaración de nulidad de un acto administrativo, como sostiene el fiscal general adjunto, porque lo cierto es que lo que aquí está en discusión es, en definitiva, cuál es el valor que corresponde asignar, a los fines fiscales, al inmueble de la actora. No puede afirmarse sin más que ello carezca de contenido económico. Ilustrativo es, en este sentido, lo decidido respecto del ingreso de la tasa de justicia (fs. 75 y fs. 261/262).

5. Por lo dicho, el recurso fue mal concedido. Toda vez que Frigorífico La Pampa S.A., al contestar el memorial de agravios, no opuso reparos a la admisibilidad del recurso por ausencia del recaudo que determina la decisión que propugno, las costas deberán ser impuestas en el orden causado. El pronunciamiento resulta extensivo a Pampa Real Estate S.A., que ratificó y adhirió a la contestación de la actora, en atención a los alcances de la intervención admitida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al fundado voto del juez Julio B. Maier, con excepción de la imposición de costas.

En esta materia considero que debe aplicarse la pauta objetiva del 62 del CCAyT, según la cual quien resulta vencido en el pleito deberá satisfacer las costas en su totalidad. Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en tanto admite a "Pampa Real Estate S.A." como tercero adherente simple, en los términos del los arts. 84, inc. 1º y 85, párr. 1º del CCAyT, para la sustanciación de este recurso, en razón de que dicha firma ha logrado acreditar que la sentencia puede afectar su interés propio. En este aspecto entiendo que las costas deben ser impuestas en el orden causado, en razón de que la solución que se adopta en esta instancia suscita peculiaridades y dudas desde el punto de vista procesal.

2. También comparto la solución propuesta por mi colega, en el sentido de que el recurso ordinario de apelación ha sido mal concedido, más allá de arribar a tal conclusión a partir de una apreciación diferente del interés involucrado en el recurso.

Tengo para mí que el valor disputado en último término, a que se refiere el art. 26 de la ley 7, en la especie no viene constituido por la diferencia entre la valuación fiscal establecida por el organismo recaudador, la pretendida por la contribuyente o la fijada por la sentencia, ya que tales importes, no generarán una condena de pago por los referidos montos, sino que, en realidad, se constituirán en uno de los elementos para establecer, mediante la aplicación de las escalas o de los tipos fijos que pudiera la Ley Tarifaria anual, el quantum de la prestación pública coactiva que, a título de tributo, se reclame en cada ejercicio a la actora en concepto de contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, Cercos y Aceras, y adicional fijado por ley nacional 23.514.

Sentadas dichas premisas, estimo que la valuación es un elemento importante en el proceso de determinación tributaria por representar la justipreciación del inmueble a partir de la cual se arribará al monto de los respectivos tributos anuales, pero que no constituye el valor del litigio, como sí podía representarlo el valor de un inmueble en un juicio de expropiación. Lo contrario sería tanto como pretender en una apelación de honorarios que el valor disputado en último término viniera dado por el monto del juicio y no por la regulación judicial que del estipendio hubiera realizado la última instancia de mérito, ya que, a lo sumo, también en este caso cabe distinguir entre la base de cálculo y el monto de la pretensión, constituyendo sólo esta última el valor económico que pudo tener en vista el legislador, por su significación, al contemplar el supuesto de la apelación ordinaria, brindando la posibilidad de que las partes pudieran contar con una tercera instancia.

El criterio que adopto se ve abonado, incluso, por la presentación efectuada por "Pampa Real Estate S.A." cuando, al solicitar se admita su intervención en el proceso, afirma: "la sentencia que se dicte fijará la valuación fiscal del inmueble transferido a mi poderdante, en base a la cual ésta deberá abonar las correspondientes contribuciones de ABL" (fs. 692, pto. 2).

En tales condiciones, tengo para mí que el recurso ha sido mal concedido por cuanto no se ha acreditado que se verifique en la presente causa el monto mínimo que habilita la intervención de este estrado por apelación ordinaria. El pronunciamiento resulta extensivo a "Pampa Real Estate S.A.", que ratificó y adhirió a la contestación de la actora. Entiendo que en este aspecto las costas deben ser impuestas en el orden causado, por las razones que fundadamente invoca el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso ordinario de apelación interpuesto debe ser declarado mal concedido, ya que el recurrente no acreditó que el valor disputado en último término supere el monto previsto en el art. 26 de la ley 7, por las consideraciones desarrolladas por el Dr. Casás en los párrafos primero, segundo y tercero del apart. 2° de su voto, a las que adhiero. Las costas del recurso deberán ser soportadas en el orden causado, habida cuenta que el motivo por el cual se declara mal concedido el recurso (falta de acreditación del requisito del monto mínimo apelable) no fue introducido por el accionante en la contestación del citado recurso.

2. En cuanto al pedido de intervención de terceros, atento la forma en que se decide y el limitado marco cognoscitivo de la intervención de este Tribunal por la vía recursiva, resulta innecesario tratarlo en esta oportunidad.

Por lo tanto, de ser pertinente la cuestión debe ser resuelta por el juez de primera instancia una vez devueltas estas actuaciones, habida cuenta su carácter de director del proceso.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con mis colegas preopinantes en cuanto sostienen que la apelación ordinaria planteada por el GCBA fue mal concedida.

La decisión impugnada confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la nulidad de la valuación del inmueble ubicado en la calle Pedro de Mendoza 301/99 (disposición 72.215/DGR/97) y, además, ordenado al GCBA —a través de la Dirección General de Rentas— establecer la valuación histórica del mencionado inmueble, así como las cuotas subsiguientes, de acuerdo a las pautas que fijó el pronunciamiento (fs. 588/591). Para mostrar la condición definitiva de esa sentencia sería necesario acreditar que la pretensión

del pleito quedaba totalmente zanjada aunque ella remitiera a un trámite posterior, por cuanto aquél sólo constituiría la aplicación de una fórmula aritmética establecida de modo final por los jueces de mérito (conf. mi voto *in re* "Altieri e Hijos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y expte. nº 2595/03 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Altieri e Hijos S.A. c/Dirección General de Rentas (resol. 1672-SHyF-00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'", expte. nº 2591/03, sentencia del 29/9/2004). El recurrente no observó ese recaudo y, aún cuando tal déficit pudiera superarse, lo cierto es que el GCBA tampoco cumplió con la carga de probar que se halla en disputa un valor superior a $ 700.000 (arts. 38 de la ley 402 y art. 26, inc. 6º, de la ley 7).

Finalmente, no corresponde tratar, en esta instancia, la petición de intervenir en este pleito, en las condiciones del art. 84 inc. 1º, formulada por Pampa Real Estate S.A. Ello así, por una parte, porque la jurisdicción de este Tribunal no ha sido suscitada por un mecanismo autónomo, de manera que, si resolviera acerca de lo peticionado, el pedido vendría a constituirse en una vía de acceso a esta instancia no prevista ni por la CCBA ni por ninguna de las leyes aplicables a este respecto. En segundo término, porque, aun cuando dicho precepto prevé que la participación que posibilita sea requerida en cualquier etapa e instancia, no se desprende de ello que la instancia en que se halle el pleito sea necesariamente la llamada a resolver acerca de la petición. El art. 84 prevé cuándo puede ser formulada la petición, pero, no quién debe despacharla. A este respecto, subsisten las reglas acerca de la prelación con que actúan los órganos permanentes del Poder Judicial. En este orden de ideas, resolver en las presentes condiciones en los estrados de este Tribunal importa convertir la cuestión en una de su instancia originaria, sin que norma alguna lo autorice.

Por las razones dadas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de apelación ordinario interpuesto por el GCBA e imponer las costas en el orden causado, por cuanto la accionante no esgrimió la improcedencia del recurso por ausencia del presupuesto que determina su denegatoria.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al pedido de citación efectuado por Pampa Real Estate S.A. y tenerla por presentada en los términos de los arts. 84, inc. 1º y 85, párr. 1º del CCAyT.

2º. *Declarar* mal concedido el recurso de apelación ordinario interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con costas en el orden causado.

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

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

CLXXXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'POSADA, ENRIQUE ANTONIO C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN POSADA, ENRIQUE ANTONIO C/GCBA S/AMPARO"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. AMPARO: Sentencia definitiva. MEDIDA CAUTELAR: Extensión a terceros ajenos al juicio. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: Exceso de jurisdicción. Derecho de defensa en juicio. AMPARO COLECTIVO: Paro docente. Descuento salarial.

SUMARIOS:

1. La sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Este estrado no puede sustituir a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente, a partir de la discrepancia del recurrente con el criterio adoptado para dar andamiento a la medida precautoria requerida por la parte actora. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Cabe hacer lugar al planteo relativo a la vulneración del derecho de defensa en juicio, por afectación del principio de congruencia si, en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas, los magistrados introducen en el proceso hechos o pretensiones que no han sido articulados en los escritos de demanda y contestación, circunstancia que no resulta tolerable en términos constitucionales y requiere reparación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La Cámara incurrió en un exceso de jurisdicción al extender sin fundamentación expresa el alcance de su decisión de tutela preventiva a todo el conjunto de docentes de la Ciudad que participó de las medidas de fuerza, cuando el actor sólo accionó para requerir tutela judicial respecto de sus propios derechos patrimoniales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. El *a quo* se apartó sin fundamentación expresa de los términos de la pretensión sometida a su conocimiento, decidió sobre una cuestión no planteada por el accionante y otorgó de modo precautorio una tutela a terceros ajenos al juicio que la sentencia de fondo, eventualmente, no podría reconocer en este caso, situación que resiente el debido proceso y la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la parte demandada, toda vez que la cuestión relativa a la proyección del alcance de la cautelar solicitada por el accionante a un colectivo de docentes nunca fue objeto de la pretensión. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Los jueces deben ejercer su potestad jurisdiccional respetando los límites cognoscitivos que le fijan las pretensiones y defensas planteadas por las partes (conf. art. 145 inc. 6º, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. El principio de congruencia exige la necesaria conformidad entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio, de modo que el juez debe limitarse a resolver el objeto del proceso, conforme éste fuera delineado por las partes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Si el juez emite una sentencia que no respeta el elemento subjetivo de la pretensión, ya sea porque no se expide respecto de los sujetos intervinientes, o porque lo hace en relación a otros sujetos que no forman parte del proceso, incurre en una incongruencia lesiva del derecho al debido proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. La Cámara incurrió en una violación del derecho al debido proceso del demandado, pues con su decisión extendió los efectos de la medida cautelar a todos los docentes a pesar de que el actor la había solicitado en carácter individual y respecto de su situación particular, desbordando los límites del proceso en cuanto a los sujetos intervinientes, y transformó, en virtud de una arbitraria decisión judicial, una acción individual en una acción colectiva, sin esbozar ningún fundamento en su sustento, cuando ambas presentan características y presupuestos notoriamente distintos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Los jueces de Cámara ejercieron su función por encima de sus competencias, con exceso del poder jurisdiccional que les es brindado por la ley, en tanto en un juicio singular —y no en una acción de clase— se arrogaron la facultad de dictar medidas cautelares en beneficio de terceros que no intervienen en el procedimiento, ni, por consiguiente, requirieron esta medida (solicitada en otro proceso por la asociación profesional que los nuclea). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

11. Se logra formular una crítica suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en lo que hace al carácter definitivo de la sentencia, sólo en cuanto al carácter expansivo de la medida cautelar que habría violentado, según afirma el recurrente, el principio de congruencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. El caso del amparista integra un colectivo donde convergen una pluralidad de derechos individuales homogéneos y sustancialmente idénticos desde un punto de vista jurídico, como resulta evidente a partir del precedente Ademys de este Tribunal, de modo que la resolución de la Cámara ampliando la cautelar solicitada por el amparista no genera ninguna afectación al Gobierno, y evita la multiplicación de peticiones de similar contenido con el consecuente recargo de la labor judicial. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Debe rechazarse el intento de equiparar el pronunciamiento a cuya revisión se aspira con uno definitivo, a partir de denunciar la vulneración del principio de congruencia por haber el *a quo* extendido impropiamente los efectos de la cautelar concedida "a todo el universo docente", cuando la medida fue solicitada por el actor en defensa de un derecho individual. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6489/09 - 21/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Enrique Antonio Posada inició acción de amparo contra el GCBA con el objeto de evitar un perjuicio inminente respecto de sus derechos y garantías constitucionales que la actitud "arbitraria e ilegítima" de la demandada le ocasionaría.

Solicitó, como medida cautelar, que se ordene a la Administración "que se abstenga de emitir cualquier acto administrativo o vía de hecho que —como consecuencia de las medidas de fuerza efectivizadas por el infrascripto los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008— afecte y/o modifique y/o morigere la percepción íntegra de mis haberes como agente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." (fs. 110/129). Funda esta última petición en la decisión de la Administración de descontar los días no laborados, que fuera anunciado en distintos medios de comunicación y notificado a las escuelas de educación pública junto con el requerimiento de los datos del personal docente que adhiriera a la medida de huelga.

2. En lo que aquí interesa, el magistrado de primera instancia rechazó la medida cautelar, resolución que fue apelada por la actora.

La Sala II de la Cámara CAyT revocó la decisión impugnada y dispuso "conceder la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se

acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre del año en curso, hasta tanto se dicte sentencia de mérito".

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. Defendió el carácter de sentencia equiparable a definitiva de la resolución atacada, con apoyo en la afectación de la bilateralidad del trámite de apelación; la imposibilidad de acceder al menos a una instancia ordinaria; la expansión de los efectos de la sentencia a quienes no eran partes; lo establecido en el art. 22 de la ley 2145; la irreparabilidad del perjuicio; la imposibilidad de revisión judicial por fuera del recurso de inconstitucionalidad; la circunstancia de impedirse a la Administración ejercer facultades que le son propias y excluyentes y la afectación presupuestaria y de fondos públicos que se sigue de tal situación. Abona estos argumentos con la mención de algunos precedentes del Tribunal Superior de Justicia que, en la inteligencia que les asigna el recurrente, sostendrían su posición respecto del carácter definitivo de la decisión recurrida.

El GCBA fundó sus agravios en la afectación del debido proceso adjetivo y del derecho de propiedad. Consideró violado el principio de congruencia por la extensión de la medida cautelar a todo el universo de docentes que participaron en la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008; sostuvo que la sentencia afectó irremediablemente el interés público al ordenar el egreso de fondos públicos más allá de lo peticionado y sin sujetarse a las reglas del debido proceso. Afirmó que no tuvo oportunidad de ser oído durante el trámite cautelar y que el decisorio afectó el principio de división de poderes porque la Cámara se arrogó funciones propias de otros poderes del estado (conf. arts. 102 y 104, inc. 2º, e inc. 9º de la CCBA). En cuanto a la afectación del derecho de propiedad, puntualizó que la cautelar tiene un efecto perjudicial irreversible: muchos de los docentes que percibirán salarios por los días de huelga integran la categoría de interinos o suplentes, lo que en muchos casos tornaría inviable una eventual repetición. Asimismo, calificó el decisorio como arbitrario por no constituir una derivación razonada del ordenamiento vigente.

En uno de los capítulos de su presentación recursiva el Gobierno introdujo un planteo de nulidad fundado en que la "resolución por la que el *a quo* rechaza la medida cautelar solicitada por el amparista no ha sido notificada a mi mandante".

4. El recurso de inconstitucionalidad fue denegado por el tribunal superior de la causa que entendió que no estaba dirigido contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal. Ante esta situación, el GCBA interpuso recurso de queja.

5. A fs. 161/167 se pronunció el señor fiscal general adjunto quien propició admitir la queja, hacer lugar la recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

La queja ha sido interpuesta en legal tiempo, forma y en general reproduce la que fuera deducida en el expte. n° 6260/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", y rechazada por el Tribunal Superior de Justicia el día 27/5/2009.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el precedente citado, entiendo que el GCBA logra formular una crítica suficiente al auto denegatorio en lo que hace al carácter definitivo de la sentencia, sólo en lo relativo al carácter expansivo de la medida cautelar que habría violentado, según afirma el recurrente, el principio de congruencia.

En todo lo demás la queja debe rechazarse por las mismas razones que expusiera al votar en los autos n° 6260/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", a las que me remito.

Recurso de inconstitucionalidad

He de limitar el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad en atención a lo señalado en el apartado anterior, al agravio referido a la extensión de la medida cautelar, único aspecto en que la decisión recurrida es equiparable a definitiva.

Ahora bien, para evaluar adecuadamente la impugnación del Gobierno, es preciso advertir que el universo de sujetos abarcado por la medida cautelar confirmada por la sentencia del Tribunal en el expte. n° 6260/08 es idéntico al que se aplica la resolución de Cámara dictada en estas actuaciones, incluido el señor Posada.

El caso del amparista integra un colectivo donde convergen una pluralidad de derechos individuales homogéneos y sustancialmente idénticos desde un punto de vista jurídico, como resulta evidente a partir del precedente Ademys. Así entendido, la resolución de la Cámara ampliando la cautelar que pidiera Posada no genera ninguna afectación al Gobierno, y evita la multiplicación de peticiones de similar contenido con el consecuente recargo de la labor judicial.

El criterio de la Sala II es plausible en tanto contribuye a la eficiencia en la prestación del servicio de justicia en los conflictos que aunque bajo la forma de casos individuales revisten carácter colectivo.

Desde esta perspectiva, la supuesta afectación del derecho de defensa que el GCBA invoca aunque no demuestra, carece de entidad. Por otro lado, tampoco la Cámara dispone de recursos públicos fuera de sus competencias

al resolver como lo hace, toda vez que las partidas destinadas a abonar esas remuneraciones ya estaban incorporadas al presupuesto pertinente. Por tanto, no hay cuestión constitucional alguna que sostenga el recurso.

En tales condiciones, los demás argumentos de la demandada pierden toda significación y relevancia, tornándose por ello inoficioso su tratamiento.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar parcialmente a la queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Con costas.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada en autos versa sobre una cuestión análoga a la resuelta por este tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar", expte. nº 6260/08, sentencia del 27/5/2009 que se acompañará en copia para formar parte integrante de esta decisión y a cuyos argumentos me remito, en honor a la brevedad, para rechazar el recurso planteado a fs. 71/96.

2. Por su parte, el intento de equiparar el pronunciamiento a cuya revisión se aspira con uno definitivo, a partir de denunciar la vulneración del principio de congruencia por haber el *a quo* extendido impropiamente los efectos de la cautelar concedida "a todo el universo docente", cuando la medida fue solicitada por el actor en defensa de un derecho individual también debe ser rechazado (fs. 134).

En tal sentido, los perjuicios derivados del exceso invocado por el recurrente están supeditados al modo de ejecución que se adopte para dar cumplimento a la medida cautelar. Sólo si la forma en que el GCBA cumple la medida resultara insuficiente para los jueces de mérito y se le diera a la tutela acordada el alcance que el recurrente infiere para, en consecuencia, imponerle el deber de abstención respecto de "todo el universo docente", el agravio quedaría configurado. Es posible que la hipótesis enunciada no acontezca, lo que demuestra el carácter prematuro del planteo formulado. En su caso, si la objeción en cuestión cobrara actualidad, el GCBA podrá plantear el perjuicio que hoy denuncia, ante las instancias de mérito, cuando se le imponga el modo de cumplimiento de la cautelar que estima ilegítimo y, en el supuesto de que le resulten adversas las resoluciones, y siempre que se verifiquen los requisitos pertinentes, podrá acudir a esta instancia de revisión.

Por las razones dadas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 71/96 vta. debe prosperar parcialmente por las razones que se exponen a continuación.

2. La Sala II de la Cámara CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, por considerar que la decisión atacada no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal.

3. En relación al argumento utilizado por el *a quo* para denegar la vía recursiva intentada, ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —véase mi voto en minoría *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, resolución del 27/8/2008)—. En consecuencia, con sustento en los fundamentos brindados en el precedente citado —a los que me remito en homenaje a la brevedad—, entiendo que la sentencia atacada en el caso constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los planteos que el GCBA ha efectuado sobre el punto.

4. Así las cosas, corresponde evaluar si en el caso se ha logrado plantear un caso constitucional que habilite la instancia de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

La demandada cuestiona la decisión de la Sala II que concedió la medida cautelar peticionada por el accionante y, en consecuencia, ordenó al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito.

A tal fin, esgrime distintos argumentos: *a)* que la decisión de la Sala II resulta nula y atenta contra la garantía constitucional de defensa en juicio y su derecho a la jurisdicción, en tanto dictó una medida cautelar en segunda instancia sin que se hubiese practicado notificación del rechazo previo del *a quo*, impidiendo de ese modo que el GCBA ejerciera su derecho a contestar la apelación del actor; *b)* que el decisorio que hizo lugar a la pretensión cautelar resulta arbitrario por cuanto en autos no se encontraban reunidos los requisitos exigidos por las normas aplicables para la procedencia de una medida precautoria como la solicitada. Niega que se hubiera comprobado en el caso la verosimilitud del derecho esgrimido por el amparista, en tanto la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad. Por otro lado, aduce que existió una errónea valoración del peligro en la demora y que, por lo demás, el daño que eventualmente se produciría al accionante no podría ser reputado irreparable. Así entonces, estima que el pronunciamiento impugnado cercena atribuciones propias del poder administrador y vulnera el derecho al debido proceso del GCBA; *c)* que la sentencia

cuestionada vulnera el principio de congruencia y, por consiguiente, el debido proceso adjetivo, al extender impropiamente sus efectos a todo el universo de docentes, cuando la pretensión esgrimida está circunscripta únicamente a la situación del actor.

5. En primer lugar, corresponde abordar el planteo de nulidad por afectación de los derechos de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA) y de acceso a la jurisdicción que esgrime el recurrente. El GCBA considera que todo lo actuado con posterioridad al dictado de la sentencia que denegó la cautelar requerida por el actor en primera instancia, con fecha 23/9/2008, es nulo por cuanto, al haberse omitido la notificación a su parte de esa decisión, se le impidió contestar los agravios contenidos en la apelación del actor y ejercer así su derecho de defensa.

Ahora bien, por regla, planteos relacionados con irregularidades que pudieran padecer actos procesales anteriores al pronunciamiento que se impugna sólo pueden ser articulados por vía de incidente de nulidad (art. 155, CCAyT, aplicable supletoriamente al proceso de amparo por la remisión dispuesta en el art. 28 de la ley 2145). En el caso, éste fue efectuado como un capítulo del recurso de inconstitucionalidad.

Por su parte, la sentencia interlocutoria por la cual la Sala II denegó la concesión del recurso no se hizo cargo de considerar la cuestión y tampoco se ha denunciado —ni surge del expediente— la formación de un incidente para dar curso a este planteo.

Cabe destacar que el GCBA en su queja efectúa una reiteración del planteo en los mismos términos a los ya esgrimidos, sin mencionar que la cuestión no fue resuelta por la Cámara. No expresa haber interpuesto ante ese tribunal el recurso de aclaratoria (art. 216, CCAyT) o de reposición (art. 212, CCAyT); ni tampoco señala alguna imposibilidad para hacerlo (por ejemplo: interpretar que los recursos reglados en la ley 2145 integran un números *clausus* que no puede ser ampliado por aplicación del art. 28 de esa misma ley).

Así las cosas, la naturaleza procesal de la cuestión planteada, por una parte, y la ausencia de un pronunciamiento de los jueces de grado sobre esa cuestión, por otra, vedan su consideración por este Tribunal a través de la utilización del recurso de queja, cuyo único fin consiste en sostener aquel de inconstitucionalidad previamente interpuesto ante la Cámara mediante la crítica concreta y razonada del auto denegatorio del mismo.

Es que, más allá del acierto o error de la tramitación que los jueces de la causa dieron al planteo de nulidad esgrimido, la estrategia procesal implementada por la propia interesada en esta oportunidad frustró la vía idónea para canalizar su pretensión. Ello así, por cuanto la decisión del asunto —tal como ha sido tramitado anteriormente y planteado ahora ante este estrado— se tra-

duciría en una avocación de este estrado en el tratamiento de la cuestión sin la previa intervención de la alzada de mérito, lo cual importaría una extensión indebida de la competencia originaria del Tribunal a un supuesto no previsto por la Constitución de la Ciudad y la ley 402. Por tal razón, no es posible ingresar en el tratamiento del tema, al menos en esta ocasión.

Sólo resta añadir que, atento el modo en que aquí se decide, no corresponde emitir opinión respecto del planteo que, en definitiva, agita la demandada recurrente, esto es, la alegada vulneración del derecho de defensa por la imposibilidad de contestar los agravios de la apelación interpuesta por el actor contra la sentencia del juez de grado que había rechazado la pretensión cautelar.

6. Por otro lado, entiendo que el agravio individualizado en segundo término, en el punto 4 precedente, tampoco puede tener acogida favorable, pues no se ha logrado delinear un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, CCBA.

Más allá del acierto o error del criterio adoptado por los magistrados intervinientes al dictar la medida cautelar, lo cierto es que los agravios planteados por el GCBA no logran demostrar que el pronunciamiento atacado se respalde en un desacierto en virtud del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Antes bien, se advierte que la recurrente pretende que este estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente, a partir de su discrepancia con el criterio adoptado para dar andamiento a la medida precautoria requerida por la parte actora.

Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues sólo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

7. Finalmente, distinta es la suerte del planteo relativo a la alegada vulneración del derecho de defensa en juicio, por afectación del principio de congruencia.

Si bien es cierto que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y al alcance de las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa, también lo es que cuando, en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas, los magistrados introducen en el proceso hechos o pretensiones que no han sido articulados en los escritos de demanda y contestación, esa circunstancia no resulta tolerable en términos constitucionales y requiere reparación.

En este entendimiento, estimo que asiste razón a la demandada cuando alega que en autos la Cámara ha incurrido en un exceso de jurisdicción al extender sin fundamentación expresa el alcance de su decisión de tutela preventiva a todo el conjunto de docentes de la Ciudad que participó de las medidas de fuerza, cuando el actor sólo accionó para requerir tutela judicial respecto de sus propios derechos patrimoniales.

En este punto, resulta pertinente transcribir algunos fragmentos del escrito de inicio. En la pieza inaugural cuya copia obra a fs. 110/129, el accionante solicita "el dictado de una medida cautelar de no innovar, a los efectos de evitar la concreción de una lesión en mis derechos y garantías, hasta tanto se expida en la cuestión de fondo mediante el dictado de la sentencia de estilo, solicitando, desde ahora, que se ordene a la administración que se abstenga de emitir cualquier acto administrativo o vía de hecho que —como consecuencia de las medidas de fuerza efectivizadas por el infrascripto los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008— afecte y/o modifique y/o morigere la percepción íntegra de mis haberes como agente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." (conf. acápite "I. Objeto" —fs. 110 y vta.—). Por su parte, en el acápite final del aludido escrito, el actor vuelve a solicitar que "inaudita parte, y en forma previa a toda otra medida, en aseguramiento de la eficacia del proceso y para resguardo de mis derechos y garantías constitucionales amenazadas..." se dicte la medida cautelar solicitada (conf. punto 3 del acápite "X. Petitorio" —fs. 128 vta.—).

Ahora bien, el pronunciamiento cuestionado, resolviendo más allá de las pretensiones del actor, ordenó al GCBA que "se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre" de 2008 (conf. fs. 49/50).

En mi concepto, de los párrafos transcriptos surge sin hesitación que la petición en términos claros y positivos contenida en el escrito de inicio se limitaba a requerir un pronunciamiento cautelar que protegiera el derecho del señor Posada a percibir su salario íntegramente hasta el dictado de la sentencia que resolviera la cuestión de fondo.

Así las cosas, forzoso es concluir que el *a quo*, al establecer el peculiar alcance del decisorio ahora impugnado, se apartó sin fundamentación expresa de los términos de la pretensión sometida a su conocimiento, decidió sobre una cuestión no planteada por el accionante y otorgó de modo precautorio una tutela a terceros ajenos al juicio que la sentencia de fondo, eventualmente, no podría reconocer en este caso. Esta situación, desde mi punto de vista, resiente el debido proceso y la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la parte demandada, toda vez que la cuestión relativa a la proyección del alcance de la cautelar solicitada por el señor Posada a un colectivo de docentes nunca fue objeto de la pretensión (conf. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, t. 1, pp. 117 y ss., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, y doctrina de *Fallos,* 237:328; 239:442; 252:13; 255:237; 268:7; 298:642; 301:104; 307:510; 313:740; entre otros).

Por las consideraciones expuestas, de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA y revocar la sentencia recurrida en cuanto extiende sus efectos a sujetos ajenos al proceso sin fundamentación, limitándose el alcance de la decisión a la persona del accionante, señor Enrique Antonio Posada.

Costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), y debe ser admitida, ya que rebate eficientemente los fundamentos del auto denegatorio de la Cámara (obrante en copia a fs. 66).

En efecto, y contrariamente a lo manifestado en el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA demuestra la existencia de un genuino caso constitucional y un gravamen irreparable que torna equiparable a definitiva a la sentencia recurrida, respecto del agravio construido en torno a la violación del principio de congruencia.

Como veremos, no ocurre lo mismo en cuanto a los restantes agravios planteado por el Gobierno porteño, que no superan el examen de admisibilidad formal.

2. La presente acción de amparo fue iniciada por el señor Enrique Antonio Posada, en su carácter de docente de la Administración pública porteña, contra el GCBA, a los efectos que se abstenga de descontarle los días no trabajados y el adicional por presentismo con motivo de los paros docentes realizados el 17 de julio y 3 de septiembre del 2008.

Asimismo, solicita se dicte inaudita parte una medida cautelar de no innovar, para que se ordene a la Administración pública local que se abstenga de

emitir cualquier acto administrativo o vía de hecho que, como consecuencia de las medidas de fuerza efectivizadas por la accionante los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008, afecte y/o modifique y/o morigere la percepción íntegra de sus haberes como agente del GCBA (fs. 110 y vta., apart. I del escrito de demanda).

El señor juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada, por considerar que no estaba acreditada la verosimilitud del derecho (fs. 67/68). Ante la apelación deducida por la parte actora, y por considerar que se configuraban los presupuestos de procedencia de la medida precautoria peticionada —verosimilitud del derecho y peligro en la demora—, la Sala II de la Cámara CAyT resolvió "...(R)evocar la decisión recurrida y, en consecuencia, conceder la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre del año en curso, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito..." (fs. 65 y vta.).

En sus recursos de inconstitucionalidad y queja, el recurrente manifiesta que la sentencia "...ha impropiamente extendido los efectos de la sentencia a todo el universo docente, afectando con ello el principio de congruencia, cuando la medida es solicitada por la parte actora a fin que el GCBA se abstenga de cualquier acto o vía de hecho que modifique y/o morigere la percepción íntegra de sus haberes como agente..." (fs. 134 vta. del recurso de inconstitucionalidad, y fs. 72 vta. del recurso de queja).

3. Los jueces deben ejercer su potestad jurisdiccional respetando los límites cognoscitivos que le fijan las pretensiones y defensas planteadas por las partes. En este sentido, el art. 145 inc. 6º del CCAyT establece que la sentencia definitiva de primera instancia debe contener "(l)a decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio".

La congruencia, entonces, sería la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio, o en otras palabras, el juez debe limitarse a resolver el objeto del proceso, conforme éste fuera delineado por las partes.

Por otra parte, cabe destacar que la pretensión se integra con tres elementos: un elemento subjetivo (sujetos) y dos elementos objetivos (objeto y causa). En cuanto al elemento subjetivo, toda pretensión consta de tres sujetos: la persona que la formula (sujeto activo: actor o ejecutante), la persona frente a quien se formula (sujeto pasivo: demandado o ejecutado), y la persona ante quien se formula (órgano que debe resolver el acogimiento o rechazo de la pretensión).

De acuerdo a lo expuesto, y en lo que nos interesa, si el juez emite una sentencia que no respeta el elemento subjetivo de la pretensión, ya sea porque no se expide respecto de los sujetos intervinientes, o porque lo hace en relación a otros sujetos que no forman parte del proceso, incurriría en una incongruencia lesiva del derecho al debido proceso.

4. Sentado lo expuesto, corresponde analizar la sentencia de la Cámara que concedió la medida cautelar, en relación al agravio desarrollado en torno a la violación al principio de congruencia.

Como puede apreciarse de la descripción de las pretensiones de fondo y cautelar, estamos en presencia de una típica acción individual, iniciada por quien invoca ostentar un derecho subjetivo amenazado, con el objeto de que se dicte una sentencia que evite la concreción de un perjuicio particular. El peticionante, en su carácter de docente porteño, pretende evitar la posible disminución de su salario que efectivizaría el GCBA a raíz de su adhesión personal a los paros realizados en el año 2008.

Se trata, entonces, de una de las especies del género amparo: el amparo clásico o individual, que encuentra sus orígenes en los recordados fallos "Siri" (1957) y "Kot" (1958) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como en cualquier acción individual, y por aplicación del derecho a la defensa en juicio, la sentencia que se dicte solamente puede afectar a las partes intervinientes en el proceso.

Sin embargo, la Cámara incurrió en una violación del derecho al debido proceso del demandado, ya que con su decisión extendió los efectos de la medida cautelar a todos los docentes a pesar de que el actor la había solicitado en carácter individual y respecto de su situación particular, desbordando los límites del proceso en cuanto a los sujetos intervinientes.

5. Por otra parte, tal resolución equivale a transformar, en virtud de una arbitraria decisión judicial, una acción individual en una acción colectiva, sin esbozar ningún fundamento en su sustento, cuando ambas presentan características y presupuestos notoriamente distintos.

De hecho, un amparo colectivo se diferencia de uno individual, principalmente, en tres cuestiones:

- la legitimación activa, ya que los amparos individuales pueden ser iniciados únicamente por quien ostenta un derecho subjetivo lesionado o amenazado, mientras que los amparos colectivos, en la Ciudad de Buenos Aires, pueden ser interpuestos por cualquier habitante o por las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos (conf. art. 14, CCBA);
- los derechos que protege una y otra acción, ya que el amparo individual tutela aquellos derechos individuales, mientras que el amparo

colectivo ampara los derechos de incidencia colectiva —concepto que abarca a los derechos colectivos, los intereses difusos y los derechos individuales homogéneos—;

– los efectos de las sentencias que se dicten, ya que en el amparo individual la sentencia afecta únicamente respecto a las partes del proceso, mientras que en el amparo colectivo la sentencia puede adquirir efectos expansivos, y beneficiar o perjudicar a todos los integrantes de la clase, grupo o categoría interesada.

Por lo tanto, una vez planteado un amparo colectivo, para que el mismo sea considerado formalmente admisible, el juez debe realizar una ponderación preliminar de la concurrencia de los presupuestos esenciales del proceso, entre los que se encuentra la legitimación activa del accionante, y que se invoque la existencia de un derecho de incidencia colectiva. Sin una consideración de dichos presupuestos, la acción se tornaría manifiestamente improponible, por lo que no debería ser tramitada, y mucho menos adoptada una medida cautelar en el marco de dicho proceso.

Sin embargo, en este supuesto la Cámara consideró implícitamente que se trataba de una acción colectiva sin analizar la configuración de dichos presupuestos, y extendió infundadamente los efectos de la sentencia cautelar al grupo (docentes del sistema de educación pública porteña) afectado por la presunta conducta lesiva del GCBA, a pesar de que la acción había sido iniciada por uno solo de ellos y enfocado en su caso particular.

6. En resumen, la Cámara incurre en un doble error que afecta el derecho al debido proceso del demandado y genera un gravamen irreparable que torna equiparable a definitiva —en este aspecto— a la sentencia cuestionada: *i)* viola el principio de congruencia al conceder una medida cautelar más amplia —en cuanto a los sujetos beneficiados por ella— que la peticionada por el actor, e *ii)* incurre en un supuesto de arbitrariedad de sentencia por ausencia de fundamentación suficiente, ya que no esboza las razones por las que considera que estamos en presencia de un amparo colectivo y que debe decretarse una medida cautelar con efectos expansivos.

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, en principio 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. (conforme lo dijera en mi voto emitido en "Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público", expte. n° 5904/08, sentencia del 8/10/2008).

Ello justifica la apertura de la queja, el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente y la revocación de la sentencia cautelar cuestionada en cuanto viola el debido proceso al extender sus efectos a todos los docentes que se acogieron a las medidas de fuerza del 17 de julio y 3 de septiembre del 2008.

7. En cuanto a los restantes agravios planteados por el recurrente, ninguno de ellos logra sortear el obstáculo señalado por la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad: dicho recurso, que la queja viene a defender, no se dirige contra una sentencia definitiva, ni el recurrente ha logrado mostrar razones que lleven a equipararla a tal.

Así lo he dicho —al adherir al voto del Dr. Lozano— en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Docentes ADEMYS c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. n° 6474/09, resolución del 3/7/2009, donde se trató una cuestión análoga a la presente.

En dicho precedente, en el marco de un amparo colectivo iniciado por la asociación docente ADEMYS, la Cámara había decretado una medida cautelar ordenando al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre del año en curso, hasta tanto se dicte la sentencia, lo que había sido cuestionado por el GCBA mediante un recurso de inconstitucionalidad con argumentos idénticos al presentado en autos —salvo el agravio referido a la violación del principio de congruencia—, cuya denegatoria motivó una queja también similar a la presente.

En conclusión, habida cuenta que los restantes agravios introducidos en los recursos de inconstitucionalidad y queja son similares a los de dicho precedente, y que allí la queja fue desestimada por considerar que el recurrente no había logrado demostrar la existencia de una sentencia definitiva o equiparable, por los mismos argumentos —a los que me remito por razones de brevedad— corresponde arribar al mismo resultado en autos.

Como el GCBA ha sido recurrente en ambos procesos, los argumentos desarrollados por el Dr. Lozano en el precedente "ADEMYS" —a los que me remito en el párrafo anterior— resultan conocidos por el demandado, lo que evita agregar copias del mismo en estos autos.

8. Revocada la sentencia recurrida, corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto, en los términos del art. 31, párrafo segundo, de la ley 402.

De acuerdo a lo expuesto, el único aspecto de la resolución cuestionada que reviste carácter definitivo y genera una afectación directa de derechos constitucionales, es la extensión de los efectos de la medida cautelar al resto de los docentes porteños. Por lo tanto, corresponde revocar dicho efecto expansivo, y limitar los efectos de la medida cautelar al accionante.

9. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara (obrante en copia a fs. 65) únicamente en cuanto extiende los efectos de la medida cautelar a todos los docentes que se acogieron a las medidas de fuerza, y desestimar los restantes agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad ante la ausencia de sentencia definitiva o equiparable. Costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Según observo, el punto a decidir nos coloca, analógicamente, frente a aquellas decisiones inútiles, que solemos llamar "abstractas", por alusión a lo ya decidido en la causa "Ademys" —según consta en los votos anteriores— en la que ha sido trabada una medida cautelar referida a todos los participantes en la huelga, para que sus salarios no sean disminuidos en razón del descuento de los días de huelga. De allí deriva que en esta decisión, prácticamente, no se decida nada.

Yo he establecido como mi criterio que la decisión sobre medidas cautelares —al menos por regla general aquí no cuestionada suficientemente— no tolera instancias extraordinarias, como la del TSJ, sino que se satisface, en la práctica, con el control de la segunda instancia. No obstante ello, cabe acotar aquí que los jueces de Cámara han ejercido su función por encima de sus competencias, con exceso del poder jurisdiccional que les es brindado por la ley, en tanto en un juicio singular —y no en una acción de clase— se han arrogado la facultad de dictar medidas cautelares en beneficio de terceros que no intervienen en el procedimiento, ni, por consiguiente, han requerido esta medida (solicitada en otro proceso por la asociación profesional que los nuclea). En ese sentido, por excepción, coincido con los votos del señor juez Casás y de la señora jueza Conde acerca de la decisión final, que implica limitar los efectos de la medida cautelar a la persona que la requiriera en este juicio, esto es el señor Enrique Antonio Posada; solución que, por lo demás, no perjudica el derecho de nadie. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

Por ello, de conformidad con el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y revocar la sentencia recurrida en cuanto extiende sus efectos a todos los docentes que se acogieron a las medidas de fuerza, sujetos ajenos al proceso, limitando el

alcance de la decisión de la Cámara a la persona del accionante, señor Enrique Antonio Posada. Costas por su orden.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal, de fecha 27/5/2009, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'" (expte. nº 6260/08), como parte integrante del voto del juez Luis F. Lozano.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CLXXXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAZOCCHI, IRIS NORMA Y OTROS C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. ADICIONALES SALARIALES: Carácter remunerativo. REGULARIZACIÓN PREVISIONAL: Causa contencioso-administrativa. Autoridad administrativa. Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja si los planteos formulados sólo traducen el desacuerdo de la recurrente con un aspecto de la sentencia objetada que remite a la consideración de una cuestión propia de los jueces de la causa, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido con su razonamiento toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable al caso o de las alegaciones de las partes. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. La regularización de la situación previsional de los actores es una de las consecuencias naturales, lógicas, accesorias y necesarias que se derivan de la pretensión de reconocimiento del carácter remunerativo de los suplementos que motivó el juicio y, por lo tanto, el esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional debía ser abordado por los estrados de esta jurisdicción local en tanto se encontraba dentro de los términos en que quedó trabada la litis. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La sentencia atacada sólo de modo declarativo le pide al Estado-ciudad la regularización de la situación previsional del accionante, esto es, un buen comportamiento previsional a la hora del pago de las sumas objeto de la condena; circunstancia que en modo alguno significa la solución de un conflicto con el ente recaudador consistente en la condena de ingresar una suma determinada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Debe progresar el recurso de queja por cuanto allí se demuestra que la condena relativa a la regularización de la situación previsional de los actores, al no encontrar respaldo en la normativa aplicable, vulnera el derecho de defensa del demandado e impone una obligación ajena a las potestades propias de las autoridades locales. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La regularización de la situación previsional requerida excede las potestades de los tribunales locales e involucra un insuperable problema de legitimación. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La afirmación de la Cámara según la cual para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas —excepción hecha de las cuestiones que han sido expresamente atribuidas por el legislador en la Ciudad al conocimiento de otros tribunales locales— sino a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1º del CCAyT, no advierte que ese criterio sólo comprende a los asuntos propios del fuero mencionado que son los que pueden ser resueltos por autoridades locales. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El criterio usado por la ley 189 para definir el ámbito del proceso contencioso administrativo local, nunca podría cambiar las previsiones del art. 116 de la C.N. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Conforme al derecho sustantivo sólo la AFIP está autorizada para perseguir el cobro de deudas previsionales, y por lo tanto los actores no están legitimados para formular ese reclamo, de modo que las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el juicio son inválidas en este punto. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6404/09 - 26/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Susana Silvia Godoy, Iris Norma Mazzochi y Elsa Alicia Carnevalini, personal docente dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires (en adelante, GCBA), plantearon una demanda para que se declarase la inconstitucionalidad de los decs. 4748/90, 4937/91, 5787/91, en cuanto establecieron el carácter "no remunerativo" o "no bonificable" de los diversos adicionales allí creados. Consecuentemente, peticionaron que se obligase al GCBA demandado a incluir tales suplementos —incorporados a sus salarios mediante los códigos 020, 094, 096 y 206— dentro del rubro sueldo, se calcule correctamente el rubro 005 "antigüedad" y se les abonasen las diferencias devengadas y no abonadas así como las correspondientes a los aguinaldos mal liquidados, desde el momento en que comenzaron a percibirse esas sumas adicionales. También peticionaron que la sentencia "autorice a los actores a aportar al Sistema de Seguridad Social por las sumas que realmente perciben desde el año 1991 de manera permanente y general..." (fs. 1/6).

El GCBA opuso la excepción de prescripción de los créditos devengados más de cinco años antes de la interposición de la demanda (fs. 7/8 vta.), que fue admitida por el juez de primera instancia (fs. 9/10). Seguidamente contestó la demanda y se opuso a su procedencia (fs. 11/19 vta.).

2. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda. En particular, declaró el carácter remunerativo y bonificable de los suplementos creados por los decs. 4937/91, 5787/91 4748/90 y 1442/98 y ordenó al Estado local que abonase las diferencias salariales adeudadas por esos conceptos. También dispuso que las actoras y el GCBA "deberán regularizar ante el órgano competente su situación con respecto a los aportes y contribuciones al sistema previsional" (fs. 21/24).

3. La demandada apeló la sentencia (fs. 26/32). Las actoras contestaron el memorial de agravios (fs. 33/40 vta.).

4. La Sala I de la Cámara CAyT hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el GCBA y revocó la sentencia apelada en cuanto declaró bonificables por antigüedad a los adicionales establecidos por los decs. 4748/90 y 1442/98 (fs. 232/234, autos principales).

En lo que interesa a los fines de esta queja, la Cámara consideró que en cuanto a la regularización de la situación previsional dispuesta en el fallo recurrido el agravio del GCBA se limitó a objetar la competencia de la justicia local para decidir esa cuestión, pero que esa defensa no fue planteada, como debió serlo, como excepción de previo y especial pronunciamiento.

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 45/48). Centró su crítica en la falta de legitimación del Gobierno como sujeto obligado a cumplir la condena por aportes y contribuciones previsionales, entendiendo que ese agravio no había sido tratado ni ponderado en su totalidad y que esa omisión tornaba arbitrario el decisorio recurrido.

6. La Sala I declaró inadmisible el recurso por no haberse planteado en forma clara y precisa una cuestión constitucional que guardara concreta relación con la sentencia impugnada. Para así decidir, hizo hincapié en que la arbitrariedad alegada sólo expresaba discrepancia de la parte acerca de la interpretación de normas infraconstitucionales aplicadas por los jueces (fs. 51 y vta.).

7. El Gobierno dedujo entonces recurso de queja (fs. 53/61). Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso por no encontrarse configurado un caso constitucional (fs. 68/70).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada en tiempo y forma por el GCBA debe progresar por cuanto allí se demuestra que la condena relativa a la regularización de la situación previsional de los actores —confirmada en el punto 1.(i) de la sentencia de fs. 232/234, expediente principal—, al no encontrar respaldo en la normativa aplicable, vulnera el derecho de defensa del demandado e impone una obligación ajena a las potestades propias de las autoridades locales. Ello así, corresponde analizar el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA.

2. La cuestión planteada en autos es similar a la que el Tribunal decidiera recientemente en los autos "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6177/08, sentencia del 18/6/2009; y en los autos "Lage, María Liliana c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6298/08, sentencia del 3/7/2009. Por tal razón, reiteraré, en lo pertinente, lo expresado en mis votos en tales causas.

3. El *a quo*, en lo que al recurso a estudio importa, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al GCBA (y a las actoras) a "regularizar ante el órgano competente su situación con respecto a los aportes y contribuciones al sistema previsional" (punto 2 del dispositivo de la sentencia de primera instancia, fs. 191).

La Sala fundó esa solución, principalmente, en que el Gobierno recurrente había formulado en forma tardía los planteos tendentes a controvertir la decisión reseñada. En este orden de ideas, señaló que esos agravios al estar dirigidos a cuestionar la "...competencia de este fuero [el CAyT de la CABA] para ordenar (…) el pago de aportes y contribuciones", debieron haber sido formulados como excepción de previo y especial pronunciamiento, como lo dispone el art. 282, inc. 2º, del CCAyT. No obstante ello, el *a quo*, "a mayor abundamiento", señaló con relación a ese planteo que, tal como lo había ma-

nifestado en otros precedentes, el fuero "...resulta[ba] competente para ordenar a la Ciudad el pago de aportes jubilatorios..." (fs. 233).

4. Primeramente, cabe señalar que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto afirma que el *a quo* yerra al calificar los planteos dirigidos a controvertir la condena a regularizar la situación previsional de los actores, como una excepción de incompetencia (conf. el art. 282, inc. 2º del CCAyT). Esa excepción tiene por propósito obtener el reconocimiento de que la causa está fuera del universo a cuyo respecto puede ejercer el magistrado sus competencias y, una ulterior reconducción del proceso al remitirse el expediente al juez que se estime competente; esto último, siempre que el tribunal competente pertenezca a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que en caso contrario la causa deberá ser archivada (conf. art. 286, inc. 1º, del CCAyT).

En el caso, el Gobierno con su planteo no ha buscado que los jueces de mérito intervinientes declinen su competencia a favor de otro tribunal. Lo que ha pretendido la parte demandada es obtener una sentencia de rechazo vinculada con la pretensión orientada a que se condene a su parte a integrar las diferencias en concepto de aportes y contribuciones al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, fundada en la falta de legitimación de los accionantes para formular ese pedido, puesto que, a juicio del Gobierno, quien detenta esa legitimación es el organismo de recaudación federal; circunstancia que, a su vez, daría cuenta de que ese planteo por la materia en juego no puede ser resuelto por los tribunales locales (véase de la apelación ante la Cámara la fs. 211 vta./212 y del recurso de inconstitucionalidad fs. 240 vta./241 vta.).

5. En tal sentido, resulta aplicable la constante jurisprudencia de este Tribunal que, por mayoría, tiene resuelto para supuestos análogos al que nos ocupa, que la regularización de la situación previsional requerida excede las potestades de los tribunales locales e involucra un insuperable problema de legitimación (conf. TSJ *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, resolución del 14/9/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Velaz, Liliana Mirta y otro c/GCBA s/cobro de pesos", expte. nº 5526/07, resolución del 30/4/2008).

Esa solución, a su vez, no queda conmovida como pretende la Sala I de la Cámara CAyT, por la afirmación según la cual "...para establecer la competencia de la justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en un caso concreto, no debe atenderse a la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas —excepción hecha de las cuestiones que han

sido expresamente atribuidas por el legislador en la Ciudad al conocimiento de otros tribunales locales— sino que a la circunstancia de que sea o no parte en el proceso alguna de las autoridades administrativas que enumera el art. 1º del CCBA [*sic rectus*: CCAyT]" (fs. 233). El criterio postulado sólo comprende a los asuntos propios del fuero mencionado que son los que pueden ser resueltos por autoridades locales. Con ese alcance, la norma sirve para determinar la radicación de una causa cuya solución dependa de la interpretación de derecho privado o público local y sólo en tales supuestos resulta indiferente cuál de ellos rige la solución del pleito pues ante la presencia de autoridades administrativas de la CABA en juicio opera la competencia del fuero CAyT (art. 2º de la ley 189).

La regla enunciada, invocada en el vacío pierde sentido y, a su vez, interpretada fuera de contexto conduce a una solución equivocada. Basta señalar a este respecto que, el criterio usado por la ley 189 para definir el ámbito del proceso contencioso administrativo local, nunca podría cambiar las previsiones del art. 116 de la C.N. A su turno la delimitación del mencionado ámbito, evidentemente inspirada en la restricción que la ley 24.588 provoca sobre las potestades jurisdiccionales de la CABA, tampoco se expandiría en el sentido que pretende el *a quo* con el goce pleno de esa función actualmente retaceada, porque la previsión legal invocada por la Sala I no rige cuando la pretensión en juego no corresponde a la competencia local. En tanto el supuesto que nos ocupa se inscribe en esta última hipótesis, por los argumentos desarrollados en la jurisprudencia citada, a los que remito por razones de brevedad, la sentencia cuestionada, en este aspecto, incurre en un exceso jurisdiccional.

Por ello, habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, y revocar la sentencia de fs. 232/234, del expediente principal, en cuanto condenó al GCBA a regularizar la situación previsional de los actores. Costas a la vencida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en tiempo y forma, formula una crítica concreta y suficiente contra el auto denegatorio de fs. 51/ 51 vta., lo que habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad es débil en su argumentación y como lo señala el señor fiscal general adjunto el GCBA no introduce ningún caso constitucional.

Por otro lado, el trámite de la causa presenta una grave violación de presupuestos procesales, que por su relevancia no puede ser ignorada por el Tribunal, luego de que su competencia fuera habilitada, toda vez que se vincula con el ejercicio de un deber propio de cualquier órgano jurisdiccional en lo que hace a la constitución válida del proceso y consecuentemente a la recta

administración de justicia (conf. mis votos en el expte. nº 5427/07 "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5381/07 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", sentencia del 12/4/2008 y en el expte. nº 6177/08 "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del día 17/6/2009).

Sucede que, conforme al derecho sustantivo sólo la AFIP está autorizada para perseguir el cobro de deudas previsionales, y por lo tanto los actores no están legitimados para formular ese reclamo. De allí que las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el juicio (las cuales no están firmes vistos los recursos ordinarios y extraordinarios deducidos) son inválidas en este punto.

La situación a decidir en el caso es análoga a la que fuera resuelta en los autos nº 3928/05 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del día 14/9/2005 a la que me remito, y donde hice lugar al agravio del Gobierno que denunciaba una condena *extra petita* y, subsidiariamente me referí a la falta de legitimación activa.

En los presentes obrados, a diferencia del precedente mencionado, la falta de legitimación es central y definitoria para resolver el recurso a favor del GCBA: porque como ya lo dije más arriba, se trata de un proceso que no está debidamente constituido en cuanto la obligación que la sentencia recurrida impone al demandado pues no es exigible por los accionantes, sino únicamente por un sujeto que no es parte en este juicio (la AFIP).

Por lo expuesto, corresponde dejar sin efecto el fallo de Cámara, en cuanto confirma la condena establecida por el juez de primera instancia respecto a la deuda por aportes y contribuciones derivadas de las diferencias salariales, y asimismo revocar en ese punto la sentencia dictada por este último. Las costas se imponen en el orden causado, en atención a que, en el modo de resolverse el litigio es decisiva la actuación de la jurisdicción, y no el esfuerzo alegatorio del recurrente. Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión planteada en el *sub examine* resulta similar a la abordada por el Tribunal *in re* "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6177/08,

sentencia del 17 de junio del corriente año. Y al igual que lo sostuviera en aquella oportunidad, entiendo que el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 53/61 no puede prosperar.

2. La parte demandada objeta la decisión de la Sala I de la Cámara CAyT que, en lo que aquí interesa, confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto le ordena regularizar la situación previsional de los actores —a partir del reconocimiento judicial del carácter remunerativo de diversos suplementos salariales por ellos percibidos.

En el recurso de inconstitucionalidad que esta queja intenta sostener, la representación del Estado local alega, básicamente, la arbitrariedad de la sentencia aludida, por considerar que el tribunal *a quo* habría omitido tratar la totalidad de sus agravios, al interpretar sus planteos como una objeción a la competencia del fuero local para imponer la obligación cuestionada (fs. 46/vta.). El recurrente afirma que, por el contrario, sus agravios tendían a exponer la ausencia de legitimación de la parte actora para obtener una condena con el alcance peticionado. En este sentido, el GCBA expresa que la accionante carecería de acción para exigir el pago de la deuda previsional reclamada y que lo pretendido resultaría ajeno a esta jurisdicción, en tanto, desde su punto de vista, sólo el órgano federal recaudador estaría legitimado para solicitar la satisfacción de las acreencias que se hubiesen detectado a favor del sistema previsional.

3. Determinado el alcance del agravio que sostiene al recurso, entiendo que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

En primer lugar, debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre otros).

Desde esta perspectiva, estimo que los agravios planteados no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.

En efecto, más allá del acierto o error de los argumentos brindados por la Cámara para resolver el aspecto del litigio que viene controvertido, se advierte que el *a quo* ha ponderado las defensas esgrimidas por el GCBA a la luz de las normas infraconstitucionales involucradas y, a continuación, las ha desestimado mediante fundamentos expresos. En consecuencia, los planteos formulados sólo

traducen el desacuerdo de la recurrente con un aspecto de la sentencia objetada que remite a la consideración de una cuestión propia de los jueces de la causa, sin lograr demostrar que los magistrados intervinientes hayan excedido con su razonamiento toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable al caso o de las alegaciones de las partes. Por este motivo, el decisorio impugnado no puede ser revisado en esta instancia.

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

4. Por lo demás, ya he sostenido en reiteradas ocasiones que, en mi concepto, la regularización de la situación previsional de los actores es una de las consecuencias naturales, lógicas, accesorias y necesarias que se derivan de la pretensión de reconocimiento del carácter remunerativo de los suplementos que motivó el juicio y, por lo tanto, el esclarecimiento de la posición de las partes con relación a su situación previsional debía ser abordado por los estrados de esta jurisdicción local en tanto se encontraba dentro de los términos en que quedó trabada la litis. Así las cosas, decidido que los suplementos de marras son remunerativos y se deben tomar como base a todos los efectos previsionales, las acciones, operaciones y parámetros que deberán seguirse para cumplir aquella directiva (y los eventuales problemas que se pueden llegar a generar) deberán ventilarse en el proceso de ejecución de sentencia [conf. mi opinión en los precedentes: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, sentencia del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, sentencia del 29/11/2006; y "Cipullo, Beatriz Emilia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)

s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5774/08, resolución del 20/8/2008, entre otros]. A mayor abundamiento, parece oportuno señalar que el criterio que sostengo en este punto se encuentra, de algún modo, en sintonía con el procedimiento adoptado por el legislador nacional para la regularización de aportes y contribuciones en aquellas causas que se ventilan ante la justicia nacional del trabajo (conf. art. 46 de la ley 25.345 que modifica el art. 132 de la ley 18.345, honestamente leído —por cuanto no sólo está en juego el interés singular del futuro beneficiario sino, también, comprometido el interés público en el financiamiento suficiente y conforme a derecho de la seguridad social en su conjunto—).

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto a fs. 68/70, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien este Tribunal ya ha resuelto situaciones similares ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 3565/04, sentencia del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, María Elena Juana y otros c/ GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 4075/05, sentencia del 14/12/2005; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 4304/05, sentencia del 31/5/2006; "Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4739/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4748/06, sentencia del 8/11/2006), en tales oportunidades la Procuración se limitó a cuestionar la condena a regularizar la situación previsional de los accionantes en virtud de la afectación del principio de congruencia, por entender que dicha cuestión no había sido planteada en la demanda, mientras que en esta oportunidad intro-

duce el agravio basado en la falta de legitimación del accionante para exigir el pago de la deuda previsional reclamada que impediría dar cumplimento a ese aspecto de la sentencia.

Ello constituye una diferencia sustancial entre éste y los anteriores casos, que permite adoptar un criterio distinto en la resolución del recurso de hecho interpuesto por el GCBA.

2. Sentado lo expuesto, a continuación cabe reproducir similares conceptos a los expresados en "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6177/08, sentencia del 17/6/2009, causa análoga a la presente.

El recurso de queja planteado por el Gobierno local no logra rebatir el principal fundamento en virtud del cual la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un genuino caso constitucional.

En efecto, como acertadamente destaca el Dr. Casás en el apart. 3° de su voto —al que me remito y adhiero—, más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara presenta argumentos razonables, que permiten desechar la tacha de arbitrariedad deducida.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La cuestión a decidir es similar a la resuelta por el Tribunal recientemente en la causa "Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/recurso de queja de inconstitucionalidad denegado en: 'Adano, Graciela Beatriz y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6177/08, sentencia del 17/6/2009.

Sostuve entonces, y reitero ahora, que en los autos "Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005 y en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3792, resolución del 29/6/2005 —entre múltiples casos—, yo observé, en lo pertinente, que los actores carecen de legitimación para reclamar aportes previsionales derivados de la recomposición salarial fijada por una sentencia que les reconocía ciertas sumas —esto es, aportes de sumas aún no cobradas—, en todo caso créditos que, incluso como agente de retención, el demandado deberá ingresar a otro patrimonio. Adviértase que el mismo actor, conforme a la recomposición de su salario, contraerá seguramente deudas relativas a aportes previsionales, sobre los cuales operará el gobierno como agente de retención, cuando dé ejecución a la sentencia, según lo invoca el señor juez José O. Casás. Todo este punto, expuesto de modo meramente subsidiario en aquellos fallos, por la razón apuntada, con motivo del sistema jubilatorio aplicable para los empleados de la Ciudad de Buenos

Aires, representa un contrasentido si se lo quiere mencionar como "condena", según lo expuesto inmediatamente antes, y un salto por sobre la competencia de los tribunales de la Ciudad: recuérdese que el órgano recaudador, según el sistema, pertenece a la Administración nacional, lo mismo que el fuero judicial ante el cual plantear estos problemas.

Ello no me impide confirmar una sentencia que sólo de modo declarativo le pide al Estado-ciudad "la regularización de la situación previsional del accionante", esto es, un buen comportamiento previsional a la hora del pago de las sumas objeto de la condena; ella no significa, de modo alguno —aun cuando yo crea que está de más—, la solución de un conflicto con el ente recaudador consistente en la condena de ingresar una suma determinada. En realidad, no estoy confirmando la sentencia sino, tan sólo, estableciendo el fracaso del recurso de queja, que pudo haberse evitado.

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 interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CLXXXVII

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BURICCA, NORA FABIANA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Caducidad de instancia. Sentencia definitiva. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El Consejo de la Magistratura no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de

inconstitucionalidad, ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, omisión que obsta a la procedencia del recurso de queja puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso de inconstitucionalidad que la queja pretende someter a decisión del Tribunal no se dirige contra una sentencia definitiva ni a una decisión equiparable a ella a los fines del recurso intentado (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. La resolución que no hace lugar al planteo de caducidad de instancia interpuesto por el Consejo no constituye una sentencia definitiva, pues no pone fin al proceso ni impide su continuación. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. El recurrente no alcanza a demostrar cuál sería el gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior que le provoca la decisión cuestionada para poder, de ese modo, equipararla a una de carácter definitivo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

5. Las genéricas manifestaciones del Consejo sólo permiten comprender que este juicio provocaría una dilación para tener por cumplido íntegramente el trámite de designaciones de los secretarios del fuero CAyT previsto en el concurso, pero no son aptas para explicar de qué modo la señalada demora para cubrir de manera definitiva uno de esos cargos podría generarle al Consejo un perjuicio irreparable o de muy dificultosa subsanación ulterior. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

6. En el recurso de queja no se ha demostrados la existencia de un caso constitucional, dado que los agravios vertidos giran —sustancialmente— en torno de la valoración que cabe asignar a una presentación efectuada por la actora y a la interpretación de normas procesales de índole infraconstitucional, realizadas por la Cámara para determinar si había operado la caducidad de la instancia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

7. Para acreditar la existencia de un caso constitucional, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, es necesario que el recurrente vincule los derechos constitucionales supuestamente vulnerados con la cuestión efectivamente discutida en la causa, toda vez 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 ins-

tancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

8. El recurrente no logra establecer la adecuada correspondencia entre la garantía que se afirma conculcada (defensa en juicio y debido proceso) y la decisión recurrida. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde)*

9. La alegada arbitrariedad del pronunciamiento resistido, en primer lugar, no suple la ausencia de sentencia definitiva, a los fines del recurso de inconstitucionalidad, y además, el Consejo de la Magistratura no ha logrado demostrar la falta de razonabilidad en la valoración de los hechos y en la interpretación y aplicación de las normas procesales infraconstitucionales. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

10. La circunstancia de que la sentencia de la Cámara se oriente en una dirección insatisfactoria para el agraviado no importa afectación de su derecho de defensa, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario, pues 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. nº 6578/09 - 20/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Nora Fabiana Buricca promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Poder Judicial - Consejo de la Magistratura (en adelante, CM) con el objeto de que se declarase "...la arbitrariedad y nulidad parcial absoluta, insanable y manifiesta (...) de la resol. nº 479/2008..." y se ordenase su incorporación en el noveno lugar en el orden de mérito definitivo del Concurso nº 25 convocado para cubrir nueve cargos de Secretario de Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 1/14).

Solicitó —en el marco de la acción iniciada— el dictado de una medida cautelar que ordenase al CM abstenerse, hasta la culminación de este proceso, de realizar cualquier acto orientado a cubrir el noveno cargo de Secretario de

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el que se convocó el Concurso nº 25/05.

2. El juez de primera instancia confirió —con fecha 16/7/2008— el traslado de la acción incoada en los términos del art. 11 de la ley 2145 (fs. 75) y con fecha 17/7/2008 desestimó la medida cautelar requerida por la actora (fs. 76/77).

Apelada por dicha parte esa decisión (fs. 78/87), el juez de grado la concedió "...en relación [...] (art. 20 ley 2145 y art. 181 CCAyT).// Atento el estado de las presentes, elévense sin más trámite al Superior en la forma de estilo" (el destacado pertenece al original). Cumplido este trámite, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Tributario resolvió: "...*2)* Hacer lugar al recurso de apelación, revocar la resolución recurrida y otorgar la medida cautelar. En consecuencia, la parte demandada deberá abstenerse de recibir el juramento o compromiso de quien se halla ubicado en el noveno lugar del orden de mérito definitivo (esto es, el Dr. Ramiro Joaquín Dos Santos Freire). Ello, sin perjuicio de que se reciba normalmente el juramento o compromiso de los otros ocho concursantes y, a su vez, de la potestad del Consejo de la Magistratura de designar interinamente al Dr. Dos Santos Freire a resultas de lo que se resuelva en definitiva en este juicio..." (fs. 89/93).

Frente a ello, el CM dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 98/113), el que fue contestado por la actora (fs. 118/130 vta.).

3. A su vez, la parte actora —con fecha 27/8/2008— efectuó una presentación que tituló "Impulsa proceso. Solicita se forme incidente. Solicita se remitan las actuaciones principales a primera instancia". En ella requirió, a los efectos de —según afirmó— impulsar el proceso principal, la formación de un incidente con las piezas relativas a la medida cautelar trabada en estos actuados y la ulterior remisión —a primera instancia— de los autos principales con el fin de permitir la prosecución del trámite de la acción de fondo.

En oportunidad de acompañar las copias respectivas, la parte actora reiteró su petición de que se ordenase la formación del incidente de medida cautelar y se remitiese los autos principales a primera instancia para permitir la prosecución del trámite de la acción de fondo (fs. 133). Y así fue proveído por el juzgado de primera instancia (fs. 134).

4. Recibidas las actuaciones principales por el juzgado de primera instancia el 17/9/2008 (fs. 136 vta./137), se libró —con fecha 22/9/2008— cédula dirigida al CM, confiriéndole traslado de la demanda. Notificado el CM del traslado dispuesto en los términos del art. 11 de la ley 2145, planteó —sin consentir actuación posterior al 16/7/2008— la caducidad de la instancia del proceso principal por haber transcurrido —entre la providencia de fecha 16/7/2008 que ordenó el traslado de la demanda y el 27/8/2008, fecha en que la actora

solicitó la formación del incidente de medida cautelar y la remisión de los autos principales a primera instancia— el plazo de treinta días previsto en el art. 24 de la ley 2145. En este sentido, puntualizó que las actuaciones realizadas con posterioridad al 16/7/2008 (solicitud de formación de incidente de medida cautelar) no revestían el carácter de impulsorias de la acción de amparo incoada, en tanto se referían —pura y exclusivamente— a la medida cautelar en trámite ante la Cámara de Apelaciones. Agregó, además, que la actora "...pudo impulsar en primera instancia el proceso, v. gr. presentando oportunamente en el Tribunal la cédula de notificación con el auto del 16/7/2008, pero declinó hacerlo, habiéndose operado la perención de la instancia..." y que tampoco notificó, tal como lo prescribía el art. 11 de la ley 2145, la resolución que admitió la medida conjuntamente con el traslado de la demanda (fs. 140/143).

Contestado el respectivo traslado por la actora (fs. 146/151), el juez de grado hizo lugar al acuse de caducidad articulado por el CM (fs. 153/154).

5. Contra lo decidido, se alzó la parte actora (fs. 155/160). La Cámara de Apelaciones, previo traslado al CM del recurso presentado (el que fue contestado a fs. 162/164), decidió "... Hacer lugar al recurso de apelación deducido y, en consecuencia, revocar la resolución recurrida, con costas de la alzada a la vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 14, CCBA; 28, ley 2145 y 62, CCAyT)..." (fs. 167/169 vta.).

Para así sentenciar consideró que entre el inicio de la acción de amparo (ocurrida el 16/7/2008) y el 27/8/2008 (fecha en la cual la demandante presentó el escrito "Impulsa proceso. Solicita se forme incidente. Solicita se remitan las actuaciones a primera instancia"), el plazo previsto en el art. 24 de la ley 2145 —computado desde el día siguiente (hábil o no) al del acto impulsorio y descontada la feria judicial de invierno acaecida entre los días 28 de julio y 8 de agosto de 2008— no había transcurrido. Señaló también, a mayor abundamiento y a fin de resguardar el derecho de defensa de las partes, que la presentación del 27/8/2008 constituía un acto impulsorio del proceso principal, dado que: *a)* con ella la actora había solicitado la formación del incidente de medida cautelar y requerido la remisión de las actuaciones principales a primera instancia; *b) a contrario sensu* de lo establecido en el art. 20 de la ley 2145, mientras no se formase el incidente no podía correrse traslado de la demanda; *c)* el juez de grado, frente a la apelación presentada por la actora, la concedió y, sin más, ordenó la elevación de los autos a este Tribunal; es decir, no ordenó la formación del incidente a que se refiere el art. 20 de la ley 2145; y *d)* tuvo por objeto subsanar la falta de formación del incidente en la que incurrió el juzgado de origen. Añadió, y sólo a los efectos de ahondar en la cuestión, que en autos se configuraba un caso de actividad pendiente del tribunal, en tanto el art. 20 de la ley 2145 expresamente imponía como deber del juzgado determinar el detalle

de las piezas procesales necesarias para formar el incidente de apelación de la medida cautelar, imperativo legal que no fue cumplido oportunamente y que sólo tuvo lugar con posterioridad a la presentación efectuada por la amparista en la que peticionó la formación del incidente respectivo y la remisión de las actuaciones principales al juzgado de primera instancia. Por tanto, concluyó que la presentación —efectuada el 27/8/2008 antes de la medianoche del día en que vencía el plazo de caducidad— tuvo por meta impulsar el proceso principal y no, el incidente de medida cautelar. En caso de duda, señaló, no procedía la caducidad de la instancia. Lo decidido no hacía más que reconocer —según las circunstancias del caso— la importancia que merecía el criterio *pro actione* que importaba no impedir, menoscabar u obstaculizar el acceso a la justicia plasmado en la Constitución Nacional y local.

6. Disconforme con ese pronunciamiento, el CM interpuso contra el recurso de inconstitucionalidad (fs. 171/180 vta.).

Afirmó que el recurso se dirigía contra una sentencia definitiva, pues "pone fin al tema en cuestión" y "torna imposible su reparación ulterior", por cuanto "declina culminar un proceso fenecido". Centró sus agravios —fundamentalmente— en la arbitrariedad de la sentencia, en tanto la decisión recurrida: *i)* endilgaba al *a quo* el no haber impulsado el proceso, mientras incumbía a la parte actora hacerlo; *ii)* otorgaba carácter impulsorio a la presentación de la actora de fecha 27/8/2008; cuando ella constituyó un mero deseo; *iii)* interpretaba erróneamente el art. 20 de la ley 2145; *iv)* la sometía a litigar bajo un proceso que se encontraba abandonado por la parte actora; *v)* violaba su derecho de defensa, toda vez que había omitido ponderar argumentos conducentes para una adecuada solución de la cuestión; *vi)* merituaba equivocadamente las circunstancias del caso y la normativa vigente, valorando actuaciones de la actora que carecían de impulso procesal; y *vii)* concedía al art. 24 de la ley 2145 una interpretación que no surgía ni de su letra ni de su espíritu (computaba el comienzo del plazo de caducidad a partir del día siguiente al de la última petición de las partes, o resolución, o actuación del/la juez/a que tuvo por objeto impulsar el proceso). Acotó, por otra parte, que toda la actividad de la actora desde la interposición de la demanda consistió exclusivamente en controvertir el decisorio que rechazó la medida cautelar que solicitara, aun habiendo sido ordenado el traslado de la demanda; que la petición de fecha 27/8/2008 no hacía más que poner de manifiesto la real convicción de que el impulso de la instancia había caído en abandono, con independencia del título que pretendió imponerle la accionante; que lo actuado con posterioridad al 16/7/2008 —a más de no ser consentido por su parte—, no reunía calidad de impulsorio, desde que se relacionaba —pura y exclusivamente— con la medida cautelar en trámite ante la Cámara; que no hubo impedimento exógeno para el impulso de la instancia, sino que la omisión fue

únicamente voluntaria; y finalmente, que no hubo duda respecto al abandono de la instancia por parte de la actora.

En relación a la imposición de costas, sostuvo que no se daba en el caso el principio objetivo de la derrota y que, aun en el improbable e hipotético caso de confirmarse el resolutorio en crisis, razones temporales habilitaban a considerar que su parte pudo haberse creído con derecho a plantear la caducidad, por lo que cabía imponerlas por su orden.

7. La Cámara de Apelaciones, luego de contestado el traslado por la actora del recurso de inconstitucionalidad articulado por el CM (fs. 184/191), lo declaró inadmisible. Apuntó que no se dirigía contra una sentencia definitiva, ni equiparable a tal; y que el recurrente, tampoco, había logrado demostrar cuál sería el gravamen de imposible reparación ulterior que le provocaba la decisión cuestionada. Consideró, también, que no se verificaba la concurrencia de un caso constitucional y que de los términos de la sentencia impugnada —que además se presentaba como debidamente fundada— surgía que se había evaluado y establecido la interpretación asignada a cuestiones de hecho y la normativa procesal que las regía, siendo tal tarea producto del análisis de las constancias de la causa y de los planteos articulados. Respecto de la arbitrariedad alegada, señaló que más allá de las discrepancias y dichos del recurrente, el pronunciamiento en crisis contenía la debida fundamentación fáctica y jurídica (fs. 193/194).

8. Tras lo cual, el CM interpuso la correspondiente queja ante estos estrados (fs. 198/209 vta.). Reiteró —prácticamente— la totalidad de las objeciones formuladas en oportunidad de articular el recurso de inconstitucionalidad. A ellas agregó que: *1)* la sentencia se limitaba a efectuar una afirmación dogmática y genérica, sin realizar un examen serio acerca de las razones por las cuales los planteos de su parte serían inamisibles con relación a la arbitrariedad de la sentencia; *2)* no existía una simple discrepancia de criterio, sino que se encontraba involucrada una grave afectación al derecho de defensa; y *3)* la declaración de caducidad de la instancia permitiría concluir el concurso público de que se trata, cumplimentando así una de las funciones primordiales de su parte: cuál es la cobertura de cargos en el Poder Judicial local. Ningún agravio mantuvo, en cambio, respecto de la imposición de costas a su parte decidida por la Cámara.

9. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 213/217 vta.). Luego de señalar que —a su criterio— la decisión recurrida constituía sentencia definitiva, concluyó que el recurrente no había logrado exponer un agravio constitucional, pues la sola discrepancia del decisorio recurrido con los argumentos sostenidos por el recurrente no permitían tener por configurada la situación de inconstitucionalidad pregonada, ni descalificaban el acto jurisdiccional en cuanto tal.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable.

2. La Cámara CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad por tres razones fundamentales, sobre las que se agravia el CM: *a)* que la decisión que rechaza el planteo de caducidad de la instancia formulado por su parte no reúne la condición de definitiva con relación a ninguna cuestión constitucional; *b)* que el recurrente no acreditó las circunstancias que permitan equiparar la decisión a una sentencia definitiva; y *c)* que la sentencia no es arbitraria.

A su turno, el CM no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, omisión que obsta a la procedencia de la queja puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

3. El recurso de inconstitucionalidad que la queja pretende someter a decisión del Tribunal no se dirige contra una sentencia definitiva ni a una decisión equiparable a ella a los fines del recurso intentado (art. 27, ley 402).

La resolución que no hace lugar al planteo de caducidad de instancia interpuesto por el Consejo no constituye una sentencia definitiva, pues no pone fin al proceso ni impide su continuación. Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros), criterio igualmente aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, de conformidad con los requisitos establecidos por la ley para su admisibilidad y procedencia.

Tampoco el recurrente alcanza a demostrar cuál sería el gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior que le provoca la decisión cuestionada para poder, de ese modo, equipararla a una de carácter definitivo. En efecto, para ello no basta con señalar que la apuntada resolución le "...causa gravamen irreparable al impedírsele a este Consejo de la Magistratura dar por concluido, aun anormalmente, un proceso en base a la inactividad procesal de

la parte, en virtud de la ley 2145, avasallando su derecho de defensa...” (fs. 175 vta.) o le impide “...la conclusión de un trámite concursal de cobertura de cargos en el Poder Judicial local...” (fs. 208 vta.). Las genéricas manifestaciones del Consejo sólo permiten comprender que este juicio provocaría una dilación para tener por cumplido íntegramente el trámite de designaciones de los secretarios del fuero CAyT previsto en el Concurso nº 25, pero no se ha realizado esfuerzo alguno para explicar de qué modo la señalada demora para cubrir de manera definitiva uno de esos cargos podría generarle al Consejo un perjuicio irreparable o de muy dificultosa subsanación ulterior. Más aún si se tiene en cuenta que la Cámara, al otorgar la medida cautelar en favor de la parte actora, ha dejado expresamente aclarado que el Consejo puede cubrir interinamente el cargo cuya titularidad se debate, a resultas de lo que se resuelva en definitiva en el juicio.

Obiter dictum cabe aclarar que la interpretación que propicié de los arts. 20 y 22 de la ley 2145 en mi voto (en minoría) en los autos “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)’”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008, no resulta aplicable a este caso, ya que la decisión aquí impugnada desestima el acuse de caducidad articulado por el CM, es decir, permite la continuidad del juicio —distinta sería mi opinión, conforme al precedente citado, si la resolución hubiese declarado caduca la instancia.

De modo tal que, en punto a la existencia de sentencia definitiva, el recurrente no ha logrado rebatir con éxito lo decidido por el *a quo*.

4. Por lo demás, tampoco se vislumbra, en la especie, la existencia de un caso constitucional. Ello así, dado que los agravios relatados en las resultas giran —sustancialmente— en torno de la valoración que cabe asignar a una presentación efectuada por la actora y a la interpretación de normas procesales de índole infraconstitucional, realizadas por la Cámara para determinar si había operado la caducidad de la instancia en las presentes actuaciones. Estas cuestiones, por regla, resultan ajenas al ámbito natural del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

Debe recordarse que para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara en una cuestión netamente procesal. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, es necesario que el recurrente vincule los derechos constitucionales supuestamente vulnerados con la cuestión efectivamente discutida en la causa, toda vez 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 el 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

En el caso, el recurrente no logra establecer la adecuada correspondencia entre la garantía que se afirma conculcada (defensa en juicio y debido proceso) y la decisión recurrida. Que la alzada hubiera decidido como lo hizo, no significa —sin más— que los argumentos expuestos por el CM hubieran sido omitidos por ese tribunal. La lectura de la contestación del CM al memorial de agravios presentado por la actora al apelar y su cotejo con los fundamentos de la sentencia, permiten sostener que la Cámara consideró los argumentos relevantes para la decisión del recurso. En realidad, las consideraciones que formula el recurrente sólo traslucen —como señala la Cámara— su discrepancia con la solución alcanzada.

Nuevamente, en este punto, no acierta el quejoso a desvirtuar lo afirmado por la alzada en cuanto a la inexistencia de caso constitucional.

5. En cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento resistido, en primer lugar, cabe señalar que ella no suple la ausencia de sentencia definitiva, a los fines del recurso de inconstitucionalidad. Además, el CM no ha logrado demostrar la falta de razonabilidad en la valoración de los hechos y en la interpretación y aplicación de las normas procesales infraconstitucionales. La circunstancia de que la sentencia de la Cámara se oriente en una dirección insatisfactoria para el agraviado no importa afectación de su derecho de defensa, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario. Como se ha sostenido de manera reiterada, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

6. Por último, teniendo en cuenta que el recurrente no mantuvo ante este Tribunal los agravios referidos a la imposición de costas a su parte resuelta por la alzada, sobre este punto nada corresponde decidir a esta instancia.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja articulada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad a fs. 198/209 vta.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Supuesto que sólo existe queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el demandado contra la decisión que revoca la de primera instancia y advierte que no ha caducado la acción intentada (pues, al parecer, existe otro recurso de inconstitucionalidad sobre la base de una medida cautelar concedida, que no ha desembocado en una queja), solo es posible la adhesión al voto del señor juez del trámite. En primer lugar, la decisión no supone la finalización del litigio, esto es, una sentencia definitiva, en los términos del art. 27 de la ley local 402, que regula el recurso de inconstitucionalidad, sino todo lo contrario, una decisión tal que el proceso seguirá su curso. En segundo lugar, el recurrente no se ha esmerado en criticar la resolución de rechazo en este sentido, razón por la cual ni se conoce cuáles son los hechos que, a juicio del impugnante, permitirían catalogar la sentencia —dejando de lado mi opinión— como equiparable a definitiva. En tercer lugar, ya me he expedido en el sentido de que, en principio, las decisiones sobre la caducidad de instancia no revisten el carácter de sentencia definitiva (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Jervo S.A. s/ejecución fiscal", expte. nº 5530/07, sentencia del 30/4/2008, entre otros).

2. Pero además, como bien lo expone el señor juez del trámite, los argumentos según los cuales recurre el demandado, son tan sólo exposiciones de su agravio por haber resuelto el tribunal de mérito con una interpretación distinta de las normas comunes (infraconstitucionales) pertinentes a la estimada justa por él, y haber interpretado los hechos procesales también de manera diferente a la invocada por él. Ello significa, como lo pone de relieve el señor juez del trámite, que el recurrente solo ha fundado un agravio común, que basta para la interposición de un recurso ordinario (apelación), pero que no basta para el recurso extraordinario interpuesto (inconstitucionalidad), cuyos motivos han sido estrictamente reducidos por la ley —precisamente para no establecer una tercera instancia—, y que, por ello, resulta inidóneo para surtir la competencia del TSJ.

3. No se ha insistido sobre las costas, tampoco es posible en esta instancia recursiva resolver autónomamente sobre ellas y resulta evidente que el rechazo del recurso de queja y, consiguientemente, el de inconstitucionalidad interpuesto, erigen al recurrente como responsable de esos gastos, razón por la cual nada hay que modificar de la decisión de la Cámara.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar el recurso de queja que interpusiera el Consejo de la Magistratura de la CABA (fs. 198/209).

2. La Sala II de la Cámara CAyT declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad porque no se dirigía a impugnar una sentencia definitiva o equiparable y porque no articulaba un caso constitucional (fs. 195).

3. El quejoso no cumple la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402 ya que no refuta las razones que dan sustento a la decisión recurrida.

Sostiene que la resolución objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad constituye una sentencia definitiva toda vez que "…tiene la virtualidad de mantener vivo el proceso y, por ende [lo] priva (…) de obtener el cierre de una discusión…" (fs. 208 vta., el destacado me pertenece).

Como se ve, la lectura de las manifestaciones del Consejo de la Magistratura confirma el acierto del auto denegatorio de fs. 195.

4. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Sala II ya que la sentencia recurrida no constituye una sentencia definitiva (art. 27 de la ley 402).

En efecto, el demandado intentó impugnar a través del recurso denegado la resolución de la Cámara que revocó la del juez de grado que admitió un planteo de caducidad de instancia.

Como se puede apreciar, dicha decisión no es definitiva a efectos del recurso de inconstitucionalidad ni es susceptible de equiparse a tal en la medida en que el recurrente no demostró cuál es el gravamen de imposible reparación ulterior que la misma le provoca.

5. Por ello, voto por rechazar la queja que dedujera el Consejo de la Magistratura de la CABA (fs. 198/209).

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 Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CLXXXVIII

"SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MARTITEGUI, EDGARDO ANÍBAL C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Sentencia definitiva. RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Denegatoria del fuero federal. Recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES: Responsabilidad por daños y perjuicios. Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad.

SUMARIOS:

1. Es válido señalar que la sentencia de la CSJN no ha advertido que el Tribunal, en el fallo por ella revocado, no "omitió hacerse cargo" de la "cuestión esencial planteada claramente por el apelante, cual es que se le ha denegado el fuero federal que expresamente invocó desde su primera presentación, toda vez que al desestimar la queja y al rechazar el recurso de inconstitucionalidad el Tribunal se expidió justificando por qué razón no resultaba aplicable la doctrina de la CSJN referida a la denegatoria del fuero federal, expresando centralmente en ambas decisiones que Subterráneos Buenos Aires no peticiona ser juzgado por tribunales de la justicia federal, sino antes bien, por la justicia nacional ordinaria en el civil". *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. En su oportunidad el Tribunal manifestó que no resulta aplicable la jurisprudencia de Corte Suprema de la Nación que equipara a "sentencia definitiva" las decisiones que en las etapas iniciales de un proceso deniegan el fuero federal, ya que Subterráneos Buenos Aires no pretende litigar ante la jurisdicción federal sino ante la Justicia Ordinaria, que en la Ciudad de Buenos Aires ejercen hasta hoy, los denominados jueces nacionales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La cuestión constitucional no ha sido sometida en forma correcta a decisión del tribunal de alzada, ya que en la expresión de agravios se omitió una crítica precisa y fundada a los fundamentos del fallo de primera instancia, razón suficiente para rechazar la queja, de conformidad con la regulación el recurso local (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La impugnación constitucional plantea al Tribunal la decisión sobre una cuestión que carece de relación con el caso, ya que en él no se ha trabado una contienda propia de la jurisdicción civil, sino un típico caso de responsabilidad regida por reglas de derecho público local y por aplicación analógica del Código Civil. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. En tanto el caso trata sobre la responsabilidad del Estado local y de, entre otros, Subterráneos Buenos Aires, empresa titular de bienes afectados a un servicio público, frente a un tercero que invoca daños ocasionados por la deficiente conformación y mantenimiento de las estructuras y obras civiles afectadas al servicio, la causa corresponde a la competencia de la justicia de la Ciudad (arts. 1º y 2º, CCAyT), de acuerdo al desarrollo legislativo local del art. 129 de la C.N. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La ley 24.588 reconoció a la Ciudad de Buenos Aires facultades propias de jurisdicción en materia contencioso-administrativa, y el recurrente no puede argumentar la existencia de algún interés del Gobierno federal que justifique la intervención de tribunales de otra jurisdicción y que opere como límite a la autonomía jurisdiccional y legislativa cuyo legítimo portador es la Ciudad de Buenos Aires, por lo que debe ser rechazado el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El planteo que invoca las leyes 20.705, 22.070 y 19.550 para sostener que la empresa Subterráneos Buenos Aires no es una autoridad administrativa sino un sujeto de derecho privado carece de desarrollo y no supera la mera afirmación, que ignora ciertas técnicas del derecho administrativo (descentralización, concesión, delegación, etc.) que han permitido desde antiguo al Estado conferir el ejercicio de determinadas potestades públicas a sujetos que no se unifican en la personalidad jurídica única del Estado (local en este caso). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La pretensión de Subterráneos Buenos Aires de huir de la jurisdicción local, además de poner en evidencia su menosprecio por el régimen federal, ha ocasionado una concreta y significativa demora en el trámite del proceso, ya que el actor, a más de siete años de haber demandado, todavía tramita el proceso en primera instancia, sin que haya logrado aun conducirlo hacia un pronunciamiento de fondo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. En la decisión que rechazó el recurso de queja se puso de resalto que los agravios de la interesada no se dirigían contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, pues ella sólo discutía una decisión que no hizo lugar a su pedido para que el juicio tramitara ante la denominada justicia nacional en lo civil *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

10. En su marco, los jueces nacionales ordinarios ejercen aquellas competencias de la Ciudad Autónoma, contempladas en el art. 129 de la C.N., que les ha reservado la ley 24.588, esto es, potestades que toma la Nación en ejercicio de su discrecionalidad legislativa, hasta tanto exista un acuerdo entre Nación y Ciudad que permita dar plena operatividad al citado art. 129 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Las facultades del GCBA —correlativa de los derechos de sus ciudadanos— sólo pueden estar limitadas temporalmente, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital Federal, y materialmente por la necesidad de garantizar intereses del Estado federal (conf. art. 129, C.N.), que se encuentran

garantizados por la ley nacional 24.588, que en lo que aquí importa establece que todas las causas contra el GCBA, cualquiera sea su índole, pertenecen a los tribunales que establezca la Ciudad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. No se ha vulnerado la garantía del juez natural, ya que por imperio de la Constitución Nacional, las causas civiles acaecidas en el territorio de la Ciudad deberían corresponder a sus tribunales, y es preciso recordar que en lo atinente la justicia de la Ciudad, la ley 24.588 restringió la operatividad del art. 129 de la C.N. transitoriamente, aunque se la dio en plenitud en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La presente causa cae dentro de la competencia contencioso-administrativa de la CABA tanto por la naturaleza de la empresa Subterráneos Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad como la de la relación jurídica de derecho público local acerca de lo que se discute *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 4861/06 - 21/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Edgardo Aníbal Martitegui promovió una demanda de daños y perjuicios contra Metrovías S.A., el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 147/159) y la UTE integrada por Techint Cía. Técnica Internacional SACI y Dyckerhoff & Widmann AG (ídem y fs. 160/161), que luego amplió contra Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (fs. 162, en adelante: SBASE), ante la justicia contencioso administrativa local, tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que habría sufrido a raíz del accidente que sufrió al colisionar el ciclomotor en que se transportaba "contra una saliente de aproximadamente unos 9 cm de altura por 60 cm de diámetro; a causa del impacto la motocicleta perdió estabilidad y su conductor cayó pesadamente al pavimento sufriendo graves lesiones. La susodicha saliente corresponde a una rejilla de ventilación de la obra de ampliación de la Línea de Subterráneo B..." (*sic*, fs. 147 vta.). El autor atribuye responsabilidad a los demandados por su actuar "negligente e imprudente" (fs. 151 vta.) y por el riesgo de la cosa (fs. 148 vta. y ss.)

2. Al contestar el traslado, SBASE planteó las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva (fs. 111/130). La primera se basó en el art. 129 de la C.N., los arts. 5º y 8º de la ley 24.588 y el 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. 122/127). Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 48 de la ley 7 y de los arts. 1º y 2º del CCAyT, por considerarlos contrarios a la ley 24.588, reglamentaria del art. 129, C.N. (fs. 127/128).

3. En lo que interesa a los fines de esta queja, el juez de primera instancia rechazó el planteo de inconstitucionalidad y la excepción formulados por SBASE (fs. 104, queja; fs. 698/699, expte. principal). Para desestimar la inconstitucionalidad argüida por el codemandado, se remitió al dictamen fiscal de primera instancia (fs. 693/696 vta., expte. principal).

4. SBASE interpuso recurso de apelación contra esa sentencia (fs. 103 y 85/102).

5. La Sala I de la Cámara CAyT confirmó la decisión (fs. 81/82).

6. Contra dicho pronunciamiento, SBASE interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 67/79). En el "objeto", la recurrente expresó que "están en juego la interpretación y alcance de leyes que reglamentan el art. 123 (textual) de la C.N. y el principio del juez natural" (fs. 67). Asimismo, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y tachó por arbitraria la sentencia de la Cámara, en cuanto considera que SBASE "es una autoridad administrativa tergiversando el sistema creado y mantenido normativamente por la ley 20.705" (fs. 79). Consecuentemente, él sostuvo que la ley 189 "no puede modificar leyes de fondo" (ídem) y que "SBASE no es el Estado local".

El recurrente justificó el carácter definitivo de la sentencia recurrida: "pretende sustraer a mi poderdante de la competencia que le corresponde conforme a la materia del litigio" (fs. 68) y en que le ocasiona un gravamen irreparable, pues, al apartarse del marco jurídico, "conculca su derecho de propiedad en cuanto a que hace lugar a la acción promovida por el accionante" (ídem).

7. El tribunal *a quo* denegó el recurso de inconstitucionalidad porque el pronunciamiento recurrido no tiene carácter de definitivo ni es equiparable a una tal decisión; al no haberse demostrado que la sentencia le ocasione un gravamen irreparable, porque las cuestiones procesales son —en principio— ajenas a este recurso; y porque no se plantean las situaciones que habilitan la consideración de la doctrina de la sentencia arbitraria (fs. 64 y vta.).

8. SBASE dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 21/39). Requerido su dictamen, el fiscal general propuso el rechazo de la queja sobre la base de que el recurrente "no cuestiona la decisión de la Sala I de declarar inadmisible el recurso, sino que se limita a reproducir los fundamentos

expuestos en sus presentaciones anteriores" y porque él no impugna una sentencia definitiva, ni una decisión equiparable a ella (fs. 168/169 vta.).

9. Por sentencia del 14/2/2007 el Tribunal resolvió: "1. Rechazar el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado planteado por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado a fs. 21/39". Los votos de los jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde sostuvieron que el recurso de inconstitucionalidad no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal; por su parte, la jueza Alicia E. C. Ruiz sostuvo que la queja no rebatía los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (fs. 171/177).

10. SBASE interpuso recurso extraordinario federal (fs. 185/205), que fue contestado por el GCBA, codemandado en autos, solicitando su rechazo (fs. 211/216 vta.).

11. El Tribunal consideró inadmisible el recurso, fundamentalmente, porque la sentencia recurrida no era definitiva ni una decisión equiparable a ella: en tanto el recurrente reclamaba la competencia de la justicia nacional no era aplicable la doctrina de la CSJN referida a la "denegatoria del fuero federal" como supuesto de excepción al requisito de la sentencia definitiva (fs. 219/222).

12. SBASE acudió en queja ante la CSJN (fs. 1602/1626, expediente principal).

13. La Corte, por remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal, resolvió "se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente" (fs. 1634, expediente principal).

En el aludido dictamen, se sostuvo que la decisión del Tribunal "que desestimó el recurso de inconstitucionalidad —fundada en que no media una sentencia definitiva o equiparable a tal— omitió hacerse cargo de una cuestión esencial planteada claramente por el apelante, cual es que se le ha denegado el fuero federal que expresamente invocó desde su primera presentación, circunstancia que, según reiterada doctrina de V.E., equipara a definitiva la sentencia de la Cámara local (...), así como que tampoco se trató el planteo de inconstitucionalidad de distintas normas locales por ser contrarias a la ley fundamental que aquélla también sostuvo en todas las instancias..." (fs. 1628 y vta., expediente principal).

14. Recibidas las actuaciones, se llamaron los autos al Acuerdo (fs. 233, queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El nuevo pronunciamiento a dictar en estas actuaciones está acotado por el fallo de la CSJN que, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, estableció que la sentencia de la Cámara cuestionada mediante el recurso de inconstitucionalidad es equiparable a una definitiva, y que no se trataron el planteo que formuló SBASE referido a la inconstitucionalidad de los arts. 48 de la ley 7 y 1° y 2° del CCAyT por resultar contrarios a la ley 24.588, reglamentaria del art. 129, C.N. (fs. 127/128). En tanto no me he pronunciado sobre esas cuestiones en la decisión revocada por la CSJN, procedo ahora a expedirme a ese respecto.

2. En forma previa a pronunciarme sobre esa cuestión, vale la pena señalar que la sentencia de la CSJN, al parecer, no ha advertido que el Tribunal, en el fallo por ella revocado, no "omitió hacerse cargo" de la "cuestión esencial planteada claramente por el apelante, cual es que se la ha denegado el fuero federal que expresamente invocó desde su primera presentación...", como se afirma en el dictamen de la Procuración General de la Nación al que la sentencia remite.

Por lo contrario, en las dos oportunidades en que el Tribunal se expidió (al desestimar la queja y al rechazar el recurso de inconstitucionalidad) justificó de modo expreso el punto: por qué razón no resultaba aplicable la doctrina de la CSJN referida a la denegatoria del fuero federal. Centralmente, se expresó en ambas decisiones que SBASE no peticiona ser juzgado por tribunales de la justicia federal, sino, antes bien, por la justicia nacional ordinaria en lo civil.

Así, en el punto 2 de la sentencia recurrida afirmé: "Tampoco resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación que equipara a 'sentencia definitiva' las decisiones que en las etapas iniciales de un proceso deniegan el fuero federal, ya que SBASE no pretende litigar ante la jurisdicción federal sino ante la justicia ordinaria, que en la Ciudad de Buenos Aires ejercen, hasta hoy, los denominados jueces nacionales". A su turno, el juez Luis F. Lozano, recordó lo que expuso en un su voto en un pronunciamiento anterior del 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. n° 4412/05, sentencia interlocutoria del 11/10/2006— y dijo: " (...) las razones que justifican equiparar, excepcionalmente, una providencia interlocutoria, acerca de la competencia, a una sentencia definitiva, fincan exclusivamente en el interés en preservar la jurisdicción federal. 'Ejercer jurisdicción federal' e 'integrar el Poder Judicial de la Nación' son atributos que no asisten al mismo conjunto de jueces, desde que la ley 13.998 incorporó a los tribunales ordinarios de la Capital Federal a

dicho Poder. Ello así, toda vez que no compete a buena parte de estos últimos distinta competencia material de la que está reservada a toda provincia. Tampoco existen, a este respecto, razones que se apoyen en la competencia territorial de esos tribunales o deriven de ella. Aplicadas estas nociones al *sub lite*, sería equiparable a definitiva, a los fines del recurso extraordinario, aquella hipotética decisión que denegare la jurisdicción federal. En cambio, no existen razones para efectuar esa equiparación, cuando la alternativa a la local es, como en el caso, la nacional (justicia nacional en lo Civil), requisito que no puede ser suplido mediante la tacha de arbitrariedad (conf. *Fallos*, 304:1717; 305:1159; 306:244, entre muchos)". Finalmente, el juez José O. Casás y la jueza Ana María Conde también se remitieron a ese precedente, en que el juez Casás sostuvo: "*2.* La recurrente expresa en sus escritos que la sentencia que rechaza la excepción de incompetencia por ella planteada (para que el caso sea juzgado por la justicia nacional en lo civil y no por la justicia local) permite que tal decisión sea considerada 'sentencia definitiva' a los fines del recurso extraordinario federal. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que transcribe en apoyo de su petición no se vincula directamente con la cuestión debatida en la causa, ya que se refiere a la denegatoria del fuero federal. Es claro que la decisión de la Corte Suprema de equiparar a 'sentencia definitiva' las decisiones que, en las etapas iniciales de un proceso, deniegan el fuero federal cumple la función de permitirle una vía de control inicial de aquellas causas en que alguna de las partes postule la existencia de un interés federal involucrado, que justifique la competencia que la Constitución de la Nación y las leyes establecen para los tribunales del Gobierno federal. La invocación por la recurrente de esa corriente jurisprudencial debió ser seguida de la explicación de las razones por las que tal criterio resultaría igualmente aplicable en los casos en los que se deniega la competencia de la justicia ordinaria, que en la Ciudad de Buenos Aires ejercen, hasta hoy, los denominados jueces nacionales".

De tal forma, lejos estuvo el Tribunal de omitir la consideración de esa doctrina de la CSJN. La tuvo en cuenta y brindó razones para sostener que ella no era aplicable al caso. Por lo demás, la solución brindada por el Tribunal era coincidente con la expresada por la CSJN en *Fallos,* 326:1663, sentencia en la que expresó que cuando el conflicto se suscita entre la justicia nacional ordinaria y la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires no se configura la excepción al recaudo de sentencia definitiva que la Corte admite cuando se deniega el fuero federal (véase considerandos 3 y 4). El dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que la Corte Suprema se remite en su sentencia, no consideró los argumentos expresados por el Tribunal, razón por la cual la Corte federal revocó la sentencia sin rebatir o descalificar sus fundamentos.

3. A pesar de lo señalado, la CSJN ha definido —en el caso— que la sentencia recurrida SBASE por medio del recurso de inconstitucionalidad debe ser considerada "equiparable a definitiva". Resta, entonces, considerar el planteo de inconstitucionalidad de las normas locales efectuado por SBASE, como lo ordena la Corte en su sentencia.

4. SBASE planteó en primera instancia, en un capítulo específico de su escrito, la inconstitucionalidad de "la ley 7 y la 189 (arts. 1º y 2º) (...) en tanto y en cuanto presuponen que la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario puede extenderse fuera del ámbito de la administración central de la Ciudad". Agregó que "hacer extensible la competencia a cualquier tipo de reclamo es incompatible con las disposiciones de la ley 24.588, reglamentaria del art. 129 de la C.N.". Transcribió, luego, el art. 129 y afirmó que la Ciudad "tiene un marco jurídico propio, equiparable a una provincia o ciudad estado (...) para la competencia administrativa, pero no en la materia ordinaria propia de los fueros Civil, Comercial, Criminal y Correccional y del Trabajo". Sostuvo, por último, que la ley 24.588 "dispone que la Ciudad no tiene jurisdicción propia, razón por la cual la competencia civil en razón de la persona y la materia no es prorrogable" (fs. 127/128).

La sentencia de primera instancia, por remisión al dictamen de la señora fiscal ante los juzgados de esa instancia (agregado a fs. 693/696 vta. del expediente principal), expuso las razones para rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por SBASE. Por un lado, señaló que la materia involucrada en el proceso no era "civil" sino "administrativa" pues se refiere a la responsabilidad del Estado; también efectuó una interpretación de la ley 24.588 frente al art. 129, C.N. y afirmó que en ausencia de un interés del Estado nacional en la causa, no cabe interpretar las reglas sobre autonomía en materia de jurisdicción con un sentido restrictivo; expresó, además, que la opción por un criterio subjetivo para definir la materia contencioso administrativa no colisionaba con ninguna regla federal, ya que ellas no determinan el criterio para la configuración de la causa contencioso-administrativa.

En el recurso de apelación, SBASE se expresó en los mismos términos que al plantear la excepción (fs. 101/102). Esto quiere decir que no tomó a su cargo el rebatir los argumentos que, por remisión al dictamen del Ministerio Público Fiscal, integraban la sentencia de primera instancia; por lo contrario, el recurrente se limitó a reiterar, textualmente, su primera argumentación. El fallo de la Cámara no descalificó la defectuosa expresión de agravios, y, sin mayor desarrollo, sostuvo que "la atribución de competencia que queda así establecida [arts. 1° y 2°, CCAyT, y art. 48, ley 7] es perfectamente compatible con las disposiciones de los arts. 81, inc. 2º y 106 de la CCBA y con las facultades

propias de legislación y jurisdicción que el art. 129 de la C.N. reconoce a la Ciudad" (fs. 756 vta., expediente principal).

Tampoco en el recurso de inconstitucionalidad SBASE formuló crítica alguna a dichas expresiones. La recurrente se limitó a reiterar el capítulo que había presentado ante la primera instancia —con idéntica redacción— al que agregó dos párrafos. En el primero sostuvo que "la estipulación establecida en la ley 189 que trata indiscriminadamente a las sociedades del estado como autoridades administrativas no puede considerarse como una razón válida para establecer la competencia de V.E. ya que ello es francamente inconstitucional". En el restante afirmó que "la Ciudad de Buenos Aires podrá tener todas las prerrogativas que las leyes le estipulen pero sus propias leyes no pueden alterar el sentido de legislación dictada por el Congreso de la Nación y vigente en la actualidad.// Por lo expuesto el art. 1º de la ley 189 mal puede modificar la ley 20.705" (fs. 76/77). A ello añadió, a lo largo del recurso de inconstitucionalidad, ciertas consideraciones vinculadas con ese planteo. Así, SBASE sostuvo: *a)* que, como sociedad del Estado regida por la ley 20.705, 22.070 y 19.550, ella no es una autoridad administrativa, sino un sujeto de derecho privado (fs. 68/69, 70); *b)* que lo relacionado con los daños y perjuicios ocasionados por el giro normal y habitual de una sociedad del Estado no es material del fuero CAyT local (fs. 68); *c)* que el hecho de que su único accionista sea el GCBA no significa que se encuentre bajo la órbita del gobierno local (fs. 70), ni permite confundir al accionista con la sociedad (fs. 71); *d)* que ella no representa ni es órgano del GCBA (fs. 71); *e)* que aplicarle a SBASE, sujeto de derecho privado, la competencia en razón de la persona vulnera el principio del art. 16 de la C.N. (fs. 75).

La ausencia de una crítica precisa y fundada a los fundamentos del fallo de primera instancia en la expresión de agravios que efectuara SBASE, al apelar esa sentencia, trajo aparejado que la Sala se expresara en forma sintética respecto de la compatibilidad de las reglas cuestionadas "con las disposiciones de los arts. 81, inc. 2º y 106 de la CCBA y con las facultades propias de legislación y jurisdicción que el art. 129 de la C.N. reconoce a la Ciudad". De tal forma, la cuestión constitucional no ha sido sometida en forma correcta a decisión del tribunal de alzada. Esa razón bastaría para rechazar la queja, de conformidad con la regulación del recurso local (art. 27, ley 402).

5. A similar conclusión se arriba si se considera que la impugnación constitucional plantea al Tribunal la decisión sobre una cuestión que carece de relación con el caso, ya que en él no se ha trabado una contienda propia de la jurisdicción civil, sino un típico caso de responsabilidad regida por reglas de derecho público local y por la aplicación analógica del Código Civil.

Debe tenerse presente que el actor amplió la demanda originariamente planteada contra Metrovías S.A., el GCBA y la UTE integrada por Techint Cía. Técnica Internacional SACI y Dyckerhoff & Widmann AG, y la dirigió también contra SBASE por los perjuicios que sufrió en ocasión de circular por una calle al colisionar el ciclomotor en que se transportaba "contra una saliente de aproximadamente unos 9 cm de altura por 60 cm de diámetro; (...) [que] corresponde a una rejilla de ventilación de la obra de ampliación de la Línea de Subterráneo B...". La incorporación de SBASE como demandado se originó en que al contestar demanda y oponer excepciones Metrovías observó que la construcción de la ampliación de la línea B "fue planificada, aprobada y ejecutada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) y la empresa Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado detenta el carácter de supervisora técnica de la obra civil", quien, además "asumirá la responsabilidad de la supervisión técnica de los trabajos, así como el seguimiento, inspección, y control de la ejecución del plan de trabajo definitivo, en cuyo caso actuará como representante del Comitente en todo lo relativo a la dirección de obra" (fs. 108 vta./109, expediente principal). A su turno SBASE, en el recurso de inconstitucionalidad, expresó ser "empresa propietaria de la red de los subterráneos, encargada de ampliación y modificación, administradora única de los fondos de la ley 23.514..." (fs. 71, queja). De tal forma, en contra de lo postulado por la recurrente, la solución de la controversia exigirá considerar disposiciones legales, reglamentarias y aun contractuales referidas a las instalaciones afectadas al servicio público local de trenes subterráneos (preceptos locales) y a la responsabilidad (también demarcada por reglas locales) por la configuración, construcción y mantenimiento de la rejilla de ventilación contra la cual el actor sostiene haber sufrido una colisión. También deberá ponderarse si el espacio físico en el que ocurrió el hecho estaba bajo el deber de cuidado del Estado local o de la empresa concesionaria o de SBASE, quien siempre invoca ser propietaria de la red de subterráneos, cuestiones todas que se resuelven por la aplicación preponderante de reglas de derecho local.

Adviértase que SBASE es demandada aquí por las consecuencias de su obrar (instalación de una rejilla de ventilación en una calle pública) como titular de bienes correspondientes a un servicio público eminentemente local (los trenes subterráneos) y por el estado de seguridad hacia terceros de esos bienes afectados a la concesión. Se colocan en debate, ineludiblemente, las reglas sobre el dominio público, el servicio público y la responsabilidad patrimonial del Estado y de los entes que cumplen cometidos públicos por descentralización estatal. En suma, en tanto el caso trata sobre la responsabilidad del Estado local y, entre otros, SBASE, empresa titular de bienes afectados a un servicio público, frente a un tercero que invoca daños ocasionados por la deficiente conformación y mantenimiento de las estructuras y obras civiles afectadas al

servicio, la causa corresponde a la competencia de la justicia local (arts. 1º y 2º, CCAyT), de acuerdo al desarrollo legislativo local del art. 129 de la C.N., constitucionalmente irreprochable al menos en el caso.

6. La impugnación de los criterios de la ley 189 para definir quiénes son "autoridad administrativa" (art. 1°, CCAyT) y qué asuntos pueden ser objeto de la "causa contencioso-administrativa" (art. 2°, CCAyT) tienen adecuada y suficiente respuesta en la sentencia dictada por el Tribunal en la causa "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)'" citada en el punto 2 precedente. En esa resolución, el juez José O. Casás, cuyo voto compartí, expuso, con detenimiento los fundamentos por los que cabe, también ahora, rechazar el planteo de inconstitucionalidad. El magistrado expresó:

"6. Sin perjuicio de lo expuesto, estimo que la importancia de la cuestión que es dable advertir en la reiterada jurisprudencia de la justicia nacional en lo civil que cita la recurrente, referida a la jurisdicción y competencia de ese fuero en asuntos como el de autos, justifica que formule ciertas precisiones adicionales.

a) Los agravios constitucionales formulados por Metrovías S.A. exigen exponer sucintamente las diversas reglas involucradas en la solución del caso.

El art. 129, párrs. 1° y 2°, C.N., dispone: "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. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación".

El Congreso de la Nación dictó la ley 24.588 que en su art. 8º, 2° párr., establece: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contenciosoadministrativa y tributaria locales".

Por su parte, el art. 106, CCBA, dispone que "corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales...".

La ley 7, en su art. 39, establece la composición y competencia de los juzgados de primera instancia en lo civil en los siguientes términos: "La justicia de primera instancia en lo civil está integrada por ciento diez (110) juzgados, que entienden en los asuntos regidos por las leyes civiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces y juezas de otro fuero.// Conocen, además, en las siguientes causas:// En las que se reclame indemnización por daños y perjuicios provocados por hechos ilícitos, sin perjuicio de lo dispuesto

en el art. 29 del C.P.; y // En las relativas a las relaciones contractuales entre los profesionales y sus clientes a la responsabilidad civil de aquellos/as. A los efectos de esta ley, sólo se consideran profesionales las actividades reglamentadas por el Gobierno de la Ciudad".

El art. 48 hace lo suyo respecto de los juzgados en lo contencioso administrativo y tributario: "La justicia en lo contencioso administrativo y tributario está integrada por quince (15) juzgados que entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado".

Corresponde destacar, asimismo, la disposición complementaria y transitoria primera (sustituida por el art. 4º de la ley 189), párr. 1°: "Los arts. 27 al 35 y 38 al 47, quedan suspendidos en su vigencia. El funcionamiento de estos tribunales queda sujeto al acuerdo que el Gobierno de la Ciudad celebre con el Gobierno federal con el objeto de transferir los juzgados nacionales de los fueros ordinarios, su competencia y partidas presupuestarias, en los términos de la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, se debe prever las partidas presupuestarias pertinentes para atender las causas, que, en trámite ante el Poder Judicial de la Nación, se remitan al fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires".

Finalmente, el art. 2º de la ley 189 recepta la especificación del concepto de *causa contencioso-administrativa*, ya perfilada en el citado art. 48 de la ley 7: "*Son causas contencioso-administrativas* a los efectos de este Código *todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado*. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público" (*sic* – el destacado ha sido añadido).

Respecto a lo que aquí interesa, *la ley 24.588 reconoció a la Ciudad de Buenos Aires facultades propias de jurisdicción en materia contencioso-administrativa*, entre otras.

La Legislatura de la Ciudad especificó el concepto de causa contencioso-administrativa, en el art. 2º del CCAyT (ley 189). Para ello escogió una de las formas posibles para delimitarla, que, como lo señala el dictamen al que remite el fallo recurrido, no resulta novedosa en el ámbito de la Ciudad, pues ya la ley 19.987 asignaba a la justicia civil o a la especial en lo civil y comercial, el conocimiento en todas las causas originadas por la actividad de la ex Municipalidad, sean de derecho público o privado.

Como puede verse de la reseña efectuada, tanto en el estado actual del proceso de integración del Poder Judicial local como cuando culmine la constitución de todos los fueros cuya competencia corresponde a la Ciudad Autónoma

de Buenos Aires, la causa debe (y deberá) radicarse ante los juzgados en lo contencioso administrativo y tributario de esta jurisdicción.

b) Más allá de que la caracterización antedicha pudiera haber motivado alguna observación sobre el acierto de tal diseño, no cabe duda que la decisión a la que adscribe el Código, es satisfactoria, razonable y perfectamente compatible con el desarrollo normativo que se inició con la reforma constitucional de 1994.

También es claro que la actividad legislativa de la Ciudad al delimitar la competencia contencioso-administrativa, de ninguna manera vulnera los intereses del Estado nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras ésta sea capital de la República, que el art. 129, C.N., ordena preservar. La única competencia especial que el Gobierno federal puede ejercer en la Ciudad de Buenos Aires está condicionada, según la regla constitucional citada, a que exista algún interés del Estado nacional que sea necesario garantizar.

c) ...

d) Finalmente, cabe tener presente lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa B. 2303, Libro XL. – "Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, provincia de y otro s/daños y perjuicios", sentencia del 21/3/2006, al no habilitar su competencia originaria por no constituir una causa civil y reconocer la de los tribunales locales en "...los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la C.N. (*Fallos,* 180:87; 187:436; 311:1597, entre otros)" —conf. consid. 8)—, si "la pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta 'falta de servicio' en que habría incurrido un órgano de la provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (*Fallos,* 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que adhiere este Tribunal)" —conf. consid. 9)—.

En este sentido, el Alto Tribunal federal agregó: "*10)* Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del 'poder de policía de seguridad' entendido como una 'potestad pública' propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concs. de

la C.N.; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado (conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho, administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. actualiz., t. IV, nos. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; Fiorini, Bartolomé A., *Manual de derecho administrativo,* La Ley S.A., Buenos Aires, 1968, 1ª parte, cap. IV, pp. 82, 83, Segunda Parte, cap. I, pp. 1103, 1112, 1113, 1131; Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 427).// *11)* Que lo expuesto conduce necesariamente —a fin de resolver el caso— al estudio del régimen jurídico administrativo local (...), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (*Fallos,* 312:606; 319:1407; 322:617).// *12)* Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el *sub lite* se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aun del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, ob. cit., primera parte, pp. 90 y ss.).// Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuadra el presente caso (Fiorini, ob. cit., primera parte, pp. 92 y ss.; *Fallos,* 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)".

7. SBASE plantea también en la queja que los artículos en cuestión contrarían diversas leyes de superior jerarquía.

Ya he considerado lo referente a la ley 24.588 mediante la transcripción del voto del Dr. Casás que efectué en el punto precedente. SBASE no puede argumentar la existencia de algún interés del Gobierno federal que justifique la intervención de tribunales de otra jurisdicción y que opere como límite a la autonomía jurisdiccional y legislativa cuyo legítimo portador es la Ciudad de Buenos Aires.

El planteo del recurrente cuando sostiene que de acuerdo a las leyes nacionales 20.705, 22.070 y 19.550, SBASE no es una autoridad administrativa sino un sujeto de derecho privado carece de desarrollo y no supera la mera afirmación. Así como fue formulado es, además, incorrecto. Ciertas técnicas básicas del derecho administrativo (descentralización, concesión, delegación, etc.) han permitido desde antiguo al Estado conferir el ejercicio de determinadas potestades públicas a sujetos que no se unifican en la personalidad jurídica

única del Estado (local en este caso). De allí que no existe una incompatibilidad lógica u ontológica entre ser un sujeto creado bajo reglas que lo configuran en sujeto de derecho privado y, a la vez, ser considerado autoridad administrativa a ciertos fines, como lo establece el CCAyT. El agravio de SBASE afirma aquello que no ha intentado siquiera demostrar: que la personalidad jurídica societaria excluye la posibilidad de constituirse en autoridad administrativa.

En síntesis: la impugnación, por inconstitucionales, de los arts. 48 de la ley 7 y 1º y 2° del CCAyT formulada por SBASE debe ser rechazada.

8. Finalmente, quiero señalar que resulta sorprendente la conducta procesal de SBASE —sociedad del Estado local, cuyo único accionista es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuya actividad se vincula con la prestación de un servicio público eminentemente local—, que rechaza ser juzgada por los jueces establecidos por la Constitución y por las leyes de la Ciudad a la que pertenece y —por cierto consecuentemente— pretende que el caso tramite ante jueces del Estado nacional. Nada más alejado del compromiso en la consolidación y desarrollo del grado de "autonomía" de la Ciudad, que es de esperar en quienes representan a una sociedad creada por el propio estado local. La empecinada pretensión de SBASE de huir de la jurisdicción local, a más de poner en evidencia su menosprecio por el régimen federal, ha ocasionado una concreta y significativa demora en el trámite del proceso, ya que el actor, a más de siete años de haber demandado, todavía tramita el proceso en primera instancia, sin que haya logrado aún conducirlo hacia un pronunciamiento de fondo. Con esa pretensión colabora, sin duda, el hecho de considerar la disputa inicial sobre la competencia una sentencia definitiva por equiparación (analogía), desarrollo teórico que, a mi juicio, constituye una ampliación abierta —por tanto contraria a la ley de los recursos que contienen esta exigencia— del poder jurisdiccional concedido a tribunales superiores (conf. mi opinión, más extensamente expresada y sin controversia en esta misma causa: fs. 172/4).

9. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto oportunamente por SBASE a fs. 2/14 del legajo de la queja, con costas (CCAyT, art. 62).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

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

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, dejando a salvo nuestra posición en general —entendemos que algo menos estricta que la de nuestro distinguido colega— en punto al reconocimiento de la existencia de sentencias interlocutorias que, en ciertas ocasiones —a raíz de los efectos que producen en cabeza del recurrente—, pueden llegar a ser equiparadas a una

definitiva a la hora de deducir un recurso contra ellas. De todos modos, en este caso concreto, esas diferencias resultan totalmente irrelevantes, pues, al decidir oportunamente el rechazo del recurso de queja interpuesto por SBASE, compartimos el criterio del señor juez de trámite al poner de resalto que los agravios de la interesada no se dirigían contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, pues ella sólo discutía una decisión que no hizo lugar a su pedido para que el juicio tramitara ante la denominada justicia nacional en lo civil.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Vuelven estas actuaciones al Tribunal luego de que la CSJN, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, dispuso hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario federal interpuestos por Subterráneos de Buenos Aires S.E., dejar sin efecto la anterior sentencia de este Tribunal y devolver los autos para que se dicte un nuevo fallo.

En su dictamen la Procuradora Fiscal sostuvo que si bien las cuestiones de asignación de competencia eran ajenas al conocimiento de la Corte "…ese principio debe ceder cuando el pronunciamiento conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea, lo que se traduce en la violación de la garantía del debido proceso…". Seguidamente, agregó, que en su opinión, este Tribunal "…omitió hacerse cargo de una cuestión esencial planteada claramente por el apelante, cual es que se ha denegado el fuero federal, circunstancia que según reiterada doctrina de V.E., equipara a definitiva la sentencia de la Cámara local (*Fallos,* 315:66; 316:2410; 326:1179), así como que tampoco se trató el planteo de inconstitucionalidad de distintas normas locales por ser contrarias a la ley fundamental…".

2. Es cierto que para supuestos determinados la CSJN, a partir de la ley nacional 13.998 que reglamentó la reforma constitucional de 1949 en el orden judicial, ha realizado una suerte de equiparación entre los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires pertenecientes al fuero federal y los denominados nacionales ordinarios. Anteriormente, tal como ocurrió en el modelo de donde fueron tomados los arts. 100 y 101 de la C.N. de 1860, actuales 116 y 117, los jueces que ejercían competencias locales en el ámbito de la ciudad capital de la Nación no integraban el Poder Judicial federal. El art. 94 de la Constitución de 1949 integró a los jueces de la Ciudad de Buenos Aires con competencias ordinarias al Poder Judicial de la Nación. La ley nacional 13.998, citada más arriba reglamentó esa cláusula constitucional, y a partir de ese momento cupo decir que todos eran jueces de la Nación, por oposición a los jueces de provincia. Conviene tener en cuenta que el art. 95 de la misma Constitución de 1949 posibilitaba al Congreso restringir severamente las potestades de los jueces provinciales, puesto que los sometía

a la casación de la CSJN. Según se ve, la Constitución de 1949 retomaba, aunque ciertamente con características singulares, una senda de unificación de la justicia que había sido abandonada en 1860 con la reserva del entonces art. 67, inc. 11. La Constitución de 1957 volvió las cosas a los tiempos previos a 1949, pero, ello no obstante, la ley nacional 13.998 subsistió, sin que la jurisprudencia, según se expone más abajo, haya notado la diferencia que existe entre la proveniencia de fuente legal —ley nacional 13.998— y la que está inserta en la Constitución. De todos modos, las competencias de los jueces nacionales ordinarios de la Capital de la Nación provenían del art. 67, inc. 27, cláusula hoy derogada por la cláusula transitoria y el 129 de la C.N. La reforma de 1994 procedió en sentido originario devolviendo al pueblo de la Ciudad de Buenos Aires las potestades jurisdiccionales de las que había sido privado alterando con ello la igualdad política de quienes somos ciudadanos argentinos. En su marco, los jueces nacionales ordinarios ejercen aquellas competencias de la Ciudad Autónoma, contempladas en el art. 129 de la C.N., que les ha reservado la ley 24.588, esto es, potestades que toma la Nación en ejercicio de su discrecionalidad legislativa, hasta tanto exista un acuerdo entre Nación y Ciudad que permita dar plena operatividad al citado art. 129 de la C.N.

3. Como se verá, la exégesis originaria y su aplicación posterior en general llevaría a descartar la equiparación de la justicia federal y la nacional ordinaria en casos en que la radicación denegada fuese ante un juez que ejerce competencias locales, solución que se ve reforzada al reconocer la C.N. jurisdicción propia a la Ciudad de Buenos Aires. Esta última circunstancia constituye una situación propicia para realizar una nueva interpretación de esa antigua doctrina y adaptarla al nuevo ordenamiento reinante.

Por una cuestión de orden cronológico empezaré por el segundo argumento, en especial, por destacar cuándo esa doctrina tuvo su aparición y cuáles fueron los fundamentos que le sirvieron de apoyo.

4. Esta línea jurisprudencial —que soslaya en cierta forma la distinción entre justicia nacional y federal— encuentra su comienzo, luego de la derogación de la Constitución Nacional de 1949 que disponía novedades relevantes acerca de la organización del Poder Judicial de la Nación, en la causa "Caja Nacional de Previsión para el Personal de la Industria c/Sket Hnos." (*Fallos,* 233:30), con un mayor desarrollo doctrinal *in re* "Roberto Vergara Fernández" (*Fallos,* 236:8); causa, esta última, en la que, en concordancia con el dictamen del Procurador General Sebastián Soler, la CSJN entendió que la facultad del Congreso nacional para distribuir la competencia entre los tribunales de la Nación con asiento en la Capital Federal no encontraba límites constitucionales en el hecho de que unos fueran federales y otros —como dije, generalmente, denominados nacionales— ejercieran la judicatura propia de los jueces locales (o de provincia)

en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires. La causa versaba en torno a una contienda negativa de competencia trabada entre un juez nacional en lo Penal Especial (federal) y un juez nacional en lo Penal de Instrucción (ordinario) en torno a la investigación de hechos sucedidos en una prisión nacional, que por ser un establecimiento nacional originariamente daba lugar a la intervención de los tribunales federales.

Al respecto, la Corte Suprema sostuvo "[q]ue carece, en suma, de base legítima, la afirmación de que la judicatura de la Capital de la república está compuesta por 'jueces de la Constitución' (los federales) y por 'jueces de la ley' (los ordinarios), puesto que unos y otros tienen un mismo origen constitucional en cuanto son tribunales instituidos por el Congreso de la Nación en ejercicio de una misma facultad (art. 67, inc. 11 de la Carta Fundamental); son designados por el mismo procedimiento (art. 85, inc. 5º); gozan de las mismas prerrogativas (art. 96) y ejercitan idéntico imperio en las materias de su respectiva competencia; siendo indudable que esta diversidad de competencia, no responde en este caso a la que ha determinado la institución de jueces federales en provincia.// Que las leyes 13.998 y 14.180 han podido, pues, sin necesidad de la derogada reforma de 1949, excluir de la competencia de los juzgados nacionales en lo penal especial de la Capital Federal las causas cuyos conocimiento les estaba atribuido en razón del lugar".

5. Como dije, de los fundamentos brindados por el Procurador General en el dictamen del fallo comentado, al que remite en lo concordante la Corte, se sigue que el nuevo ordenamiento obliga a realizar una lectura restrictiva de esa doctrina para compatibilizarla con el nuevo estatus de la Ciudad de Buenos Aires, conforme el art. 129 de la C.N.

Resumidamente, acerca de lo que aquí nos ocupa y siguiendo la numeración original allí dispuesta, en ese dictamen se exponen los siguientes argumentos. Primero, que toda vez que la administración de justicia tiene un fundamento último democrático y, por lo tanto, reside en el pueblo "…la autoridad que ejerce funciones judiciales lo hace en nombre y representación de ese pueblo reconocido como soberano.// En la organización constitucional argentina solamente participan de ese carácter el pueblo de la Nación y el de las provincias. Al de la capital, en cambio, no se le puede reconocer ese carácter con el mismo alcance que a los anteriores, pues salvo su derecho a constituirse en ente municipal, no está investido de la facultad que tienen aquellos de darse, en orden respectivo, sus propias instituciones y regirse por ellas. Su representación se funde con la del pueblo de la nación, y sólo a través de esos organismos nacionales actúa". En segundo término, que por ser la de nuestro país una organización "…federal, admite, territorialmente, dos clases de jurisdicciones: una exclusiva de la Nación, y otra concurrente entre la Nación y las provincias.

Mas en aquellos sitios en que sólo existe la primera no hay posibilidades de coexistencia de poderes constitucionalmente reconocidos u organizados como tales, ni por lo tanto concurrencia factible con otra jurisdicción". Tercero, "[l] a Capital Federal es un ente político que, dado su carácter de no soberano, no puede contar con poderes propios. Su propio jefe inmediato le está dado por el pueblo de la Nación (C.N. art. 86, inc. 3º)". En cuarto y último lugar, sostiene que "…la jurisdicción exclusiva que sobre su territorio [el de la Ciudad de Buenos Aires] ejercen las autoridades federales descarta la posibilidad de que el art. 67, inc. 11, se interprete en el sentido de que su poder judicial esté inhabilitado para aplicar derecho en este territorio derecho común […] por cuanto la salvedad referida a las jurisdicciones locales es una limitación que sólo puede jugar donde existe jurisdicción concurrente".

6. Varios comentarios merece la doctrina que expone el dictamen. Por una parte, más allá de las razones en que basa la conclusión, esta consiste tan sólo en sostener que un tribunal federal puede ser privado de competencia cuando quizás ella no le ha sido atribuida por razón de la materia sino del lugar. Más exacto habría sido decir en razón de la persona afectada, en el caso, una prisión federal. Pero, lo cierto es que no era dudoso que se trataba de una competencia atribuible por el Congreso, ya fuere como legislatura local o federal. Tampoco estamos en un supuesto de sentencia equiparable a una definitiva, sino se trata de una contienda negativa de competencia entablada entre dos tribunales cuyo único superior común es la Corte Suprema. Por el contrario, las razones del dictamen llevan precisamente a no hacerlo. En cuanto a que hubiera carecido de sentido distinguir entre jueces de la Constitución y jueces de la ley,[31] la afirmación pudo tener sentido en el estricto marco del caso *sub examine*. Pero, no es dudoso que no habría podido ser sostenida si hubiera estado en juego la derogación de la ley 13.998 impugnada por inconstitucional para volver a la organización judicial anterior. Por cierto, el dictamen se limita a decir que no cabe distinguirlos mientras no los distinga la ley. Más allá de ello, la afirmación habría sido inexacta. Para cerrar este punto del fundamento del voto, señalo que la expresión "jueces de la Constitución" ha sido empleada con más de un sentido a lo largo de nuestra historia. Hoy día, se lo hace para denotar a todos aquellos que ejercen la misión de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que pugnan contra la Constitución Nacional, y en ese sentido lo son, por imperio del art. 31 de la C.N., tanto los jueces con competencias federales, como los provinciales, y los que ejercemos competencias locales de la Ciudad, ya sea como jueces

[31] En los EE.UU. es absolutamente clara la distinción entre jueces del art. III de la Constitución y jueces legislativos, esto es, creados por el Poder Legislativo para ejercer competencias no federales.

nacionales ordinarios o recibiendo su investidura y control de su desempeño de órganos elegidos del modo en que el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires ha escogido a ese fin.[32] Finalmente, lo esencial es que no dice, ni habría podido decir que la ley nacional 13.988 torna indiferentes las competencias federales de las locales ejercidas en territorios sometidos a la jurisdicción nacional sino algo bien distinto: que jueces elegidos y con igual estabilidad pueden ejercer indistintamente unas y otras.

Por otro lado, los argumentos del Procurador General reseñados más arriba, a los que remitió la Corte, muestran que la doctrina de ese fallo tuvo como sustento último la inexistencia de un ente político autónomo en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires. Allí se destaca que ello implicaba una fuerte distinción en relación a los derechos políticos entre el pueblo de la Ciudad y los de las provincias, distinción que vino a subsanar la reforma constitucional de 1994. Toda vez que la ahora Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee entidad jurídica y política reconocida en la Constitución Nacional y, por ende, facultades propias para ejercer su gobierno y, en lo que ahora importa, para instaurar su propia administración de justicia, y más aún el deber de hacerlo con arreglo al juego de los arts. 5º y 75, inc. 31 de la C.N., la doctrina reseñada más arriba debe ser leída a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales y, por lo tanto, en forma restrictiva.

Esas facultades del GCBA —correlativa de los derechos de sus ciudadanos— sólo pueden estar limitadas temporalmente, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital Federal, y materialmente por la necesidad de garantizar intereses del Estado federal (conf. art. 129, C.N.). Esos intereses se encuentran garantizados por la ley nacional 24.588, que en lo que aquí importa establece que todas las causas contra el GCBA, cualquiera sea su índole, pertenecen a los tribunales que establezca la Ciudad. O sea que, por ausencia de interés federal, el Congreso nacional dispuso la operatividad plena del art. 129 de la C.N. en ese punto.

Sin embargo, esa línea doctrinal no queda totalmente sin efecto en la actualidad. En su caso, mientras los intereses federales que imponen que la permanencia de los tribunales ordinarios en la esfera del Gobierno federal continúen vigentes, la jurisprudencia comentada serviría como sustento para eliminar restricciones en cuanto a la delimitación de la competencia entre los tribunales federales y los ordinarios, siempre y cuando no entren en juego causas sobre las cuales la jurisdicción de la Ciudad ya se haya tornada operativa, como sucede con todas aquellas en el GCBA es parte.

[32] Véase *Fallos,* 329:1092.

7. La línea jurisprudencial que tiene origen en los casos citados más arriba, ha sido comúnmente utilizada para sostener que la denegación del fuero federal a favor del fuero nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires no da lugar a la aplicación de la doctrina que equipara a sentencias definitivas aquellas interlocutorias que deniegan la competencia del fuero federal, en atención a que todos los jueces pertenecientes a los dos fueros antes mencionados resultaban iguales a los efectos de proteger los intereses a los que se busca dar amparo mediante la competencia de la justicia federal. Así por ejemplo, surge de *Fallos,* 237:138; 238:320; 241:14; 244:196; 244:332; 245:280; 246:285; 252:209; 259:110; 323:2881, entre muchos otros.

8. Es cierto que en algunos casos aislados, la Corte también dispuso, con sustento en la doctrina comentada en el punto anterior, que la denegatoria de la competencia de los juzgados nacionales (ordinarios) conllevaba los mismos efectos que la denegatoria del fuero federal. Entre esos casos pueden mencionarse los siguientes, en que se dispuso tal equiparación o los que aparecen citados como sustento de aquellos precedentes.

En *Fallos*, 330:1895 (2007) se sostuvo que una sentencia que había hecho lugar a la litispendencia interpuesta por el GCBA —demandado— y mandaba a acumular la causa a una existente en este Tribunal Superior. La Corte se limita a decir que la denegatoria de la competencia del fuero nacional en lo civil era equiparable a la del fuero federal con cita de algunos precedentes que tampoco ofrecen explicación a este respecto. En apoyo a su conclusión cita *Fallos,* 320:2701 (abajo comentado); 323:2322 (comentado más abajo); y 328:2716 (comentado en el punto 12 de este voto). Por lo demás, luego sostiene que la sentencia impugnada poseía defectos por no haber considerado en forma adecuada los argumentos de la actora y reenvía la causa para que se dicte un nuevo pronunciamiento, resolución más propia de una descalificación de una sentencia por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad que de una en que existe denegatoria del fuero federal, en que se suelen remitir las actuaciones a quien corresponda intervenir.

En *Fallos,* 329:5438 (2006), en el marco de una causa similar a la que ahora nos ocupa —demanda por daños sufridos por un accidente ferroviario iniciada por un particular contra el SBASE y el GCBA, entre otros—, la CSJN sostuvo que la inhibitoria de los jueces civiles ordinarios debía tratarse como una denegación de fuero federal "…extremo que se configura en el caso en el cual la justicia nacional en lo civil, integrante de la judicatura de la capital de la República a la que se reconoce dicha calidad […] se ha desprendido del conocimiento de las actuaciones a favor de los tribunales locales". Seguidamente, luego de destacar el valor que cabe a la asignación de competencia local a todas aquellas causas en que una autoridad administrativa de la Ciudad es

parte, entendió que ello debía ser matizado en atención a elementos concretos del expediente. A continuación destacó que la sentencia impugnada había soslayado que SBASE es un ente autárquico con patrimonio y administración independiente, que la materia en juego era de tipo civil y que si bien el GCBA había sido convocado al juicio, del escrito de inicio no surgía una atribución directa de responsabilidad hacía éste, que incluso había interpuesto, como defensa de fondo, la falta de legitimación pasiva. También consideró atendible que el hecho que había dado lugar al proceso databa de 1991 y la iniciación del juicio de 1993, por lo que, la incompetencia que en ese momento estaba atendiendo la Corte había sido dispuesta 10 años después del suceso, una vez producida toda la prueba y soslayando que habían sido presentados dos escritos solicitando el dictado de la sentencia. A esto último se suma que la inhibitoria no fue apoyada en mayores fundamentos que la cita de la ley 7.

En *Fallos,* 326:4352 (2003), ante la inhibitoria del fuero laboral para entender en una demanda contra la ex Municipalidad de la Ciudad, la Corte entendió que la sentencia debía ser equiparada a definitiva (con remisión al dictamen de la Procuración, que citaba *Fallos,* 320:2701 y 323:2322), y luego establecía que corresponde que la actuaciones continúen en la justicia local.

En *Fallos,* 325:1420 (2002), la Corte equiparó a definitiva una sentencia que denegaba la competencia del fuero laboral nacional en el marco de una demanda por exclusión de la tutela sindical iniciada por el GCBA. Para ello remitió a dos precedentes (*Fallos,* 321:2434 y 323:959) en los que en conflictos laborales que vinculaban, directa o indirectamente, a gobiernos extranjeros y por lo tanto, además de haber sido denegado el fuero federal, también se encontraba en juego un derecho federal de tardía o imposible reparación ulterior debido a que había sido alegada la inmunidad de jurisdicción por parte de los órganos oficiales de un estado extranjero,

En *Fallos,* 323:3881 (2000), en el marco de un exhorto diplomático un juez nacional comercial remitió la causa a la Corte Suprema por entender que, debido a la intervención de los Tribunales Superiores de Uruguay y Nueva York, correspondía que la cuestión tramitara ante el máximo tribunal de la Nación. La Corte denegó su competencia originaria y remitió las actuaciones a la justicia federal de la Capital. El juez federal que intervino rechazó su competencia en virtud de que no rige el fuero federal en razón de las personas en la Capital Federal. Devueltos los autos al juzgado comercial nacional, éste insistió con su incompetencia. Ante esa situación y alegando cuestiones de economía procesal la Corte Suprema negó la competencia originaria, reprodujo su doctrina reseñada en el punto 7 y sostuvo que debido a que correspondía la competencia del fuero comercial ordinario y que, en virtud de que esos juzgados también pertenecen a la órbita nacional, no podía considerarse que exista denegatoria del fuero federal.

En *Fallos,* 323:2322 (2000), equipara a definitiva una resolución que denegaba la competencia del fuero nacional ordinario. Sostiene que el *a quo* había realizado una aplicación arbitraria del fuero de atracción (art. 21 de la Ley 24.522, de Concursos y Quiebras) y que además correspondía equiparar a definitiva la sentencia porque imponía gastos al vencido que no pueden ser discutidos posteriormente. A ello se agregaba que la sentencia recurrida había desconocido la doctrina sentada por la Corte Suprema *in re* "Casasa" (*Fallos,* 319:368) que "impide el fuero de atracción, interpretando el art. 21 de ley y respecto de la discusión sobre la competencia en razón de la materia civil o comercial". Más allá de lo expuesto, al momento de justificar que la equiparación de la sentencia que deniega el fuero comercial nacional a definitiva, la Corte se limita a citar *Fallos,* 303:1542, precedente en el que aplica la doctrina comentada en el punto 7 de este voto.

En *Fallos,* 320:2701 (1997), ante una ejecución fiscal iniciada por la ex Municipalidad de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil entendió que correspondía aplicar la ley nacional 19.983, por tratarse de un conflicto interadministrativo y que, por ello, correspondía a la Procuración del Tesoro de la Nación dirimir la cuestión. La Corte, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, declaró la competencia nacional en lo civil. Para ello sostuvo, que "…la declaración de incompetencia del *a quo* equivale a la denegatoria del fuero federal oportunamente invocado por el apelante…" y agrega que "…la sentencia cuestionada en el *sub lite* va todavía más allá, al vedar directamente el acceso a los tribunales, extremo que, como también ha declarado la Corte, torna dicha resolución en equiparable, por sus efectos, a una de carácter definitivo". En suma, en el caso, la causa fue remitida a la justicia nacional en lo civil debido a que, si bien se encontraba constituido el gobierno local, y su Jefe de Gobierno electo, todavía no se encontraban en funcionamiento los tribunales de la Ciudad. El tratamiento de la cuestión como un conflicto interadministrativo importaba ignorar el nuevo estatus otorgado por la reforma constitucional de 1994 a la Ciudad y menoscabar su derecho al acceso a la justicia.

9. En otros supuestos, la Corte —en consonancia con la exégesis que vengo desarrollando— sostuvo que la denegatoria del fuero nacional ordinario no podía merecer el mismo tratamiento que la del fuero federal. Por ejemplo, en *Fallos,* 326:2438, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal, dispuso que la resolución de un incidente de competencia que se resolvía en detrimento de la competencia de la justicia nacional y a favor de la provincial no podía ser equiparada a definitiva porque la solicitud del recurrente "…se circunscribía a que las actuaciones tramitaran ante la justicia ordinaria de esta ciudad,

ratione loci […] y no *ratione materia*". En sentido concordante se resolvió en *Fallos,* 320:2193, entre otros.

10. Las consecuencias de la denegatoria del fuero federal podrían ser aplicadas a casos en que se extraen de la competencia de un tribunal nacional ordinario si la causa en juego fuera una que originariamente hubiera correspondido al fuero federal de la Capital, lo que ocurre con algunas materias que en la Ciudad son asignadas a los jueces nacionales ordinarios, pero que en territorio provincial continúan en cabeza de los jueces federales (véase, por ejemplo, *Fallos,* 323:3881, en materia de exhortos diplomáticos). Es decir, cuando los jueces nacionales ordinarios, en virtud de que todavía pertenecen también a la esfera del Gobierno federal, ejercen competencias propias del fuero federal y no unas idénticas a los juzgados locales provinciales. La cuestión no puede ser considerada igual cuando el conflicto de competencia se traba en torno a cuestiones no federales, del mismo modo que podrían suscitarse entre los tribunales de dos provincias o entre los de una provincia y los nacionales ordinarios; del hecho de que esa cuestión tenga lugar entre tribunales nacionales y tribunales de la Ciudad no puede seguirse un trato distinto a supuestos similares de conflictos con poderes judiciales de provincia.

11. El caso "Asociación Vecinal Belgrano C" (*Fallos*, 327:6043), citado por la Procuradora Fiscal, y el *sub examine*, si bien poseen algunas semejanzas, también muestra importantes disimilitudes, que sugieren que la solución dispuesta en el primero no puede ser extrapolada a éste. En aquel supuesto, la CSJN, también por remisión a lo dictaminado por el Procurador Fiscal, reenvío para que se dicte un nuevo fallo y que este Tribunal se expidiese sobre la cuestión relacionada con la denegatoria del fuero federal allí planteada. Si bien, al igual que en este caso, se trata de una contienda entre un juzgado nacional civil ordinario y uno contencioso administrativo de la Ciudad, en aquel este Tribunal se limitó a descartar la procedencia del recurso con sustento en que el de apelación ante la Cámara había sido declarado desierto (con base en un distinto entendimiento de las normas del proceso de amparo —que no poseía regulación local— entre la primera y la segunda instancia) y no consideró la cuestión de la denegatoria del fuero federal. En cambio, en la sentencia ahora revocada por la Corte, este Tribunal trató expresamente la cuestión mencionada y la rechazó con fundamentos suficientes.

Por lo demás, cabe agregar que en la misma causa "Asociación Vecinal Belgrano C", con fecha 28/7/2005, sentencia registrada en *Fallos,* 328:2716, la Corte revocó la decisión de este Tribunal que dispuso que correspondía la competencia de los tribunales contencioso administrativos de la Ciudad, y ordenó remitir las actuaciones a los tribunales contencioso administrativos federales. A diferencia de ese supuesto, en autos la recurrente, si bien alega la supuesta

denegatoria del fuero federal reclama la intervención del fuero civil ordinario. Así fue destacado en la primera intervención del Tribunal en la causa e incluso surge del relato que realiza la Procuradora Fiscal, cuando dice que según "[a] firma la recurrente […] al tratarse de una demanda por daños y perjuicios, queda subsumida en las normas y principios del Código Civil y, por lo tanto, en razón de la materia es competente para conocer en el proceso la justicia nacional en lo civil de la Capital…".

12. A esta altura de la exposición conviene reconstruir el subsistema de resolución que surge, a partir de lo expuesto, para los supuestos en que se discute si es competente un juez nacional ordinario o uno de la Ciudad. Primeramente, hay que distinguir el supuesto en que la contienda se suscita entre jueces de aquel otro en que la parte discute dentro de una jurisdicción, esto es, se somete a ella en cuanto a la decisión de la cuestión de competencia. En el primer caso, la CSJN es siempre el órgano que resuelve estos supuestos. Estos son los supuestos en que discuten los órganos judiciales. Los casos en que el debate aparece propuesto por un recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48, constituirá sentencia equiparable a definitiva aquella que de subsistir pueda dejar una causa de las que corresponden a la jurisdicción federal sometida a una local. El interés institucional que protege esta equiparación y la consecuente revisión federal es que lo que la C.N. no permite resolver sino en sede federal allí permanezca. Cuando, en cambio, no es dudoso que un asunto no es de índole federal aunque puede caer en la órbita nacional por imperio de la ley 24.588 no cabe equiparar como no cabría hacerlo en un cuestionamiento de parte —no contienda entre jueces— cuyo resultado pudiese ser remitir la causa a una u otra sede local. Es que en estos casos, el interés en juego no es la defensa constitucional sino la legal. Ciertamente, en los excepcionales supuestos en que hubiera un interés superior de la Nación, la CSJN podría acudir a la noción de interés institucional para conocer el asunto y resolverlo. Avanzar sobre todos los casos iría en contra de la visión institucional mostrada en casos como "Itzcovich" (*Fallos,* 328:566), "Barreto" (*Fallos,* 329:759) y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Tierra del Fuego, provincia" (*Fallos,* 330:5279) en los que redujo su jurisdicción originaria con el efecto de preservar sus energías.

13. Sin perjuicio de todo lo dicho más arriba, tampoco asiste razón al recurrente en cuanto alega la vulneración de la garantía del juez natural. Por imperio de la Constitución Nacional, las causas civiles acaecidas en el territorio de la Ciudad deberían corresponder a sus tribunales. En lo atinente a la justicia de la Ciudad, la ley nacional 24.588, restringió la operatividad del 129 de la C.N., transitoriamente, aunque se la dio plena "…en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales". Como bien expone mi colega Julio B. J. Maier la presente causa cae dentro de

la competencia contencioso-administrativa de la CABA tanto por la naturaleza de SBASE y el GCBA como la de la relación jurídica de derecho público local acerca de la que se discute.

14. Por lo expuesto, y por los fundamentos concordantes del voto del Dr. Maier, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia apelada.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Sala interviniente.

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

CLXXXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/TRANSPORTE SERRANO S.R.L. S/EJ. FISC. ING. BRUTOS CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO DE QUEJA: Presentación extemporánea. Plazo legal perentorio.

SUMARIOS:

1. Conforme a lo establecido en el art. 33 de la ley 402, el plazo para interponer el recurso de queja, de carácter perentorio, operaba el día 2/2/2009, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 3/2/2009; y el recurso fue recibido por el Tribunal el día 6/3/2009, por lo que debe ser rechazado. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El hecho de que el escrito hubiese sido incoado ante el juzgado de primera instancia poco antes de que venciera el plazo legal, no hace variar la suerte del recurso de queja, que no fue deducido en tiempo oportuno, pues sólo

es eficaz el cargo puesto por este Tribunal, para determinar la tempestividad de la presentación. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. En el recurso de queja no se ha brindado siquiera alguna mínima explicación para justificar al error en que incurrió el actor y la razón por la que la remisión de las actuaciones al Tribunal desde el juzgado de primera instancia insumió más de un mes, desde que se interpuso la queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6424/09 - 20/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) promovió ejecución fiscal contra "Transporte Serrano S.R.L." (en adelante "TS"), tendiente al cobro de $ 103.813,95, correspondiente a importes no ingresados del impuesto sobre los ingresos brutos y la multa correspondiente, más intereses y costas (fs. 2/5).

2. "TS" opuso excepciones de inhabilidad de título y prescripción parcial del crédito reclamado. La primera, fundada en la existencia de un procedimiento administrativo, no resuelto, por el que se ha impugnado la determinación de la deuda. La segunda, porque la demanda fue iniciada vencido ya el plazo de prescripción en relación a las obligaciones correspondientes a los años 1995 a 1997. Por último, "TS" planteó la inconstitucionalidad de la "multa cargo" por su carácter confiscatorio, al ascender al 100 % de la obligación principal (fs. 11 y vta.).

El GCBA contestó las excepciones (fs. 13/22 vta.).

3. La jueza de primera instancia rechazó la excepción de inhabilidad de título y admitió parcialmente la excepción de prescripción opuestas por "TS" (períodos 1995 y 1996), y ordenó llevar adelante la ejecución por los períodos restantes, inclusive la multa por evasión, con más los intereses y costas de la ejecución (fs. 35/38).

4. El GCBA interpuso y fundó el recurso de apelación (fs. 41/44). "TS" no contestó el memorial de agravios (véase fs. 50 y 51).

5. La Sala I de la Cámara CAyT dispuso: "*1)* Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, desestimar la defensa de prescripción respecto de las cuotas devengadas durante el

año 1996. *2)* Confirmar lo resuelto en la instancia de grado en lo que refiere al período 1995, pero por los fundamentos expuestos en el presente. *3)* Distribuir las costas de la incidencia en el orden causado, atento la forma en que se decide (arts. 62, 249 y 449, CCAyT). *4)* Sin costas en la alzada, atento a no haber mediado contradicción". Además la Sala encomendó "el cumplimiento de las restantes notificaciones al juzgado de grado..." (fs. 57/58).

6. Devueltas las actuaciones a primera instancia, el juzgado notificó por cédula esa situación y la sentencia de Cámara (fs. 63/64 vta.). El GCBA planteó ante el juzgado de primera instancia (véase cargo de fs. 76 vta.) el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de fecha 15/5/2007, dictada por la Sala I.

7. El juez interviniente remitió las actuaciones a la Cámara "a fin de que resuelva sobre la procedencia del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 77).

8. Recibidas las actuaciones por la Sala (fs. 78 vta.), se corrió traslado del recurso a la parte demandada (fs. 79), quien no contestó el memorial (véase fs. 88/90).

9. La Sala I denegó la concesión del recurso por varias razones: *a)* porque no se plantea en él con debida claridad y precisión un caso constitucional; *b)* porque no se acredita la relación entre la decisión impugnada y los derechos y garantías constitucionales invocados en el recurso; *c)* porque las críticas del recurrente se dirigen a cuestionar la interpretación de reglas infraconstitucionales efectuada en la sentencia, sin incluir razones de índole constitucional; *d)* porque no se desarrolla adecuadamente la referencia respecto a que la sentencia obstruye la percepción de la renta pública; y porque no se plantean los requisitos que permiten admitir el recurso bajo la doctrina de la sentencia arbitraria (fs. 91/92). Nuevamente, la Sala encomendó la notificación de la sentencia al juzgado de primera instancia.

10. Practicada la notificación por el tribunal de origen (fs. 93 y 112 y vta.), el GCBA planteó ante el juzgado de primera instancia el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 94/109 vta., y cargo de fs. 110), previsto en el art. 33 de la ley 402.

11. La jueza de primera instancia remitió el expediente al Tribunal. Recibidas, se requirió el dictamen de la Fiscalía General. El señor fiscal general adjunto propició que se declare inadmisible la queja pues dicho recurso fue planteado ante el juzgado de primera instancia y no ante el Tribunal, como lo exige el art. 33 de la ley 402, y porque la decisión sobre si el recurso fue interpuesto en forma tempestiva debe tomar en cuenta el cargo del Tribunal y no el de primera instancia (fs. 117/118 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 94/110 no fue deducido ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), tal como lo señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen, razón por la cual debe ser rechazado.

En efecto, el GCBA fue notificado del rechazo del recurso de inconstitucionalidad el día 19/12/2008 (véase fs. 112 y vta.) y el recurso fue recibido por el Tribunal el día 6/3/2009, a las 10,05 horas (véase cargo de fs. 113 vta.).

Conforme a lo establecido en el art. 33 de la ley 402, el término para interponer la queja operaba el día 2/2/2009, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11.00 hs) del día 3/2/2009 (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, sentencia del 18/12/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 1094 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VI, pp. 749 y ss.; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'M., J. L. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VI, pp. 1176 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. brutos convenio multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 12/7/2007, expte. nº 5962/08 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", sentencia del 12/11/2008].

2. El hecho de que el escrito hubiese sido incoado ante el juzgado de primera instancia poco antes de que venciera el plazo que la ley establece para que el memorial sea presentado ante el tribunal —esto es el 3/2/2009 a las 10.26 hs, según surge del cargo obrante a fs. 110—, 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 recepción por el TSJ del expediente con el escrito de la queja, 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.

El recurrente no ha brindado siquiera alguna mínima explicación para justificar su error de actuación y la razón por la que la remisión de las actuaciones al Tribunal desde el juzgado de primera instancia insumió más de un mes, desde que su parte dedujo la queja. De tal forma, el recurrente no brinda al Tribunal elementos de juicio para considerar si cabe efectuar en estos autos una excepción interpretativa a la regla indicada más arriba.

3. 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. n° 5962/08, sentencia del 12/11/2008, ni puede conducir a la opinión sentada por el suscripto en dicha causa, por los motivos que se expondrán a continuación.

En el aludido precedente, en atención a sus excepcionales particularidades, entendí que correspondía tener por tempestiva una queja incoada con una diferencia de horas ante los estrados de este Tribunal, en tanto se constataba que la Cámara había remitido las actuaciones a primera instancia para que allí se notificara su fallo, sin observar lo dispuesto por el art. 31, inc. 1º, CCAyT —que establece entre las funciones de los secretarios el deber de notificar las decisiones de los tribunales a los que asisten—. Ello, en mi concepto, pudo haber contribuido a generar cierta confusión en la persona que presentó el escrito en tiempo oportuno, aunque ante la unidad judicial que le había notificado la decisión objetada y no ante el Tribunal como correspondía. En síntesis, las aludidas circunstancias me llevaron a concluir que, a pesar de que había existido cierta negligencia procesal de la parte demandada, la aplicación literal del art. 33 de la ley 402 en el caso concreto revelaba un excesivo rigor formal ya que, como se dijo, el escrito 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 2/2/2009, sin perjuicio del plazo de gracia y dentro del cual efectivamente se la presentó. No obstante, el recurso recién fue ingresado por el Tribunal el

día 6/3/2009; esto es, algo más de un mes después de operado el plazo legal para ello. Así las cosas, ante la falta de diligencia de la representación letrada de la parte demandada tanto para presentar el recurso ante quien correspondía, como —luego— para advertir el error y procurar su rápida enmienda, no es posible tener por configurado el supuesto de excepción aludido en el párrafo anterior. Ello se torna más evidente aún, en tanto se trata de una causa contenciosa en la que la Ciudad es parte y cuya representación en juicio la tiene la Procuración General de la Ciudad, litigante habitual ante este estrado, que debería conocer las reglas adjetivas que regulan los recursos que permiten habilitar su competencia.

4. Por las consideraciones expuestas, y concordantemente con lo manifestado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, corresponde rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Por los argumentos que brinda el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en los puntos 1 y 2 de su voto, a los que me remito, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 94/110 por no haber sido interpuesta en tiempo oportuno.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención los fundamentos expuestos en los aparts. 1 y 2 del voto del señor juez de trámite que comparto, el recurso de queja debe rechazarse por inadmisible, con costas al recurrente.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. No he procedido nunca a desestimar un recurso interpuesto dentro del plazo, aunque, por error, ante un tribunal distinto a aquel que corresponde, en este caso, el TSJ, según lo expone la sentencia del señor juez del trámite. Menos aún lo he hecho en el caso de tribunales de jurisdicción territorial idéntica. Debo decir, sin embargo, que el recurrente no se ha molestado a explicar las razones por las cuales incurrió en el error, ni tan siquiera parece admitir su error, según lo expone también el señor juez del trámite. Esto y la claridad de la ley —que también afirma el señor juez del trámite— bastaría para rechazar el recurso y coincidir con la sentencia propuesta.

2. No obstante, merece expresarse también que, conforme a la jurisprudencia del tribunal y a la mía propia (conf. TSJ *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Correa Luna S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Secretaría de Educación— s/demanda c/aut. adm. y otros'", resolución del 20/11/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos

del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 635 y sus citas; véase también mis votos en las causas "Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillen S.A. s/ejecución fiscal'", resolución del 5/3/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, p. 107; "GCBA c/Club Méditerranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", resolución del 27/5/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 321/322; "GCBA c/Scrum S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", resolución del 9/3/2004; en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VI, p. 190; "Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal'", resolución del 7/4/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, t. VI, pp. 276/277; y "Automóvil Club Argentino c/GCBA s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 6117/08, y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Automóvil Club Argentino c/GCBA s/repetición [art. 457 CCAyT]'", expte. nº 5977/08, sentencia del 29/3/2009, entre otros), el objeto del recurso no es una sentencia definitiva, pues se trata de una decisión meramente ejecutiva, que no provoca un gravamen irreparable.

Por ello me adhiero al rechazo de la queja.

La jueza Ana María Conde dijo:

En virtud de los fundamentos desarrollados por el Dr. Casás en los aparts. 1 y 2 de su voto, a los que adhiero, el presente recurso de queja debe rechazarse por extemporáneo.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

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

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

CXC

"AYUSO, MARCELO ROBERTO Y OTROS C/OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Arbitrariedad de sentencia.
AMPARO: Naturaleza. Caracteres. Idoneidad de la vía elegida.
Arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Producción
de prueba. Derecho de defensa. Integración de la litis.
DERECHO A LA SALUD: Tratamiento de fertilización asistida. Obra social.

SUMARIOS:

1. La invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal, que en la tarea de establecer la interpretación y alcance que cabe atribuir a los preceptos constitucionales o de normas federales en juego no se encuentra limitado por el modo en que la parte formula sus objeciones. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Actualmente el amparo regulado por el art. 14, CCBA, no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Quien formula la impugnación a la sentencia definitiva en cuanto admite la vía del amparo, tiene la carga de demostrar 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, y como consecuencia, suscita la competencia del Tribunal conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Las instancias de mérito no analizaron en forma adecuada los argumentos planteados por la recurrente y le impidieron, sin justificación válida, producir medios de prueba en apoyo a sus dichos, privando a la sentencia de suficiente fundamento ante la ausencia de pruebas capaces de acreditar los hechos que los jueces tuvieron por probados, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El fallo apelado brinda elementos incompletos a los fines de hacer pesar sobre la obra social demandada la obligación en cuyo reconocimiento apoya la condena. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Frente a las pretensiones puestas de manifiesto, en las que se encuentra en juego un derecho fundamental de especial importancia, como el de la salud, se deben extremar las posibilidades del debate, y centrar la atención sobre la cuestión relativa a la adecuada integración de la litis, cuestión que debe ser

subsanada por los jueces de mérito, para que la decisión que se dicte pueda ser útilmente emitida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. 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 que aquellas pretensiones que requieren un debate amplio, no sólo de los hechos sino también del derecho, o que necesitan la producción de distintas medidas probatorias para su dilucidación, resultan inconciliables con la vía del amparo *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Resulta evidente que el debate sobre la exigibilidad de un derecho de los actores al tratamiento de fertilización extracorpóreo que solicitan, quedó sometido a limitaciones probatorias que no encuentran justificación en la normativa aplicable (art. 12, ley 2145) sobre todo si se repara en que no existe en el caso un riesgo para la vida o integridad física de la paciente, ni se encuentra en juego la continuidad de un tratamiento terapéutico. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. La causa ostenta particularidades en relación con los cánones ya establecidos en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, que no deben soslayarse, en especial si se advierte que parte del entuerto procesal ha devenido por la propia acción de los órganos judiciales que han consentido un trámite impropio y limitado la actividad probatoria de la parte demandada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. No es posible soslayar que se la ha impedido a la parte demandada ejercer con amplitud su derecho de defensa, ya sea por no permitirle desarrollar determinadas pretensiones o defensas que ha enunciado, o la producción de ciertas medidas probatorias, entre ellas una esencial como la producción médica tendiente a establecer el estado de salud de la actora y el diagnóstico de su imposibilidad de procrear en forma natural o mediante tratamientos que intentara con anterioridad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. No es posible para este Tribunal dictar sentencia en base a las constancias del amparo, en tanto la sentencia recurrida ostenta fallas que la descalifican como pronunciamiento válido en relación con la prueba y los fundamentos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. Los jueces tienen, durante todo el curso del proceso, el deber de resguardar la igualdad de las partes, evitando las situaciones que provoquen un desequilibrio y puedan afectar su derecho de defensa, como ha ocurrido en autos, cuando en ningún momento se ha escuchado una opinión que no

fuera la de entidades propuestas por la parte accionante o vinculadas con la procedencia del reclamo, ignorándose las objeciones y pedidos de prueba de la parte demandada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. En el proceso se cuestiona quiénes son los obligados y cuál es el alcance de la obligación de solventar el tratamiento de fertilización pretendido, motivo por el cual resulta ineludible integrar la litis con todos los sujetos interesados, única forma de facilitar el dictado de una sentencia útil para todas las partes *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. El pronunciamiento cuestionado no cumple con el recaudo de que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. La condena impuesta a la parte demandada resulta fundada en pruebas parciales que arrojan conclusiones imprecisas e indeterminadas, que han violentado en forma severa el derecho de defensa de la parte demandada, y en tales condiciones no es posible para el Tribunal emitir un juicio sobre las cuestiones planteadas y la eventual interpretación y alcance de preceptos constitucionales, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y devolver los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite de la demanda. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. El amparo no es la vía idónea para tramitar esta causa porque la pretensión no fue dirigida contra un acto dictado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y aplicar las reglas de este remedio procesal en el caso de autos significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, que es un derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.) *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

18. No resulta legítimo, por regla, reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, y la circunstancia de que este litigio ha tomado ya más de tres años sugiere cuando menos, que al abuso permanente de esta "vía expedita y rápida" va acompañado del riesgo de tornarla autofrustrante, al vaciarla de toda especificidad y permitir su elección al gusto del autor. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

19. La impugnación relativa a la impertinencia de la vía del amparo para debatir el caso por tratarse de una cuestión que requiere "mayor debate y prueba" no puede prosperar en razón de que la demandada tuvo oportunidad adecuada de defenderse, alegar y de intervenir sin restricciones, y la cuestión a resolver se pudo dirimir con las constancias que obran en el expediente. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

20. No hay afectación al derecho de defensa porque el contradictorio quedó garantizado, pues el demandado pudo introducir una postura contraria

a la que fundara la pretensión en forma oportuna, esto es antes de que ésta fuera aprobada y decidida, y también pudo producir y controlar la prueba. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

21. La caracterización del amparo como vía excepcional o recurso extremo, inusual o extraordinario no es compatible ni con los preceptos de la CCBA ni con el indudable marco tuitivo de los derechos fundamentales que define el derecho convencional internacional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. El recurso fracasa en su intento de poner en crisis los fundamentos de la sentencia, que analiza debidamente todos los aspectos que integran el núcleo de la controversia desde una perspectiva que claramente subordina el marco de actuación de la demandada a los mandatos constitucionales. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. La referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder judicial de la Ciudad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

24. En virtud de las particularidades de la causa, a más de tres años de iniciado el proceso y dado que las instancias de mérito consideraron más allá de su acierto o error que, aun en su estrecho ámbito cognoscitivo —por el limitado margen para el debate y la producción de prueba—, era factible identificar un ostensible comportamiento de la demandada susceptible de vulnerar derechos constitucionales de los actores, no resulta plausible a la luz del principio cardinal de la tutela judicial efectiva reconocido a los actores por las constituciones nacional y local, resolver en esta instancia extraordinaria local la inadmisibilidad de la acción por no resultar la vía procesal idónea. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

25. La demandada ha podido defenderse y ofrecer y producir la prueba que consideró oportuna y pertinente para sostener su postura frente a la cuestión debatida. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

26. El recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado porque no ha rebatido fundadamente el criterio sostenido por los jueces de la causa, construido a partir de la interpretación de diversas normas constitucionales que se refieren a la protección integral de la familia y al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo una correlativa responsabilidad en cabeza de la demandada como parte del sistema sanitario. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6368/08 - 26/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori interpusieron una acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) a fin de que "se ordene a la misma otorgar cobertura económica al 100 % a los actores de la prestación de fertilización *in vitro* (FIV) por técnica ICSI que deberá efectuarse en la institución Procrearte S.A. (…) con su médico Dr. Enrique Salama, donde y con quien se han realizado los estudios previos necesarios, cobertura que deberá extenderse a todo el tratamiento completo y lo que requieran los actores hasta producirse el embarazo atento las características de la fertilización asistida. Con costas" (fs. 1, destacado en el original).

Los accionantes relatan que en el año 1992 la señora Liguori fue sometida a una operación abdominal por padecer una peritonitis, y que como secuela de dicha infección quedaron afectadas las trompas de Falopio, que se han rigidizado y tienden a pegarse entre sí impidiendo el normal pase de óvulos. Refieren que ante la imposibilidad de concebir realizaron sin éxito distintos tratamientos y que "solamente nos queda probar una técnica de fertilización asistida *in vitro* (con medicación incluida) FIV por técnica ICSI, que es la que estamos solicitando en este recurso de amparo (…) ya que los otros métodos ya fueron utilizados y fracasaron" (fs. 1 vta., y 2).

Seguidamente indican los aspectos técnicos de la fertilización *in vitro* y la situación particular de la actora, quien recibió como indicación de dos médicos —uno de ellos prestador de la ObSBA— el método ICSI como única posibilidad de embarazo. Señalan que solicitaron la cobertura del tratamiento en sede administrativa, y que les fue denegada por encontrarse fuera del Plan Médico Obligatorio de Emergencia.

Más adelante reseñan las normativas local, nacional, e internacional y la jurisprudencia aplicable en materia de derechos reproductivos que sustenta su petición.

Finalmente, solicitaron el dictado de una medida cautelar de objeto similar al de la demanda, a la que la jueza de primera instancia no hizo lugar por considerar que no se hallaban configurados los presupuestos para su admisibilidad (fs. 38/40).

A fs. 250 los actores solicitan que se dicte sentencia y, "atento a que en las presentes actuaciones se ha incorporado prueba suficiente que acredita la verosimilitud del derecho que se pretende, y teniendo en cuenta el peligro en

la demora que genera el tiempo transcurrido", peticionan que conjuntamente con ella se dicte una medida cautelar "ordenando a la demandada a proporcionar al amparista la cobertura económica al 100 % de la prestación de fertilización *in vitro* (FIV) por técnica ICSI como asimismo la medicación necesaria para el mismo".

La jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo incoada por Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori por considerar que la negativa de la ObSBA de solventar la prestación peticionada "configura una ilegalidad manifiesta, que lesiona derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes nacionales y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes locales". En consecuencia, "conden[ó] a la ObSBA a brindar a los actores la cobertura económica del tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI en la institución que aquellos elijan realizarlo a tenor de lo dispuesto en el punto 9 del apart. IV. A tal fin deberá la actora presentar en autos un informe detallado del resultado alcanzado con cada tratamiento extendido por el médico que realice el mismo, así como de las perspectivas futuras en caso de resultar infructuoso el intentado" (fs. 251/265). Asimismo, consideró reunidos los recaudos para conceder la medida cautelar por lo que decidió que "la ObSBA deberá brindar a los demandantes cobertura económica en el tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI en la institución que aquellos elijan realizarlo, en los términos decididos en el apart. V, en función del art. 177 del CCAyT en tanto autoriza a conceder este tipo de medidas aun en los supuestos en que lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida" (fs. 256 y vta.).

En el punto 9 del apart. IV, la jueza fijó los términos en los que debe ejecutarse la sentencia. Allí estableció que la cobertura económica que debía brindar la ObSBA habría de extenderse a un máximo de cinco tratamientos, número promedio de los aconsejados por la Sociedad de Medicina Reproductiva, a menos que el profesional a cargo del tratamiento aconsejara un número menor. En cuanto a la prestación que debía proveer la ObSBA, estableció el monto de $ 10.300 por cada tratamiento, obtenido a partir del promedio de los presupuestos informados por cinco entidades. Finalmente, los actores podrían escoger la institución en la que realizar el tratamiento.

La ObSBA apeló la sentencia (fs. 266 ter/276). La Sala II confirmó la decisión apelada con costas por su orden en atención a la complejidad y novedad del caso. La Cámara sostuvo que "la cuestión sustancial que envuelve a la causa debe resolverse de manera favorable a los accionantes. Vale decir, el reclamo articulado en la demanda encuentra clara recepción en las manifestaciones que acerca de las deficiencias en la aptitud reproductiva han realizado los organismos internacionales en materia de salud. A su vez, esta conceptualización hace implicar a los derechos humanos y a las garantías de la Constitución local

como fuente de protección del estado de salud de la actora y como plataforma de partida para habilitar el intento de recuperación clínica de las deficiencias que posibilitan la procreación.// De este modo, sólo medios probatorios de estricta casuística podrían impedir la cobertura médica peticionada, pues en cuanto a su recepción propiamente jurídica el análisis aquí efectuado demuestra su procedencia. Tal prueba, como alega la recurrente, debería consistir en la demostración de que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo de los afiliados a la obra social, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar debidamente insatisfechas.// Sin embargo, la posibilidad de tener que enfrentar tal estado de cosas meramente ha sido declarada por la accionada, mas en modo alguno se encuentra acreditada de manera fehaciente o con arreglo a algún cálculo que permita inferirla con propiedad más allá de su simple declamación. Sin la determinación específica de un posible riesgo en los beneficios que comparten los afiliados, debe prevalecer el derecho invocado por la actora, pues se ha concluido que éste posee efectivamente un respaldo constitucional" (fs. 304/312).

Contra la sentencia de la Cámara, la ObSBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 315/334, en el que se agravió de que el decisorio impugnado "importa la violación en forma flagrante de la Constitución Nacional (arts. 14 bis; 16; 17; 18; 31; 33; 43; 116); Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 1º; 10; 11; 12, inc. 5º; 13, inc. 3º; 14), leyes federales 23.660 y 23.661 (prestación no prevista en el PMO —Programa Médico Obligatorio—) y, art. 2º de la [ley] local 472" (*sic*), y lo tachó de arbitrario.

La Sala concedió el recurso por considerar que las normas que el recurrente considera violadas tienen relación directa con la solución de la causa, y que el agraviado "[s]ostiene que el tribunal en su sentencia no da razones para apartarse del marco de las leyes expuestas y, en este sentido se conculcaría el derecho de igualdad en cuanto quedaría en desventaja prestacional, con las demás obras sociales, al encontrarse obligada por fuera del Programa Médico Obligatorio.// *6.* Que así las cosas, toda vez que de los términos de la sentencia cuestionada surge que, en lo sustancial, las cuestiones tratadas y decididas versaron sobre la interpretación del alcance de las prestaciones de la obra social para cubrir adecuadamente el derecho a la salud, corresponde, en consecuencia, conceder el recurso articulado". En cambio, el recurso fue denegado en lo relativo a la impugnación de arbitrariedad.

El fiscal general adjunto opinó que el recurso fue mal concedido por la Cámara pues considera que la recurrente no cumple con la carga de demostrar cómo la vía de amparo que encauzó el trámite de la causa redundó en una privación o limitación de su derecho de defensa, y porque estima que los demás

agravios sostenidos "son puramente genéricos y demuestran una mera disconformidad con lo decidido por las sentencias de primera y segunda instancia, sin demostrar por qué, la decisión a la que arriban, es contraria a las normas contenidas en las constituciones nacional o de la Ciudad, que enumera en el recurso" (fs. 353/355 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. En el recurso de fs. 315/334 la ObSBA introduce los agravios que se sintetizan a continuación de acuerdo con el esquema brindado por la propia demandada:

a) El amparo no es la vía procesal adecuada para tramitar la causa (arts. 14, CCBA; art. 43, C.N.) en razón de que "nos encontramos frente, a una cuestión que requiere, mayor debate y amplitud de prueba". Seguidamente afirma que están ausentes los presupuestos que hacen a la viabilidad de la acción de amparo, por lo que se encontrarían vulnerados los arts. 43 de la C.N. y 14 de la CCBA (fs. 326.). Se queja, asimismo, de la falta de celeridad del proceso y de la ausencia de inmediatez (fs. 325 vta.).

b) La sentencia del *a quo* es "una proyección dogmática y voluntarista", "ausente de razonabilidad jurídica", y "contradictoria" en razón de "la inexistencia de norma positiva que obligue a mi mandante", y de "la conculcación del Programa Médico Obligatorio" (fs. 326 vta. y 327, 328 329 vta.). Ello en razón de que "se conculca el derecho a la igualdad de mi mandante (arts. 16, C.N. y 11, CCBA) en cuanto queda en desventaja prestacional, con las demás obras sociales, al encontrarse obligada por fuera del marco del Programa Médico Obligatorio. Coligiéndose así, que dicha erogación perjudica el patrimonio de mi mandante, al no contar con las partidas presupuestarias, debiendo distraer fondos, presupuestados de otras prestaciones. Importando así quebrar el principio de solidaridad e universalidad que rige en el sistema de seguridad social, plasmado por el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, dicha erogación, no prevista, violenta el derecho de propiedad (arts. 17, C.N. y 12, inc. 5º, CCBA)". También dice que "[e]l mandato impuesto por el *a quo,* no surge de ningún marco normativo" y que "lo afirmado importa desconocer el principio de legalidad (arts. 19, C.N. y 13, inc. 13) (…) [i]nvadiéndose, la esfera de otro poder" (fs. 331 vta.).

c) La sentencia incurre en "arbitrariedad (como sentencia desprovista de derivación razonada del derecho aplicable y prueba)" pues entiende

> que "si bien estamos ante la presencia de un problema de infertilidad, lamentablemente no se puede saber el método más efectivo, dado que se privó de la prueba pericial y consultor técnico ofrecido por mi mandante, para así de esa forma, se tomó, como determinante el informe brindado por la entidad informante Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, contando como miembro, a la empresa Pocrearte (*sic*), seleccionada por los actores para realizar, la mentada práctica, siendo la profesional de la ObSBA, Dra. Kwater, la que indicara la técnica ICSI. No resistiendo el menor análisis, que mi mandante ha sido privada de los elementales derechos que hacen a su defensa, traducidos en el ofrecimiento de la prueba pericial y consultor técnico, teniendo como único resultado de la actividad jurisdiccional realizada, el forzamiento a justificar la vía de amparo" (fs. 332 y vta.).

En suma, la ObSBA entiende que la sentencia impugnada vulnera los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 43 y 116 de la C.N., los arts. 1º, 10, 11, 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 14 de la CCBA, las leyes federales 23.660 y 23.661 (prestación no prevista en el PMO — Programa Médico Obligatorio—) y el art. 2º de la [ley] local 471 (fs. 324, 326, 332, 333 y vta.).

2. La Sala II concede el recurso sólo por los agravios indicados en *a)* y *b)* en el apartado anterior. No admite la impugnación en lo que se refiere a la doctrina de la arbitrariedad. ObSBA consintió la decisión de la Sala II.

En síntesis, la Cámara refiere que "la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad, basado (…) en la improcedencia de la vía de amparo, la violación de normas constitucionales que implicaría el decisorio y en la arbitrariedad de la sentencia recurrida", por lo que entiende 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 del alcance de las prestaciones de la obra social para cubrir adecuadamente el derecho a la salud, corresponde, en consecuencia, conceder el recurso articulado".

3. La lectura del recurso de inconstitucionalidad de fs. 315/334 muestra que el impugnante no logra poner en crisis la sentencia dictada por la Cámara ni introducir un caso constitucional.

a) La impugnación relativa a la impertinencia de la vía de amparo para debatir el caso por tratarse de una cuestión que requiere "mayor debate y prueba" no puede prosperar en razón de que la demandada tuvo oportunidad adecuada de defenderse, de alegar y de intervenir sin restricciones, y la cuestión a resolver se pudo dirimir con las constancias que obran en el expediente.

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 (conf. mi voto en el expte. nº 6036/08, "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)'", sentencia del 1º/12/2008).

En el precedente citado sostuve que la caracterización del amparo como vía excepcional o recurso extremo, inusual o extraordinario 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.

También allí dije que el amparo es una herramienta idónea para solicitar tutela jurídica efectiva y no para que el demandado pretenda discutir, de manera elusiva, acerca de sus obligaciones.

Asimismo, *in re* "Parcansky" al que aludo en "Cacace", 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)" (expte. nº 4970/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo —art. 14 CCBA—', sentencia del 5/6/2007)".

b) En cuanto a la supuesta desventaja prestacional en la que quedaría la ObSBA respecto del resto de sus afiliados, y en relación con el hecho de que la prestación solicitada no hubiera sido incluida en el Plan Médico Obligatorio, el agravio tampoco es admisible.

La Sala II en los aparts. 4 a 7 de su sentencia construye una argumentación que establece que la prestación requerida se encuentra dentro de la órbita del derecho a la salud que debe garantizar la demandada en razón de las normas de la Constitución local, la Constitución Nacional y los tratados internacionales que invoca, aun cuando no esté prevista en el Plan Médico Obligatorio.

Asimismo, la Sala explica que "sólo medios probatorios de estricta casuística podrían impedir la cobertura médica peticionada" en tanto "la entidad de los derechos en juego es la que obliga a requerir la prueba puntual de un desbalance económico en virtud de la onerosidad del tratamiento de fertilización reclamado y no su sola manifestación verbal, como ha hecho la demandada en su recurso" (fs. 306 vta./307). Este razonamiento, que coloca el derecho constitucional a la salud de la actora por sobre las normas infraconstitucionales que esgrime la demandada en su defensa, no ha sido desvirtuado por la ObSBA.

En definitiva, la Sala II analiza debidamente todos los aspectos que integran el núcleo de la controversia desde una perspectiva que claramente subordina el marco de actuación de la demandada a los mandatos constitucionales. La recurrente fracasa en su intento de poner en crisis los fundamentos de la sentencia toda vez que no logra demostrar que están afectados a su respecto principios constitucionales.

c) Finalmente, el agravio referido a la arbitrariedad por la denegación de la prueba pericial ofrecida por su parte que aparejaría una supuesta violación de su derecho de defensa, tampoco puede prosperar por los motivos que se exponen a continuación. El agravio es presentado como una causal de la arbitrariedad en la que, según se dice, habría incurrido el decisorio impugnado (fs. 332 y ss.). Tal como se refirió en el apart. 2º de este voto, la Cámara expresamente rechazó el recurso por ese motivo, y la recurrente no ha venido en queja al Tribunal para sostener el agravio por el que el recurso no fue concedido.

Este avatar procesal sella la suerte de esa impugnación de forma adversa, en tanto el Tribunal no tiene competencia para adentrarse en él.

Sin embargo, aun cuando por la redacción sumamente confusa del escrito de la ObSBA se entendiera que la supuesta privación de la prueba pericial constituye un agravio autónomo vinculado con la presunta falta de idoneidad de la vía de amparo, éste tampoco sería procedente en razón de los motivos que se expusieron en el apart. 3.a). Es decir, que ante la decisión de la jueza de primera instancia de sustituir la prueba pericial ofrecida por su parte por otra prueba que consideró pertinente (fs. 165), la demandada tuvo oportunidad de oponerse (fs. 186/7), obtuvo una resolución fundada que desestimó su oposición (fs. 188), y una vez producida la prueba, pudo controlarla debidamente, como surge del escrito de fs. 195, donde la demandada incluso se vale de esa prueba para sostener su postura.

En conclusión, las circunstancias reseñadas muestran que no se ha vulnerado el derecho de defensa de la ObSBA.

4. Se sigue de todo lo expuesto que el recurrente no coincide con la decisión que impugna. Sin embargo, su discrepancia no alcanza para demostrar la

vulneración de derechos constitucionales y no puede habilitar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad.

Por tanto, ninguna de las impugnaciones del recurrente respecto de la sentencia de Cámara tiene entidad suficiente como hacer lugar a sus pretensiones. Resulta entonces aplicable al caso la doctrina del Tribunal que dice que "la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia*, ob. cit., t. II, pp. 20 y ss.).

Los fundamentos dados precedentemente determinan el rechazo del recurso de inconstitucionalidad. Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Resulta ciertamente opinable calificar la negativa de la ObSBA que motiva esta acción de amparo como una conducta arbitraria o portadora de una ilegalidad manifiesta por una razón evidente: la cobertura del tratamiento de fertilización asistida que reclaman los actores no está garantizada por el PMO y, además, parece haber consenso médico en cuanto a que la técnica específica recomendada al matrimonio por el profesional médico consultado para intentar lograr el embarazo (ICSI) puede ser calificada como de alta complejidad.

Sin embargo, en virtud de las particularidades de la causa, a más de tres (3) años de iniciado el proceso y dado que las instancias de mérito consideraron más allá de su acierto o error que, aun en su estrecho ámbito cognoscitivo —por el limitado margen para el debate y la producción de prueba—, era factible identificar un ostensible comportamiento de la demandada susceptible de vulnerar derechos constitucionales de los actores, entiendo que resolver en esta instancia extraordinaria local la inadmisibilidad de la acción por no resultar una vía procesal idónea no resulta plausible a la luz del principio cardinal de la tutela judicial efectiva que también viene reconocido a los actores por la Constitución Nacional y la local.

Además la demandada, al menos desde mi punto de vista, ha podido defenderse y ofrecer y producir la prueba que consideró oportuna y pertinente para sostener su postura frente a la cuestión debatida. Si bien es cierto que la jueza de grado sustituyó una prueba pericial ofrecida por otra informativa que consideró más apropiada, la ObSBA pudo oponerse a la medida, obtuvo una decisión fundada que rechazó su postura y, producida dicha prueba, pudo controlarla y opinar acerca de ella, a tal punto que utilizó en su provecho alguna

de sus afirmaciones —tal como lo afirma en su voto la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E.C. Ruiz.

2. Sentado lo expuesto, entiendo que la obra social demandada no ha logrado poner en crisis la sentencia de la Cámara, a partir de las restantes argumentaciones contenidas en su recurso de inconstitucionalidad.

En cuanto a la ausencia de un deber expreso a su cargo para solventar el tratamiento de fertilización asistida requerido por no encontrarse esa práctica prevista en el PMO, entiendo que la interesada no se ha hecho cargo de rebatir fundadamente el criterio contrario sostenido por los jueces de la causa, construido a partir de la interpretación de diversas normas constitucionales que se refieren a la protección integral de la familia y al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo una correlativa responsabilidad en cabeza de la demandada como parte integrante del sistema sanitario.

Asimismo, la ObSBA en ningún momento ha intentado probar de manera concreta —ni siquiera de modo sumario— el desbalance económico que le generaría el impacto de la sentencia resistida. Debe tenerse presente que los jueces intervinientes, en este caso, han limitado la obligación de la obra social para con los actores a una específica cantidad de intentos de fertilización (hasta cinco como máximo), así como el monto que se debe afrontar en cada una de esas eventuales oportunidades (promediándose un valor del costo del tratamiento con apoyo en la prueba aportada al expediente).

En este punto no puede pasar desapercibido que, si bien son las autoridades estatales las encargadas de coordinar y garantizar en el marco de sus respectivas competencias la viabilidad del sistema sanitario a partir de una concepción integradora del mismo, la demandada no es un prestador del sector privado sino un ente público no estatal que no persigue una finalidad de lucro. Sus recursos, además, se encuentran conformados —en parte— por contribuciones que obligatoriamente debe efectuar el GCBA, así como por todos aquellos que por ley se le puedan asignar [arts. 1º y 17, incs. a) e i), ley 472], en tanto el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (art. 20, CCBA). Desde esta perspectiva, además, la satisfacción por parte de la demandada del reclamo formulado —en el marco de los recursos disponibles—, en rigor, tampoco le impide ejercer la actividad que crea necesaria para lograr la participación de las autoridades que estime comprometidas en el caso de autos y, de corresponder, obtener el resarcimiento de los desembolsos patrimoniales que anticipe como efector en relación al colectivo que ampara (conf. doctrina de *Fallos,* 323:3229 y 327:2127 —punto VIII del dictamen del señor Procurador General de la Nación al que remite el voto de la mayoría—).

3. Por último, cabe aclarar que las afirmaciones que se vierten en este voto están circunscriptas a las alegaciones formuladas por las partes y ponderan la larga sustanciación temporal del amparo, así como el alcance limitado con que han sido acogidas las pretensiones —en cuanto al monto económico y el número de prácticas que debe afrontar la demandada—; en consecuencia, ellas no importan tomar partido por parte del suscripto respecto de la procedencia general y en abstracto de este tipo de reclamos, ni involucrarse en aspectos ajenos a la contienda, tales como las coordenadas bioéticas que pueden llegar a marcar los límites a los tratamientos médicos de fecundación asistida, claro está, siempre dentro del marco que brinda el ordenamiento jurídico en nuestro país.

Por las consideraciones expuestas, considero que el recurso de inconstitucionalidad deducido debe ser rechazado, con costas por su orden en atención a lo novedoso de la cuestión debatida.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. ObSBA recurrió la sentencia de Cámara que confirma la de primera instancia que dispuso condenar a la ahora recurrente a "…brindar a los actores la cobertura económica del tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI en al institución que ellos elijan, debiendo extenderse la misma a un máximo de cinco intentos…" (fs. 263 vta.) y fijó "…como monto que deberá pagar la demandada por cada unidad , la suma de $ 10.300" (fs. 264). En la misma resolución la jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada con idéntico objeto por el que progresó la demanda.

2. El recurso de inconstitucionalidad se sustenta, básicamente, en tres agravios. En el primero alega que no se ha configurado una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta capaz de habilitar la vía del amparo, lo que iría en desmedro del art. 14 de la CCBA y 43 de la C.N. (fs. 325). En segundo lugar, sostiene que la sentencia en crisis le impone brindar una prestación a la que no se encuentra obligada, toda vez que no forma parte del Plan Médico Obligatorio (en adelante "PMO", establecido en las leyes nacionales 23.660, 23.661 y concs.), lo que a su vez habría implicado la vulneración de los arts. 16, 17, 18, 31, 33, 43 y 116 de la C.N. y los arts. 1º, 10, 11; 12, inc. 5º, 13, inc. 3º y 14 de la CCBA (fs. 326). En tercer y último término niega que se haya configurado un supuesto de arbitrariedad debido a que, transcribo, "…hubo un apartamiento inequívoco a la Constitución Nacional (arts. 14 bis; 16; 17; 18; 31, 33; 43; 116; CCBA (arts. 1º; 10; 11; 12, inc. 5º; 13, inc. 3º; 14, leyes federales 23.660 y 23.661 (prestación no prevista en el PMO —Programa Médico Obligatorio—) y, el art. 2º de la ley local 472, dibujando en una sentencia de carácter pretoriano fuera de toda hermenéutica que responda a una lógica sana.// A lo expuesto se le agrega, que si bien, estamos ante la presencia de un problema de infertilidad, lamentablemente no se

puede saber el método más efectivo, dado que se privó de la prueba pericial y consultor técnico, ofrecido por mi mandante, para así de esa forma, se tomó, como determinante el informe brindado por la entidad informante Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, contando como miembro, a la empresa Procrearte, seleccionada por los actores para realizar, la mentada practica… [*sic*]" (fs. 332).

3. Al resolver sobre la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por ObSBA, la Cámara entendió 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 del alcance de las prestaciones de la obra social para cubrir adecuadamente el derecho a la salud, corresponde, en consecuencia conceder el recurso articulado". En cambio, el recurso fue expresamente denegado con relación a la doctrina de la arbitrariedad.

4. Corresponde señalar que, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido en forma parcial por la Cámara, la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal (mi voto *in re* "Signes, Hugo Raúl c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4448/05, sentencia del 6/6/2006 y, *mutatis mutandi*, *Fallos,* 295:636; 307:493 y 308:1076, entre otros).

Por lo demás, también cabe agregar que en la tarea de establecer la interpretación y alcance que cabe atribuir a los preceptos constitucionales o de normas federales en juego este Tribunal no se encuentra limitado por el modo en que la parte formula sus objeciones (mi voto *in re* "Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5890/08, sentencia del 24/9/2008 y, *mutatis mutandi*, *Fallos*, 308:647, entre muchos otros).

5. Resulta conveniente hacer una breve aclaración sobre el alcance de la obligación impuesta a ObSBA por la decisión que viene impugnando, pues, aunque ello no fue materia de agravio, la cuestión a la que me referiré hace a los límites de la función judicial y, en el caso, a lo que será el contenido de la sentencia que en definitiva disponga del objeto de esta litis. La jueza de primera instancia supeditó, aunque parcialmente y en cierta forma, la provisión del tratamiento a la opinión del médico que vaya a realizarlo (véase fs. 264). Cierto es que ese condicionamiento está dirigido a otorgar la posibilidad de que el tratamiento sea provisto en un plazo menor al originariamente dispuesto, pero también es cierto que pone énfasis en la opinión del profesional de la salud que vaya a realizar el tratamiento así como en "…la edad de la señora Liguori y

demás condiciones médicas a tener en cuenta para la salud de la coactora…". La Cámara no sostuvo expresamente la vigencia de esa parte de la sentencia pero esa intención puede deducirse de la confirmación genérica que realizó. En suma, la obligación que viene resistida no puede leerse como una a brindar una determinada prestación médica sin tener en consideración los límites propios de ese tipo de prácticas y las limitaciones que vienen dadas por el margen de decisión que sólo puede caberles a los profesionales de la salud.

6. En relación con los presupuestos de procedencia del amparo tengo dicho que"[a]ctualmente, 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..." (mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado' en: 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4970/06, sentencia del 5/6/2007).

Para atacar con éxito la sentencia impugnada con relación a la admisión de la vía del amparo "[e]l 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" (mi voto *in re* "Parkansky").

El amparo prevé mecanismos que permiten dar una adecuada cobertura al derecho de defensa (producción de prueba; art. 9º de la ley 2145) y ellos deben ser extremados cuando el derecho en juego y las circunstancias del caso lo imponen como el mecanismo capaz de dar una respuesta oportuna al demandante. No todo proceso de amparo tramitado en forma defectuosa o en el que se dicta un pronunciamiento sin la suficiente base probatoria debe ser descartado por improcedencia de la vía.

Tanto los derechos debatidos en autos como la necesidad de brindarles una pronta respuesta permiten considerar al amparo como una vía adecuada para ventilar las cuestiones planteadas por los actores. Conforme fue afirmado por los jueces de mérito con base en informes médicos obrantes en autos y no controvertido por la demandada, la edad de la señora Liguori impone la necesidad de una respuesta veloz; ello debido a que el paso del tiempo disminuye considerablemente las posibilidades de éxito de los tratamientos reclamados y aumenta el riesgo de consecuencias no deseadas como enfermedades genéticas.

Por lo demás, si bien no puede ser establecido a modo de regla general y debe ser matizado con las particularidades de cada caso, no puede obviarse que cuando el derecho en juego es la salud y se requiere una prestación que debe ser otorgada con cierta urgencia para evitar un deterioro resultado del trascurso del tiempo, el amparo, a falta de un remedio más sumario, se muestra como cauce adecuado para ventilar ese tipo de cuestiones. Más aún, la salud es bien cuya pérdida temporal no queda suficientemente reparada por una recuperación ulterior. De ahí que los remedios judiciales que el orden jurídico disponga a fin de tutelarlo deban atender a la veloz solución de lo que es materia de controversia.

En línea con todo ello, como también lo expuse *in re* "Parkansky": "[l]a 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 [...] 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)".

Aunque el amparo es, entonces, un cauce idóneo para decidir acerca de pretensiones orientadas a resguardar el derecho a la salud, el modo en que se tramitó este proceso, conforme desarrollaré oportunamente, restringió indebidamente la defensa del demando. Así las cosas, resulta necesario buscar la forma de brindar protección al derecho invocado por la actora y, al mismo tiempo, asegurar al demandado el ejercicio de su defensa sin restricciones innecesarias. Frente a ello y toda vez que la actora ha encontrado tutela actual mediante la medida cautelar dictada en primera instancia, las cuestiones de hecho, prueba y derecho pendientes de decisión podrán obtener adecuado tratamiento en el marco de un proceso ordinario; solución consecuente con lo previsto por el art. 6º de la ley 2145. De esa forma, se aprovechará, en beneficio de ambas partes, los esfuerzos invertidos en este proceso con el objetivo de superar los defectos que ostenta el pronunciamiento impugnado.

7. Como destaca el voto disidente de la sentencia de Cámara, el actor ofreció, en su escrito "Demandada evacua traslado de la acción", prueba pericial y la actuación de un consultor técnico con el objeto de corroborar el diagnóstico del impedimento para procrear de los actores, así como la viabilidad del tratamiento requerido y otros alternativos (fs. 95 vta./96). Esos medios probatorios

—*prima facie* conducentes— le fueron denegados sin una explicación bastante y las sentencias de primera y segunda instancia fueron dictadas sobre la base de los certificados médicos acompañados por los actores y un informe realizado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, que por resolución de fs. 165 vino a reemplazar el peritaje ofrecido por la demandada, a pesar de la oposición de ésta, que consta a fs. 186/188.

ObSBA también destacó que el tratamiento requerido (inyección espermática intracitoplástica, identificado como "ICSI") está indicado para problemas de fertilidad masculinos. En el caso, conforme surge de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, las dificultades para procrear de los actores estarían dadas por una infección que se le generó a la señora Luguori debido a una operación de peritonitis, infección que formó adherencias en las trompas de Falopio e impiden el normal traspaso de los óvulos (fs. 252).

En este sentido, en la contestación del oficio requerido por la actora, la firma Procrearte, luego de reconocer el presupuesto acompañado por los actores para la provisión del tratamiento por ICSI, informó que "*[e]sta técnica ha abierto una importante posibilidad terapéutica especialmente para la esterilidad conyugal de origen masculino*. Luego de varios años con ICSI se puede considerar que la posibilidad de éxito de esta técnica son similares a la de la FIV convencional en parejas estériles sin alteraciones masculinas. *La fecundación* in vitro *mediante la técnica ICSI fue el procedimiento adecuado para tratar patología de los actores, por lo que así fue diagnosticada*" (fs. 138; el destacado es propio). Esto, a su vez, también encuentra apoyo en el informe de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) que alega que "…el ICSI tiene como indicación precisa el factor masculino severo, que el señor no presenta *pero algunos institutos lo realizan sin que esté presente este factor para aumentar la tasa de fertilización*" (fs. 191). También agregó que "[d]el informe del espermograma surge que el semen es apto para realizar técnicas de baja complejidad y FIV.// El métodos ICSI es una forma de fertilización *in vitro*, indicada para los casos de factor masculino severo. Según el espermograma adjuntado podría intentarse una fertilización *in vitro* convencional; sin embargo *la decisión final de uno u otro método puede quedar a criterio del médico tratante*" (fs. 192; los destacados me pertenecen).

Más allá del valor que quepa atribuir a las respuestas brindadas por la SAMeR y por Procrearte, sí puede deducirse de ellas sin temor a error que la afirmación de ObSBA acerca de la ineficacia del tratamiento recomendable para la situación de los actores, no se encuentra carente de todo sustento y, por lo tanto, la afirmación contraria debería estar basada en prueba adecuada y un mayor estudio de la cuestión. A ello se agrega que se trata de todos medios de prueba ofrecidos por los actores o escogidos por la jueza de primera instancia, ya que los propuestos por la ObSBA fueron descartados a pesar de su insistencia.

Por último, no resulta menor que en un caso se trata de un posible proveedor del tratamiento cuyo presupuesto fue acompañado por al actora y en el otro, como lo recuerda el voto disidente de la Cámara, de una asociación de la que los proveedores que sugieren los actores son parte, circunstancias que también merecían análisis.

En suma, sin abrir juicio sobre si la decisión que se viene impugnando es correcta o incorrecta, de lo dicho más arriba se deduce que las instancias de mérito no analizaron en forma adecuada los argumentos planteados por la recurrente y le impidieron, sin justificación válida, producir medios de prueba en apoyo a sus dichos.

Por lo expuesto, asiste razón al demandado en cuanto sostiene que la sentencia carece de suficiente fundamento ante la ausencia de pruebas capaces de acreditar los hechos que los jueces de mérito tuvieron por probados.

8. La sentencia de Cámara reafirmó que no "…está en duda, como afirma la señora juez de grado, que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas…" (fs. 305), lo que no ha sido cuestionado por el recurrente. Destaca que según la Organización Mundial de la Salud "[l]a enfermedad constituye […] una noción negativa, deducible y clasificable en relación a la imposibilidad de satisfacer esta definición general de salud, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida" y que "…desde esta perspectiva […] es indudable que las circunstancias por las cuales la accionante se ve impedida de procrear representan un desmedro de su salud y, por ende, se constituye como un derecho enteramente pasible de protección" (fs. 305).

Luego citó los arts. 20, primer párrafo de la CCBA —"[s]e garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente"— y 21, CCBA—"[p]romueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos"—. Con sustento en esas normas entendió que —"…la asistencia de los derechos reproductivos no puede limitarse al universo de personas aptas para la reproducción, salvo a fuerza de reconocer que la condición de infértil no es una enfermedad" (fs. 305 vta.).

Más adelante reconoció que "'...[l]a prestación médica solicitada por los actores no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio…" y que "…[l]as leyes 23.660 (obras sociales), 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) y 24.754 (medicina prepaga) guardan silencio sobre el tema, y no se han alegado otras normativas vigentes en el orden local o nacional" (fs. 306). Agrega que "[n]o obstante, la ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para admisión de la acción planteada" (fs. 306).

Del análisis del pronunciamiento de Cámara surge que, a criterio del *a quo*, el único fundamento de la obligación de prestar el tratamiento solicitado en cabeza de ObSBA serían los arts. 20 y 21 de la CCBA. A su turno, la sentencia de primera instancia confirmada, buscaba sustento también en la cita de numerosas normas. Entre ellas, menciona normas de rango constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22: art. 25, incs. 1º y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Luego agrega la ley nacional 25.673 y las leyes 153, 418 y 474.

Frente a ese desarrollo, cabe destacar que el fallo apelado brinda elementos incompletos a los fines de hacer pesar sobre la obra social demandada la obligación en cuyo reconocimiento apoya la condena. En tal sentido, por ejemplo restaría explicar, sin que pueda anticiparse una respuesta al respecto, cómo los tratados internacionales y las cláusulas constitucionales citadas destinadas a imponer una determinada obligación a un Estado (local o nacional) , cualquiera sea el alcance de los derechos que reconocen —asunto del que no cabe expedirse en ausencia de quienes serían los Estados obligados— podría extenderse a un particular, o a un grupo de ellos, por ejemplo, en este caso, los nucleados por imperio de la ley en derredor de una obra social. En este aspecto, habría que despejar cuál es la fuente que origina las obligaciones ahora discutidas en cabeza de las obras sociales así como su alcance. Cabría analizar, por ejemplo, cómo repercuten en ese ámbito las disposiciones de la Ley Básica de Salud (nº 153) y la de Salud Reproductiva (nº 418), o qué consecuencias corresponde atribuir a la existencia del aporte que el presupuesto de la CABA puede asignar a la ObSBA (art. 15, inc. d, ley 472).

9. Lo dicho en el punto anterior *in fine* también obliga a centrar la atención sobre la cuestión relativa a la adecuada integración de la litis cuestión que, frente a la solución a la que aquí se arriba, deberá quedar subsanada por los jueces de mérito. Frente a pretensiones como la que nos ocupa —en donde se encuentra en juego un derecho fundamental de especial importancia, como el de la salud, y la celeridad en la respuesta es un factor esencial— deben extremarse las posibilidades del debate para que más allá de la acogida o rechazo que quepa dar a lo solicitado por los actores, la decisión pueda ser útilmente emitida. En el punto 5 del petitorio de su escrito de "Demandada evacua traslado de la acción", la ObSBA solicitó "[s]e cite como tercero interesado al Gobierno nacional y/o de la Ciudad" (fs. 97). Esa petición fue rechazada por la jueza de

primera instancia mediante la resolución de fs. 101 y vta., resolución inapelable conforme el art. 20 de la ley 2145.

10. Por último, cabe destacar que la medida cautelar dictada por primera instancia mantiene su vigencia en los términos allí establecidos (en este sentido "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" agregado al expte. nº 10.120/0 del registro del fuero CAyT", expte. n° 4270/05, resolución del 5/7/2006).

En consecuencia, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad concedido, revocar la sentencia impugnada y devolver los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite de la demanda interpuesta por los señores Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori por la vía ordinaria del CCAyT. Las costas de todo el proceso se impondrán en el orden causado.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Se trata la presente causa de un pedido de los actores, Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori, a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA), para que ésta cubra la totalidad del tratamiento de fertilización asistida extracorpórea (*in vitro*), mediante la técnica individualizada como ICSI (inyección intracitoplasmática), indicada por la profesional médica de la actora y que debería llevarse adelante en una institución ajena al plantel de prestadores de la mencionada obra social, es decir en forma tercerizada. La ObSBA rechaza esta pretensión por considerar que excede las prestaciones a las cuales se encuentra, por ley, obligada, en tanto se trata de una intervención médica con técnica de alta complejidad y, fundamentalmente, porque la prestación requerida no se encuentra comprendida en el Programa Médico Obligatorio (PMO) definido sustancialmente por las leyes nacionales 23.360, 23.361 y diversas resoluciones del Ministerio de Salud.

La sentencia de primera instancia, luego confirmada por la Cámara CAyT, hizo lugar a la pretensión de los actores, fijando una obligación asistencial máxima de cinco tratamientos de fertilización y estableció un monto de $ 10.300 como costo de cada intervención técnica.

Frente al fallo de la Cámara, la ObSBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue concedido excepto con relación a la causal de arbitrariedad, que, de todos modos, queda incorporada —en el desarrollo argumental de la recurrente— dentro de los agravios por los cuales se concede el recurso,

2. Los agravios de la demandada consisten:

– Inviabilidad de la acción de amparo para debatir la pretensión, al sostener que se ha violentado el art. 14 CCBA y el 43 C.N. por no darse,

en el caso, los recaudos necesarios para la procedencia de la cuestión por esta vía: que se trate de una cuestión de trámite y prueba sencilla y que evidencie que el acto u omisión cuestionado provenga de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

– Vulneración de los arts. 14 bis; 16; 17; 18; 31; 33; 43; 116 de la C.N. y 1º; 10; 11; 12, inc. 5º; 13 inc. 3º; 14 de la CCBA y de las leyes nacionales 23.360 y 23. 361 (PMO), puesto que arbitrariamente se ha decidido obligar a la obra social al pago de una prestación no incluida en el Plan Médico Obligatorio, en desmedro de la igualdad con otras obras sociales y prepagas y afectando el derecho de propiedad de la entidad; todo ello sin el amplio debate y prueba que la cuestión amerita.

Tal como se verá, ambos agravios se encuentran estrechamente vinculados, resultando prácticamente el segundo grupo soporte del primero. Por ello, considero que no han de tratarse en forma absolutamente separada, pues de lo que se trata es de arribar a una decisión que pueda resultar de utilidad a las partes involucradas y esta premisa condiciona, de alguna manera y como lo expondré, la solución que propicio para la causa.

3. En cuanto a la idoneidad de la vía del amparo, en cuantiosos precedentes de este Tribunal he explicitado mi postura al respecto (véase, entre otros, "Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo", expte. n° 3101/04, resolución del 17/11/2004; "Rodríguez, Mónica Adriana s/amparo", expte. n° 3170/04, resolución del 20/12/2004; "Tayeda, Marta Susana c/GCBA s/amparo", expte. n° 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 sólo 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: "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).

En esta causa ha quedado probado que la prestación solicitada por los actores no está, a la fecha, incluida dentro del Plan Médico Obligatorio (véase informe de fs. 124/125). Esta premisa es admitida incluso por la sentencia de Cámara que advierte la existencia de un vacío legal en la materia (fs. 306, punto 6).

Frente a ello —y sin adelantar opinión respecto del tema de fondo o cuestionar en forma alguna el carácter constitucional del derecho a la salud— resulta evidente que el debate sobre la exigibilidad de un derecho de los actores al tratamiento de fertilización extracorpóreo que solicitan, quedó sometido a limitaciones probatorias que no encuentran justificación en la normativa aplicable (art. 12, ley 2145), sobre todo si se repara en que no existe en el caso un riesgo para la vida o la integridad física de la paciente, ni se encuentra en juego la continuidad de un tratamiento terapéutico ya iniciado.

Desde esta perspectiva la sentencia impugnada no ha logrado demostrar que existe una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte de la ObSBA.

Ello así, la causa ostenta particularidades en relación con los cánones ya establecidos en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, las cuales, en esta oportunidad, no deberán soslayarse; en especial si se advierte que parte del entuerto procesal ha devenido por la propia acción de los órganos judiciales que han consentido un trámite impropio y limitado la actividad probatoria de la parte accionada.

4. En efecto, cierto es que esta causa lleva ya tramitando tres años, y entiendo que los actores tienen derecho a que se haga lugar o se deniegue la pretensión solicitada, en especial por involucrar una cuestión estrechamente arraigada con sentimientos de proyección de vida y de realización personal que resultan naturales y comprensibles. Sin embargo, los jueces debemos fallar con apego a las leyes; también las que regulan los procesos judiciales.

Resulta relevante destacar que los jueces ordenaron producir prueba, que no ha sido la peticionada por la demandada y que fue sustituida por otra, objetada y cuestionada, sin que el *a quo* mostrara por qué la complejidad o

dilación propia del medio propuesto por ObSBA resultaba incompatible con las previsiones del art. 12 de la ley 2145 para, luego, intentar fundamentar, sin éxito por su falta de solidez, la pertinencia del reclamo de los actores.

Así, no es posible soslayar que en esta causa se le ha impedido a la parte demandada ejercer con amplitud su derecho de defensa, ya sea por no permitirle desarrollar determinadas pretensiones o defensas que ha enunciado, o la producción de determinadas medidas probatorias, entre ellas una esencial como la pericial médica tendiente a determinar el estado de salud de la actora y el diagnóstico de su imposibilidad de procrear en forma natural o mediante tratamientos que intentara con anterioridad.

En suma, el déficit que ostenta el trámite de autos provoca que la causa haya quedado a medio camino con alguna prueba producida y con concretas cuestiones planteadas por la demandada y también por la señora fiscal de Cámara (véase dictamen de fs. 298/302), que no han obtenido respuesta en el fallo de la Cámara.

En tales condiciones, no parece lo más adecuado anular todo lo actuado, obligando a la parte actora a iniciar otro proceso judicial, puesto que, de todos modos, allí debería producir nuevamente parte de la prueba que ya existe en la causa con un gran dispendio de recursos y de tiempo. No obstante, lo cierto es que, sobre la base de lo tramitado en este amparo, tampoco es posible para este Tribunal dictar sentencia, en tanto el fallo recurrido, como ya lo he advertido, ostenta fallas que lo descalifican como pronunciamiento válido en relación con *a)* la prueba y *b)* los fundamentos; las cuales identificaré seguidamente:

4.1. Con relación a la prueba producida: de la lectura de la causa surge que no ha sido establecido fehacientemente cuál es el origen de la imposibilidad de la Sra. Liguori para procrear, puesto que, por un lado, se le diagnosticó esterilidad primaria, indicándosele tratamiento de "fertilización asistida con gonadotropinas como única posibilidad de embarazo" (conf. informe Instituto de Ginecología y Fertilidad, fs. 19) y por otro lado, la médica tratante —prestadora de la ObSBA— determinó la existencia de esterilidad secundaria y sugirió fecundación "por método ICSI" (conf. informe Dra. Kwater, fs. 18).

Por otra parte, y en orden al tratamiento médico solicitado (técnica ICSI, inyección espermática intracitoplasmática), tampoco ha quedado establecida su procedencia para el caso concreto de la actora, puesto que, como lo señala en reiteradas oportunidades la parte accionada, esta técnica parece ser utilizada, preponderantemente, frente a la existencia de "factor masculino severo" (conf. informes de la institución Procrearte de fs. 138 y de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva de fs. 192), mientras que, en el caso, la dificultad para concebir se genera en una disfuncionalidad femenina ubicada en las trompas y peritoneo, cuyas aptitudes habrían variado a raíz de una intervención quirúrgica

que sufriera la Sra. Liguori muchos años atrás (véase escrito de demanda, fs. 1 vta.).

En estas condiciones, la prueba pericial y el examen de consultor técnico que solicitara la demandada ObSBA adquirían fundamental importancia probatoria y su denegación y sustitución por una prueba de informes ordenada por la jueza de primera instancia ha violentado el derecho de defensa de la parte demandada, en forma injustificada. Ello es así en primer lugar porque se ha reemplazado una prueba de naturaleza específica, por otra de orden general sin sujeción a la concreta situación de la accionante, a tal punto que en ella se afirma: "…la causa de la infertilidad de esta pareja parece estar relacionada con lo que se denomina factor tuboperitoneal…" (prueba de informes, fs. 192); y en segundo término, porque —sin que importe en modo alguno un descrédito de las calidades científicas de los profesionales médicos que suscriben los informes de autos— lo cierto y evidente es que la totalidad de la prueba científica proviene de un mismo grupo profesional, vinculado, además, con la parte actora. Adviértase que quien efectúa la indicación del tratamiento ICSI, Dra. Kwater (fs. 18), integra como "médica afiliada" la institución Procrearte —centro médico en el cual se habría de realizar la técnica en cuestión—, que, a su vez resulta ser una entidad fundada por varios médicos, entre quienes se encuentra la Dra. Liliana Blanco (véase *http://www.procrearte.com*). La Dra. Blanco es quien suscribe, conjuntamente con el Dr. Horton, la prueba de informes ordenada por la magistrada de primera instancia en sustitución de la pericial requerida por la demandada ObSBA, en representación de SAMER —Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva— (véase informe de fs. 191/192 y *http://www.samer.org.ar*).

Sabido es que los jueces tienen, durante todo el curso del proceso, el deber de resguardar la igualdad entre las partes, evitando las situaciones que provoquen un desequilibrio y puedan afectar el derecho de defensa. En esta causa, no se ha escuchado, en ningún momento, una opinión que no fuera la de entidades propuestas por la parte accionante o vinculadas con la procedencia del reclamo, ignorándose las objeciones y pedidos de prueba de la parte demandada.

Según lo relatan los propios actores, a partir del año 2003, la Sra. Liguori ha realizado, con la finalidad de lograr un embarazo, las siguientes prácticas médicas: histerosalpingografía, primera operación laparoscópica, tratamiento ambulatorio con hidrotubaciones, estimulación ovárica con medicación, primera inseminación artificial, segunda operación laparoscópica de trompas, segunda inseminación artificial, primera fertilización asistida por técnica FIV (fecundación *in vitro*) con transferencia de 3 óvulos al cuerpo de la actora (véase escrito de demanda fs. 1 y 2). A continuación señalan que "solamente nos queda probar esta técnica", siendo "la única alternativa terapéutica" (fs. 2). Frente a esta descripción y los reparos de la parte demandada en cuanto a la

pertinencia del tratamiento ICSI para el caso, se imponía despejar con claridad si el tratamiento ICSI es el indicado para el problema de infertilidad de la pareja accionante o si es el único tratamiento que queda por intentar, habiéndose realizado anteriormente y sin éxito, los tratamientos indicados para la patología que impide a la actora procrear. Estas dos situaciones no son iguales, y ello no es un dato menor.

A mi modo de entender, la falta de certeza sobre la situación médica de la actora, así como la falta de seguridad sobre la pertinencia del tratamiento médico a aplicar a la Sra. Liguori como terapia superadora de la infertilidad, impedían pasar al nivel de análisis sobre la exigibilidad o no del derecho que se reclama.

4.2. Con relación a los fundamentos de la sentencia: no obstante lo anteriormente expuesto en orden a la falta de elementos fácticos que permitieran una adecuada decisión, la sentencia recurrida llega a un segundo plano de análisis, cual es la exigibilidad del derecho a las técnicas de fecundación asistida de alta complejidad, como la técnica ICSI (inyección espermática intracitoplasmática) requerida por los actores, no contempladas dentro del Plan Médico Obligatorio de orden nacional y tampoco por ley o reglamentación alguna de índole local.

En este aspecto la suerte de la sentencia recurrida no mejora. En efecto, el voto concurrente de los dos jueces que integran la mayoría carece de un análisis profundo de la cuestión a tratar, limitándose a citar y enunciar cláusulas de raigambre constitucional —arts. 20 y 21 CCBA, fs. 305 vta.—, sin fijar interpretación, ni establecer su alcance. Luego de su transcripción, se concluye afirmando la existencia "evidente" y "prístina" del "derecho de la actora y de la protección constitucional positiva" (último párrafo fs. 305 vta.), llegando en su afán a afirmar que "…es evidente que el Estado se encuentra obligado a paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona…" (fs. 305 vta.) sin advertir siquiera que el Estado local no ha sido aquí demandado ni ha intervenido en la causa.

En forma opuesta al tratamiento que se da a la cuestión en la disidencia, el voto mayoritario no desarrolla, por ejemplo, el alcance de las prescripciones sobre salud reproductiva que surgen de los tratados internacionales e incluso de la propia Constitución local, ni evalúa el impacto económico de la obligación de cobertura de las referidas técnicas de fecundación asistida extra e intracorpóreas, en sus diversas variantes; si la cobertura de tratamientos de alto costo implicará o no una falta de cobertura de otras prestaciones a cargo de la obra social; si existe o no un derecho a la procreación y cómo se materializa en su caso; si la exigibilidad de ciertos derechos dependen o no del grado de desarrollo de cada sociedad y de sus instituciones; entre otras defensas que han

planteado la obra social y la fiscal de Cámara con arraigo también en principios y cláusulas constitucionales como los que menciona en sus agravios: derecho a la igualdad, a la propiedad, a la sentencia fundada, principio de legalidad (arts. 16, 17, 18 y 19, C.N.; 11, 12, inc. 5°; 13, inc. 3°, CCBA).

5. Por otra parte, existen determinados defectos en la tramitación del proceso, específicamente lo referido a la debida integración de la litis, que deberán ser subsanados por el señor juez de primera instancia que intervenga en estas actuaciones.

La demandada ObSBA solicitó se cite al proceso como tercero interesado al Gobierno nacional y/o el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 97), petición que fue rechazada —con carácter inapelable— por la jueza de primera instancia en la resolución de fs. 101 y vta.

Las cláusulas contenidas en tratados internacionales de jerarquía constitucional, citadas en sustento de la pretensión de la actora, generan obligaciones para los Estados, entendidos como sujetos de derecho público que se comprometen con las cláusulas allí establecidas o principios a los que adhiere. Y en este proceso se cuestiona quiénes son los obligados y cuál es el alcance de la obligación de solventar el tratamiento de fertilización pretendido, motivo por el cual resulta ineludible integrar la litis con todos los sujetos interesados, única forma de facilitar el dictado de una sentencia útil para todas las partes.

6. Tal como reiteradamente lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación "toda sentencia constituye una unidad lógica jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación" (*Fallos,* 316:609; 308:139; 320:985 entre muchos otros). El pronunciamiento objetado no cumple con tales recaudos pues sólo se sustenta en principios generales emanados de la Constitución y tratados internacionales, sin vincularlos mediante un razonado estudio y ponderación de sus alcances con las constancias y pruebas que ofrece la causa. En este sentido, debe destacarse que lo que otorga validez a la decisión judicial no es el mero imperio del juzgador expresado en la parte dispositiva, sino fundamentalmente, las motivaciones concretas que le sirven de base y que deben surgir claramente de la resolución que se dicte.

Por lo demás, tampoco puede soslayarse el hecho de que la condena impuesta a la ObSBA resulta fundada en pruebas parciales que arrojan conclusiones imprecisas e indeterminadas y que han violentado en forma severa el derecho de defensa de la parte demandada.

En estas condiciones, no resulta posible para este Tribunal emitir un juicio sobre las cuestiones planteadas y la eventual interpretación y alcance de preceptos constitucionales.

No obstante ello, pudiendo ser de utilidad lo actuado en este expediente a fin de que no se dilate la causa con medidas ya cumplidas, considero apropiado disponer —dentro del marco de la posibilidad que brinda la ley 2145 en su art. 6°— que este juicio se reconduzca por una vía ordinaria donde se subsanen los aspectos señalados que impiden calificar a la sentencia en examen como pronunciamiento judicial válido.

7. En razón del modo en que se resuelve, la medida cautelar dictada por primera instancia mantiene su vigencia en los términos allí establecidos (en este sentido "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", agregado al expte. nº 10120/0 del registro del fuero CAyT, expte. n° 4270/05, resolución del 5/7/2006).

8. Por los motivos expresados, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 304/311 vta.; y devolver los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite de la demanda interpuesta por los señores Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori por la vía ordinaria del CCAyT. Las costas de todo el proceso se impondrán en el orden causado.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En su recurso de inconstitucionalidad, la ObSBA, demandada en la causa, expresa los siguientes agravios:

a) Cuestiona la idoneidad del amparo para tramitar la pretensión ejercida: entiende la recurrente que en el caso se debaten cuestiones complejas y opinables, que requieren un mayor estudio y análisis de prueba, toda vez que ella obró de acuerdo a lo establecido en la norma y en el programa médico obligatorio (PMO), motivo por el cual no existiría una conducta manifiestamente ilegal o arbitraria.

b) Vulneración de la C.N. (arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 116); la CCBA (arts. 1º, 10, 11, 12 inc. 5º, 13 inc. 3º, 14), y leyes federales 23.660 y 23.661): Aduce que la sentencia de Cámara conculcó el Programa Médico Obligatorio, y se apartó del principio de legalidad, mediante la emisión de un fallo en ausencia de norma expresa que otorgue el beneficio a los accionantes, sin dar mayores razones que la aplicación de una proyección dogmática y voluntarista, que no justifica el soslayamiento de la normativa sobre la materia que regula la vida de las obras sociales.

Sostiene, asimismo, que se ve afectado el derecho de igualdad, en tanto la ObSBA se ubicaría en desventaja respecto de otras obras sociales, al encontrarse obligada por fuera del PMO. De este modo, según expresa, se perjudica

el patrimonio de la ObSBA, que se ve impedida de contar con esas partidas para atender otras prestaciones incluidas.

c) Arbitrariedad: no me expediré respecto de este agravio, puesto que la resolución de la Cámara —que concede el recurso "excepto en lo que se refiere a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad"— fue consentida por la ObSBA, y, por lo tanto, se halla firme el rechazo por este motivo.

2. Más allá de tratarse la salud de un derecho reconocido a nivel constitucional, en la Constitución Nacional como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en diversas convenciones internacionales, lo cierto es que existe una amplia legislación reglamentaria en la cual se basó la demandada para rechazar la solicitud de los accionantes, situación ésta que no permite aseverar sin lugar a dudas que haya habido arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la conducta de la ObSBA.

Tanto el art. 43, C.N. como el art. 14, CCBA exigen, para la procedencia de la acción de amparo, que la acción u omisión lesiva se haya llevado adelante con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Por su parte, la ObSBA indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella, toda vez que ajustó su actuar a la normativa vigente y al PMO, que no contemplaba la prestación solicitada dentro de las que debía atender obligatoriamente, y la sentencia le fue adversa. Por esta razón, su planteo configura un caso constitucional.

En la causa, los accionantes solicitaron a la ObSBA la cobertura económica al 100% de la prestación de fertilización *in vitro* (FIV) por técnica ICSI a efectuarse en la institución Procrearte S.A. (Red de Medicina Reproductiva y Molecular). La demandada rechazó la solicitud porque dicha prestación no está incluida en el programa médico obligatorio (PMO), que establece las prestaciones básicas esenciales que debe cubrir obligatoriamente la obra social, de conformidad con la normativa que rige la materia (leyes nacionales 23.660, 23.661 y sus reglamentaciones). En consecuencia, no puede aseverarse que la ObSBA haya omitido un deber que estaba obligada a cumplir conforme a la ley. Por lo tanto, su conducta no puede calificarse como manifiestamente arbitraria o ilegal, requisito éste ineludible para la procedencia del amparo, según la misma definición constitucional. Resulta, entonces, que tiene razón el recurrente: el amparo no es la vía idónea para tramitar esta causa porque la pretensión no fue dirigida contra un acto dictado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta.

Pero no sólo por este motivo directo considero que debe descartarse esta vía procesal en el caso de autos, sino que además —y fundamentalmente— observo que aplicar las reglas del amparo significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, en este caso, la ObSBA, el recurrente, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.). Como ya lo

he sostenido 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, sentencia del 5/6/2007, y "Cacace, Nelvi Bilma c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6036/08, y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cacace, Nelvi Bilma c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) ", expte. nº 6025/08, sentencia del 1º/12/2008, 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 de una persona jurídica estatal, 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.

Cabe agregar a lo dicho sobre la afectación del derecho de defensa del demandado, que en esta causa la recurrente también se agravia, precisamente, porque la señora jueza de grado rechazó la prueba pericial médica y el consultor técnico por ella ofrecidos, sustituyéndolos por un medio de prueba informativa, más acorde a un proceso sumarísimo.

Se observa, también, que la falta de idoneidad de la vía elegida por los accionantes fue planteada por la ObSBA en su primera oportunidad procesal (fs. 88, punto IV.A, 1 y 2 de la contestación de demanda), y reiterada en todas las instancias posteriores (véanse fs. 266 ter vta./269 vta., punto II.a del recurso de apelación; y fs. 324/326, punto IV.a del recurso de inconstitucionalidad).

Como ya lo he dicho en los casos arriba citados, 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 tres años, circunstancia que, cuando menos, sugiere que al abuso permanente de esta vía "expedita y rápida" va acompañado del riesgo de tornarla autofrustrante, al vaciarla de toda especificidad y permitir su elección a gusto del actor (véase, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto; aún 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 ObSBA, de rango constitucional, la impropiedad de la vía elegida, resulta correcto y, por tanto, la sentencia debe ser revocada.

3. En cuanto al segundo agravio, observo que los extremos vertidos por el apelante no alcanzan, por sí solos, a habilitar la competencia del TSJ, por tratarse de la interpretación del alcance de normas infraconstitucionales. Empero, esas reglas son necesarias en esta causa para integrar el caso constitucional acerca de la improcedencia del amparo, toda vez que el plexo normativo en el que basó su decisión la demandada demuestra que su conducta lejos está de ser manifiestamente ilegal o arbitraria.

4. No obstante, no me opongo a la solución que propician mis colegas, los jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde —en el sentido del art. 6°, ley de amparo 2145—, esto es, a que el juicio siga por la vía ordinaria, como debió haber ocurrido desde su comienzo.

5. Por las consideraciones que anteceden, voto por: hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 304/311 vta.; y devolver los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite de la demanda interpuesta por los señores Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori por la vía ordinaria del CCAyT. Las costas de todo el proceso se impondrán en el orden causado (CCBA, 14).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Revocar* las sentencias de fs. 304/311 vta. y fs. 252/265 vta., con excepción del punto 2 del dispositivo del fallo de primera instancia en cuanto concedió la medida cautelar solicitada por los actores.

3º. *Devolver* los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite de la demanda interpuesta por los señores Marcelo Roberto Ayuso y Marisa Liguori por la vía ordinaria del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4º. *Imponer* las costas de todo el proceso por su orden.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla.

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

CXCI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LUCÍA, JUAN PEDRO S/INFR. ART. 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES —CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Sentencia definitiva. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Las razones por la que el TSJ rechazó el recurso de queja, fundadas en la inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional, también determinan la denegatoria del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. La invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir el recurso extraordinario federal— y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si la presentación de la defensa no expone una cuestión de naturaleza federal, desde que los agravios trasuntan sólo cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local, vinculadas con el art. 45, ley local 1472, que regula la suspensión del proceso a prueba, ajenos a la instancia a la que se pretende acceder. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

4. Corresponde conceder el recurso extraordinario pues la defensa vuelve sobre la cuestión federal que ya fuera introducida en los recursos de inconstitucionalidad y de queja, y que guarda relación directa con la resolución de la causa, vinculada con la interpretación del art. 45 del CC en violación de los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y la garantía de la defensa en juicio. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6292/08 - 13/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor defensor general interpuso recurso extraordinario federal (fs. 74/93) contra la decisión de fs. 60/68, emitida el 18/5/2009, mediante la cual el Tribunal, por mayoría, rechazó la queja agregada a fs. 39/52.

2. El recurrente sostiene que la decisión impugnada es arbitraria y, además, que confirma la afectación —producida en las instancias anteriores— de las garantías de debido proceso, de defensa en juicio y de juez imparcial, y de los principios de "legalidad material y formal", de razonabilidad, de igualdad, acusatorio y de división de poderes.

El señor defensor general cuestiona que el Tribunal —al evaluar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad local— haya empleado un criterio más restrictivo que el que aplicó la CSJN al analizar la procedencia del recurso extraordinario federal en casos que, según el recurrente, resultan análogos. En este sentido, sus agravios se vinculan a que, a diferencia de lo expuesto por los jueces de mérito, la defensa considera que el CC (en su art. 45) regula la suspensión del proceso a prueba como un derecho del imputado. Por ello, siempre según el recurrente, resultó inválido coartar el ejercicio de ese "derecho" simplemente porque la fiscalía —basada en un criterio general de actuación— no consintió la suspensión de este proceso.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 96/99), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no atacaba una sentencia definitiva o autoequiparable a tal, ni presentaba un caso federal. Por último, descartó la aplicación a este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo dictamina el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal y, además, porque la discusión presentada no involucraba más que una discrepancia sobre la interpretación de normas infraconstitucionales. 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. Las razones por la que el TSJ rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional— también determinan la denegatoria de este recurso extraordinario federal. En particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

El recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y, además, denuncia una supuesta afectación de reglas contenidas en la C.N., sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir este tipo de recurso (*Fallos,* 294:376, entre otros)— y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos*, 308:62; entre otros).

Por lo demás, la presentación de la defensa tampoco expone una cuestión de naturaleza federal. El defensor no advierte que sus agravios trasuntan sólo cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local (art. 45, ley local 1472), ajenos a la instancia a la que pretende acceder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constante jurisprudencia que cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluida la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros).

5. Por las razones expuestas, y las brindadas en igual sentido por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que interpusiera el señor defensor general Mario Jaime Kestelboim debe ser concedido (fs. 72/93).

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

3. A los argumentos del defensor general reproducidos en el punto dos de los resulta deben agregarse las consideraciones de fs. 75 y ss. vinculadas con el carácter definitivo de la sentencia que recurriera ante el Tribunal, la cual "…ha impedido al imputado la posibilidad de acceder legítimamente a un modo de finalización anticipado del proceso (…) afectando de manera irremediable el debido proceso legal vigente, lo cual implica que la tutela de dicho derecho no podrá cumplirse eficazmente en una oportunidad posterior. Es por ello, que la cuestión resulta admisible en esta instancia extraordinaria" (fs. 78).

4. En este marco, la Defensa vuelve sobre la cuestión federal que ya fuera introducida en los recursos de inconstitucionalidad y de queja (fs. 19/29 y fs. 39/52, respectivamente) y que guarda relación directa con la resolución de la causa: interpretación del art. 45 del CC en violación de los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y la garantía de la defensa en juicio.

Como sostuve en los fundamentos de mi voto en la sentencia dictada por el Tribunal respecto del recurso de inconstitucionalidad (resolución del 18/5/2009), "…[l]a decisión adoptada por los jueces de mérito respecto del imputado, afecta (…) los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y la garantía de defensa en juicio, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva a Lucía de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45 del CC). En otros términos, como sucede con la negativa del fiscal interviniente, la única razón por la que los jueces deniegan la suspensión del juicio remite a la resolución (FG) nº 69/08, norma que no puede sustituir ni alterar la ley aplicable...".

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

5. En consecuencia, voto por conceder el recurso extraordinario federal que dedujera el señor defensor general Mario Jaime Kestelboim (fs. 72/93).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 74/93.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 68, punto 2.

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

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

CXCII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LIM, KYONG YUNG S/INFR. ART. 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES —CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Suspensión del proceso a prueba. SENTENCIA DE CONDENA: Cosa juzgada. MATERIA CONTRAVENCIONAL: Exención del depósito. Beneficio de litigar sin gastos.

SUMARIOS:

1. Aunque en el recurso de queja se invoca la lesión de diversas cláusulas constitucionales, los agravios vertidos se limitan a expresar la discrepancia con el modo en que los jueces ejercieron el control reclamado por la defensa en torno al instituto de la *probation* (art. 45, CC), sin demostrar que lo actuado lesione garantías que susciten la competencia de este Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja porque el pronunciamiento referido a las cuestiones relativas a la denegatoria de la suspensión del proceso a prueba, resulta inoficioso en la actualidad, pues la condena recaída en la causa, consentida por la defensa, ha pasado en autoridad de cosa juzgada y —salvo supuesto de revisión— resulta irrevocable. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. En relación con la exigencia de integración del depósito previsto en el art. 34 de la LPTSJ, corresponde diferir su consideración hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el trámite de beneficio de litigar sin gastos iniciado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. En atención a que la sentencia condenatoria dictada respecto del imputado se encuentra firme, los planteos formulados por la defensa en su recurso de queja vinculados a la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba han devenido abstractos, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento del Tribunal al respecto. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. No corresponde exigir el pago del depósito establecido por el art. 34 de la LPTSJ, en razón de que el mismo no es una condición de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, en la causas contravencionales, las cuales están regidas por las garantías del proceso penal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

6. Si el imputado reconoció su plena responsabilidad y participación en el hecho investigado por la Fiscalía, consintió que se omitiera toda la producción de la prueba de cargo que existía en su contra y, en atención a lo dispuesto por el art. 231 del CPP local —cuya aplicación se consideró supletoria—, prestó su conformidad con la pena de arresto, en suspenso, solicitada por el Ministerio Público Fiscal, la elección de aquella estrategia procesal importa un abandono implícito de la vía extraordinaria previamente iniciada, por lo que corresponde declarar desistido el recurso directo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6418/09 - 19/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensa Oficial interpuso recurso de queja (fs. 39/61) contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones (fs. 33/34) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la resolución de esa misma Sala (fs. 15/17) que había confirmado la decisión de la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 8 mediante la cual no se hizo lugar a la concesión de la suspensión del proceso a prueba oportunamente solicitada por el señor Kyong Yun Lim (fs. 4/6).

2. En su recurso de inconstitucionalidad (fs. 19/29) la defensa sostuvo que la decisión impugnada violaba las garantías de debido proceso y defensa en juicio, y los principios de legalidad, máxima taxatividad interpretativa e igualdad, debido a que se le negaba la suspensión del juicio a prueba cuando —según el recurrente— dicho instituto constituye un derecho del imputado.

3. La Sala III, aunque consideró que la resolución atacada era equiparable a una sentencia definitiva, declaró inadmisible el recurso intentado en razón de que no exponía un caso constitucional (fs. 33/34).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 65/67), propició el rechazo de la queja debido a que no se vinculaba a una sentencia definitiva —ni auto equiparable a tal—, ni presentaba un caso de competencia del Tribunal.

5. Posteriormente, la defensa solicitó que se le diera efecto suspensivo a la queja interpuesta debido a la inminente celebración de la audiencia de juicio (fs. 69/73). El Tribunal rechazó ese pedido (fs. 75/78).

Luego, y atento a lo informado por la defensa en la solicitud mencionada en el párrafo anterior, el señor juez de trámite requirió a la jueza de primera instancia que informara el estado de la causa (fs. 84, punto 2). La magistrada, como respuesta, remitió copia certificada de la sentencia condenatoria dictada respecto del señor Lim el día 1º/4/2009, e informó que la misma había adquirido firmeza el día 14/4/2009 (fs. 89).

Dicha circunstancia motivó que se intimara (fs. 90) al señor defensor general para que informara si mantenía el recurso interpuesto ante el TSJ, quien, en su respuesta, informó que el señor Kyong Yun Lim había revocado su designación como defensor y que, desde el día 31/3/2009, su asistencia técnica estaba a cargo de un abogado particular (fs. 91).

Por tal motivo, el día 8/5/2009 se reiteró la intimación, pero esta vez dirigida al nuevo defensor (fs. 93) quien, vencido el plazo establecido, no dio respuesta a lo solicitado (fs. 95).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En mi opinión ni el dictado de la sentencia condenatoria de primera instancia ni el acuerdo celebrado entre las partes que dicha sentencia tuvo en consideración imponen tener por abandonados los agravios traídos a este Tribunal.

Cierto es que el progreso de dichos agravios es incompatible con el mantenimiento tanto de la sentencia como del acuerdo; pero, no se sigue de ello que sean los agravios los que deban perder efecto. Si así fuera, el hoy recurrente habría quedado en situación de no poder acudir a la herramienta defensiva de la negociación o no poder mantener este planteo, alternativa que la ley no le impone ni puede serle impuesta por decisión judicial.

En consecuencia, estimo que no se ha tornado inútil pronunciarse acerca de la queja deducida a fs. 39/61.

2. Sin perjuicio de lo dicho, el recurso de queja debe ser rechazado, puesto que el recurrente no muestra que se encuentren comprometidos de manera directa derechos o garantías constitucionales idóneos para conmover la sentencia de condena recaída en el proceso principal seguido contra el imputado.

3. En efecto, el pronunciamiento cuya revisión propuso la queja, al rechazar la *probation* por falta de acuerdo del fiscal, se limitó a permitir la continuidad del pleito. Despejado ese punto, conviene recordar los antecedentes que motivan

la intervención requerida al Tribunal. La defensa solicitó al juez la suspensión del juicio a prueba y sugirió las reglas de conducta a cumplir (fs. 3). Por su parte, el señor fiscal de primera instancia, según surge del relato de antecedentes de la resolución de la Sala III —no controvertido en autos— (fs. 15/15 vta.), se opuso a la aplicación del instituto sobre la base de las circunstancias que rodearon al hecho investigado (art. 111 del CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes). A este respecto, en línea con el criterio de actuación dispuesto por resol. FG-69/08, el relato efectuado en la mencionada sentencia continúa indicando que el representante del Ministerio Público destacó que el imputado "...al conducir un vehículo marca Hyundai modelo Sonata, dominio CMW 321 por la Av. Donato Álvarez 397 es evaluado por el control de alcoholemia luego de haber colisionado por detrás al vehículo marca Peugeot modelo 405, dominio BPP 617, arrojando como resultado la marca de 2,28 ml/ls de contenido en sangre..." , situación que, a su juicio, evidencia que el hecho imputado ha "...puesto en peligro inminente la vida o la integridad física de las personas" (fs. 15/15 vta.). Ello así, el pronunciamiento atacado consideró que la actitud del acusador, por un lado, encuadraba en las previsiones del art. 45 del CC que exige acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público Fiscal, y por otro, aparecía fundada de modo suficiente (fs. 15 vta.).

Aunque el recurrente invoca la lesión de diversas cláusulas constitucionales (v. gr. derecho de defensa, legalidad, igualdad y razonabilidad), sus agravios se limitan a expresar la discrepancia con el modo en que los jueces ejercieron el control reclamado por la defensa en torno al instituto de la probation (art. 45, CC), sin demostrar que lo actuado lesione garantías que susciten la competencia de este Tribunal.

Entiendo que lo dicho en este voto es suficiente para rechazar el recurso articulado por el defensor general.

4. El depósito de la queja, por las razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que remito en honor a la brevedad, no debe ser exigido.

Por todo lo dicho, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada a fs. 39/61.

El juez José O. Casás dijo:

El pronunciamiento referido a las cuestiones señaladas en el recurso de hecho de fs. 39/61 —relativas a la denegatoria de la suspensión del proceso a prueba— resulta inoficioso en la actualidad, pues la condena recaída en la causa, consentida por la defensa, ha pasado en autoridad de cosa juzgada y —salvo

supuesto de revisión— resulta irrevocable. En consecuencia, corresponde rechazar la queja interpuesta.

Con relación a la exigencia de integración del depósito previsto en el art. 34 de la LPTSJ, corresponde diferir su consideración hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el trámite de beneficio de litigar sin gastos iniciado (conf. copias obrantes a fs. 36/38 de la queja), haciéndole saber al defensor de confianza del señor Lim que, dentro del quinto día de notificado, deberá comunicar a este Tribunal el contenido de la decisión final que recaiga en el trámite de mención [conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC - apelación'", expte. n° 2212, sentencia del 11/6/2003 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 376 y ss.), entre otros].

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Atento a que la sentencia condenatoria dictada el día 1º/4/2009 respecto del señor Kyong Yun Lim se encuentra firme, considero que los planteos formulados por la defensa en su recurso de queja vinculados a la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba han devenido abstractos, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento del Tribunal al respecto (conforme mi opinión en autos "Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Manfredi, Carolina Claudia s/inf. arts. 116 y 117 CC'", expte. n° 5602/07).

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

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

La jueza Ana María Conde dijo:

Más allá del infructuoso intento efectuado por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, para conocer de manera concreta la voluntad del interesado acerca del mantenimiento o deserción del recurso interpuesto a su favor por el defensor general que lo representaba con anterioridad a que se celebrara la audiencia de debate (circunstancia que mi distinguido colega consideró de interés para emitir su voto), lo cierto es que —en mi opinión— la voluntad del imputado ya ha sido puesta de manifiesto en un sentido claramente contrario a la procedencia de esta queja. En efecto, de acuerdo a lo que se desprende de las constancias agregadas a la causa, el interesado, durante la audiencia de juicio y con la asistencia letrada de su nuevo defensor "de confianza" (art. 3º, ley 12), reconoció su plena responsabilidad y participación en el hecho investigado por la Fiscalía, consintió que se omitiera toda la producción de la prueba de cargo que existía en su contra y, en atención a lo dispuesto por el art. 231 del CPP local —cuya aplicación se consideró supletoria—, prestó su conformidad con la pena de arresto, en suspenso, solicitada por el Ministerio Público Fiscal. En tal sentido, como lo he expresado en otras oportunidades, entiendo que la elección de aquella estrategia procesal importa un abandono implícito de la vía extraordinaria previamente iniciada, abandono que en esta causa, además, aparece mayormente avalado por el desinterés evidenciado por el abogado particular del señor Kyong Yun Lim que ha guardado silencio frente al requerimiento de uno de los integrantes de este Tribunal.

Voto, entonces, por declarar desistido el recurso directo y considero que, en virtud de la manera como aquí se resuelve, no corresponde exigir depósito alguno (*in re*, "Manfredi", ya citado por la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 39/61.

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

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

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

CXCIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CASTELL, MARCIAL OSVALDO S/INFR. ART. 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES —CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Suspensión del juicio a prueba. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. Las razones por la que el Tribunal rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional— también determinan la denegatoria del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. La presentación de la defensa no expone una cuestión de naturaleza federal, pues el defensor no advierte que sus agravios trasuntan sólo cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local (art. 45, ley local 1472), ajenos a la instancia a la que pretende acceder. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. El recurso extraordinario federal debe ser concedido porque la decisión adoptada por los jueces de mérito respecto del imputado, afecta los principios de legalidad, de igualdad ante la ley, y la garantía de la defensa en juicio, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva al imputado de la posibilidad de posponer una condena (art. 45, CC). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6291/08 - 24/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor defensor general interpuso recurso extraordinario federal (fs. 76/95) contra la decisión de fs. 62/70, emitida el 27/5/2009, mediante la cual el Tribunal, por mayoría, rechazó la queja agregada a fs. 38/51.

2. El señor defensor sostiene que la decisión que recurriera ante el Tribunal es definitiva ya que le "…ha impedido al imputado la posibilidad de acceder legítimamente a un modo de finalización anticipado del proceso (…) afectando de manera irremediable el debido proceso legal vigente…" (fs. 79 vta.).

Afirma, además, que la decisión del Tribunal es arbitraria y confirma la afectación —producida en las instancias anteriores— de las garantías de debido proceso, de defensa en juicio y de juez imparcial, y de los principios de "legalidad material y formal", de razonabilidad, de igualdad, acusatorio y de división de poderes.

El señor defensor general cuestiona que el Tribunal —al evaluar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad local— haya empleado un criterio más restrictivo que el que aplicó la CSJN al analizar la procedencia del recurso extraordinario federal en casos que, según el recurrente, resultan análogos. En este sentido, sus agravios se vinculan a que, a diferencia de lo expuesto por los jueces de mérito, la defensa considera que el CC (en su art. 45) regula la suspensión del proceso a prueba como un derecho del imputado. Por ello, siempre según el recurrente, resultó inválido coartar el ejercicio de ese "derecho" simplemente porque la fiscalía —basada en un criterio general de actuación— no consintió la suspensión de este proceso.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 98/101), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no atacaba una sentencia definitiva o auto equiparable a tal, ni presentaba un caso federal. Por último, descartó la aplicación a este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que interpusiera el señor defensor general Mario Jaime Kestelboim debe ser concedido (fs. 76/95).

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

3. El recurrente sostiene el carácter definitivo de la sentencia que recurriera ante el Tribunal, la cual "…ha impedido al imputado la posibilidad de acceder legítimamente a un modo de finalización anticipado del proceso (…) afectando de manera irremediable el debido proceso legal vigente, lo cual implica que la tutela de dicho derecho no podrá cumplirse eficazmente en una oportunidad posterior. Es por ello, que la cuestión resulta admisible en esta instancia extraordinaria" (fs. 79 vta.).

4. En este marco, la Defensa vuelve sobre la cuestión federal que ya fuera introducida en los recursos de inconstitucionalidad y de queja (fs. 19/28 y fs. 38/51, respectivamente) y que guarda relación directa con la resolución de la causa: interpretación del art. 45 del CC en violación de los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y la garantía de la defensa en juicio.

Como sostuve en los fundamentos de mi voto en la sentencia dictada por el Tribunal respecto del recurso de inconstitucionalidad (resolución del 27/5/2009), "…[l]a decisión adoptada por los jueces de mérito respecto del imputado, afecta (…) los principios de legalidad, de igualdad ante la ley y la garantía de defensa en juicio, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva a Castell de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45 del CC). En otros términos, como sucede con la negativa del fiscal interviniente, la única razón por la que los jueces deniegan la suspensión del juicio remite a la resol. FG-69/08, norma que no puede sustituir ni alterar la ley aplicable...".

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

5. En consecuencia, voto por conceder el recurso extraordinario federal que dedujera el señor defensor general Mario Jaime Kestelboim (fs. 76/95).

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

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo dictamina el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal y, además, porque la discusión presentada no involucraba más que una discrepancia sobre la interpretación de normas infraconstitucionales. 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. Las razones por la que el TSJ rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional— también determinan la denegatoria de este recurso extraordinario federal. En particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

El recurrente pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y, además, denuncia una supuesta afectación de reglas contenidas en la Constitución Nacional, sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir este tipo de recurso (*Fallos*, 294:376, entre otros)— y de violación de garantías constitucionales no suple, en el caso, la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

Por lo demás, la presentación de la defensa tampoco expone una cuestión de naturaleza federal. El defensor no advierte que sus agravios trasuntan sólo cuestiones de interpretación del derecho infraconstitucional y local (art. 45, ley local 1472), ajenos a la instancia a la que pretende acceder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constante jurisprudencia que cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluida la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros).

5. Por las razones expuestas, y las brindadas en igual sentido por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 76/95.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 70, punto 2.

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

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

CXCIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DÍAZ, JONATHAN NICOLÁS S/INF. ART. 189 BIS C.P. PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL —C.P.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Portación de arma de fuego de uso civil.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario no se hace cargo de que el Tribunal consideró que la queja carecía de fundamentación suficiente para demostrar que la Cámara había dictado un autodenegatorio erróneo, y repite la omisión que determinó su rechazo, pues no presenta argumento alguno tendiente a rebatir esa conclusión. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. La vía excepcional del art. 14 de la ley 48 no es eficaz para corregir en tercera instancia sentencias que el recurrente estime equivocadas, según sus divergencias con el criterio con que fueron seleccionadas y valoradas las pruebas de la causa o interpretadas las normas de derecho común que las rigen. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. El defensor logra articular con éxito una cuestión federal al controvertir la interpretación del art. 189 bis, inc. 2º, CP, aduciendo que ésta vulnera los principios de legalidad, de lesividad, y de tipicidad penal, todos ellos incluidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6440/09 - 27/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 117/135) contra la decisión de este Tribunal del día 3/6/2009 (fs. 92/102), que, por mayoría, rechazó la queja agregada a fs. 73/82.

2. La defensa considera que el Tribunal —a través de la decisión cuestionada— negó arbitrariamente su competencia en el caso cuando, en rigor, se había denunciado de manera adecuada que la condena desconocía reglas constitucionales. En otras palabras, sostiene que el Tribunal no respondió planteos conducentes para la solución del pleito y, por ende, el rechazo de la queja convalidó y profundizó la violación de su derecho de defensa, de la garantía de debido proceso, del principio de inocencia y del derecho a la revisión amplia del fallo condenatorio. A su vez, cuestiona la interpretación dada por los jueces de mérito al art. 189 bis, inc. 2º, párr. 1º, C.P. En este sentido, indica que la condena desconoce los principios de legalidad y de lesividad, debido a que la tenencia de un arma descargada y sin municiones al alcance —según la defensa— no constituye delito.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido, entendió que correspondía denegar el recurso extraordinario federal interpuesto. En primer lugar, consideró que la interpretación efectuada por los jueces de la causa respecto del art. 189 bis, inc. 2°, C.P., no conforma una cuestión federal, sino que se trata de una discrepancia sobre la aplicación del derecho común. En el mismo sentido, indicó que no se había configurado un supuesto de sentencia arbitraria, sino que el recurrente sólo discute la interpretación de hechos y pruebas, pero no acredita la afectación constitucional que invoca. Por último, señaló que la presunta afectación al derecho a la revisión amplia de la condena constituye un agravio sólo aparente, porque la condena —a diferencia de lo que indica el defensor— fue reexaminada ampliamente (fs. 138/140).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo dictamina el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja por varias razones. Por un lado, porque la presentación directa no se hacía cargo de todos los argumentos que la Cámara dio para denegar el recurso de inconstitucionalidad intentado; es decir, porque carecía de una crítica fundada y desarrollada respecto del auto que impugnaba. Por otra parte, debido a que el recurrente omitió conectar las garantías invocadas con el agravio concreto que le habría provocado la condena. En este sentido, la mayoría del Tribunal concluyó en que la defensa sólo manifestaba su discrepancia con la interpretación de hechos, pruebas —supuesta violación del principio de inocencia— y derecho infraconstitucional —aparente

afectación de los principios de legalidad y lesividad—, pero no planteaba un caso constitucional.

En ese sentido, resulta aplicable al caso la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

3. Las razones que llevaron a este Tribunal a rechazar la queja interpuesta —falta de fundamentación y ausencia de caso constitucional— también determinan ahora la denegatoria de este recurso extraordinario federal.

El recurso no se hace cargo de que el Tribunal consideró que la queja carecía de fundamentación suficiente para demostrar que la Cámara había dictado un auto denegatorio erróneo. En este sentido, el recurrente repite la omisión que determinó —al menos en parte— el rechazo de la queja: esta vez, no presenta argumento alguno tendiente a rebatir la conclusión del Tribunal en cuanto a que la queja contenía defectos de fundamentación. Esa es la razón fundamental que frustra la vía intentada —conducta discrecional de la parte y su asistencia letrada.

Cabe recordar que 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, es suficiente para 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).

La simple denuncia de que la decisión del Tribunal es arbitraria no resulta suficiente a ese fin porque no incluye una explicación efectiva del vicio que invoca. Las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su desacuerdo con la resolución atacada. Constante jurisprudencia de la CSJN indica que la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376).

4. Respecto de la afectación de los principios de legalidad y lesividad, el recurrente vuelve a presentar la discusión en un plano infraconstitucional, toda vez que se remite básicamente al modo en que los jueces de la causa interpretaron el art. 189 bis, inc. 2º, párr. 1º, C.P. Debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, en su constante jurisprudencia, que es improcedente el recurso extraordinario federal si los reparos propuestos por el apelante sólo trasuntan meras discrepancias con relación al alcance de normas de derecho común y a la valoración de circunstancias de hecho debatidas en el

proceso (*Fallos*, 308:1118, entre muchos otros). En otras palabras, es posible afirmar que la vía excepcional del art. 14 de la ley 48 no es eficaz para corregir en tercera instancia sentencias que el recurrente estime equivocadas, según sus divergencias con el criterio con que fueron seleccionadas y valoradas las pruebas de la causa o interpretadas las normas de derecho común que las rigen (*Fallos,* 266:178, entre muchos otros).

En consecuencia, cabe concluir que la defensa no logra demostrar la relación directa e inmediata entre la cuestión materia de este litigio y las normas constitucionales invocadas en su escrito (arts. 18 y 19 *in fine*, C.N.), relación que constituye uno de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal.

5. Por las razones expuestas, y las brindadas en forma concordante por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el voto de los Dres. Casás y Conde en que el recurso extraordinario debe ser denegado. Ello así, toda vez que, tal como lo exponen mis colegas, los planteos del recurrente no muestran la existencia, en el *sub lite*, de una cuestión federal, conf. el art. 14 de la ley 48.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor defensor general a fs. 117/135 es admisible.

Fue presentado en tiempo y forma (art. 257, CPCCN), contra una sentencia definitiva dictada por la máxima instancia jurisdiccional de la Ciudad, y cumple con los requisitos establecidos por la acordada 4/07 de la CSJN.

Contiene, asimismo, un relato de los hechos relevantes de la causa y desarrolla una crítica de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida.

2. La defensa del señor Díaz introdujo en su recurso extraordinario los agravios que se reseñan en el punto 2 de los Resulta. Entre ellos, el recurrente ha fundado válidamente una cuestión federal —violación de los principios de legalidad (art. 18, C.N., XXV, DADDH, 11, DUDH, 9º, CADH, 9 y 15, PIDCyP y 13.3, CCBA) y de lesividad (art. 19, C.N. y art. 13.9, CCBA)— que guarda relación directa con la resolución de la causa.

En efecto, el señor defensor logra articular con éxito dicha cuestión al controvertir la interpretación efectuada en autos del art. 189 bis, inc. 2°, C.P., aduciendo que ésta vulnera los principios de legalidad, de lesividad, y de tipicidad penal, todos ellos incluidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía.

3. Por lo expuesto, voto por conceder el recurso extraordinario federal planteado por el señor defensor general contra lo decidido en la resolución de fecha 3/6/2009.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 117/135.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a la fiscalía, a la defensa y personalmente al imputado mediante oficio ley 22.172 y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 102, punto 2.

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

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

CXCV

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE INCOMPETENCIA EN AUTOS: NN S/INF. ART. 00 —PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. CAUSA PENAL: Legitimación del Ministerio Público Fiscal. DESARMADO DE AUTOMOTOR. COMPETENCIA DEL FUERO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS: Ley de Garantía de los Intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires. Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. FACULTADES NO DELEGADAS AL ESTADO NACIONAL. AUTONOMÍA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Facultades propias de jurisdicción. Soberanía popular. Forma republicana.

SUMARIOS:

1. En las causas penales, que son aquellas seguidas por la comisión de alguna conducta prevista y reprimida por el Código Penal de la Nación, o por sus leyes complementarias, los integrantes del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de

Faltas se encuentran facultados para recurrir ante este Tribunal Superior de Justicia, por expresa disposición del legislador local al establecer la regla general según la cual cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas pueden recurrir (art. 267, CPP local, aplicable a partir del art. 2º, ley 402. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. La decisión objetada por medio del recurso de inconstitucionalidad, que el recurso de queja defiende constituye un auto equiparable a definitivo que habilita la competencia apelada del Tribunal, porque la no aceptación de competencia fallada y ratificada por los jueces intervinientes —de adquirir firmeza, o, igualmente, de ser resuelta a favor de uno u otro magistrado, nacional o local, por el superior común— sustrae esta causa y principalmente dicha cuestión de manera definitiva del conocimiento y jurisdicción de los integrantes de este Tribunal Superior, intérpretes últimos de la Constitución de la Ciudad (arts. 113, CCBA y 27, ley 402). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. La conducta reprimida por el art. 13 de la ley 25.761 —desarmado de un automotor con el objeto de utilizar sus autopartes sin autorización legal— no era pasibles de reproche penal con anterioridad a la sanción de la "ley de garantías", que sólo garantizó que se mantendría un estado actual de cosas, que se conservarían las competencias que se tenía en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para transferir esas competencias, pero no aquellas otras que nunca tuvo, de modo que la asunción de la competencia por parte de los tribunales locales para intervenir en este tipo de conductas en nada recorta la jurisdicción y competencia que tenían los tribunales nacionales al sancionarse dicha ley. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. En la actualidad han desaparecido las circunstancias que impedían que esta Ciudad hiciera efectiva cabalmente la competencia que le es propia de acuerdo al sistema federal consagrado en la Constitución Nacional y a lo dispuesto en su art. 129, conforme lo cual tiene facultades equivalentes a las de las provincias, con excepción de los límites que puedan derivarse de la garantía de los intereses del Estado federal (actualmente reglada por la ley 24.588) mientras la CABA sea la capital de la Nación. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

5. No puede presumirse un interés federal ilimitado en relación con el ámbito regulado por el art. 8º de la ley 24.588, y en consecuencia es válido pensar que para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan, de acuerdo a una decisión expresa del legislador, algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

6. Resulta forzado interpretar que los delitos creados con posterioridad a la "ley de garantías" son ajenos al ámbito de juzgamiento local por el solo hecho de

reputarlos alcanzados por el *status quo* que preserva el art. 8º de la ley 24.588, en resguardo del interés invocado por el legislador nacional, porque ello sería suponer que ese legislador pudo anticipar el interés federal de delitos que no tenía previsto establecer al momento del dictado de esta ley o que pudo dejar abierto indefinidamente el ámbito que buscó preservar —el "nacional"— para abarcar cuanto delito se estimara adecuado crear, interpretación que al otorgar semejante alcance al precepto en cuestión, vendría, así, a derogar el art. 129 de la C.N., porque significaría avalar que aquel interés federal no estaría en preservar que ciertos delitos continúen bajo la órbita de juzgamiento del Poder Judicial de la Nación, sino que ese interés radicaría lisa y llanamente en no permitir y limitar *sine die* a la jurisdicción local. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

7. Con la habilitación de competencia "penal" que se produjo como consecuencia de la aprobación por parte del Congreso del primer "Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (ley 25.752), quedó parcial e implícitamente desvirtuada la limitación de la jurisdiccionalidad que pesaba sobre los tribunales de la Ciudad Autónoma que veían restringida su competencia, al margen de su acierto o error, a las materias exclusivamente enumeradas en el art. 8º de la ley 24.588. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

8. Cabe dar preeminencia a la letra y espíritu de las fórmulas empleadas por el legislador en la "ley de garantías", en cuanto no pudo conservar más que aquello que ya poseía, y frente al juego de los preceptos constitucionales y legales nacionales y locales que habilitan la competencia penal en esta jurisdicción en las sucesivas etapas del proceso de consolidación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, claramente enfatizado como regla y directiva por el art. 129 de la [C.N.], se prefiere una interpretación razonable que adecua las disposiciones de competencia para ponerlas a reparo de observaciones de orden constitucional. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

9. La consideración fragmentada del art. 75.2 de la C.N., en cuanto establece que no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos aprobada por la ley del Congreso, cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, resulta inatinente para resolver la cuestión, pues en el supuesto del delito reprimido por el art. 13 de la ley 25.761 no habría una "transferencia de competencias" dispuesta legalmente, sino, antes bien, la creación de una nueva competencia que no fue atribuida expresamente al fuero federal por el Congreso, ni al fuero nacional en lo penal ordinario de la Capital Federal, alcanzada en consecuencia por la transferencia constitucional dispuesta por el art. 129, C.N. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

10. Por imperio de la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la

Nación en el texto de la Constitución Nacional, ni retenidas o conservadas por el Gobierno federal por las excepcionales razones previstas en el art. 129 de la C.N., la investigación y juzgamiento de los delitos creados por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la "ley de garantías" incumbe al Poder Judicial de esta Ciudad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

11. Si bien pudo sostenerse en alguna oportunidad que los poderes del gobierno central habían sido delegados por las provincias por ser éstas históricamente preexistentes a la organización nacional, tal criterio puramente cronológico no se ve convalidado por el hecho cierto de que existen nueve estados provinciales que adquirieron dicho estatus en forma sobreviniente al Pacto Constitucional originario. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

12. Desde una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

13. El recurso de inconstitucionalidad, que precede al recurso de hecho, no se encuentra dirigido contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402), pues la resolución atacada confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto resolvió no aceptar la competencia atribuida por el Juzgado Nacional en lo Correccional, y devolver los actuados al juzgado de origen, y la quejosa no dio razones que autoricen, con fundamento en los derechos constitucionales que invoca, a considerar que esa resolución pueda ser equiparada a definitiva. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6397/09 - 27/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora fiscal de Cámara, interinamente a cargo de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1, interpuso recurso de queja (fs. 36/43) contra la decisión de la Sala I (fs. 32/34) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 24/31) articulado, a su turno, contra el pronunciamiento de la misma Sala (fs. 19/22) que —por mayoría— confirmó lo resuelto por el juez de grado en cuanto no aceptó la competencia atribuida por el titular del Juzgado Nacional en lo Correccional

Nº 11, Luis Alberto Schelgel, a favor de la justicia de esta Ciudad, en orden al delito previsto en el art. 13 de la ley 25.761 (fs. 4/8).

En el recurso de inconstitucionalidad la Fiscalía de Cámara consideró que, más allá de debatirse una cuestión de competencia, la decisión apelada constituía un auto equiparable a definitivo sobre la base de la jurisprudencia de este Tribunal (voto de los jueces Ruiz, Conde, Muñoz y Casás, en autos: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sentencia del 21/3/2001). Por su parte, defendió su legitimación para recurrir ante estos estrados y se agravió por la interpretación efectuada por los integrantes de la Sala I de la Cámara en orden a los arts. 6º y 8º de la ley 24.588 —conocida como ley "Cafiero"— y por la colisión que aquella exégesis tendría con lo dispuesto por el art. 129 de la C.N. y con los alcances de la autonomía jurisdiccional reconocida a esta Ciudad.

La Cámara —por mayoría— denegó el recurso porque consideró que, más allá de tratarse de un auto que razonablemente podría ser equiparado a definitivo y que los integrantes del Ministerio Público Fiscal se encontraban habilitados para presentarse ante este Tribunal en razón de la materia penal objeto de este proceso, no se habría logrado plantear un caso constitucional.

2. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, sostuvo la queja interpuesta por la fiscal de Cámara y postuló la admisión del recurso de inconstitucionalidad denegado, porque, a su criterio, la interpretación que realizaron los jueces de primera y segunda instancia limita indebidamente la capacidad jurisdiccional de esta Ciudad (fs. 47/50).

FUNDAMENTOS:

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

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Tal como lo señala el fiscal general adjunto este caso no nos enfrenta con una contienda negativa de competencia, susceptible de ser propuesta por ante la CSJN si el juez en lo Correccional decidiera mantener su postura declinatoria y trabarla, sino, en rigor, ante la posibilidad de eliminar toda discrepancia de esa naturaleza en lo que a esta Ciudad concierne, o, en su caso, de tornar abstracto el debate relativo al punto en el supuesto de que esa contienda ya existiera. Nada de ello escapa a nuestro conocimiento.

En autos se discute a quién le incumbe la investigación y juzgamiento de la conducta reprimida por el art. 13 de la ley 25.761. A efectos de que quede claro cuál es la conducta cuyo conocimiento aparece disputado viene al caso recordar —frente a la imprecisión que se advierte de la mera lectura del legajo en el cual se citan múltiples normas que ninguna relación guardan con el objeto de esta causa— que se trata de perseguir a quien "procediere al desarmado de

un automotor con el objeto de utilizar sus autopartes, sin la autorización que establece la presente ley, [pues] será reprimido con multa de pesos un mil ($ 1.000) a pesos treinta mil ($ 30.000), siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado. Si se hiciere de ello una actividad habitual, la pena será de prisión de quince (15) días a tres (3) meses y multa de pesos cinco mil ($ 5.000) a pesos cien mil ($ 100.000).// Aquellas personas cuya actividad principal, secundaria o accesoria sea el desarmado de automotores y/o la comercialización, transporte o almacenamiento de repuestos usados para automotores, e incumplieren lo dispuesto en la presente ley, serán penadas con prisión de quince (15) días a tres (3) meses y multa de pesos diez mil ($ 10.000) a pesos doscientos mil ($ 200.000) e inhabilitación especial de uno (1) a tres (3) años" (conf. art. 13 de la ley 25.761, sancionada el 16/7/2003 y promulgada el 7/8/2003).

Por el momento las resoluciones dictadas por todos los jueces locales niegan que dicha conducta pueda ser investigada y juzgada por el fuero con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad. Por su parte, el titular del Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11 afirmó todo lo contrario, sustentando su decisión declinatoria en el criterio interpretativo del señor fiscal general de la Ciudad, esbozado en la resol. FG-75/2008, en virtud del cual todos aquellos tipos penales que hayan sido "creados con posterioridad a la sanción de la ley 24.588 [son de] competencia exclusiva y originaria del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 5 vta. del expte. nº 62.238 del registro del mencionado Juzgado Nacional, que —en copia— corre por cuerda).

2. En las causas penales, esto es, puntualmente en aquellas seguidas por la comisión de alguna conducta prevista y reprimida por el Código Penal de la Nación, o por sus leyes complementarias, los integrantes del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas se encuentran facultados para recurrir ante este Tribunal Superior de Justicia, puesto que así lo ha resuelto el legislador local al establecer expresamente la regla general según la cual "[c]uando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir" (art. 267, CPP local, aplicable a partir del art. 2º, ley 402; este Tribunal, *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos: 'Alegre de Alvarenga, Ramona s/infr. art. 189 bis C.P.'", expte. nº 6182/08, sentencia del 22/6/2009). En consecuencia, ninguna duda cabe en cuanto a la legitimación procesal de la recurrente para proponer la discusión de autos.

3. La decisión objetada por medio del recurso de inconstitucionalidad, que esta queja defiende, pone fin —al menos en lo que respecta a la órbita

local— a la discusión incidental relativa a cuál es el fuero que debe intervenir en esta causa y en ese punto constituye un auto equiparable a definitivo que habilita la competencia apelada del Tribunal. En efecto, ello es así porque la no aceptación de competencia fallada y ratificada por los distinguidos jueces intervinientes —de adquirir firmeza, o, igualmente, de ser resuelta a favor de uno u otro magistrado, nacional o local, por el superior común— sustrae esta causa y principalmente dicha cuestión de manera definitiva del conocimiento y jurisdicción de los integrantes de este Tribunal Superior, intérpretes últimos de la Constitución de la Ciudad (arts. 113, CCBA y 27, ley 402).

4. Ahora bien, creemos que la queja debe prosperar. La señora fiscal de Cámara propone —al margen de que los jueces del tribunal *a quo* opinen lo contrario— una verdadera cuestión de carácter constitucional. En efecto, en autos ha sido cuestionado nada menos que el alcance que debe darse al art. 129 de la C.N., en cuanto le confiere facultades jurisdiccionales a esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y a los arts. 6º y 8º de la ley 24.588, en cuanto establecen ciertas limitaciones a esas facultades jurisdiccionales mientras la Ciudad sea Capital de la República. Esta discusión, además, analizada a su mejor luz, reviste entidad federal suficiente que justificaría el agotamiento de todas las instancias jurisdiccionales locales y amerita su consideración por la vía pretendida (CSJN, *in re* "Di Mascio" y "Strada").

A todo evento, conviene aclarar que los precedentes de la CSJN, *in re* "González" (comp. nº 522, XLIII, resuelta el día 12/2/2008) y "Massio" (comp. nº 35, XLIV, resuelta el día 20/5/2008), fueron supuestos distintos al presente y no guardan relación directa con la discusión propuesta, pues mientras que en aquellos se debatía acerca de la operatividad del segundo "Convenio de Transferencia de Competencias Penales" y la necesidad o no de que aquel instrumento fuera ratificado por el Congreso nacional —ratificación que tuvo lugar con la sanción de la ley 26.357—, en autos aparece controvertido si es necesaria o no la celebración de un convenio que contemple a los delitos previstos con posterioridad a la sanción de la ley 24.588. Más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que, constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, consideramos que la respuesta a la cuestión que se plantea en estas actuaciones es negativa, esto es, no se precisa acuerdo o autorización, en los términos del art. 6º de la mencionada ley, para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la C.N.

Los colegas de primera y segunda instancia han interpretado a la ley 24.588 de un modo que se aparta del propio texto que buscan interpretar, y, al hacerlo, terminan por establecer mayores restricciones que desconocen lo dispuesto por el art. 129 de la C.N. Esa última norma claramente consagra que

"[l]a Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción (...).// Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación".

La usualmente denominada "ley Cafiero" o "ley de garantías" fue, a su turno, sancionada por el Congreso de la Nación y publicada con el 24.588 (*B.O.* del 30/11/1995). En ella se estableció, en lo que hoy interesa, que "[l]a Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 2º); que "[e]l Estado nacional y la Ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes" (art. 6º); y que "[l]a justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación.// La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributaria locales" (art. 8º).

Tanto la C.N. como la "ley de garantías", más allá del acierto o error de esta última —esto es, si la ley excede o no su propósito—, resultan claras en su letra y espíritu y, nosotros, como jueces, tenemos la obligación de llevar a cabo nuestra tarea interpretativa respetando tal claridad. La mayoría de este Tribunal Superior ha reconocido que "la Constitución de la Ciudad asigna al Poder Judicial [local] el conocimiento y decisión de todas las causas regidas por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (art. 106), [y si bien] en la cláusula transitoria segunda [se] establece que 'las disposiciones (...) que no puedan entrar en vigor en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la ley 24.588, no tendrán aplicación hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia' (...) [en la actualidad] han desaparecido las circunstancias que impedían que esta Ciudad hiciera efectiva cabalmente la competencia que le es propia de acuerdo al sistema federal consagrado en la Constitución Nacional y a lo dispuesto en su art. 129, conforme lo cual tiene facultades equivalentes a las de las provincias, con excepción de los límites que puedan derivarse de la garantía de los intereses del Estado federal (actualmente reglada por la ley 24.588) mientras la CABA sea la capital de la Nación (...). La Ciudad cuenta, en la actualidad, con jueces que ejercen la competencia penal de acuerdo a las previsiones de las normas mencionadas [en especial, a partir del primer "Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", ratificado por las leyes 25.752 y 597, nacional y local, respectivamente] y que han sido seleccionados de acuerdo a los procedimientos constitucionalmente previstos para ello. Así las cosas, nada impide que la organización judicial de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires investigue y eventualmente juzgue

respecto de hechos como el denunciado (...). La ley 24.588 no ha dispuesto límites a la asunción de esta facultad por parte de la CABA, toda vez que su art. 8º, de las facultades que por regla asisten a las jurisdicciones locales, sólo ha conservado en la órbita del Poder Judicial de la Nación '[l]a justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires *manteniendo su actual jurisdicción y competencia*' (el destacado nos pertenece)" ("Abriata, Alberto Luis s/inf. art. 89 CC s/denuncia", expte. nº 5407/07, sentencia del 14/9/2007).

El núcleo del razonamiento expuesto en esa oportunidad, aunque lo fuera en el marco de un ilícito electoral que dista de la conducta que aquí se intenta investigar, resulta enteramente trasladable al supuesto de autos. Ello es así, toda vez que conductas como la que se pretende investigar en esta causa no eran pasibles de reproche penal con anterioridad a la sanción de la "ley de garantías". Esta última, literal y gramaticalmente, sólo garantizó que se "manten[dría]" un estado actual de cosas, que se "conservar[ían]" las competencias que se tenía en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para "transfer[ir]" esas competencias, pero no aquellas otras que nunca tuvo —o que ni siquiera pensaba tener—. La asunción de la competencia por parte de los tribunales locales para intervenir en conductas como la presente, entonces, en nada recorta la "jurisdicción y competencia" que tenían los tribunales nacionales al sancionarse la "ley de garantías". No parece posible reinterpretar, descontextualizar o dar un significado distinto al gerundio "manteniendo", indudablemente utilizado aquí como sinónimo de "conservar algo" o "preservar, no variar de estado" (de conformidad con sus diferentes acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española) o —mejor aún— al adjetivo "actual", esto es, que "existe, sucede o se usa en el tiempo de que se habla" (de acuerdo a la misma fuente), pues interpretarlos de otra manera resulta ajeno al sentido común e infiel a la oración en la que están inmersas en el texto de la norma. Conviene recordar una vez más que la primera regla para interpretar una norma es dar pleno efecto a la intención del legislador (*Fallos*, 321:1660) y para determinar dicha intención la primera fuente es la letra de la ley (*Fallos,* 299:167); su inconsecuencia o imprevisión no puede presumirse (*Fallos,* 321:2453), por lo cual una ley debe entenderse conforme al sentido propio de las palabras que emplea, computando que los términos seleccionados por el legislador no son superfluos sino que han sido utilizados con algún propósito sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos o situaciones que la norma pretende contemplar (*Fallos,* 200:165).

En tal sentido, si bien el uso de fórmulas sacramentales no es exigible cuando el Congreso legisla, no puede presumirse un interés federal ilimitado en relación con el ámbito regulado por el art. 8º de la ley 24.588. Para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan, de acuerdo a una decisión

expresa del legislador, algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma. La condición "federal", sin embargo, no ha sido declarada por el Congreso al sancionarse este delito. A su vez, si la naturaleza de la figura penal fuera un criterio computable para atribuirle condición "federal", la que nos ocupa no la reviste y dicha condición quedaría impuesta —entonces— a partir de una interpretación arbitraria del citado art. 8º de la ley 24.588. Concretamente, resulta forzado interpretar que los delitos creados con posterioridad a la "ley de garantías" son ajenos al ámbito de juzgamiento local por el solo hecho de reputarlos alcanzados por el status quo que preserva este art. 8º, en resguardo del interés invocado por el legislador nacional. Ello así, porque sería suponer que ese legislador pudo anticipar el interés federal de delitos que no tenía previsto establecer al momento del dictado de esta ley o que pudo dejar abierto indefinidamente el ámbito que buscó preservar —es decir, el "nacional"— para abarcar cuanto delito se estimara adecuado crear. Una interpretación que diera semejante alcance al precepto en cuestión, vendría, así, a derogar el art. 129 de la C.N., porque significaría avalar que aquel interés federal no estaría en preservar que ciertos delitos continúen bajo la órbita de juzgamiento del Poder Judicial de la Nación, sino que ese interés radicaría lisa y llanamente en no permitir y limitar sine die a la jurisdicción local.

En la misma línea, con la aludida habilitación de competencia "penal" que se produjo como consecuencia de la aprobación por parte del Congreso del primer "Convenio" (ley 25.752) —sin que importe desentrañar cuántos o qué tipo de delitos fueron materia de traspaso en aquella ocasión— quedó parcial e implícitamente desvirtuada la limitación de la jurisdiccionalidad que pesaba sobre los tribunales de la Ciudad Autónoma que veían restringida su competencia, al margen de su acierto o error, a las materias exclusivamente enumeradas en el citado art. 8º de la ley 24.588. Sin perjuicio de que dicha habilitación de la competencia "penal" quedó supeditada a la efectiva puesta en funcionamiento o constitución del "fuero Contravencional y de Faltas" (art. 7º del Convenio) —hoy denominado, mediante una resolución del Consejo de la Magistratura local, "Justicia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas"— tal circunstancia fue momentánea y no existe en la actualidad obstáculo alguno para que los magistrados de nuestra Ciudad juzguen todas las conductas ilícitas previstas por el Legislador nacional con posterioridad a la sanción de la ley garante de los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad sea la sede de las autoridades nacionales, pues ha sido este mismo Legislador nacional quien ha ampliado, voluntariamente, aunque de manera parcial y tácita, las competencias o materias cuyo juzgamiento le permitía, o, mejor dicho, ha suprimido una de las restricciones que antes le imponía por medio de aquella norma.

Si bien podría cuestionársenos porque, por lo que llevamos expuesto, podría entenderse que la asunción de competencia que hoy apoyamos para supuestos como el presente no debería operar retroactivamente en cuanto a los delitos previstos con posterioridad a la sanción de la ley 24.588, sino, en rigor, con relación a los delitos previstos luego de que entrara en vigencia el primer "Convenio", que autorizó a nuestros jueces para juzgar en materia penal, consideramos que debemos dar preeminencia a la letra y espíritu de las fórmulas empleadas por el legislador en la "ley de garantías", en cuanto no pudo conservar más que aquello que ya poseía, y "frente al juego de los preceptos constitucionales y legales nacionales y locales que habilitan la competencia penal en esta jurisdicción en las sucesivas etapas del proceso de consolidación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, claramente enfatizado como regla y directiva por el art. 129 de la [C.N.], se prefiere una interpretación razonable que adecua las disposiciones de competencia para ponerlas a reparo de observaciones de orden constitucional" (el Tribunal, *in re* "Abriata", antes citado).

No desconocemos que ilícitos como el que se intenta investigar aquí han sido atendidos primariamente por los magistrados nacionales ordinarios. Sin embargo, más allá de que pudo existir una asignación transitoria hasta la efectiva constitución del fuero local y hasta que esta Ciudad pudo comenzar a conocer y decidir en causas seguidas en esta materia, tal como lo expresa el fiscal ante esta instancia, el hecho de que no todos los jueces nacionales objeten su competencia no nos conduce a renunciar a ella cuando tenemos la oportunidad de asumirla. Ello así, porque resulta evidente la capacidad de medios que exhibe hoy la justicia de la Ciudad para ejercer su jurisdicción en plenitud y para hacer frente a la tarea que la Constitución local encomienda a sus magistrados (art. 106). En efecto, la Ciudad cuenta con un significativo número de jueces, fiscales, defensores y asesores tutelares formados para hacerse cargo de éste y de otros delitos, posee suficientes medios técnicos y humanos para hacerlo y su actuación se encuentra regida por un conjunto de normas procesales modernas que permitirán alcanzar una pronta y eficaz administración de justicia.

5. En autos, parece existir cierta preocupación en torno a los recursos económicos de la Ciudad, a punto tal que uno de los motivos esgrimidos por los colegas de mérito para negarle operatividad al art. 129 de la C.N. ha sido, precisamente, la hipotética erogación que deberá hacer el Estado local para hacer frente al juzgamiento de estos delitos. No obstante, esa cuestión es un asunto que nada quita o agrega a la delimitación de las facultades otorgadas constitucionalmente a esta Ciudad en materia jurisdiccional, pues —en todo caso— son cuestiones que transitan por carriles y esferas de discusión muy distintas: la irrenunciable función de garantizar el respeto o resguardo de las potestades jurisdiccionales reconocidas a la Ciudad por la Constitución Nacio-

nal concierne, en cuanto ahora nos ocupa, principalmente a su Poder Judicial, mientras que la función de asegurar la correcta marcha financiera de la Ciudad corresponde, por principio, a los restantes poderes públicos. Dicho en otras palabras, si el Congreso nacional no contempló la distribución de esos fondos con relación a la Ciudad de Buenos Aires, esa cuestión deberá ser puesta de manifiesto por el gobierno local mediante las vías pertinentes. Además, nos permitimos señalar que la consideración fragmentada del art. 75.2, en cuanto establece que "no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos aprobada por la ley del Congreso, cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, en su caso", resulta inatinente para resolver la cuestión. En efecto, en el supuesto del delito reprimido por el art. 13 de la ley 25.761 no habría una "transferencia de competencias" dispuesta legalmente, sino, antes bien, la creación de una nueva competencia que no fue atribuida expresamente al fuero federal por el Congreso, ni al fuero nacional en lo penal ordinario de la Capital Federal —cuya competencia tampoco podrían incrementarse sin, por lo menos, un argumento concreto y serio—, alcanzada en consecuencia por la transferencia constitucional dispuesta por el art. 129, C.N. Ello conduciría a hablar, cuanto menos, de una "distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires" conforme a la garantía de equidad fiscal que, en el régimen constitucional vigente, preside la coparticipación instituida por tal precepto (art. 75.2, 3º párrafo, C.N.). En definitiva, se trata con toda evidencia de un aspecto vinculado con decisiones de política institucional por completo ajenas a la competencia de los jueces.

6. Para finalizar, el delito concreto que debe investigarse en autos no parece reclamar, al menos *prima facie*, una pesquisa de gran complejidad, ni permite inferir *per se* que resulte aconsejable la intervención de otros jueces con una especial versación jurídica respecto de algún determinado tema que escape manifiestamente a la especialidad técnica de los magistrados que se desempeñan en el Poder Judicial de esta Ciudad. Se trata de analizar si una persona procedió a desarmar un automotor con el propósito de comercializar o utilizar sus autopartes, sin la autorización legal que lo habilite para hacerlo, comportamiento que aparece agravado si esta fuera su actividad habitual; o, si una persona incumplió este régimen legal, en el desarrollo de su actividad principal, secundaria o accesoria consistente en el desguace de automóviles o en la comercialización, transporte o almacenamiento de repuestos usados para automotores. Naturalmente, no se advierte cuál podría ser el interés del Estado nacional en que tales conductas sean investigadas y juzgadas por la justicia nacional y tampoco se desprende de esa ley ni de su reglamentación que sobre ese asunto exista un interés federal. Por su parte, esas conductas se encuentran

reprimidas con penas que no exceden, comparativamente y si este fuera un criterio computable, de las que legalmente pueden imponer los jueces locales en materia contravencional (ley 1472) y, a su vez, resultan menos gravosas que aquellas otras que eventualmente pueden aplicar estos mismos jueces locales en materia penal. Finalmente, sí existen muy buenas razones —de índole práctica, legal y constitucional— para que los jueces de nuestra Ciudad, encargados del juzgamiento de todo tipo de irregularidades en los establecimientos existentes en la jurisdicción, se ocupen de intervenir en estos comportamientos cometidos al margen de la ley y que afectan o se relacionan con bienes jurídicos que atañen, en principio, al ámbito local.

7. En resumen, por imperio de la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la Constitución Nacional, ni retenidas o conservadas por el Gobierno federal por las excepcionales razones previstas en el art. 129 de la C.N., la investigación y juzgamiento de los delitos creados por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la "ley de garantías" incumbe al Poder Judicial de esta Ciudad. Invertir los factores derivados de esa regla constitucional, para reconocerle a la Ciudad de Buenos Aires únicamente los poderes expresamente delegados por la Nación, implica subvertir el régimen de gobierno impuesto por el art. 5º de la C.N. Allí el constituyente dispuso que los estados federados "dictará[n] para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional". A su turno, así lo hizo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su art. 1º. Por lo demás, si bien pudo sostenerse en alguna oportunidad que los poderes del gobierno central habían sido delegados por las provincias por ser éstas históricamente preexistentes a la organización nacional, tal criterio puramente cronológico no se ve convalidado por el hecho cierto de que existen nueve estados provinciales que adquirieron dicho estatus en forma sobreviniente al Pacto Constitucional originario. Con ello, abandonado el temperamento puramente cronológico, debe concluirse que los Estados miembros de la Unión se encuentran sustantivamente en una situación de igualdad, con equivalente representación en la instancia federal del Senado y con la única restricción que puede derivarse, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de ser, a su vez, asiento del Gobierno nacional y de los tres poderes federales.

Creemos que desde una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el "pueblo"

—cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la C.N. y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece— es tanto el que reside en las provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos.

Por ello, se invita a los jueces y fiscales del fuero con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas a que arbitren los medios a su alcance y agoten en derecho toda instancia judicial (art. 6º, CCBA), haciendo uso de los mecanismos procesales existentes, para que los delitos como el que nos ocupa permanezcan en la órbita de juzgamiento local o arriben a ella.

8. Por los argumentos expuestos corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, revocar la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas y, por imperio del art. 31, *in fine*, de la ley 402, aceptar la competencia atribuida para entender en estas actuaciones, debiendo remitirse el legajo a la Cámara a los efectos de que —por quien corresponda— se asuma la intervención requerida.

Así lo votamos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. 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.

2. El recurso de inconstitucionalidad, que precede al recurso de hecho, no se encuentra dirigido contra una sentencia definitiva conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. En efecto, la resolución en cuestión (fs. 19/22 vta.) confirmó la resolución de la señora jueza de grado en cuanto resolvió no aceptar la competencia atribuida por el Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, y devolver los actuados al juzgado de origen.

3. La quejosa tampoco ha dado razones que autoricen, con fundamento en los derechos constitucionales que invoca, a considerar que la resolución de fs. 19/22 vta. pueda ser equiparada a definitiva. Dado que por regla tales resoluciones no son pasibles de recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 27, ley 402), la quejosa debía desarrollar en su escrito argumentos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla, sin embargo omitió cualquier consideración al respecto. Ni siquiera repitió la débil fundamentación que había intentado en el recurso de inconstitucionalidad al afirmar que "...el objeto del recurso es una sentencia equiparable a definitiva, pues ocasiona a esta parte un gravamen irreparable, existiendo un interés actual y directo en su

revocatoria, toda vez que la resolución impide la prosecución de la investigación bajo la órbita de este fuero local" (fs. 24), en una situación en la que ni siquiera está trabado un conflicto de competencia.

4. Voto, en consecuencia, por el rechazo de la queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal (fs. 36/43).

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir la queja*, agregada a fs. 36/43.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal (fs. 24/31), revocar la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (cuya copia obra a fs. 19/22) y, en consecuencia, aceptar la competencia atribuida para entender en estas actuaciones, debiendo remitirse el legajo a la Cámara a los efectos de que —por quien corresponda— se asuma la intervención requerida.

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

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

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

CXCVI

"ASOCIACIÓN DE PSICÓLOGOS DEL GCBA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Efectos. Norma de carácter general. Ley de Salud Mental. Ley de Ministerios. CONFLICTO DE PODERES: Atribuciones de la Legislatura. Atribuciones del Jefe de Gobierno. Principio republicano. "Gobierno de los Jueces". Actividad administrativa: revisión judicial. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

SUMARIOS:

1. La Constitución de la Ciudad (art. 113, inc. 2º) incorporó una forma de control de constitucionalidad que no es habitual en la República Argentina,

que concede poder a los jueces —en este caso a los del TSJ— para el control objetivo sobre la validez de normas que provienen de cualquiera de los poderes del Estado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe advertir la necesidad republicana de utilizar el poder político derivado de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la CCBA, con una mesura muy superior a la que demanda cualquier otra actividad judicial, mesura incluso fundada en la presunción de legitimidad de los actos de gobierno de los tres poderes que conforman, básicamente, el Estado republicano, sometidos ahora a control por la vía de la acción de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Para evitar caer en un "gobierno de los jueces", en el marco de la acción del art. 113, inc. 2º CCBA, son absolutamente imprescindibles dos límites a la actuación del poder que confiere esa acción, y que consisten en la prohibición de proceder de oficio y la necesidad de decidir a instancia de alguien, responsable por la utilización de la vía, limitaciones que se justifican en un sistema de legitimación procesal prácticamente abierto, y se vinculan con las posibilidades de la sentencia, cuyo marco sólo autoriza al Tribunal a derogar, lisa y llanamente, la norma controlada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Son correctas las decisiones por las cuales el TSJ antes de ahora rechazó el control en bloque sobre la base de una demanda "a bulto", esto es, sin certeza acerca del texto legal expreso del cual se pretende su anulación y de su crítica específica con argumentos constitucionales, para evitar que los jueces que deciden pongan de sí mismos aquello que no contiene la demanda. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Se plantea un conflicto de poderes si la discusión se orienta a cuestionar la superioridad o inferioridad relativas entre dos poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, respecto de la materia salud. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Permitir que un conflicto de poderes (CCBA, 113, inc. 1°) sea establecido e iniciado por un extraño al ejercicio del poder estatal, contraviene expresamente el texto claro del art. 11 de la ley local 402, limitación de la legitimación a todas luces razonable. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. En un Estado de derecho, la discrecionalidad en el ejercicio de las atribuciones de la administración puede ser objeto de revisión judicial, sin embargo, aquello referido al contenido u objeto torna más dificultoso el control jurisdiccional, ya que allí se pone de manifiesto la oportunidad, mérito o conveniencia de la disposición emitida o el acto ejecutado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA no erige al Tribunal Superior de Justicia en una suerte de legislador positivo, toda vez que la única consecuencia que se puede desprender de una sentencia estimatoria de la pretensión es la pérdida de vigencia de la

norma de carácter general impugnada —salvo que se trate de una ley y resulte necesario implementar el mecanismo de reenvío previsto en la Constitución local—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Si no se acredita una abierta contradicción entre el programa establecido por el legislador para garantizar el derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad —éste y no otro es el objeto de la ley 448 de Salud Mental, según su art. 1º— y las reglamentaciones emanadas del Poder Ejecutivo para poner en ejecución tales previsiones, no es posible constatar una violación a los principios de legalidad y razonabilidad invocados para reclamar la pérdida de vigencia con alcance *erga omnes* del dec. 2075/07 y su modificatorio 106/09. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. No se advierte el exceso reglamentario que se denuncia para dar sustento a la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, en tanto la norma superior (ley 448) con la que se confrontan los decretos objetados, si bien condiciona al Poder Ejecutivo en lo que hace al diseño de su organización interna y al ejercicio de las funciones vinculadas a la conducción, regulación y control del sistema de salud mental, no parece hacerlo a partir de un mandato tan estricto y minucioso como supone la accionante, situación que es razonable, porque la Constitución determina que el Jefe de Gobierno establece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia, de acuerdo a lo que disponga la Ley de Ministerios sancionada por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo (arts. 104, inc. 9º, 80, inc. 5º y 100, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Descartada toda valoración de los decretos impugnados que se relacione con cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia —ajenas al ámbito del Poder Judicial—, la accionante no logra demostrar con fundamentos sólidos que el señor Jefe de Gobierno se encuentre impedido por la ley 448 —mucho menos por la Constitución y por la Ley de Ministerios— de convertir una Dirección General de Salud Mental en una Dirección General Adjunta de Salud Mental, ni de transferir ciertas funciones que esta última desempeñaba a otro órgano superior del Ministerio de Salud. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. La ley 448 no establece específicamente, al aludir a su autoridad de aplicación, cuál es el "nivel jerárquico superior" del GCBA en materia de Salud Mental, ni impone una concentración total de funciones en cabeza de un único órgano para llevar adelante todos los cometidos que se encomiendan al Poder Ejecutivo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. Para que una norma pueda ser considerada "general" debe producir un dispositivo con persistencia temporal respecto de sujetos indeterminados, es decir establecer una regla de conducta que se inserte en el ordenamiento cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro, de modo que el decreto que establece el nuevo organigrama funcional y jerárquico del área de salud mental no cumple con las mencionadas especificaciones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. No puede obviarse, además, que, al perseguir los actores la declaración de inconstitucionalidad *in totum* de la normativa ya señalada; la procedencia del planteo llevaría a que quede absolutamente huérfana de estructura funcional la organización de un área sensible como lo es la de salud mental. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. Las acciones judiciales derivadas de la existencia de conflictos entre los poderes de la Ciudad son de competencia originaria de este Tribunal, tal como se dispone en el art. 113, inc. 1° de la Constitución local, y se encuentran reguladas en los arts. 11 a 15 de la Ley 402 de Procedimientos ante el Tribunal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. El art. 113, inc. 1º, de la CCBA exige que el planteo de un conflicto de poderes desde el Poder Legislativo sea hecho por resolución del cuerpo; no admite la presentación unipersonal del legislador, ni la de un tercero ajeno a ese Poder. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. No es la de la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA, la vía idónea para introducir una discusión que se asienta en la supuesta usurpación de competencias propias de un órgano de poder local por parte de otro; para lo que se encuentra prevista la vía del conflicto de poderes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

18. No es posible aplicar el principio de iura curia novit, para encauzar una acción referida a un conflicto de poderes dentro del marco del art. 113, inc. 1° de la Constitución, al que teleológicamente pertenece; ello así en razón de carecer la Asociación de Psicólogos de la legitimación necesaria para instar la competencia originaria del Tribunal por dicha vía, desde que no es posible que un tercero ajeno al Poder Estatal entable un conflicto de poderes pues ello contraviene expresamente la letra de la ley (art. 11, ley 402). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. La ley 448 tuvo como cometido fundamental revertir el abordaje que históricamente se brindó a la problemática de la salud mental, proyectando un tratamiento especializado, para lo cual generó un espacio propio y jerarquizado, y dotó a la autoridad de aplicación en salud mental de la autonomía y competencias necesarias para planificar, regular, coordinar, controlar y fiscalizar dentro de su ámbito de incumbencias, así como de elaborar su presupuesto, todo lo cual fue soslayado por el dec. 2075/07 (modificado por el 106/09). *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

20. Compete al Poder Legislativo lo relativo a la salud, en particular la mental, competencia que debe ser ejercida cumpliendo con lineamientos constitucionales precisos, de conformidad con los arts. 20 y 21 de la CCBA. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

21. De conformidad con el art. 104, inc. 9º de la CCBA, la atribución de establecer "la estructura y organización funcional" debe ser relacionada con la de nombrar a los funcionarios y agentes de la administración y la supervisión de su gestión; no, en cambio, con la emisión de reglas de competencia. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. Aun cuando se hiciera una interpretación desmesurada del inc. 9º del art. 104 de la CCBA con arreglo a la cual solamente el Poder Ejecutivo pudiera establecer los cargos y jerarquías por debajo del ministro, esto no comprendería el ámbito de la salud mental debido a lo que dispone el art. 21, inc. 12 de la CCBA*. (Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. El poder reglamentario que asiste al Poder Ejecutivo para establecer los organismos de su dependencia no puede ir en contra de lo previsto por la ley especial 448 de salud mental. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

24. A través de la ley 448, la Legislatura local formuló una elección política relativa al modo de encarar la problemática de la salud mental, seleccionó un conjunto de competencias que abarcan la planificación, regulación, coordinación, control y fiscalización en la materia que estipuló como privativas del nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de Salud Mental, al que designó como autoridad de aplicación y dotó de atribuciones para elaborar su presupuesto. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

25. La ley 448 buscó diseñar un sistema de salud en el que la salud mental posea su propio margen de acción, con políticas establecidas por el propio sector en función de las necesidades específicas que lo aquejan, para lo cual, además, se concibió una autoridad de aplicación revestida de la autonomía, jerarquía y facultades suficientes para llevar a cabo dicho cometido, de modo que a la autoridad de aplicación le cabe un papel protagónico en la ejecución del mandato legislativo y que sólo podrá llevar adelante mediante la disposición efectiva del conjunto de las herramientas de que fue provista. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

26. La normativa impugnada consagra una modificación del dec. 350/06 que desvirtuó el plan organizado por la ley 448, pues no receptó todas las funciones que la Ley de Salud Mental acordó a su autoridad de aplicación, ni cumplió con la exigencia que esa ley impuso en orden a concentrar todas las funciones en el nivel jerárquico superior en materia de salud mental. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

27. Una sentencia que hiciera lugar a la demanda de inconstitucionalidad, e impusiese la derogación *in totum* de los preceptos involucrados aparejaría la desaparición de la Dirección General Adjunta de Salud Mental y la de una buena

porción de las funciones asignadas a la Dirección General de Redes y Programas de Salud, sin que, correlativamente, resulten imputadas a órgano alguno para su ejercicio, lo que generaría en perjuicio del órgano del que emanaron las disposiciones cuestionadas una consecuencia más gravosa que aquella requerida para restituir la legalidad al sistema jurídico; por lo que basta con ajustar las competencias previstas en el dec. 2075/07 y su respectivo anexo (modificado por el dec. 106/09) en relación a las reparticiones involucradas. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

28. En tanto la Dirección General Adjunta de Salud Mental es el nivel jerárquico superior de Salud Mental presente en el Gobierno de la Ciudad, debe considerarse que se trata de la autoridad de aplicación en la materia (art. 4º de la ley 448), hasta tanto el Poder Ejecutivo decida modificar su organización interna, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de los preceptos del anexo 2 del dec. 2075/07 (modificado por el dec. 106/09) que asignan competencia a la Dirección General de Redes y Programas propias de la autoridad de aplicación de la ley 448, y declarar que la Dirección General Adjunta de Salud Mental, respecto al ejercicio de las competencias que le asigna la ley 448, no está subordinada a la Dirección General de Redes y Programas de Salud. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5942/08 - 20/8/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Originarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La "Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" promovió demanda de inconstitucionalidad (fs. 99/104) en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que se "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).

Sostuvo que la normativa impugnada, al reglamentar la ley 2506 de Ministerios, contrarió prescripciones de la ley 448 de Salud Mental, en cuanto asigna a su autoridad de aplicación el cúmulo de funciones contenidas en sus arts. 4º y 5º, vulnerando, en consecuencia, las cláusulas de los arts. 1º y 102 CCBA. En este sentido, postula que las modificaciones establecidas con relación a la jerarquía funcional y la responsabilidad primaria de la ex Dirección General de Salud Mental —hoy Dirección General 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 mencionada ley, y las deriva irrazonable e ilegalmente a "otros órganos que se encuentran fuera de su esfera" (fs. 100 vta.).

2. A fs. 116/117 emitió dictamen el señor fiscal general y, por los fundamentos que expuso, propició que se declarase la inadmisibilidad de la acción en examen.

3. Por resolución del 15/8/2008, el Tribunal declaró, por mayoría, formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada y ordenó correr traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno (fs. 119/129).

4. A fs. 131/143 vta. la representación del Gobierno de la Ciudad propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta. Los argumentos desarrollados en su escrito se dirigieron a cuestionar, por un lado, la admisibilidad formal de la demanda y; por el otro, su procedencia sustancial. En relación a lo primero, postuló que la actora no indicó con la precisión requerida "cuáles son las normas de carácter general cuya inconstitucionalidad se pretende" y que no cumplió con la exigencia de estar dirigida contra normas de alcance general, en tanto la norma impugnada constituye un acto de administración que "no produce efectos directos frente a terceros ajenos al GCBA" (fs. 133/134). Respecto de la procedencia sustancial, sostuvo que: *a)* "[e]l decreto cuestionado es, de acuerdo a expresas disposiciones constitucionales (art. 104, inc. 9º), competencia exclusiva del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires", pues a él corresponden las facultades de autoorganización administrativa (arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA) y por ello integra "...lo que el profesor Marienhoff ha dado en llamar 'zona de reserva de la Administración'" (fs. 136 vta. y 138); *b)* la actora no impugnó el art. 32 de la Ley de Ministerios 2506 —norma posterior a la ley 448—, razón que obsta a que pueda prosperar el planteo en relación al dec. 2075/07 y su anexo 2, reglamentarios de aquella, y en cuya virtud, sostuvo, "...las unidades organizativas de cualquier nivel y demás organismos dependientes del Poder Ejecutivo, existentes a la fecha de su dictado [de la ley 2506] se mantenían como tales transitoriamente, esto es, que carecían de derechos adquiridos que no pudieran ser reformulados y facultaba al Poder Ejecutivo a suprimirlas y/o modificarlas por decreto" (fs. 136); *c)* la demanda partió de supuestos falsos, puesto que la Dirección General Adjunta de Salud Mental no posee inferior jerarquía que la "Dirección" a que el dec. 635/04, reglamentario de la ley 448, establecía como autoridad de aplicación (fs. 139 vta.), a la vez que "ninguna norma legal o constitucional establece que el ejercicio de la competencia para el cumplimiento de la ley 448 deba concentrarse en un solo órgano, ni que las funciones programadas en el art. 5º de la ley 448 no puedan ser distribuidas en

diferentes órganos, según su jerarquía (fs. 140). En definitiva, sostuvo que la normativa impugnada no vulnera los preceptos constitucionales invocados por la actora (arts. 1º, 10 y 102, CCBA).

5. El 1º/11/2008 se dio intervención a la Fiscalía para que se expidiese sobre el fondo de la cuestión traída a debate (fs. 144).

A fs. 145/149 vta. dictaminó el señor fiscal general y opinó que correspondía declarar improcedente la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta o, en su defecto, rechazarla. En su escrito, el señor fiscal general mantuvo lo dicho en su dictamen de fs. 116/117, en el sentido que la acción intentada no resulta admisible, en tanto la norma atacada es una norma de administración dirigida a establecer la propia organización interna del Ejecutivo, por lo que no cumple con el carácter de generalidad que exige el art. 113.2 CCBA. En cuanto al fondo de la cuestión, a partir de la exégesis que realizó de las disposiciones involucradas, concluyó que "la ley 448, en tanto no hace ninguna referencia concreta a algún nivel jerárquico específico, unidad organizativa, o dependencia en particular, no se opone a la actual Ley de Ministerios, sino que la complementa, estableciendo específicas misiones para la autoridad de aplicación de dicha ley, que no es otra autoridad que el Ministerio de Salud" (fs. 148) y, finalmente consideró que el dec. 2075/07 y su anexo 2 fueron dictados en ejercicio de facultades exclusivas y excluyentes del Jefe de Gobierno en la materia (fs. 149). Todo ello lo condujo a propiciar el pronunciamiento indicado.

6. El 17/12/2008 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. Asimismo, fue agregada, en dicha oportunidad, documentación acompañada por la parte actora —titulada "Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires — ley 448"—.

7. Frente a la publicación en el *B.O.* 3118 (de fecha 16/2/2009) del dec. 106/09, mediante el cual se modificó la estructura organizativa del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobada por el dec. 2075/07, por resolución del 8/4/2009, el Tribunal decidió suspender el llamado de autos para sentencia, y reabrir la audiencia pública celebrada el 17/12/2008 (fs. 175/177).

El 3/6/2009 se celebró la mencionada audiencia pública, durante la cual la parte actora amplió la petición de inconstitucionalidad sobre el dec. 106/09. Por su parte, la Procuración General hizo extensivos todos los términos del responde a la ampliación de demanda formulada por la parte actora. Finalmente, emitió su dictamen el señor fiscal general en el que reiteró la posición asumida en la audiencia anterior (fs. 183).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por la Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad a fs. 99/104, de acuerdo a los términos en los que fue admitida oportunamente por este Tribunal (fs. 119/129), y ampliada en el marco de la audiencia celebrada el día 3/6/2009, se dirige a obtener la declaración de inconstitucionalidad del dec. 2075/07 y su anexo 2 (modificado por el dec. 106/09), en cuanto se oponga a las previsiones formuladas por la ley 448 de Salud Mental, fundada en la alegada vulneración de los arts. 1º, 10 y 102, CCBA y 19, 28 y 31, C.N.

Anticipo que la demanda declarativa de inconstitucionalidad tendrá acogida favorable, puesto que el decreto cuestionado reglamentó la estructura orgánico funcional del GCBA contraviniendo las previsiones de la CCBA a las que paso revista seguidamente. Como regla general, compete al Poder Legislativo sancionar la ley de ministerios a propuesta del Poder Ejecutivo (art. 80, inc. 5º, CCBA) y "toma[r] todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades" (art. 80, inc. 1º), atribuciones que no puede delegar (art. 84, CCBA) y que posibilitan diseñar el organigrama de la Administración con el detalle que el órgano legislativo estime apropiado. A su turno, los incs. 1º y 12 del art. 21 de la CCBA constituyen previsiones especiales para el ámbito de la salud en general y la mental en particular que refuerzan la potestad legislativa. No modifica este esquema lo dispuesto por el art. 104, inc. 9º de la CCBA en cuanto atribuye al Poder Ejucutivo "Establece[r] la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia", pues esa norma, cuya inteligencia queda limitada por el contexto, abre paso a una "deslegalización" que tiene explicación en el marco de un cuerpo normativo que prohíbe, según quedó recordado más arriba, la delegación de competencias legislativas, y a la que ha acudido el art. 7º de la ley de ministerios.

En este contexto, ha sido dictada la ley 448. Dicha ley tuvo como cometido fundamental revertir el abordaje que históricamente se brindó a la problemática involucrada, proyectando un tratamiento especializado —aunque aprovechando también el enriquecimiento que provee el trabajo intersectorial—, para lo cual generó un espacio propio y jerarquizado, y dotó a la autoridad de aplicación en salud mental de la autonomía y competencias necesarias para planificar, regular, coordinar, controlar y fiscalizar dentro de su ámbito de incumbencias, así como de elaborar su presupuesto, todo lo cual fue soslayado por el dec. 2075/07 (modificado por el 106/09).

2. Respecto del planteo formulado por el GCBA al contestar demanda, relativo a la falta de carácter general de la normativa impugnada, la objeción debe ser rechazada, puesto que, como señalé *in re* "Fundación Ambiente y Recursos

naturales (FARN) y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3975/05, sentencia del 14/9/2005, en tanto "los reglamentos singulares organizativos son reglamentos y no actos (...) porque la organización forma parte siempre del ordenamiento como tal" (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 185, décima edición, Civitas Ediciones S.L, Madrid 2000), las normas de organización, como lo es el dec. 2075/07, cumplen, a los efectos del art. 113.2, CCBA, con la condición de generalidad exigida por el art. 113.2, CCBA.

3. Sentado lo anterior, corresponde ingresar en el examen de la cuestión propuesta por la actora.

La Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad postula que la normativa cuestionada "...extrae y recorta funciones concretas que tenía a cargo la autoridad de aplicación, y las deriva a otras Direcciones fuera del área de Salud Mental, configurando un claro exceso reglamentario..." (fs. 100 y vta.).

Funda dicha aseveración, como destaqué al pronunciarme acerca de la admisibilidad de esta demanda, en el detalle comparativo que efectúa de las atribuciones encomendadas por la ley 448 a la autoridad de aplicación, y las funciones fijadas por el decreto cuestionado y su anexo para la Dirección General Adjunta de Salud Mental.

Concluye que la normativa impugnada vulneró el principio de división de poderes (art. 1º, CCBA) e incurrió en un exceso reglamentario (art. 102 *in fine,* CCBA) al soslayar que la Legislatura "...en uso de sus facultades, había instituido por ley formal un cúmulo de funciones necesarias a cargo de la Autoridad de Aplicación en Salud Mental, y dado que se trata, en este caso de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo de la Ciudad, la misma se subordinaba a la ley, ya que los reglamentos ejecutivos no pueden alterar el espíritu de las leyes" (fs. 103).

4. El debate de autos gira en torno a cuál de los poderes que crea la CCBA tiene potestad para decidir en esta materia y no, en cambio, en derredor del límite de discrecionalidad que, en su caso, las leyes 448 y 2506 libraron al Poder Ejecutivo.

La cuestión no puede ser resuelta a la luz exclusiva de concepciones de filosofía política sino, en todo caso, inquiriendo acerca de las adoptadas por la CCBA, como hemos señalado en voto conjunto los jueces Ana María Conde, José O. Casás y el suscripto en la causa "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4807/06, sentencia del 18/7/2007 y también quedó expuesto en autos "Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 5851/08, sentencia del 15/4/2009. Allí, se dijo que en el tramado constitucional de división de los poderes diseñado por el constituyente de la Ciudad, no siempre es sencillo identificar

categorías acordes al esquema tradicional pues precisamente la Constitución local contiene un singular juego de potestades que deben interrelacionarse sistemáticamente. Dentro de este diseño concordante de competencias, se prevé que los poderes Ejecutivo y Legislativo trabajen en conjunto para combinar esfuerzos en una obra común de gobierno en la cual cada uno de ellos concurre con herramientas diferentes.

Al igual que la Constitución Nacional —art. 75, inc. 32—, la CCBA ha dotado a su Poder Legislativo de la potestad genérica de emitir las reglas generales para poner en ejercicio los poderes y autoridades así como de la de dictar "leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional" y en ella misma (art. 80, inc. 1º, CCBA). En tales condiciones, el Poder Legislativo es el único que sienta reglas para el ejercicio de las competencias de los otros poderes. Esta disposición posibilita que cree competencias para los otros poderes. La CCBA le impone límites en cuanto a la asignación de esas competencias, las jurisdiccionales deben ser depositadas en los jueces mientras que las administrativas deben serlo en órganos de esa especie colocados en la esfera del Poder Ejecutivo, y no pueden ser asumidas por la propia Legislatura,[33] pero es el Poder Legislativo el que crea esas competencias, no los jueces ni el Poder Ejecutivo. A su turno, constituye un derecho de las personas que habitan la Ciudad de Buenos Aires, y por tanto un ámbito inexcusable de ejercicio del Poder Legislativo, la salud, a cuyo fin la CCBA ha dedicado el capítulo segundo de su libro primero.

Repasado con más detalle, en su art. 20 "se garantiza el derecho a la salud integral", a la que se considera "directamente vinculada con la satisfacción de necesidades" diversas, entre las que se incluye la cultura. El art. 21 encomienda a la Legislatura la sanción de una ley básica de salud que, entre otros fines, debe promover "…la descentralización en la gestión estatal de la salud dentro del marco de políticas generales, sin afectar la unidad del sistema; la participación de la población; crea el Consejo General de Salud, de carácter consultivo, no vinculante y honorario, con representación estatal y de la comunidad" y debe observar que "*12.* Las políticas de salud mental [reconozcan] la singularidad de los asistidos por su malestar psíquico y su condición de sujetos de derecho, garantizando su atención en los establecimientos estatales. No tienen como fin el control social y erradican el castigo; propenden a la desinstitucionalización progresiva, creando una red de servicios y de protección social". Según se ve,

[33] Esta misma relación entre poderes aparece desarrollada para un sistema constitucional con muchos puntos en común con el nuestro en el precedente "Bowsher v. Synar" (478 U.S. 714).

es competencia legislativa expresa lo relativo a la salud, en particular la mental, y debe ser ejercida cumpliendo con lineamientos constitucionales precisos.

Estos artículos abren un campo de aplicación de la amplísima atribución prevista en el art. 80, inc. 1º a la que me referí más arriba.

Otras cláusulas constitucionales contemplan, de modo más genérico, el asunto que nos ocupa. Así, el art. 80 dispone que "[l]a Legislatura de la Ciudad: 2. Legisla en materia: *a) Administrativa,* fiscal, tributaria, de *empleo* y ética *públicos*, de *bienes públicos, comunal y de descentralización política y administrativa*. *b)* De educación, cultura, *salud*, medicamentos, ambiente y *calidad de vida*, promoción y seguridad sociales, recreación y turismo" (el destacado me pertenece).

Estos ámbitos propios del Poder Legislativo abarcan la totalidad del asunto que nos ocupa.

También la regulación de los ministerios que integrarán el Gabinete de Gobierno (arts. 80, inc. 5º y 100, CCBA), la de los entes descentralizados y reparticiones autárquicas (art. 80, inc. 17 y 104, inc. 10, CCBA) son materias reservadas al Poder Legislativo, aun cuando esté prevista la iniciativa del Poder Ejecutivo, sin que el alcance que quepa dar a esa iniciativa esté en tela de juicio. La Constitución ubica en la esfera del Ejecutivo el origen del proyecto de presupuesto, mientras que la Legislatura debe remitir el presupuesto anual del cuerpo para su incorporación en el de la Ciudad, y finalmente, sancionar la respectiva ley que lo apruebe (arts. 52, 53, 80, incs. 11 y 12 y 105, inc. 9º, CCBA); pero ello no priva al Poder Legislativo de la atribución de aprobarlo ni, consecuentemente, de la potestad de modificarlo ni olvida la participación del pueblo en el proceso de aprobación (art. 80, inc. 12, de la CCBA).

Frente a estas atribuciones, la CCBA ha dotado al Jefe de Gobierno de la conducción de "la administración de la Ciudad, la planificación general de la gestión y la aplicación de las normas" (art. 102), potestades todas ellas distintas de las de organizar la Administración, atribuir competencias a sus componentes, establecer regímenes de responsabilidad administrativa, suministrar reglas para las relaciones de la Administración con los administrados, necesariamente generales para resguardar la igualdad, todas las cuales asisten al Poder Legislativo. De este modo, delinea nuestra Constitución la función ejecutiva, investida en el Jefe de Gobierno, y la legislativa, que compete a la Legislatura con participación del Jefe de Gobierno por la vía del veto.[34] Esta

[34] Esta relación entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo está presente en el pensamiento de John Locke, por ej., en la sección 153 de su *Second Treatise of Civil Government* donde dice: "The same holds also in regard of the federative power, that and the executive being both ministerial and subordinate to the legislative, which, as has been shewed, in a constituted common-wealth is the supreme". [Lo mismo vale respecto del poder federativo (vinculado

relación expresa un eje central a nuestro sistema institucional, la limitación a los derechos de los particulares, así como la decisión del volumen del gasto y la contribución a él —limitación mediata a un derecho, el de propiedad—, deben provenir de la voluntad general representada tan sólo por la asamblea legislativa. El Poder Legislativo, órgano encargado de expresar la voluntad general, adopta válidamente compromisos, instrumentados como leyes, cuando esos compromisos pesan por igual sobre todos los integrantes de la sociedad, que es la generalidad cuya voluntad formada por mayoría surte como fuente del compromiso. Esta idea, aparece impecablemente expuesta por Rousseau, tanto en el *Émile* como en el *Contrato social*:[35] no constituye sino la extensión

---

con las relaciones exteriores, no con una federación) éste y el ejecutivo siendo ambos ministeriales y subordinados al legislativo el cual, tal como ha sido mostrado, en un estado (la palabra *commonwealth* puede significar república o nación) constituido es el supremo], la participación de quien ostenta el Poder Ejecutivo en el proceso legislativo también está presente en Locke, sección 152, donde el autor señala que "en algunas repúblicas donde el legislativo no está reunido permanentemente y el ejecutivo está investido en una sola persona, que tienen además participación en ejercicio del legislativo; entonces esa sola persona razonablemente puede también ser llamada suprema: no en el sentido de tener él mismo todo el poder supremo, que es el de hacer la ley; sino porque tiene la suprema ejecución, y es de él de quien todos los funcionarios inferiores derivan todos sus diversos poderes subordinados, o al menos la mayor parte de ellos: sin que además exista un legislador superior a él, y sin que haya alguna ley susceptible de ser emitida sin su consentimiento, y sin que pueda esperarse que pueda ser subordinado a la otra parte del legislativo, en este sentido es suficientemente apropiado llamarlo supremo. El poder ejecutivo, investido en quien quiera que no reúna además una cuota del legislativo es visiblemente subordinado y responsable ante éste". En su idioma original el texto reza: "In some commonwealths, where the legislative is not always in being, and the executive is vested in a single person, who has also a share in the legislative; there that single person in a very tolerable sense may also be called supreme: not that he has in himself all the supreme power, which is that of law-making; but because he has in him the supreme execution, from whom all inferior magistrates derive all their several subordinate powers, or at least the greatest part of them: having also no legislative superior to him, there being no law to be made without his consent, which cannot be expected should ever subject him to the other part of the legislative, he is properly enough in this sense supreme. The executive power, placed any where but in a person that has also a share in the legislative, is visibly subordinate and accountable to it".

[35] "À l'instant que le peuple considère en particulier un ou plusieurs de ses membres, le peuple se divise. Il se forme entre le tout et sa partie une relation qui en fait deux êtres séparés, dont la partie est l'un, et le tout moins cette partie est l'autre. Mais le tout moins une partie n'est pas le tout ; tant que ce rapport subsiste il n'y a donc plus de tout, mais deux parties inégales. Au contraire quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même, et s'il se forme un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors l'objet sur lequel on statue est général, et la volonté qui statue est aussi générale". (*Émile* ou *De l'éducation*, livre V, en http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/emile/emile_de_education_5.pdf, al 24/10/2007 p. 97) y *Contrat social*, livre II, *passim* y especialmente capítulos III, VIII, IX y X. "En el momento en que el pueblo considera en particular uno o varios de sus miembros, el pueblo se divide.

a un grupo del consentimiento personal sobre cuya base fundamos la doctrina del contrato o la autonomía kantiana, esta última desarrollada con posterioridad a los trabajos de Rousseau pero a propósito de una idea que presumiblemente formaba parte de las convicciones de la época. Para que el compromiso pueda ser asumido por el grupo, tiene que ser unánime o, mitigación que posibilita el desarrollo de la vida social y la existencia misma del Estado, adoptado por mayoría pero recayendo sobre todos por igual o, por lo menos, no liberando a los que votan favorablemente o a sus representados (conf. mi voto *in re* "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4973/06, sentencia del 6/11/2007). En cambio, esa voluntad, para ser general en el sentido de J. J. Rousseau, no puede mezclarse en la solución de asuntos particulares; por ende, debe quedar separada de la función administrativa.

5. El demandado ha invocado una esfera de atribuciones exclusivas y excluyentes de la Administración dentro de cuyos confines se hallaría la facultad del Poder Ejecutivo de disponer una organización de la estructura administrativa dentro de cada ministerio, a la luz de las cuales deben ser interpretadas las leyes 448 y 2506.

5.1. En primer término, si el GCBA pretendiera por ese motivo tachar de inconstitucional a la ley 448, resultaría imperioso señalar que no le asiste la potestad de instar la declaración de inconstitucionalidad de una ley. La participación del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo le permite tener iniciativa en la promoción de un proyecto de ley (art. 85, CCBA). Además, tiene potestad de veto (arts. 87 y 88, CCBA). Más allá de ello, el único mecanismo para zanjar una disputa originada en la usurpación de funciones de la Administración por parte de la Legislatura, es el conflicto de poderes regulado en el art. 113, inc. 1º de la CCBA y 11 y ss. de la LPT, al que no ha acudido, sino que, por el contrario, la ley fue promulgada de modo expreso (dec. 1513/00). Por lo demás, las características de ese tipo de conflicto lo alejan de lo que puede ser tratado en el marco de esta acción.

La inconstitucionalidad, en síntesis, beneficia a los particulares, no a los órganos de gobierno.

Se forma entre el todo y su parte una relación que genera dos seres separados, en la que la parte es uno y el todo menos esa parte el otro. Pero el todo menos una de sus partes ya no es el todo; mientras esa relación subsiste no hay pues más un todo sino dos partes desiguales. Por el contrario, cuando todo el pueblo legisla sobre todo el pueblo, no se considera sino a sí mismo y si se establece una relación es la del objeto entero desde un punto de vista al objeto entero desde otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces, el objeto sobre el cual se estatuye es general, y la voluntad que estatuye es también general".

5.2. Aun superando esta valla, y a los fines de enriquecer el análisis, la defensa está lejos de mostrar que la zona de reserva de la administración que invoca (fs. 138) comprenda las potestades que la ley ha puesto en ejercicio. Comienzo por recordar que frente a un articulado tan preciso como el repasado en el punto 4 de este voto, no es posible sostener que sentar reglas acerca de la organización administrativa, su presupuesto o sus competencias sean asuntos ajenos al Poder Legislativo por privativos del Poder Ejecutivo. Frente a ello, un concepto muy amplio como el empleado en el art. 95 de la CCBA, en cuanto dispone que "[e]l Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es ejercido por un Jefe o Jefa de Gobierno o Gobernador o Gobernadora", sería insuficiente aun si abarcara asuntos como el que nos ocupa. Ello sería así, puesto que el articulado comentado vendría a constituir excepción al concepto general o, quizás, a adoptar una acepción restringida de él. De todos modos, lo señalado es conjetural, puesto que no hay acepción del concepto "ejecutivo" que incluya en él la potestad de formular reglas generales no sujetas a las provenientes del poder legislativo acerca de su ejercicio. Por el contrario, incluir en el concepto "ejecutivo" la potestad de sentar, no sentar tales reglas o aun desconocer las provenientes del poder legislativo importa una combinación de Poder Ejecutivo con Poder Legislativo difícilmente compatible con un gobierno republicano. No cabe la menor duda que la CCBA ha reservado cierto haz de potestades al Jefe de Gobierno, y que dicho haz es, por cierto, nutrido, pero ello no significa que pueda operar sin los frenos y contrapesos emanados de la Legislatura y que, en el caso, corporizan las reglas contenidas en las leyes 448 y 2506. El art. 80, inc. 5º, de la CCBA ha indicado con precisión dónde quedan divididas las aguas entre ambos poderes, al establecer que la Legislatura, "[a] propuesta del Poder Ejecutivo sanciona la ley de Ministerios".

Desde esa perspectiva, la denominada "zona de reserva de la administración" en que se escuda el GCBA para respaldar la discrecionalidad que reivindica para defender la normativa impugnada, no encuentra cabida en el sistema constitucional local. Más allá de que, bajo la órbita de la Constitución Nacional, autorizada doctrina postula la subsunción de los reglamentos que dicta el Ejecutivo relacionados con la organización administrativa en la invocada "zona de reserva", pensada como aquella "esfera propia y exclusiva del Ejecutivo [...] corolario del principio de separación de los poderes o división constitucional de las funciones estatales, que aparejan la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno" (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 261/262), sin ingresar en el debate acerca del alcance que la Constitución Nacional libró a la reserva de la administración, lo cierto es que ésta no contiene una cláusula del tenor de la incluida en el art. 80, inc. 2º, apart. a, por cuyo imperio a la Legislatura compete definir las funciones que luego el

Ejecutivo pondrá en marcha, lo que supone la facultad de la primera para fijar las pautas que el segundo debe observar al desplegar su gestión.

A la luz del art. 104, inc. 9º CCBA, el Jefe de Gobierno "[e]stablece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia. Nombra a los funcionarios y agentes de la administración y ejerce la supervisión de su gestión". Esta cláusula constituye el apoyo central de la postura del Gobierno demandado. La norma debe ser interpretada dentro del contexto en que ha sido insertada. A este respecto, una primera mención es que la cláusula viene reuniendo dos oraciones separadas tan sólo por un punto seguido. Esto indica que ambas deben ser interpretadas como parte de una idea común. De lo contrario, el constituyente debería haberlas separado en dos incisos. Esto implica que la atribución de establecer "la estructura y organización funcional" debe ser relacionada con la de nombrar a los funcionarios y agentes de la administración y la supervisión de su gestión; no, en cambio, con la emisión de reglas de competencia. Ello sentado, el art. 104 no vino a derogar los arts. 80, incs. 1º y 2º, apart. a CCBA a que me referí más arriba. Debemos asumir que, en el diseño constitucional, no hay oposición entre unos y otro. Esto solamente se logra si pensamos las reglas emanadas de la Legislatura como preeminentes respecto de las del Poder Ejecutivo. Es esta preeminencia lo que dispone el art. 80, inc. 1º que, como dije, prevé, en el diseño de un gobierno con tres poderes independientes unos de otros, que el legislativo formula las reglas a cuyo amparo ejercen los otros dos sus atribuciones. Ello reconoce un campo particular de aplicación, esto es, uno que el constituyente destacó particularmente (art. 21, inc. 12) en el de la salud mental. Las normas citadas muestran que, aun cuando se hiciera una interpretación desmesurada del inc. 9º comentado con arreglo a la cual solamente el Poder Ejecutivo pudiera establecer los cargos y jerarquías por debajo del ministro, esto no comprendería el ámbito de la salud mental debido a lo que dispone el art. 21, inc. 12 de la CCBA.

Este modo de interpretar "el establecimiento de la estructura administrativa" constituiría, a su vez, una excepción al art. 80, incs. 1º y 2º que en forma genérica abarca el ámbito que nos ocupa.

La interpretación relativa a la reserva de la administración no se limita a suponer que "establecer la estructura y organización funcional" comprende la creación de cargos y competencias, sino que supone, además, que lo que puede hacer el P.E. no puede hacerlo la Legislatura. Ello podría ser una razonable interpretación constitucional si nos moviéramos en el campo del ejercicio de la función administrativa. Pero, no es el caso. No se trata de la adopción de decisiones de alcance singular ni de aquellas que aseguran el sometimiento jerárquico de los agentes administrativos. Estamos, en cambio, en el ámbito de cuántos agentes quiere solventar el pueblo, cuántos agentes sin estabilidad quiere admitir, cuál

será la relación de esos agentes con el Ministro, órgano cuya responsabilidad política puede enjuiciar.

Todo ello, conduce a interpretar el inc. 9 como una facultad reservada en cuanto se refiere al nombramiento de los agentes, a impartirles instrucciones, y a coordinar su actuación, mientras que sólo puede moverse en el ámbito que le deja la ley —reglamentario— cuando va más allá.

Esta interpretación tiene ventajas sistemáticas obvias. Evita que la facultad de aprobar el presupuesto se vea cercenada por la asunción indiscriminada de compromisos de empleo por el P.E., posibilita que los procesos administrativos puedan ser reglados legislativamente, de manera de asegurar que sean cumplidos de modo que puedan ser debidamente auditados —la tesis del P.E. lleva, por ejemplo, a que pueda éste eludir la emisión de dictámenes técnicos, puesto que no podrían serle impuestos por el P.L.— y respeta la idea de que los poderes legislativos —fijar reglas generales como las que nos ocupan indudablemente lo es— no pueden ser delegados en el P.E.

En suma, el inc. 9º del art. 104 leído a la luz de las consideraciones precedentes no queda privado de contenido y logra convivir con las disposiciones tanto del art. 80 en sus incs. 1º y 2º como con las del 84 de la CCBA que prohíbe a la Legislatura delegar sus atribuciones. Esto último, porque las competencias atribuidas al Poder Ejecutivo quedarán definidas a partir del modo en que el legislador ejerza las propias.

6. Establecido lo anterior, no asiste razón al GCBA en cuanto afirma que en la especie la ley 448 no condiciona la competencia del Poder Ejecutivo local para establecer la organización y el funcionamiento del sistema de salud mental (fs. 136 vta.). Esa afirmación pierde de vista cuál es el origen del poder reglamentario que origina la normativa impugnada. En efecto, la Ley de Ministerios (n° 2506), en su art. 7º dispone que "[c]ada Ministerio puede proponer a la Jefatura de Gabinete de Ministros para su posterior elevación al Jefe de Gobierno la creación de las Unidades Organizativas que estime necesarias, de conformidad con las exigencias de las respectivas áreas de su competencia. La creación y funciones específicas de dichos organismos son determinadas por decreto". Mediante esta cláusula, la Legislatura ha librado al P.E. el diseño de las unidades organizativas. Con ello, habría dado operatividad al P.E. para reformular la organización inferior, pero sin desprenderse de una potestad que, con arreglo al art. 84 de la CCBA, no le cabe delegar (véase punto 5.2 apart. 8). Completa la solución el art. 32, que dispone "[l]as Unidades Organizativas de cualquier nivel y demás organismos dependientes del Poder Ejecutivo continúan funcionando como tales hasta que el Jefe de Gobierno disponga lo contrario". Por lo tanto, si como ocurre en el supuesto que nos ocupa, el ejercicio de esa función cuenta con una regulación específica del legislador

(ley 448), el poder reglamentario que asiste al Ejecutivo para establecer los organismos de su dependencia no puede ir en contra de lo previsto por la ley especial. Se trata del respeto de una cuestión de prelación normativa. Así, una norma de alcance general emanada de un órgano del Poder Ejecutivo, sin importar cómo sea calificada, nunca podría ir en contra de las previsiones de una ley. En el supuesto de autos, el dec. 2075/07 (con la modificación introducida por el 106/09) no pudo modificar las prescripciones de la ley 448 al amparo de las potestades que le acuerda la Ley de Ministerios (2506). A su vez, tampoco podría sostenerse que la ley 2506 hubiera derogado la ley 448 pues, aunque es posterior a ella, no dispuso derogarla en forma expresa y se trata de una norma general (Ley de Ministerios) frente al carácter especial que ostenta la ley 448. En otras palabras, las reglas que gobiernan la relación entre las leyes impiden concluir que la norma general posterior (ley 2506) deroga implícitamente una ley especial anterior (ley 448).

7. A esta altura del análisis corresponde confrontar los contenidos de la ley 448 y los de la normativa impugnada para establecer si, como pretende la actora, el dec. 2075 (modificado por el 106/09) consagra una reforma ilegítima del régimen instituido por el legislador en materia de salud mental.

7.1. La ley 448 de Salud Mental dispone que "[l]a autoridad de aplicación de la presente ley es el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de salud mental" (art. 4º). También establece que ésta conduce, regula y controla el Sistema de Salud Mental, y delinea sus funciones (art. 5º); le encomienda la creación y coordinación de un Consejo General de Salud Mental (art. 6º); prescribe los lineamientos y acciones que debe contemplar en la conducción, regulación y organización del Sistema de Salud Mental (art. 10); y le otorga el ejercicio del poder de policía en el ámbito de su competencia, de acuerdo a lo establecido en los arts. 41, 42, 43 y 44 de la ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires, nº 153, contemplando la especificidad de la Salud Mental (art. 18).

De acuerdo a la mencionada ley, son funciones de la autoridad de aplicación:

"– La formulación, planificación, ejecución y control de las políticas de salud mental de conformidad a los principios y objetivos establecidos en la presente ley;
– La elaboración del Plan de Salud Mental;
– La conducción, coordinación y regulación del Sistema de Salud Mental;
– La habilitación y control de los establecimientos y servicios de salud mental de los tres subsectores y la evaluación de la calidad de las prestaciones;
– La regulación y control del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud mental, de conformidad con la legislación vigente;

– El desarrollo de un sistema de información, vigilancia epidemiológica y planificación estratégica como elemento de gestión del sistema;
– La promoción de la capacitación de todo el personal que desarrolle actividades de salud mental en los tres subsectores;
– La articulación de políticas y actividades de salud mental con los municipios del Conurbano Bonaerense, orientados a la constitución de una red metropolitana de servicios de salud mental;
– La concertación de políticas de salud mental con los gobiernos nacional y provinciales;
– Todas las acciones que garanticen los derechos relativos a la salud mental de todas las personas;
– Convocar al Consejo General de Salud Mental no menos de seis veces al año para el tratamiento de los temas con referencia a sus funciones;
– Elaborar anualmente el presupuesto operativo de salud mental a fin de garantizar la estimación y previsión de los fondos suficientes para: los gastos operativos, la readecuación de los actuales servicios y la construcción e implementación de la estructura inexistente y necesaria. El mismo deberá contemplar la totalidad de los efectores individualizados en la presente ley" (art. 5º).

Las disposiciones detalladas revelan que la Legislatura local formuló una elección política relativa al modo de encarar la problemática de la salud mental. En tal sentido, seleccionó un conjunto de competencias que abarcan la planificación, regulación, coordinación, control y fiscalización en la materia que estipuló como privativas del nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de salud mental, al que designó como autoridad de aplicación y dotó de atribuciones para elaborar su presupuesto. La norma es clara en cuanto al objetivo de concentrar las atribuciones contempladas por la ley 448 en un único órgano, al que además ubicó en el nivel jerárquico superior del GCBA en materia de salud mental. Los rasgos enunciados fueron receptados por el dec. 635/04, que, al reglamentar el art. 4º de la ley 448, instituyó como autoridad de aplicación a la Dirección de Salud Mental —luego elevada al nivel de Dirección General por dec. 1848/05— y le asignó el cúmulo de competencias enunciadas. Específicamente, el dec. 635/04 disponía, en lo que ahora importa, que el nivel jerárquico superior en materia de salud mental era la Dirección de Salud Mental de la Secretaría de Salud, o la instancia que la reemplace, que no podría ser de inferior nivel jerárquico (art. 4º). Las reglamentaciones posteriores que efectuó el Ejecutivo local también mantuvieron esta línea. De ello dan cuenta el dec. 1848/05, que, como dije, elevó el nivel orgánico de la Dirección de Salud Mental al de Dirección General, y los decs. 350/06 y 2226/06, que también le asignaron el rango de Dirección General a la autoridad de aplicación de la ley 448. Es decir que el propio Gobierno de la Ciudad, al reglamentar la

ley 448, otorgó a un único órgano la condición de autoridad de aplicación en salud mental, ubicándolo bajo la dependencia directa de la Secretaría de Salud primero y luego de la Subsecretaría de Servicios de Salud.

Las pautas sentadas por la ley 448 se ven reflejadas también en los debates parlamentarios, a la vez que ilustran acabadamente acerca de las particularidades de la problemática que dicha norma vino a abordar, arrojando mayor claridad aún para la comprensión de los ejes principales que le sirvieron de apoyo.

En el informe acompañado al proyecto, la Comisión de Salud de la Legislatura destacó que "es necesario dotar a la autoridad de aplicación en materia de Salud de los lineamientos y especificación de funciones en la formulación, planificación, ejecución y control de las políticas de salud mental así como sus funciones inherentes a la regulación, fiscalización y garantía de calidad en los tres subsectores [estatal, de la seguridad social y privada]", agregando que "los cambios que se proponen son de tal magnitud que requerirán la construcción de fuertes consensos y la participación de la multiplicidad de sectores vinculados a la salud mental y coordinados por la autoridad de aplicación en un Consejo General de Salud Mental de carácter consultivo y de asesoramiento".

Durante la jornada de debate se hizo especial hincapié en que, pese a la gran importancia cuantitativa que reviste, éste constituye un ámbito de la salud que históricamente fue rezagado, lo que motivó que la reglamentación del art. 21.12 CCBA se oriente a dar un espacio propio y jerarquizado al sector. En este sentido, la legisladora Columbo indicó que "[e]l sistema público de salud de la ciudad tiene cuatro hospitales y dos centros monovalentes. Desde el año 1983 cuenta con dos servicios de internación en hospitales de agudos —el Álvarez y el Piñero—, y guardias especializadas en salud mental. Además, hay tres mil camas disponibles —que no son pocas, aunque muchas veces resultan insuficientes—, y una movilidad dentro de la ciudad de más de treinta solicitudes diarias de internación judicial, y de ochocientos setenta mil consultas externas por año. Esto constituye un crecimiento en materia de asistencia y de demanda que es verdaderamente importante, que *representa casi la cuarta parte de las consultas en instituciones monovalentes del sistema de salud de la ciudad.// Sin embargo, señor presidente, esta área todavía tiene una asignación presupuestaria que no está acorde con este crecimiento, ya que no alcanza ni siquiera al diez por ciento del total del presupuesto de salud*, ya que de 3.088 profesionales solamente 1.965 son rentados.// *Jerarquizar la salud mental y dotarla del presupuesto operativo, acorde con su desarrollo, es y a ha sido un consenso entre los diputados participantes de la Comisión de Salud y una condición necesaria para posibilitar el efectivo ejercicio de los derechos de las personas asistidas*", agregando al respecto, la legisladora Marino, que "[d]urante la vigencia de esta democracia y desde mucho antes, desde la década del 70, en lo que ha sido el sistema de salud mental de la Municipalidad de la Ciudad de

Buenos Aires —no a nivel de Nación—, las políticas han ido desplegándose a partir del voluntarismo de los profesionales, de una forma un poco anárquica y desordenada, donde los profesionales de la salud mental iban buscando la jerarquización de este sistema e iban peleando dentro del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires su lugar, su presupuesto, su ordenamiento y la posibilidad de desplegar políticas.// *A esto se sumó que en el año 1922 se transfirieron los neuropsiquiátricos Borda, Moyano y Tobar García, pasándose de 145 camas a 3.000 sin que en la Ciudad de Buenos Aires se modificara en absoluto la concepción que se tenía de la salud mental, la necesidad de su jerarquización, de concebirla en forma de estructura, de dotarla de más recursos humanos, de más personal profesional y también de un presupuesto específico*" (sin destacado en el original).

En cuanto a la autoridad de aplicación, el legislador Casabe manifestó que "*[e]n este caso se trata de un tema central, un punto nodal, porque estamos dotando a la autoridad de aplicación de esta ley de la fuerza necesaria, la jerarquización, la funcionalidad y —valga la redundancia— la autoridad necesaria para hacer concretos los mandatos emanados de la presente norma*.// A la vez —y éste es el segundo punto que quiero resaltar— *estamos dotando e imponiendo a la autoridad de aplicación la necesidad de fijar el presupuesto respectivo a los efectos de poder dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en esta ley* para poder concretar la creación de los efectores que deban crearse, en función de lo propuesto en esta norma, para que puedan mejorarse los recursos existentes". La legisladora Marino también destacó que "[e]l hecho de trabajar en red va a tener que ser garantizado por el ámbito del Consejo General de Salud Mental y la conducción de la autoridad de aplicación en salud mental en la Ciudad de Buenos Aires [...] la autoridad de aplicación va a tener que hacerse cargo de esta ley. Hay que hacerse cargo de esta ley; y hacerse cargo de ella requiere, además de todos nosotros, que la autoridad de aplicación sea una aliada y que, en conjunto, podamos pelear en el Gobierno de la ciudad el lugar que merece la salud mental de nuestra población, inclusive la del área metropolitana que se asiste en nuestros establecimientos" (el destacado me pertenece).

De los pasajes transcriptos se desprende que la ley 448 buscó diseñar un sistema de salud en el que la salud mental posea su propio margen de acción, con políticas establecidas por el propio sector en función de las necesidades específicas que lo aquejan, para lo cual, además, se concibió una autoridad de aplicación revestida de la autonomía, jerarquía y facultades suficientes para llevar a cabo dicho cometido. En este esquema, a la autoridad de aplicación le cabe un papel protagónico en la ejecución del mandato legislativo y que sólo podrá llevar adelante mediante la disposición efectiva del conjunto de las herramientas de que fue provista.

7.2. Ahora bien, la normativa impugnada, concretamente el anexo 2/6 del dec. 2075/07 (con la modificación introducida por el dec. 106/09), que pretende sustituir al dec. 350/06, prescribe que las responsabilidades primarias de la Dirección General Adjunta de Salud Mental son:

a) "Asistir a la Dirección General [de Redes y Programas de Salud] en el cumplimiento de las competencias relacionadas con la materia";

b) "Coordinar y regular el Sistema de Servicios de Salud Mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires";

c) "Planificar, ejecutar y controlar las políticas de salud mental y coordinarlas con las jurisdicciones provinciales y nacionales";

d) "Coordinar el desarrollo y funcionamiento integral de los efectores de salud mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires";

e) "Planificar necesidades y aplicación de los recursos para el Sistema de Servicios de Salud Mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires";

f) "Coordinar el Consejo de Salud Mental";

g) "Implementar y consolidar la red de servicios de salud mental, articulando los distintos niveles de complejidad para agilizar la referencia y contrarreferencia".

7.3. Asimismo, esa normativa asigna a la Dirección General de Redes y Programas de Salud, en lo que ahora importa, las siguientes responsabilidades primarias:

a) "Entender en la definición, planificación, ejecución y control de las políticas de salud mental y coordinarlas con las demás jurisdicciones (nacional y provinciales)";

b) "Definir las políticas de desarrollo de los efectores de salud mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires";

c) "Participar en la definición de las necesidades de recursos y tecnología para la optimización del sistema, en el marco de la ley 448, y 153, arts. 3º y 48, inc. c, utilizando como estrategia la intersectorialidad y el abordaje interdisciplinario, la articulación operativa con las instituciones, las organizaciones no gubernamentales y la familia";

d) "Integrar el Consejo General de Salud Mental".

De la comparación de las normas trascriptas se desprende que las funciones enumeradas en el art. 5º, incs. b, d, e, f, g, h y l, así como parcialmente las contenidas en los incs. a y c (en lo relativo a la formulación de políticas de salud mental y conducción del sistema de salud mental, respectivamente), y las que se desprenden de los arts. 6º, 10 y 18 de la ley 448 directamente no aparecen asignadas. A su vez, las que sí fueron asignadas se repartieron entre la Dirección General Adjunta de Salud Mental (órgano destinado específicamente

a la materia) y la Dirección General de Redes y Programas de Salud, cuestión que, por lo demás, fue reconocida por la propia demandada (fs. 140). A ello se suma que la competencia indicada aquí en el punto 7.2.a , en tanto le impone a la Dirección General Adjunta de Salud Mental el deber de "asistir" a la Dirección General de Redes y Programas de Salud, supone subordinar la primera a la segunda. Esto implica eliminar el tipo de autoridad de aplicación como máximo nivel jerárquico contenido en la ley 448. Ella consiste en reunir en un órgano del máximo nivel todas las competencias que crea. La finalidad declarada, como surge de los fragmentos citados de los debates parlamentarios, es evitar que la salud mental quede subordinada a la salud vista en sus otros aspectos. A partir del dec. 2075/07 (con la modificación incorporada por el dec. 106/09) se ponen parte de esas competencias en una unidad organizativa en cuya esfera de competencias conviven las relativas a todos esos otros aspectos de la salud con algunas de las más importantes de la ley 448 asignadas de modo directo (punto 7.3 de este voto) y otras que, asignadas primariamente a la Dirección General Adjunta de Salud Mental, le asisten por vía de la jerarquía administrativa que ostenta respecto de dicha dirección adjunta (punto 7.2.a de este voto).

Ello así, la normativa impugnada consagra una modificación del dec. 350/06 que desvirtuó el plan organizado por la ley 448. En efecto, la normativa impugnada no receptó todas las funciones que la ley de Salud Mental acordó a su autoridad de aplicación. Además, tampoco cumplió con la exigencia que esa ley impuso en orden a concentrar todas las funciones en el nivel jerárquico superior en materia de salud mental.

En síntesis, todo lo anterior permite sostener que, en el supuesto de autos, por el modo en que la CCBA impone articular la actuación desplegada por el legislador y la rama ejecutiva del gobierno (arts. 80, 81, 102 y 104, CCBA), el nivel jerárquico superior en materia de salud mental debe concentrar el conjunto de atribuciones y competencias previstas por la ley 448.

8. Sentado lo anterior, corresponde establecer cuál sería la sentencia idónea para superar el conflicto constitucional verificado.

Como sostuve anteriormente, si bien la competencia atribuida a este Tribunal en el marco del proceso regulado por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, comprende centralmente la de declarar la inconstitucionalidad de normas de alcance general emanadas de las autoridades locales, toda vez que esa potestad tiene por finalidad depurar el ordenamiento jurídico, además de la competencia expresa de emitir sentencias derogatorias, comprende también, de modo necesariamente implícito, la de adoptar otros formatos para resolver los debates constitucionales cuando la derogación viniera a agravar el conflicto antes que a remediarlo. En esa oportunidad también señalé que la utilización de formatos alternativos a la sentencia derogatoria, deberá estar destinada a solucionar un

conflicto constitucional sin afectar la división de poderes y respetando el derecho de defensa de los individuos. En relación con lo primero, ya sea porque se adopta la interpretación conforme con la constitución para preservar la validez de la norma, o porque se mitiga el exceso provocado por una derogación que viniera a imponer una limitación a otra rama del gobierno que excede la que deriva de las normas constitucionales comprometidas. Las sentencias que operan como una contención de la modificación introducida por la derogación parcial no constituyen una creación legislativa sino una aproximación del texto parcialmente derogado al originario que lo pone en línea con la normativa constitucional en juego. En cuanto al resguardo de la defensa en juicio el proceso abstracto de inconstitucionalidad garantiza no vulnerar situaciones jurídicas particulares por los efectos *ex nunc* de la sentencia que siempre recae sobre normas de alcance general (conf. mi voto *in re* "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4973, sentencia del 6/11/2007).

En el debate de autos, la interpretación constitucional que dirime el pleito impone como única solución válida aquella que brinde pleno efecto a las previsiones de la ley 448 que no deja, a este respecto, margen disponible para la Administración. Sin embargo, conforme explicaré oportunamente, también es cierto que esa solución no requiere ocluir otras potestades reglamentarias que podría ejercer la Administración pues, en este terreno, basta con asegurar la vigencia de la política legislativa adoptada por la ley 448.

Además una sentencia que, acogiendo la demanda de inconstitucionalidad, impusiese la derogación in totum de los preceptos involucrados aparejaría la desaparición de la Dirección General Adjunta de Salud Mental y la de una buena porción de las funciones asignadas a la Dirección General de Redes y Programas de Salud, sin que, correlativamente, resulten imputadas a órgano alguno para su ejercicio, lo que generaría en perjuicio del órgano del que emanaron las disposiciones cuestionadas una consecuencia más gravosa que aquella requerida para restituir la legalidad al sistema jurídico.

En tales condiciones, resulta más apropiada una solución que, en miras a interferir sólo en la medida necesaria para garantizar el respeto de las cláusulas constitucionales comprometidas, preserve en la medida de lo compatible el organigrama interno de la Administración. Para obtener esa finalidad con el mínimo de injerencia posible en el ámbito de las potestades ejercidas en el decreto impugnado, basta con ajustar las competencias previstas en el dec. 2075/07 y su respectivo anexo (modificado por el dec. 106/09) en relación a las reparticiones involucradas. Cabe resaltar que el propio GCBA sostuvo que la Dirección General Adjunta de Salud Mental no posee inferior jerarquía que la "Dirección" a que el dec. 635/04, reglamentario de la ley 448, establecía como autoridad de aplicación (fs. 139 vta.); como se desprende de los puntos 7, 7.1, 7.2 y 7.3 de este voto, los decs. 2075/07 y 106/09 reglamentaron de un modo inválido la

ley 2506 a la luz de los arts. 1º, 80, incs. 1º y 2º, apart. a y 102, CCBA, puesto que soslayaron las pautas establecidas por la ley 448 —específica en materia de salud mental— al eliminar de su autoridad de aplicación competencias asignadas por la mencionada ley —que además resultan de relevancia capital para el cumplimiento de la política diseñada para el sector por la legislatura— y al subordinar a la autoridad de aplicación en el ejercicio de sus funciones a un órgano no dedicado específicamente a la salud mental, al que además le otorgó competencias en la materia, diluyendo la especificidad que la ley 448 buscó acordar al sector.

A partir de lo dicho, en tanto la Dirección General Adjunta de Salud Mental es el nivel jerárquico superior de salud mental presente en el Gobierno de la Ciudad, debe considerarse que se trata de la autoridad de aplicación en la materia (art. 4º de la ley 448), hasta tanto el Poder Ejecutivo decida modificar su organización interna. En consecuencia, las atribuciones que asigna a dicha autoridad la ley 448, deben ser concentradas en la mencionada Dirección General Adjunta, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de los preceptos del anexo 2 del dec. 2075/07 (modificado por el dec. 106/09) que asignan competencia a la Dirección General de Redes y Programas (individualizadas en los puntos 7.3.a, b, c y d) propias de la autoridad de aplicación de la ley 448, y asignarlas, junto a las que, previstas en la mencionada ley, fueron inconstitucionalmente omitidas en el cuerpo normativo cuestionado, a la Dirección General Adjunta de Salud Mental. Declarar que la Dirección General Adjunta de Salud Mental, respecto al ejercicio de las competencias que le asigna la ley 448, no está subordinada a la Dirección General de Redes y Programas de Salud.

9. Por ello, oído el señor fiscal general, corresponde hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad entablada por la Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los preceptos del anexo 2/6 del dec. 2075/07 (modificado por el dec. 106/09) individualizados en el punto 7.3, aparts. a), b), c) y d) de este voto, en los términos que surgen del punto 8 de este pronunciamiento.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La Constitución de la Ciudad (art. 113, inc. 2º) ha incorporado una forma de control de constitucionalidad que no es habitual —aun cuando no es ignorada— en la República Argentina: definida en términos políticos, se trata del poder concedido a los jueces —en este caso a los del TSJ— para el control objetivo sobre la validez de normas que provienen de cualquiera de los poderes

del Estado (comprendido allí sólo aquellas disposiciones de carácter general: véase, para su definición, mis votos en "Barga, Lisandro Arturo y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 866/01, sentencia del 26/12/2001; "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3417/04, sentencia del 22/12/2004; "Banfi, Enrique Roberto y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" , expte. nº 5869/08, resolución del 30/6/2008), supuesto un nivel superior de normas, las constitucionales o del bloque de constitucionalidad, que rige la validez de aquellas, las comunes (infraconstitucionales). Ese control objetivo ha dado en llamarse abstracto, porque implica tan sólo una comparación normativa, sin referencia a interés subjetivo alguno y su solución rige, por tanto, *erga omnes* (expulsa o mantiene la regla dentro del orden jurídico de la Ciudad). La semejanza clara marca a los tribunales constitucionales europeos y a la acción abstracta de inconstitucionalidad como el modelo genérico que pretendió implantarse normativamente en la disposición citada de la Constitución de la Ciudad, que introdujo este mecanismo de control. El poder reside en la facultad derogatoria de normas generales que es atribuido al TSJ cuando advierte la invalidez de la regla controlada, facultad que, en el caso de normas parlamentarias, queda supeditada a la facultad de la Legislatura de reconfirmarla en un plazo determinado —en todo caso breve—, con una mayoría privilegiada —dos tercios de votos parlamentarios— respecto de la sanción de leyes comunes. La diferencia con los sistemas europeo-continentales aunque es formal, no es pequeña; ella reside, fundamentalmente, en la legitimación para proponer el control: mientras en Europa continental los tribunales constitucionales sólo operan, regularmente, a instancia de funcionarios superiores del Estado, nuestra acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta por demanda de cualquier vecino y, en principio, hasta de aquellos que no son vecinos de la Ciudad, aun cuando la norma cuya invalidez se pretende no lesione un interés propio de quien demanda, distinto de aquel dirigido a desencadenar el control (legitimación amplísima). Nuestra acción de constitucionalidad —control de constitucionalidad concentrado y abstracto— convive con el control difuso y singular —en un caso singular y concreto— adjudicado a todos los jueces en los procesos judiciales para los cuales son competentes, según su procedencia americana del norte y tradicional en nuestro país. Empero, tales diferencias no entran en juego en nuestro caso a decidir; sólo las he remarcado para dar la medida de la próxima afirmación.

El poder concedido a los jueces del TSJ conforme a la descripción que precede es inmenso: por una parte, ellos pueden "enmendar" aquello que los poderes del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo, e incluso el Judicial, cuando dicta normas de carácter general, "hacen mal"; por lo demás, esos jueces lo pueden hacer a solicitud de cualquier ciudadano a quien se le ocurra que tal

norma no se compadece con reglas ubicadas en un nivel superior, que hablan sobre las condiciones de validez de las anteriores. Los jueces que poseen tal poder funcional no ostentan legitimación popular o republicana alguna —o, cuando menos, sólo la poseen por derivación, pues son nombrados por el Poder Ejecutivo con consentimiento especial de la Legislatura—, esto es, no son electos en comicios generales, y, aún más, como son designados *ad vitam* —esto es, por todo el tiempo que ellos mismos deseen, con la sola limitación de la muerte o del procedimiento de revocación de su mandato (juicio político)—, de ordinario, cuando dan su opinión final acerca de la validez o invalidez de la norma atacada, el vínculo republicano con el jefe de gobierno que los nombró y el parlamento que consintió ese nombramiento, ya no existe (éste es, por ejemplo, mi caso, pues desde mi nombramiento transcurrieron varios jefes de gobierno de diferentes partidos políticos y varias conformaciones parlamentarias, fruto de varios comicios).

Expreso todo esto para advertir acerca de la necesidad republicana de utilizar este poder político con una mesura muy superior a la que demanda cualquier otra actividad judicial, mesura incluso fundada en la presunción de legitimidad de los actos de gobierno de los tres poderes que conforman, básicamente, el Estado republicano, sometidos ahora a control por la vía de la acción de inconstitucionalidad. Sintéticamente expresado, estimo que dos límites a la actuación de ese poder son absolutamente imprescindibles para evitar caer en un "gobierno de los jueces", en este caso, de cinco jueces que, en demandas como las que ahora estudio, integran el tribunal que opera este control de validez. La primera limitación, a mi juicio, se vincula con la prohibición de proceder de oficio y la necesidad de decidir a instancia de alguien, responsable por la utilización de la vía. Tal limitación es todavía más justificada en un sistema de legitimación procesal prácticamente abierto, según anticipé. La segunda limitación se vincula con las posibilidades de la sentencia, cuyo marco sólo autoriza al Tribunal a derogar, lisa y llanamente, la norma controlada (esto es, al ejercer la potestad de control de validez constitucional de una norma general local, conforme a lo dispuesto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, el Tribunal sólo soporta el rótulo de legislador negativo). En principio, esto elimina una sentencia que pretenda incorporar reglas o normas al orden jurídico, afirmación que resulta tan o más fundada si se reconoce la competencia de otro poder del Estado para la sanción de la regla controlada. Sentencias interpretativas sólo parecen estar autorizadas para desechar la anulación de reglas generales que soportan una interpretación plausible tal, que no lesiona la norma superior, esto es, indicativas de que la norma inferior atacada por inconstitucional se halla en una relación de conformidad con la norma constitucional fundante de la tacha (conf. la explicación ofrecida en mis votos en "Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte.

n° 2535/03, resolución del 15/7/2004, considerandos 5, y 8; y "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA sobre acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3881/05, resolución del 15/3/2006, punto 6). Ambos límites deben ser meritados estrictamente, por la razón política antes explicada.

2. Sobre la primera limitación ya me expresé en la sentencia sobre la admisibilidad del caso, dictada el 15/8/2008. He vuelto a repasar los extremos que me condujeron a esa decisión y debo decir que, en mérito a la demanda, me es imposible también hoy aceptar el control sobre esa base. Con mayor razón éste parece el fundamento correcto, a mi juicio, dada una ampliación sucedida con posterioridad a la demanda, por sanción de otra regla aparentemente general durante el trascurso de la tramitación de este caso, ampliación que el voto del señor juez del trámite incluye en su razonamiento y conclusión. Para no extender mi opinión, remito al razonamiento que funda mi negativa a proceder —sentencia sobre la admisibilidad antes citada—, fundamento que exterioriza la pauta de todo aquello que yo debería agregar, de oficio, para arribar a la posibilidad de control desde algún punto de vista, que no expresa claramente la demanda o que no pudo expresar la demanda. Apunto que las decisiones allí citadas, por las cuales el TSJ antes de ahora rechaza el control en bloque sobre la base de una demanda "a bulto", esto es, sin certeza acerca del texto legal expreso del cual se pretende su anulación y de su crítica específica con argumentos constitucionales (véase mi opinión en "Cáttedra, Ricardo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3570/04, resolución del 2/3/2005; "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4250/05, sentencia del 2/11/2005; y "Echegaray, Patricio y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4286/05, resolución del 15/3/2006, entre múltiples otros casos), son decisiones correctas para evitar que los jueces que deciden pongan de sí mismos aquello que no contiene la demanda.

3. Empero, aun sin acudir a este fundamento, suficiente para la conclusión a la que arribo —y sin embargo dudoso dada la admisión de la vía por la mayoría del Tribunal integrado—, estimo que la conclusión en la que desemboca el juez del trámite no condice con la limitación mencionada arriba en segundo término, esto es, supera las posibilidades de decisión del Tribunal. Si es cierto que las leyes atributivas de competencia son reglas de alcance general, como lo supone la propuesta del Señor juez del trámite, entonces la adjudicación de una competencia a un órgano, como lo propone para el dispositivo, resulta contraria a derecho, pues adiciona a la norma criticada algo que ella no contenía, esto es, sintéticamente, porque se trata del ejercicio de la función como legislador positivo. Yo podría suscribir, quizás, párrafos y secciones enteras de su voto —que ahora no deseo indicar con precisión dada la solución que propongo—, en

especial aquellos que refieren las competencias del Legislativo y del Ejecutivo con erudición, pero estimo que, por una parte, ello agrega a la demanda algo que ella no contiene y, por la otra, concluye como lo anticipé, por erigir al TSJ en legislador positivo, una competencia que no está atribuida al TSJ, al menos por esa vía, en ese ámbito y con ese alcance.

4. Si el fundamento que indica el punto anterior es correcto, la única forma de no agregar en el dipositivo una decisión sobre la competencia, resulta ser, eventualmente, anular la disposición criticada (el dec. 2075 y su anexo 2), con lo cual la solución no parece ser conveniente para la idea que trasunta la demanda (desaparición del órgano de aplicación), ni constituye, tampoco, la reposición del órgano de aplicación anterior. Precisamente por ello, el voto que, de alguna manera, da razón a la demanda, tiene que imaginar una solución tal que no derogue el decreto y atribuya competencia a la autoridad de aplicación existente.

5. Por lo demás, más allá de la corrección del pensamiento del señor juez del trámite, cuando divide competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo locales —arts. 80, incs. 1º y 2.b y 104, inc. 9º, CCBA—, se trata, en el fondo, de un conflicto entre dos poderes acerca de cuál de ellos resulta competente o superior al otro —en el sentido de preeminencia de una decisión sobre la otra— en un tema determinado (salud). Es evidente que la discusión planteada se orienta a cuestionar superioridad o inferioridad relativas entre dos poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, respecto de la materia salud. ¿A cuál de ellos le corresponde o cuál de ellos tiene prioridad en relación con las funciones a cumplir y el órgano de aplicación en materia de salud mental?

A título meramente ejemplificativo, cito a la actora cuando afirma que la nueva normativa "...extrae y recortas (*sic*) funciones concretas que tenía a cargo la autoridad de aplicación, y las deriva a otras direcciones fuera del área de Salud Mental, configurando un claro exceso reglamentario contrariando las funciones que la ley 448 otorgo (*sic*) a la Dirección General de Salud Mental, hoy Dirección General Adjunta..." (fs. 100/100 vta.). La adopción de esta organización constituye una decisión de corte netamente político sobre la que, advierto a modo de *obiter dictum*, puede recaer una calificación de corrección o incorrección. Parece suscitarse un juicio de validez constitucional, pues aquello que se indica es una supuesta contradicción de un acto del Ejecutivo con un acto legislativo, en el fondo, un conflicto entre poderes, si no se lesiona derecho subjetivo alguno. Permitir que un conflicto de poderes (CCBA, 113, inc. 1°) sea establecido e iniciado por un extraño al ejercicio del Poder estatal, contraviene expresamente el texto claro del art. 11 de la ley local 402, limitación de la legitimación a todas luces razonable. En sí, la disputa se refiere al ejercicio

de una potestad conferida por la CCBA, supuestamente vulnerada de acuerdo con los términos de la demanda.

Por lo demás, en un Estado de derecho, la discrecionalidad en el ejercicio de las atribuciones de la administración puede ser también, desde luego, objeto de revisión judicial —al menos en algunos de sus aspectos—. Sin embargo, aquello referido al contenido u objeto torna más dificultoso el control jurisdiccional, ya que allí se pone de manifiesto la oportunidad, mérito o conveniencia de la disposición emitida o el acto ejecutado —a modo de ejemplo, si la distribución de funciones entre reparticiones diversas, dependientes del Ministerio de Salud, resulta compatible o incompatible con "el abordaje interdisciplinario y ... el reconocimiento de [la] especificidad [del derecho a la Salud Mental]" (fs. 99 vta.).

El juez José O. Casás dijo:

1. En términos generales, comparto los desarrollos conceptuales vertidos por el señor juez Julio B. J. Maier en su voto. En consecuencia, para evitar reiteraciones innecesarias, sólo efectuaré unas breves puntualizaciones adicionales que estimo pertinentes.

2. Me interesa poner de resalto en primer lugar que, según lo he afirmado en numerosos precedentes, la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA no erige al Tribunal Superior de Justicia en una suerte de legislador positivo, toda vez que la única consecuencia que se puede desprender de una sentencia estimatoria de la pretensión es la pérdida de vigencia de la norma de carácter general impugnada —salvo que se trate de una ley y resulte necesario implementar el mecanismo de reenvío previsto en la Constitución local— (conf. mis votos *in re* "Barga, Lisandro Arturo y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires 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/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de Inconstitucionalidad", expte. n° 3032/04, resolución del 18/5/2005 y "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4973//2006, decisión del 14/2/2007, entre otros). Es por ello que la pretensión de la accionante, en rigor, no puede ser canalizada por la vía procesal elegida, ya que la pérdida de vigencia de las normas objetadas no ocasionaría el efecto que ella desea.

Asimismo, al referirme a la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en la Constitución local, he tenido oportunidad de expresar que "la carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta, el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad que

permite el art. 113, inc. 2º, de la CCBA" (conf. voto conjunto que suscribiera junto a la señora jueza Ana María Conde *in re* "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5520/07, sentencia del 11/11/2008).

3. En lo que al caso respecta, por lo demás, a menos que se logre acreditar una abierta contradicción entre el programa establecido por el legislador para garantizar el derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad —éste y no otro es el objeto de la ley 448 de Salud Mental, según su art. 1º— y las reglamentaciones emanadas del Poder Ejecutivo para poner en ejecución tales previsiones, no es posible constatar una violación a los principios de legalidad y razonabilidad invocados para reclamar la pérdida de vigencia con alcance erga omnes del dec. 2075/07 y su modificatorio 106/09.

Desde esta perspectiva, no advierto el exceso reglamentario que se denuncia para dar sustento a la pretensión declarativa de inconstitucionalidad —*ultima ratio* del ordenamiento jurídico—, en tanto la norma superior (ley 448) con la que se confrontan los decretos objetados —en cuanto puedan considerarse dictados para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración—, si bien condiciona al Poder Ejecutivo en lo que hace al diseño de su organización interna y al ejercicio de las funciones vinculadas a la conducción, regulación y control del sistema de salud mental, no parece hacerlo a partir de un mandato tan estricto y minucioso como supone la accionante. Y ello es razonable, porque la Constitución determina que el Jefe de Gobierno establece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia, de acuerdo a lo que disponga la ley de ministerios sancionada por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo (arts. 104, inc. 9º, 80, inc. 5º y 100, CCBA).

4. En efecto, descartada toda valoración de los decretos impugnados que se relacione con cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia —ajenas al ámbito del Poder Judicial—, se advierte que la accionante no logra demostrar con fundamentos sólidos que el señor Jefe de Gobierno se encuentre impedido por la ley 448 —mucho menos por la Constitución y por la Ley de Ministerios— de convertir una Dirección General de Salud Mental en una Dirección General Adjunta de Salud Mental, ni de transferir ciertas funciones que esta última desempeñaba a otro órgano superior del Ministerio de Salud.

En primer término, porque la ley 448 no establece específicamente, al aludir a su autoridad de aplicación, cuál es el "nivel jerárquico superior" del GCBA en materia de salud mental. Por otro lado, porque la norma legal citada tampoco impone indudablemente una concentración total de funciones en cabeza de un único órgano para llevar adelante todos los cometidos que se encomiendan al Poder Ejecutivo. Ello, desde ya, no importa desconocer la especificidad como una de las pautas que podría llegar a estar involucrada en la materia,

pero este concepto, en todo caso, también debería haber sido evaluado junto a otras directrices contempladas de manera expresa en el art. 2º de la propia ley 448, donde, por ejemplo, se reconoce a la salud mental como inescindible de la salud integral, se menciona al desarrollo con enfoque de redes en cuanto a la promoción, prevención, asistencia y rehabilitación y, asimismo, se destaca la intersectorialidad y el abordaje interdisciplinario en el desarrollo del Sistema de Salud Mental.

Tampoco se encuentra fundada la objeción constitucional al nuevo decreto emitido por el Poder Ejecutivo para organizar sus dependencias y fijar sus atribuciones, cuando se alude a la falta de asignación expresa de ciertas funciones previstas para la Administración en la ley 448 en cabeza de algún órgano superior específico. Ello así, pues no se ha demostrado de modo suficiente que, a causa de la omisión denunciada, nadie vaya a llevar adelante tales cometidos o se vayan a llevar adelante pero de manera ilegal —si se tiene en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes—, ni que el Jefe de Gobierno o el titular del Ministerio de Salud no puedan asegurar su correcto cumplimiento a partir del ejercicio de sus funciones de conducción y del control jerárquico.

5. Sentado lo expuesto, luego de celebrada en el Tribunal la audiencia pública en los términos de la ley 402, entiendo que la accionante no ha abordado de manera suficiente distintos aspectos básicos que hacen a la suerte de su pretensión, circunstancia que conduce al rechazo de la acción interpuesta. Es por ello que resulta innecesario efectuar una consideración pormenorizada y sistemática de la Ley de Salud Mental de la Ciudad —desgranando una a una las misiones y funciones que establece—, para, desde allí, ingresar en una cuestión —como es la de definir los órganos administrativos del Ministerio de Salud competentes para ejercitarlas— que no aparece en la Constitución comprendida en una zona de reserva de ley y, además, ante la ausencia de una clara previsión normativa sobre el punto en alguna disposición que goce de jerarquía legal, sólo parece vincularse con aspectos relativos al mérito y la conveniencia de la conformación interna del Poder Ejecutivo, ajenos al escrutinio judicial.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Comparto sustancialmente los conceptos vertidos por mi colega, Dr. Julio B. J. Maier en su voto, acerca de las características y limitaciones propias de la acción declarativa de inconstitucionalidad. También sobre otras falencias que presenta la causa, sobre las cuales no me he expedido, por encontrarme en uso de licencia, en el momento de la admisibilidad y que encuentro de interés señalar en orden a que, ahora, ellas mismas me llevan a considerar improcedente la acción.

2. En primer término corresponde señalar que aparece dudosa la categorización de "norma general", aplicada al dec. 2075/07 cuya inconstitucionalidad postula la asociación actora. Tal como surge de su lectura y del escrito de demanda, el decreto en cuestión establece un modelo de organización administrativa en materia de salud mental, asignando funciones a distintas autoridades dentro de la diseñada estructura.

Para que una norma pueda ser considerada "general" debe producir un dispositivo con persistencia temporal respecto de sujetos indeterminados, es decir establecer una regla de conducta que se inserte en el ordenamiento cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro (conf. mi voto *in re* "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3417/04, resolución del 22/12/2004). En este proceso, el decreto que establece el nuevo organigrama funcional y jerárquico del área de salud mental no cumple con las mencionadas especificaciones.

Precisamente como consecuencia del particular tenor de la disposición impugnada, correspondía a los actores —en carácter de carga inexcusable— fundamentar por qué motivo consideran que el dec. 2075/07 y su Anexo 2 son normas de carácter general, sin que tal argumentación quede subsanada sólo por tratarse de un decreto, categoría contemplada dentro del texto del art. 113, inc. 2º, CCBA. En este sentido, la demanda carece de una mínima mención al respecto.

3. No puede obviarse, además, que, al perseguir los actores la declaración de inconstitucionalidad *in totum* de la normativa ya señalada; la procedencia del planteo llevaría a que quede absolutamente huérfana de estructura funcional la organización de un área sensible como lo es la de salud mental. Recuérdese que la competencia del Tribunal Superior se circunscribe a actuar como legislador negativo, es decir, sólo a expulsar del ordenamiento jurídico vigente la norma afectada de inconstitucionalidad (conf. mi voto *in re* "Acebedo, Horacio Néstor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 6218, resolución del 4/3/2009 y las citas que allí figuran).

4. Del propio escrito de demanda surge con claridad que los actores no desconocían que con el dictado del dec. 2075/07 y su Anexo 2, lo que se estaba produciendo y, denunciando como inconstitucional a través de esta acción, era la invasión por parte del Poder Ejecutivo de la esfera de competencias reservadas por la Constitución local al Poder Legislativo. Ello conduce, tal como lo advierte el Dr. Maier en su fundado voto, al planteamiento de un conflicto entre poderes, aun cuando se haya calificado la acción planteada ante este Tribunal como de inconstitucionalidad.

En efecto, desde los párrafos iniciales de la demanda, la asociación accionante da cuenta que: "Si bien es facultad del Jefe de Gobierno de la Ciudad

de Buenos Aires establecer la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia (art. 104, inc. 9º, CCBA), ello debe ser llevado a cabo dentro de un marco de legalidad, razonabilidad y respeto por las normas dictadas por la Legislatura porteña…// El dec. 2075/07 y su anexo 2 quiebra esos principios… contrariando abiertamente lo dispuesto por una norma de rango superior como es la ley 448…" (fs. 101 vta./102), denunciando el caso como "un claro exceso reglamentario…".

5. Este Tribunal ha tenido oportunidad de resolver una causa cuya naturaleza, a mi criterio, resulta similar a la presente en los autos "Argüello, Jorge M.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 690/00, resolución del 19/4/2001, en tanto la cuestión a resolver resulta ser sustancialmente la misma: el avance del Poder Ejecutivo, por vía de su actividad reglamentaria, sobre la esfera de competencias atribuidas por la Constitución al Poder Legislativo.

En virtud de ello, creo conveniente transcribir determinadas consideraciones expuestas en aquella oportunidad. Sostuve en mi voto, como soporte jurídico del criterio que estimo aplicable en estos casos que:

"*6.* Sabido es que la calificación de las acciones corresponde a los magistrados, con independencia de la denominación que le hayan dado las partes [*Fallos,* 278:20].

Ante tal verificación, cabe recordar que la competencia originaria de las cortes o superiores tribunales de justicia está expresamente determinada en las cartas locales y, según la doctrina y jurisprudencia, sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma constitucional. La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y, como es obvio, las de los jueces (conf. T.S., causa SAO 8/99, 'Pinedo, Federico y otros c/Ciudad de Buenos Aires s/amparo', del 18/2/1999, *Boletín de Jurisprudencia* n° 1; íd. causa SAO 17/99 'Pérez Dubrez, Graciela Irene c/Dir. Ed. Sup. - Sec. Ed. - Gob. Ciudad de Buenos Aires - Inst. Enseñanza Superior Alicia Moreau de Justo s/solicitud de inhibitoria en acción de amparo', del 15/4/1999, *Boletín de Jurisprudencia* n° 3; íd. causa SAO 30/99, 'Perrone, Héctor Alejandro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo', del 21/4/1999, voto de los Dres. Muñoz, Casás y Conde, *Boletín de Jurisprudencia* n° 3).

7. Las acciones judiciales derivadas de la existencia de conflictos entre los poderes de la Ciudad son de competencia originaria de este Tribunal, tal como se dispone en el art. 113, inc. 1° de la Constitución local, y se encuentran reguladas en los arts. 11 a 15 de la Ley de Procedimientos ante el Tribunal N° 402.

En el primer párrafo del art. 113 se dispone que: 'Cuando el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, mediante resolución del cuerpo, o el Poder Judicial a través del Consejo de la Magistratura considere que otro poder se arroga

atribuciones o competencia que le son propias o se las desconoce por acción u omisión, puede promover demanda ante el Tribunal Superior...'.

Como se ve, la norma exige que el planteo de un conflicto de esta naturaleza desde el Poder Legislativo sea hecho por resolución del cuerpo; no admite la presentación unipersonal del legislador, ni —agrego ahora— la de un tercero ajeno a ese poder.

8. La disposición aludida tiene, a mi juicio, un claro sentido dentro del esquema de la Constitución. En efecto, al exigir que cuando el conflicto es instado por la Legislatura el planteo reconozca su causa fuente en una resolución del cuerpo, está imponiendo un mecanismo que exige de la obtención de un consenso mínimo entre los señores legisladores, el necesario para la aprobación de tal resolución. Al respecto, en el art. 80, inc. 1º, de la Constitución local se establece que la Legislatura de la Ciudad, por mayoría común, 'Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades'.

9. La razón de la exigencia de consenso se encuentra en la necesidad de preservar el delicado equilibrio entre los órganos del poder público de la Ciudad. El sistema de frenos y contrapesos de la Constitución debe verse libre de interferencias y la discusión de un conflicto de poderes en el marco de la acción del 113, inc. 2°, puede generar graves estridencias en la delicada modulación de esas relaciones interorgánicas.

No debe olvidarse que los tres poderes en los que se dividen las funciones de gobierno, distintos, separados y soberanos en sus respectivas esferas de acción, son coordinados, armónicos, combinados y uniformes en la acción general de gobierno [conf. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 11ª ed., p. 312, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires].

Con criterio que puede ser sustentado en el ámbito local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la Constitución establece un reparto de competencias a la vez de medios para su control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno; atribuye a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que se les asigna y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía, que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional. Ahora bien, tal "división" no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado en detrimento de un armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales [conf. CSJN, 'Cocchia, Jorge Daniel c/Estado nacional y otro s/acción de amparo' (C-802.XXIV)", del 2/12/1993].

10. Lo expuesto no quiere decir que estemos ante una cuestión no justiciable, que el Poder Judicial no deba revisar la constitucionalidad de una norma cuando se invocan omisiones o irregularidades en su proceso de gestación. Sólo procuro poner de manifiesto que no es la de la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, la vía idónea para introducir tal discusión cuando ella se asienta en la supuesta usurpación de competencias propias de órgano de poder local por parte de otro; para lo que se encuentra prevista la vía del conflicto de poderes.

Empero, si el Tribunal hace pie en una acción planteada en forma indebida por quien carece de legitimación, so pretexto de haber sido articulada bajo un ropaje jurídico que no es el de su real naturaleza, para entrar en la consideración de un tema que no podría ser objeto de su atención de no mediar el cumplimiento de determinados recaudos que no se verifican en el *sub lite*, estaría exorbitando los límites de sus atribuciones y actuando en sustitución de aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia, lo que resulta inadmisible, pues podrían llegar así a verse interferidos los resultados que en el marco legislativo genera la voluntad de las mayorías [*Fallos*, 322:1988]" (conf. mi voto en los autos mencionados).

6. Admitir que cuestiones que, por serias razones institucionales, deben tramitar ante el Tribunal por un determinado procedimiento constitucional se lleven adelante por otro, importa aceptar que se desdibujen los perfiles de las distintas acciones; de lo que no puede derivarse ningún beneficio para la defensa de los intereses de sus habitantes.

Por otra parte, tampoco es posible aplicar aquí el principio de *iura curia novit*, para encauzar esta acción dentro del marco del art. 113, inc. 1° de la Constitución, al que teleológicamente pertenece; ello así en razón de carecer la Asociación de Psicólogos de la legitimación necesaria para instar la competencia originaria del Tribunal por dicha vía. En efecto, como lo sostiene con acierto el Dr. Maier, no es posible que un tercero ajeno al poder estatal entable un conflicto de poderes pues ello contraviene expresamente la letra de la ley (art. 11, ley 402).

No se trata de restringir arbitrariamente el marco de actuación de la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2° de la CCBA, sino de delinear claramente sus perfiles para evitar que ella sea convertida en una suerte de categoría residual del control de constitucionalidad.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la acción de inconstitucionalidad interpuesta.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada a fs. 99/104 por la "Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

2º. *Imponer* las costas por el orden causado (art. 25, ley 402).

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

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

CXCVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'STRASCHNCY, PAULA ANDREA C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN: 'STRASCHNCY, PAULA ANDREA C/GCBA S/AMPARO'"

RECURSO DE QUEJA. AMPARO: Medida cautelar. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Gravedad institucional. Derecho de defensa. PARO DOCENTE: Descuento de haberes.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja que no rebate adecuadamente los fundamentos expuestos en el pronunciamiento recurrido por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad frente a la ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El art. 22 de la ley 2145 establece que "las sentencias que dicten tribunales superiores de la causa se consideran definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad", determinando de ese modo la extensión acordada del derecho de apelar las decisiones recaídas en los procesos de amparo ante este Tribunal, sin modificar 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 *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. No cabe asumir que el legislador haya usado el concepto de sentencia definitiva para abarcar a todos los pronunciamientos que la ley de amparo de-

clara apelables, sino que resulta lógico concluir que la noción aludida estuvo orientada a superar el debate que pudiera suscitarse en torno al carácter de cosa juzgada formal que la ley atribuye a las sentencias que contempla el art. 18 de la ley 2145 —aquellas que dejan "subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo"— y su condición de pronunciamiento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad; solución ésta destinada a no diferir la intervención del Tribunal, aun cuando la sentencia cuestionada se hubiera limitado a rechazar formalmente el amparo, si el recurrente demuestra que la decisión compromete la interpretación y/o aplicación de cláusulas de la Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de LPTSJ). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Corresponde rechazar el recurso de queja pues, de acuerdo con la inteligencia que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145 se desprende que el pronunciamiento de Cámara que concedió una medida cautelar no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, y el recurrente no ha demostrado que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Aunque el GCBA expresa la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar, en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada, no individualiza si la accionante constituye una docente titular, interina o suplente —lo que podría tener incidencia en un futuro recupero de lo abonado—, no aclara cuál sería la magnitud económica de los descuentos, ni expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en el salario de la actora. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El recurrente no logró acreditar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior que torne equiparable a definitiva la resolución cautelar impugnada, máxime teniendo en cuenta que el ordenamiento procesal prevé, para estos supuestos —cuando la parte afectada por la medida precautoria, al haber sido ésta dispuesta en la segunda instancia, no tuvo oportunidad de apelar—, la posibilidad de obtener una posterior revisión de la medida cautelar por la vía del incidente de levantamiento de la misma y/o la interposición de recursos ordinarios contra la decisión de la alzada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. El recurrente no alcanza a demostrar con éxito que el pronunciamiento impugnado, más allá de su acierto o error, incurra en contradicciones o falta de fundamentación que permitan descalificarlo como decisión jurisdiccional válida, ya que no rebate el núcleo esencial del razonamiento desplegado por la Cámara, fundado en que la ausencia de declaración de ilegitimidad de la medida de fuerza impide un posible descuento salarial, y que se provocarían efectos más disvaliosos si se denegara la medida cautelar en vez de concederla. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Corresponde rechazar el recurso de queja si no se logra delinear un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, CCBA, pues más allá del acierto o error del criterio adoptado por los magistrados intervinientes al dictar la medida cautelar, lo cierto es que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no logran demostrar que el pronunciamiento atacado se respalde en un desacierto en virtud del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6541/09 - 1º/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Paula Andrea Straschncy, en su carácter de docente de la Administración pública porteña, promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a los efectos que se abstenga de descontarle los días no trabajados y el adicional por presentismo con motivo de los paros docentes realizados el 17 de julio y 3 de setiembre del 2008 (fs. 1/20).

Dice que el temperamento adoptado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires constituye una amenaza cierta e inminente, arbitraria e ilegítima, violatoria del derecho constitucional a la huelga (art. 14 bis, C.N.), lo que torna procedente la vía del amparo.

Sostiene que, en el presente caso, no se configuraron los presupuestos que inexcusablemente deben existir para efectivizar descuentos, a saber: *a)* la declaración de ilegalidad de la huelga por la autoridad competente, y *b)* la intimación fehaciente a que los huelguistas retomen las actividades concertadamente abandonadas.

Manifiesta que las organizaciones sindicales del sector docente, luego de infructuosas tratativas con el GCBA para mejorar la situación laboral y salarial de los docentes porteños, dispusieron realizar dos paros de 24 horas, que se efectivizaron los días 17 de julio y 3 de setiembre de 2008.

Afirma que notas periodísticas informaron que el GCBA descontaría el día y el presentismo a los docentes que se plegaron a las mencionadas medidas de fuerza; y que el señor Director de Personal del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires envió, con fecha 2/9/2008, la nota 400.046/08 a todos

los establecimientos educativos dependientes de dicho ministerio, solicitando a sus directivos que se remita a ese organismo un listado del personal que se adhiera a la medida de fuerza anunciada para el día posterior.

Asimismo, solicita se dicte inaudita parte una medida cautelar de no innovar, para que se ordene a la Administración pública local que se abstenga de emitir cualquier acto administrativo o vía de hecho que, como consecuencia de las medidas de fuerza efectivizadas por la accionante los días 17 de julio y 3 de setiembre de 2008, afecte y/o modifique y/o morigere la percepción íntegra de sus haberes como agente del GCBA.

2. La señora jueza de primera instancia dictó sentencia rechazando la medida cautelar solicitada, por considerar que no estaba acreditada la verosimilitud del derecho invocado, ya que no podía apreciarse, a la luz de las constancias obrantes en la causa, que la Administración tenga intención de descontar adicional alguno en los haberes de los docentes por haberse adherido a las huelgas convocadas (fs. 92/93).

3. La actora interpuso recurso de apelación contra dicha decisión (fs. 22/27).

La Sala II de la Cámara CAyT resolvió revocar la sentencia recurrida y conceder la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de la actora por las medidas de fuerza de los días 17 de julio y 3 de setiembre de 2008, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito (fs. 30/31).

Fundamentó su resolución en que la medida de fuerza no fue declarada ilegítima y que existen derechos de carácter alimentario (salario) y sociales (huelga) que pueden, eventualmente, ser agraviados. Además, consideró que un eventual descuento sobre el salario de un docente puede generar efectos más disvaliosos que adoptar, como medida precautoria, un temperamento que, durante la sustanciación del pleito, no afecte la intangibilidad de un derecho de carácter alimentario.

4. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/54), en el que invocó la existencia de una sentencia equiparable a definitiva, habida cuenta la producción de un gravamen de imposible reparación ulterior, y de un caso constitucional, que intentó construir alrededor de los siguientes agravios:

a) violación del debido proceso adjetivo (arts. 12, CCBA y 18, C.N.), ya que la decisión cautelar de la Cámara fue dictada sin haber oído previamente al GCBA;

b) afectación del principio de división de poderes ínsito en el sistema republicano de gobierno (arts. 1º, 80, 102 y 104, CCBA; 1º, C.N.), ya que la Cámara se arrogó funciones propias del Poder Ejecutivo, en cuanto al diseño y ejecución de las políticas de recursos humanos y la dirección de la Administración pública local;

c) afectación del derecho de propiedad del GCBA (arts. 12, CCBA y 17, C.N.), atento la futura imposibilidad de repetir las sumas abonadas en virtud de la medida cautelar, por tratarse en muchos casos de docentes suplentes o interinos.

d) arbitrariedad de la sentencia por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, más precisamente por la errónea valoración de los requisitos de procedencia de la pretensión cautelar —verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

El mencionado recurso de inconstitucionalidad fue contestado por la actora (fs. 55/57) y declarado inadmisible por la Cámara (fs. 61/62), por considerar que no existe en el caso una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Ante dicha denegatoria, el GCBA dedujo el presente recurso de queja (fs. 63/89).

5. El señor fiscal general adjunto propició que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido y se revoque la sentencia atacada (fs. 106/116).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja planteada por el GCBA debe ser rechazada ya que no rebate adecuadamente los fundamentos expuestos en el pronunciamiento recurrido por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad: ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal.

Por lo tanto, no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). Ello obsta a la procedencia de la queja deducida puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

2. En lo atinente al requisito de sentencia definitiva en los procesos de amparo reglados por la ley 2145, la cuestión planteada por el GCBA en estas actuaciones es análoga a la resuelta por este tribunal *in re* autos "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6015/08, de fecha 1º/10/2008. Cabe reiterar, por tanto, los argumentos desarrollados por el Dr. Lozano en el precedente aludido, a los que adherí.

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 Constitución Nacional y/o de la CCBA bajo las condiciones previstas en el art. 14 de la Constitución local (art. 27 de LPTSJ).

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.

De lo aclarado con relación a la inteligencia que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145 se desprende que el pronunciamiento de Cámara que concedió una medida cautelar no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

3. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva.

En efecto, el GCBA sostiene que la sentencia recurrida le provoca un perjuicio de imposible reparación ulterior, habida cuenta la consecuente imposibilidad o seria dificultad del recupero del gasto efectuado, y la grave afectación que produce al interés público el desequilibrio generado por el Tribunal que resolvió la medida cautelar arrogándose funciones propias y excluyentes del Ejecutivo, en franca violación al principio de división de poderes (véanse fs. 39 vta./40 —recurso de inconstitucionalidad— y 69 vta./70 —recurso de queja—).

Sin embargo, aunque el GCBA expresa la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar, en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada, no individualiza si la accionante constituye una docente titular, interina o suplente —lo que podría tener incidencia en un futuro recupero de lo abonado—, no aclara cuál sería la magnitud económica de los descuentos, ni expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en el salario de la actora.

Por otra parte, la suma global involucrada en la disposición cautelar debió encontrarse presupuestada por el GCBA (ya que se trata de salarios), por lo que no se le impone efectuar una erogación al margen de sus previsiones.

Y por último, en cuanto al agravio referido a la afectación del derecho de defensa por ausencia de bilateralidad —que invoca a lo largo de todo el recurso—, cabe destacar que el recurrente tampoco logró acreditar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior que torne equiparable a definitiva la resolución cautelar impugnada, máxime teniendo en cuenta que el ordenamiento procesal prevé, para estos supuestos —cuando la parte afectada por la medida precautoria, al haber sido ésta dispuesta en la segunda instancia, no tuvo oportunidad de apelar—, la posibilidad de obtener una posterior revisión de la medida cautelar por la vía del incidente de levantamiento de la misma y/o la interposición de recursos ordinarios contra la decisión de la alzada.

4. Las falencias reseñadas precedentemente no pueden ser suplidas mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad ya que, como ha dicho reiteradamente este Tribunal —remitiéndose a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos al recurso extraordinario federal, mediante conceptos trasladables al recurso de inconstitucionalidad local— "la invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza

a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos,* 304:749, 1717; 306:1679; 312:311).

Por lo demás, el recurrente no alcanza a demostrar con éxito que el pronunciamiento impugnado, más allá de su acierto o error, incurra en contradicciones o falta de fundamentación que permitan descalificarlo como decisión jurisdiccional válida, ya que no rebate el núcleo esencial del razonamiento desplegado por la Cámara: que la ausencia de declaración de ilegitimidad de la medida de fuerza impide un posible descuento salarial, y que se provocarían efectos más disvaliosos si se denegara la medida cautelar en vez de concederla.

En virtud de lo expuesto, las críticas formuladas por el GCBA traslucen su mera discrepancia con la solución adoptada por el *a quo*, pero resultan insuficientes para justificar la revocación de la sentencia por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad.

5. En consecuencia, voto por rechazar la queja articulada por el GCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Docentes Ademys c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 6474/09, decisión del 3/7/2009.

Por razones de brevedad, doy aquí por reproducidas —en lo pertinente— las consideraciones que efectuara en la citada causa. En consecuencia, voto por rechazar la queja intentada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Como destaca la Dra. Ruiz, la cuestión debatida en autos es sustancialmente análoga a la resuelta en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Docentes Ademys c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 6474/09, decisión del 3/7/2009. Remito, entonces, a los argumentos que vertí en mi voto en aquel precedente.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada a fs. 63/89.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 63/89 fue interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar por las razones que se exponen a continuación.

2. La Sala II de la Cámara CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, por considerar que la decisión atacada no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal (fs. 61/62).

3. En relación al argumento utilizado por el *a quo* para denegar la vía recursiva intentada, ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión,

la sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —véase mi voto en minoría *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, resolución del 27/8/2008)—. En consecuencia, con sustento en los fundamentos brindados en el precedente citado —a los que me remito en homenaje a la brevedad—, entiendo que la sentencia atacada en el caso constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los diversos planteos que el GCBA efectúa sobre el punto.

4. Así las cosas, corresponde evaluar si en el caso se ha logrado plantear un caso constitucional que habilite la instancia de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

La demandada cuestiona la decisión de la Sala II que concedió la medida cautelar peticionada por el accionante y, en consecuencia, ordenó al GCBA que, hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo, se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento sobre su salario como consecuencia de su participación en las medidas de fuerza adoptadas los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008.

A tal fin, esgrime distintos argumentos: *a)* que la decisión de la Sala II resulta nula y atenta contra la garantía constitucional de defensa en juicio y su derecho a la jurisdicción, en tanto dictó una medida cautelar en segunda instancia sin que se hubiese practicado notificación del rechazo previo del *a quo*, impidiendo de ese modo que el GCBA ejerciera su derecho a contestar la apelación de la actora; y *b)* que el decisorio que hizo lugar a la pretensión cautelar resulta arbitrario por cuanto en autos no se encontraban reunidos los requisitos exigidos por las normas aplicables para la procedencia de una medida precautoria como la solicitada. Niega que se hubiera comprobado en el caso la verosimilitud del derecho esgrimido por la amparista, en tanto la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad. Por otro lado, aduce que existió una errónea valoración del peligro en la demora y que, por lo demás, el daño que eventualmente se produciría a la accionante no podría ser reputado irreparable. Así entonces, estima que el pronunciamiento impugnado cercena atribuciones propias de la Administración y vulnera su derecho al debido proceso.

5. En primer lugar, corresponde abordar el planteo de nulidad por afectación de los derechos de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA) y de acceso a la jurisdicción que esgrime el recurrente. El GCBA considera que todo lo actuado con posterioridad al dictado de la sentencia que denegó la cautelar requerida por la actora en primera instancia, con fecha 23/9/2008, es

nulo por cuanto, al haberse omitido la notificación a su parte de esa decisión, se le impidió contestar los agravios contenidos en la apelación de la actora y ejercer así su derecho de defensa.

Ahora bien, por regla, planteos relacionados con irregularidades que pudieran padecer actos procesales anteriores al pronunciamiento que se impugna sólo pueden ser articulados por vía de incidente de nulidad (art. 155, CCAyT, aplicable supletoriamente al proceso de amparo por la remisión dispuesta en el art. 28 de la ley 2145). En el caso, éste fue efectuado como un capítulo del recurso de inconstitucionalidad.

Por su parte, la sentencia interlocutoria por la cual la Sala II denegó la concesión del recurso no se hizo cargo de considerar la cuestión y tampoco se ha denunciado —ni surge del expediente— la formación de un incidente para dar curso a este planteo.

Cabe destacar que el GCBA en su queja efectúa una reiteración del planteo en los mismos términos a los ya esgrimidos, sin mencionar que la cuestión no fue resuelta por la Cámara. No expresa haber interpuesto ante ese tribunal el recurso de aclaratoria (art. 216, CCAyT) o de reposición (art. 212, CCAyT); ni tampoco señala alguna imposibilidad para hacerlo (por ejemplo: interpretar que los recursos reglados en la ley 2145 integran un número *clausus* que no puede ser ampliado por aplicación del art. 28 de esa misma ley).

Así las cosas, la naturaleza procesal de la cuestión planteada, por una parte, y la ausencia de un pronunciamiento de los jueces de grado sobre esa cuestión, por otra, vedan su consideración por este Tribunal a través de la utilización del recurso de queja, cuyo único fin consiste en sostener aquel de inconstitucionalidad previamente interpuesto ante la Cámara mediante la crítica concreta y razonada del auto denegatorio del mismo.

Es que, más allá del acierto o error de la tramitación que los jueces de la causa dieron al planteo de nulidad esgrimido, la estrategia procesal implementada por la propia interesada en esta oportunidad frustró la vía idónea para canalizar su pretensión. Ello así, por cuanto la decisión del asunto —tal como ha sido tramitado anteriormente y ahora viene planteado— se traduciría en una avocación por parte de este estrado en punto al tratamiento de la cuestión sin la previa intervención de la alzada de mérito, lo cual importaría una extensión indebida de la competencia originaria del Tribunal a un supuesto no previsto por la Constitución de la Ciudad y la ley 402. Por tal razón, no es posible ingresar en el tratamiento del tema, al menos en esta ocasión.

Sólo resta añadir que, atento el modo en que aquí se decide, no corresponde emitir opinión respecto del planteo que, en definitiva, agita la demandada recurrente, esto es, la alegada vulneración del derecho de defensa por la imposibilidad de contestar los agravios de la apelación interpuesta por la actora contra la sentencia de la señora jueza de grado que había rechazado la pretensión cautelar.

6. Por su parte, entiendo que el agravio individualizado en segundo término, en el punto 4 precedente, tampoco puede tener acogida favorable, pues no se ha logrado delinear un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, CCBA.

Más allá del acierto o error del criterio adoptado por los magistrados intervinientes al dictar la medida cautelar, lo cierto es que los agravios planteados por el GCBA no logran demostrar que el pronunciamiento atacado se respalde en un desacierto en virtud del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Antes bien, se advierte que la recurrente pretende que este estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente, a partir de su discrepancia con el criterio adoptado para dar andamiento a la medida precautoria requerida por la parte actora.

Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues sólo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

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

Los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano resuelven rechazar el recurso de queja por los argumentos vertidos en la sentencia recaída en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Docentes Ademys c/GCBA s/otros procesos incidentales'". (Expte. nº 6474/09), del 3/7/2009.

CXCVIII

"ÁLVAREZ, ELENA NANCY S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ÁLVAREZ, ELENA NANCY C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Procedencia.

SUMARIO:

1. El recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 es una herramienta que el ordenamiento procesal otorga a los litigantes para lograr que este Tribunal, como juez del recurso, revise el juicio de admisibilidad negativo formulado por la Cámara respecto de alguno de los recursos que habilitan la intervención de este estrado que, en las causas contencioso administrativas y tributarias, son el de inconstitucionalidad y el de apelación ordinaria (art. 113 de la CCBA, art. 26 de la ley 7, y arts. 27 y 38 de la ley 402), por lo que corresponde rechazar la queja contra la decisión que rechazó un recurso de revocatoria sin interponer ninguno de esos recursos. *(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 véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6411/09 - 1º/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Contra la decisión de la Cámara de fs. 371, que resolvió declarar operada la caducidad de instancia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 356/363 vta., la actora interpuso un recurso de revocatoria (fs. 372) que fue rechazado a fs. 377.

2. Tal rechazo motivó la presentación de un recurso de queja ante este Tribunal (fs. 4/6 de la queja).

3. El fiscal general adjunto propició, en su dictamen de fs. 13/14 vta., la inadmisibilidad de la queja articulada.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

La queja intentada no se vincula con ninguna de las vías recursivas que habilitan la intervención de este Tribunal (conf. "Santoro, Josefina y otros s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Santoro, Josefina y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 2791/04, resolución del 25/2/2004 y, por extensión, "Orozco, Haydée Susana s/queja por recurso de apelación denegado en: 'GCBA c/Balliani, Iván Carlos s/queja por apelación denegada'", expte. nº 2517/03, resolución del 29/10/2003; "Carnuccio, Cecilia s/otros – queja por recurso de queja denegado en: 'Carnuccio, Cecilia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 2808/04, resolución del 3/3/2004).

En efecto, el art. 113, inc. 4º de la CCBA, que prevé el recurso de queja, ha sido reglamentado por el art. 26, inc. 5°, de la ley 7. Esta norma establece que el Tribunal Superior de Justicia conoce "en los recursos de queja por denegación de recursos para ante el Tribunal Superior".

De ello se desprende que la queja prevista en el art. 33 de la ley 402 es una herramienta que el ordenamiento procesal otorga a los litigantes para lograr que este Tribunal, como juez del recurso, revise el juicio de admisibilidad negativo formulado por la Cámara respecto de alguno de los recursos que habilitan la intervención de este estrado. En las causas contencioso-administrativas y tributarias, los únicos recursos previstos ante este Tribunal son el recurso de

inconstitucionalidad y el de apelación ordinaria (art. 113 de la CCBA, art. 26 de la ley 7, y arts. 27 y 38 de la ley 402).

En el caso, la recurrente planteó, directamente, una queja contra la decisión de la Cámara que rechazó un recurso de revocatoria sin interponer ninguno de los recursos que, al ser denegados, permiten acudir en queja ante el Tribunal.

En virtud de lo expuesto, la queja debe ser rechazada.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y a las consideraciones que en sentido concordante expresa el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 13/14 vta.). En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja incoado a fs. 4/6 por la señora Elena Nancy Álvarez.

A todo evento cabe aclarar que, por el modo en que se decide, no resulta posible siquiera ingresar en la consideración del planteo orientado a cuestionar el criterio adoptado por la señora secretaria de la Sala II, Cámara CAyT en la providencia de fecha 19 de mayo de 2008 (fs. 369, autos principales) que, contrariamente a lo dispuesto en la ley 402, ordenó correr el traslado del recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 356/363 vta., poniendo a cargo de la propia interesada la confección de la cédula de notificación respectiva —tal como lo hiciera en mi voto en minoría *in re* "Santoro, Walter Nelson s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Santoro, Walter Nelson s/ej. fisc. - avalúo'", expte. nº 6277/08, sentencia del 30/7/2009.

Así lo voto.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Elena Nancy Álvarez.

2º. *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.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXCIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MOREIRAS, LETICIA MABEL C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN MOREIRAS, LETICIA MABEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

RECURSO DE QUEJA. AMPARO: Medida cautelar. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. La ausencia de sentencia definitiva como recaudo de admisibilidad formal define el rechazo del recurso de queja intentado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. 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, pues 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. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso de queja debe rechazarse pues el recurrente no logra acreditar que la medida cautelar dictada impida su intervención útil en el proceso o le cause algún gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Por regla, los pronunciamientos sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Debe rechazarse el recurso de queja que no logra conectar el agravio concreto que le provoca la sentencia de la Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con un planteo que involucre una

garantía constitucional referida directamente a las cuestiones resueltas por la alzada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. El hecho de que el GCBA finque sus objeciones en que la continuidad en la relación contractual que denuncia la amparista no era tal, que las tareas que realizaba habían sido consideradas innecesarias y que ellas no eran habituales, regulares y propias de la Administración, no hace más que poner en evidencia que el examen de tales aspectos resulta ajeno a la competencia de este Tribunal en el marco del recurso de queja, por remitir a cuestiones de hecho, prueba y a la interpretación de normas infraconstitucionales aplicables al caso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6531/09 - 1º/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Leticia Mabel Moreiras inició acción de amparo (fs. 2/29 vta.) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "GCBA"), con el objeto de que se le ordenara cesar en forma inmediata en la omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima de no renovar su contrato como agente público de planta transitoria e impedir que retome las tareas que venía desarrollando hasta el 31/12/2007. Pidió, asimismo, que se ordenara al demandado revisar su situación como personal contratado en la planta transitoria, conforme a lo acordado en el punto 1º del acta celebrada el 8/1/2008 entre el Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad de Buenos Aires y el Ministerio de Hacienda del GCBA.

La actora relató que desde el 1º/8/2006 se desempeñó como operadora en la mesa de ayuda del denominado SIGAF (Sistema Integrado Gestión Administrativa y Financiera del Ministerio de Hacienda de la Ciudad) mediante la celebración de distintos contratos de locación de servicios y que a partir del 1º/9/2007 pasó a revistar en la planta transitoria del GCBA. Señaló que el 4/2/2008 se le comunicó en forma verbal la no renovación de su contrato y se le prohibió la entrada a su lugar de trabajo. Destacó que la omisión en que incurre el demandado afecta los derechos contemplados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 28, 33, 43, 75, inc. 22 y concordantes de la C.N. y los arts. 10, 11, 12, 13, 14, 43 y concordantes de la CCBA.

Por otra parte, la amparista requirió como medida cautelar innovativa *i)* que se ordenara su inmediata reincorporación a la planta transitoria, y la renovación o prórroga del contrato que la vinculara con el GCBA con las mismas

tareas y remuneración percibidas oportunamente, y *ii)* que se la incluyera en la revisión de la situación del personal contratado acordada entre el GCBA y los representantes del Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA) en el punto 1º del acta celebrada el 8/1/2008, todo ello hasta tanto se dicte sentencia definitiva (fs. 20 vta./21).

2. En primera instancia se hizo lugar a la medida cautelar solicitada previa caución juratoria y se le ordenó al accionado que en forma inmediata reincorporase a la Sra. Moreiras a la planta transitoria del GCBA, reintegrándola a sus tareas normales y habituales, sin alteración de su derecho remuneratorio, hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo (fs. 39/42).

3. Apelado tal decisorio por el Gobierno (fs. 43/48), la Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad rechazó el recurso de apelación y confirmó la resolución de grado (fs. 50/60 vta.). El pronunciamiento fue suscripto por los jueces Balbín, Corti y Centanaro, quedando la mayoría conformada por los votos de los dos primeros (cada uno según su voto).

En cuanto a la verosimilitud del derecho, a partir de la prueba obrante en autos, los jueces Balbín y Corti tuvieron por acreditado que la relación de trabajo entre la accionante y el demandado se remonta a mediados del año 2006. Tras reseñar el marco normativo y la jurisprudencia que juzgaron aplicable, destacaron que el importante lapso de tiempo durante el cual la actora había desarrollado tareas para el GCBA, permitía concluir —con la provisoriedad propia de las medidas cautelares— que tales tareas no eran temporales o excepcionales sino las propias del régimen de la carrera administrativa, lo que, en principio, podría configurar fraude a la ley.

En lo relativo al peligro en la demora, los magistrados Balbín y Corti coincidieron en que "(...) por tratarse de una cuestión laboral, se encontrarían en juego los derechos alimentarios de la accionante" (fs. 54 vta.).

Por fin, los mencionados magistrados expresaron que la concesión de la medida precautoria requerida no frustraba el interés público "(...) toda vez que dicho interés no puede servir de sustento para admitir la inobservancia del ordenamiento jurídico" (fs. 55). Y agregaron (fs. 55) que "(...) no resulta razonable sostener que la reincorporación de un solo agente atente contra el interés público cuando (...) la accionante sustenta su planteo en la existencia de fraude laboral y, en consecuencia, el quebrantamiento de la legalidad".

4. Contra lo resuelto por la Cámara, el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 61/79 vta.). Adujo que la Sala I: *i)* lesionó el principio de división de poderes (arts. 1º, 80, 102 y 104, CCBA; art. 1º, C.N.) al arrogarse funciones propias del Poder Ejecutivo, y *ii)* afectó su derecho de propiedad (art. 12, CCBA y 17, C.N.) ante la imposibilidad de repetir de la amparista las

sumas abonadas en virtud de una contratación oportunamente evaluada como innecesaria por la Administración.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, la Procuración manifestó:

i) que (fs. 69 y vta.) "(...) no existió la contratación sin solución de continuidad o por un lapso de tiempo tan grande a los efectos de sustentar un supuesto de 'fraude laboral', y tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocado, como equivocadamente concluye el Tribunal, todo ello debido al escaso tiempo que la relación contractual involucró, tiempo que guarda estricta relación con las necesidades transitorias que la motivaran";

ii) que (fs. 69 vta.) "[l]a falta de continuidad se encuentra a su vez confirmada por las normas que rodearon a la contratación de la amparista...";

iii) que la Cámara no analizó si la Sra. Moreiras había sido o no contratada para realizar tareas habituales, regulares y propias de la Administración, en forma reiterada y sucesiva;

iv) que la actora nunca integró la planta permanente sino que era una trabajadora transitoria, carente de la estabilidad a que se refiere el art. 36 de la ley 471, cuya prestación había concluido el 31/12/2007;

v) que la desvinculación de la accionante se había producido por vencimiento del plazo contractualmente establecido;

vi) que (fs. 70 vta.) "[n]ingún fraude laboral (...) puede existir ante el cumplimiento y extinción natural de un contrato por vencimiento de su plazo" (destacado en el original);

vii) que (fs. 72) "(...) la decisión de continuar o no continuar un vínculo de empleo, cuando éste era transitorio y el plazo está vencido, es eminentemente discrecional de la autoridad administrativa, que puede optar por una u otra alternativa, conforme sus propias apreciaciones de oportunidad, mérito y conveniencia."; y

viii) que (fs. 72) "(...) la cautelar dictada en autos (...) estaría obligando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a reincorporar personal que no ha ingresado mediante concurso" y que, en realidad, "(...) *mal podría hablarse de reincorporación de un personal que jamás ha ingresado al cuerpo de la planta de personal permanente de la Administración*" (destacado en el original).

En lo relativo al peligro en la demora, el GCBA dijo:

i) que (fs. 73 vta.) "(...) no está demostrado que una hipotética sentencia estimatoria de la pretensión resulte de imposible o difícil cumplimiento por parte de la autoridad demandada"; y

ii) que el daño alegado por la amparista es imputable a su propio proceder, dado que conocía los términos de la contratación que oportunamente celebrara con el Gobierno (y, por lo tanto, su plazo).

5. La Cámara no admitió el recurso de inconstitucionalidad del GCBA (fs. 81/82) por entender que el pronunciamiento impugnado no tenía carácter definitivo ni podía calificarse como arbitrario.

6. Contra la resolución de fs. 81/82, la Ciudad dedujo el recurso directo que tramita en autos (fs. 84/106).

7. Al dictaminar, el señor fiscal general adjunto propuso al Tribunal el rechazo de la queja (fs. 156/158 vta.). El Dr. Pereyra expresó que —a su criterio— la sentencia cuestionada era definitiva pero el recurrente no había logrado exponer un agravio constitucional.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 84/106 cumple con sus correspondientes 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 I que confirmó la medida cautelar concedida a la actora por el juez de grado.

Los magistrados señalaron que el pronunciamiento atacado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional y que el recurrente no había demostrado la existencia de un perjuicio irreparable que permitiera equipararlo a una resolución de esa naturaleza.

Por otra parte, los jueces resaltaron (fs. 82) que "(...) la sentencia no puede ser descalificada como autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica".

3. De los fundamentos del auto denegatorio que fueran motivo de crítica del quejoso, consideraré inicialmente el vinculado a la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable, por cuanto la ausencia de dicho recaudo de admisibilidad formal define el rechazo por el Tribunal del recurso intentado por el demandado.

Anticipo que, a mi juicio, el Gobierno no alcanza a acreditar que la sentencia cuestionada sea definitiva o asimilable.

La Procuración reitera las manifestaciones efectuadas en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto al requisito de sentencia definitiva. Sostiene:

i) que debe aplicarse el art. 22 de la ley 2145 (ley de amparo);

ii) que contra lo resuelto por el *a quo* no puede interponerse ningún recurso ordinario; y

iii) que (fs. 87 y vta.) "(...) en mérito a la identidad del objeto de la demanda amparista con la cautelar en cuestión, el pronunciamiento sobre el principal resultaría tardío y de imposible ejecución, en el supuesto de

rechazarse la demanda" pues "(...) la contratación ordenada produciría un gasto superfluo, cuyo recupero se tornaría imposible aun frente a una sentencia desestimatoria de la pretensión traída a juicio".

4. El art. 22 de la ley 2145, 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".

En mi voto en el caso "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), me referí a los diversos sentidos que se atribuyen a la expresión "sentencia definitiva" y, en particular, a la noción de "sentencia definitiva" en la ley 2145. En dicha oportunidad, señalé 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". Y expliqué que "(...) 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". Sin embargo, no es esto lo que sucede con la presentación ahora en análisis (a diferencia de lo que ocurriera en el precedente citado).

Pese a sus esfuerzos, el Gobierno no logra acreditar que la medida cautelar dictada en autos impida su intervención útil en el proceso o le cause algún gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior. Por el contrario, el anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión de la accionante confirmado por la Sala I es coherente con la efectividad de la acción de amparo.

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 84/106.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a lo expresado en su voto por la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto considera que la medida cautelar objetada por

el Gobierno, no es una sentencia definitiva. En efecto, tal como lo he expresado con anterioridad, participo del criterio según el cual —por regla— los pronunciamientos sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad (expte. n° 6015/08, "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resolución del 1º/10/2008; expte. nº 6208, "Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; expte. nº 6260 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", resolución del 27/5/2009; expte. nº 6208, "Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; entre otros).

De tal modo, es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. En el caso *sub examine*, el recurrente, pese a sus esfuerzos, 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.

2. Aun cuando la razón expuesta en el punto precedente conduce por sí sola al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, debo señalar que comparto los argumentos expresados por la Cámara —expuestos al momento de denegar el mencionado recurso— en cuanto considera que el recurrente no ha logrado demostrar, a través de su planteo, la existencia concreta de una cuestión de naturaleza constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402 (fs. 81/82).

En ese sentido, la queja no hace más que reiterar los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad. Éste sostiene, de modo genérico, la violación de los derechos de raigambre constitucional (arts. 1° y 17, C.N. y 12, 80, 102 y 104, CCBA), 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 —especialmente en cuanto al tipo de tareas desempeñadas y al tiempo por el que fueron llevadas a cabo—, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar su decisión.

3. En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mis colegas preopinantes en cuanto propician rechazar la queja porque, conforme a los precedentes allí citados, las medidas cautelares aun cuando sean dictadas en el marco de procesos de amparo, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, también coincido en sostener que el GCBA no ha logrado acreditar que la cautelar concedida en autos le provoca un gravamen irreparable.

A este último respecto, en circunstancias en las que se valoró el compromiso de "derechos alimentarios" (fs. 54 vta.), no bastaba invocar que la reincorporación de la accionante no se traduciría en un servicio necesario para la Administración (fs. 66 vta.), sin esforzarse en demostrar de modo concreto por qué la tarea encomendada a la actora respetaba los presupuestos bajo las que el marco jurídico aplicable admite las contrataciones transitorias (art. 39 de la ley 471 expresamente analizados por los jueces de mérito a fs. 54 y 55 vta.) o, en su caso, por ejemplo, cómo el cambio de condiciones imperantes en el servicio justificarían el ejercicio de las potestades privativas que reivindica el demandado.

En consecuencia, voto por rechazar la queja de fs. 84/106.

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja, no obstante satisfacer los recaudos formales de interposición, no puede prosperar.

2. La Sala I de la Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad por tres razones fundamentales, sobre las que se agravia el GCBA: *a)* que la decisión que revoca una medida cautelar no reúne la condición de definitiva con relación a ninguna cuestión constitucional; *b)* que el recurrente no acreditó las circunstancias que permitan equiparar la decisión a una sentencia definitiva; y *c)* que la sentencia no es arbitraria.

3. En relación al primer argumento utilizado por el *a quo* para denegar la vía recursiva intentada, ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —véase mi voto en minoría *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, resolución del 27/8/2008)—. En consecuencia, con sustento en los fundamentos brindados en el precedente citado —a los que me remito en homenaje a la brevedad—, entiendo que la sentencia atacada en el caso constituye una sentencia definitiva a los efectos

del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los diversos planteos que el GCBA efectúa sobre el punto.

4. Ahora bien, de todos modos, entiendo que el recurso de hecho tampoco logra demostrar que, en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad local, se haya expuesto fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

El GCBA cuestiona la sentencia de la Sala I que confirmó el pronunciamiento del juez de primera instancia en cuanto admitió la medida cautelar solicitada por la Sra. Leticia Mabel Moreiras y, en consecuencia, ordenó la reincorporación de la actora a sus tareas normales y habituales, sin alteración de su derecho remuneratorio, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

La demandada intenta construir el caso constitucional —y pretende sostener la arbitrariedad de la sentencia— a través de la invocación de derechos y garantías constitucionales que considera vulnerados (defensa en juicio, debido proceso, propiedad y principio de división de poderes).

Sin embargo, el recurso no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de la Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con un planteo que involucre una garantía constitucional referida directamente a las cuestiones resueltas por la alzada. Por el contrario, todos sus desarrollos remiten, básicamente, a cuestiones de hecho, prueba y de interpretación de normas infraconstitucionales.

5. El GCBA postula que la decisión afecta el principio de división de poderes, en tanto le impide ejercer facultades que le son propias al imponerle la reincorporación del actor con carácter cautelar.

Pero el hecho de que el GCBA finque sus objeciones en que la continuidad en la relación contractual que denuncia la amparista no era tal, que las tareas que realizaba habían sido consideradas innecesarias y que ellas no eran habituales, regulares y propias de la Administración, no hace más que poner en evidencia que el examen de tales aspectos resulta ajeno a la competencia de este Tribunal en el marco de la vía recursiva elegida, por remitir a cuestiones de hecho, prueba y a la interpretación de normas infraconstitucionales aplicables al caso. Recuérdese que el recurso de inconstitucionalidad local no erige al Tribunal en una tercera instancia para pronunciarse sobre hechos ni sobre la aplicación del derecho común.

Por lo demás, corresponde enfatizar que las afirmaciones vertidas en la sentencia por los jueces Balbín y Corti —que integraron la mayoría— para tener por acreditada la verosimilitud del derecho que permitiría respaldar la pretensión cautelar de la actora, más allá de su acierto o error, fueron realizadas dejando expresamente sentado que ellas se hacían con la provisionalidad y dentro del limitado alcance que caracteriza a todo juicio de mérito cautelar (conf. punto

VI del voto del juez Balbín y punto II del voto del juez Corti). Con ello quiero decir que, si bien la ley de amparo local —desde mi punto de vista— considera a los fines del recurso de inconstitucionalidad que la sentencia que resuelve una medida cautelar es definitiva a los efectos de habilitar la competencia de este estrado, es evidente que tal resolución, en rigor, no causa estado.

6. En cuanto a la afectación del derecho de propiedad que el GCBA afirma le provoca el decisorio cuestionado, basta con señalar que no resulta suficiente alegar la imposibilidad de recuperar las sumas abonadas a la actora con motivo de la cautela dispuesta, pues el recurrente olvida considerar que tales sumas constituirían la contraprestación por las tareas cumplidas por la agente. Por otra parte, el recurrente no ha esbozado —menos aún acreditado, tan siquiera mínimamente— la existencia, en el caso, de un enriquecimiento sin causa por parte de la actora como consecuencia de la medida cuestionada.

7. Finalmente, la demandada no demuestra que en el *sub examine* haya mediado un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación al confirmar el otorgamiento de la cautelar, más allá del acierto o error de lo decidido. En este punto, resulta oportuno recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros). Como se ha sostenido reiteradamente, "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf., "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

8. En suma, tal como lo señala el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 156/158 vta.), el recurso de hecho deducido reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues si bien proclama en forma genérica la afectación de derechos de raigambre constitucional no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida. En el mejor de los casos para la recurrente, la queja se sustenta exclusivamente en su mera discrepancia con la solución dada por el tribunal *a quo* a partir de la valoración de circunstancias de hecho y prueba y la interpretación de normas infraconstitucionales, lo que no comporta suficiente fundamento para conceder el recurso intentado.

Sólo resta añadir que el agravio relativo a la alegada afectación del derecho de defensa en juicio que se habría ocasionado por la ausencia de traslado previo al dictado de la medida solicitada —en los términos del art. 15 de la ley 2145 y en el entendimiento que tal decisión precautoria afectó la prestación de un servicio público o perjudicó una función esencial de la administración—, no puede ser considerado. Ello así, puesto que, además de remitir a la interpretación de una norma de carácter infraconstitucional, recién fue planteado por la demandada en el recurso de queja.

En consecuencia, la queja planteada por el GCBA a fs. 84/106 debe ser rechazada.

Así lo voto.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

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

CC

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GRACIANO, ANGÉLICA INÉS C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN: GRACIANO, ANGÉLICA INÉS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

RECURSO DE QUEJA. AMPARO: Medida cautelar. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Gravedad institucional. Derecho de defensa. PARO DOCENTE: Descuento de haberes.

SUMARIOS:

1. La sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines

del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Si bien el GCBA expresa genéricamente la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar, no explica (y por ende no demuestra) por qué razón tal recupero sería dificultoso en relación con la actora, y las referencias a un universo de docentes beneficiados con la medida cautelar otorgada no resulta pertinente, si se tiene en cuenta el objeto de este juicio y el alcance puntual de la cautelar aquí dispuesta, relacionada pura y exclusivamente con la amparista. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Por regla, los pronunciamientos sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Aunque el GCBA expresa la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar, en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada, no individualiza si la accionante constituye una docente titular, interina o suplente —lo que podría tener incidencia en un futuro recupero de lo abonado—, no aclara cuál sería la magnitud económica de los descuentos, ni expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en el salario de la actora. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La ley 2145 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).*

7. La lectura del art. 22 de la ley 2145 lleva a entender que el art. 18 está referido a posibles resarcimientos o pretensiones (v. gr.: daño moral, daño material, desalojo, repetición, etc.) que son ajenos al proceso de amparo, por eso dispone que la 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. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. 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).*

9. El art. 18 de la ley 2145 no alude a lo que es objeto del amparo, sino a 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 CCBA, las que eventualmente podrían ser reclamadas y tratadas en otro proceso. *(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, pues 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. *(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. Cuando el art. 18 de la ley 2145 dispone que la sentencia firme que resuelva sobre la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza en las condiciones establecidas por el art. 14 de la CCBA, hará cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo, no priva del carácter de cosa juzgada material a la decisión recaída en él. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz*).

13. Debe rechazarse el recurso de queja si la resolución impugnada versa sobre una medida cautelar, y por tanto no decide el fondo del asunto; consiste en un juicio de verosimilitud y no en una declaración de certeza jurídica; en una hipótesis acerca de la plausibilidad del derecho autoafirmado en la demanda que únicamente quedará confirmada o desechada, en principio, con la sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6587/09 - 1º/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Angélica Inés Graciano inició una demanda de amparo contra el GCBA "a fin de evitar un perjuicio inminente respecto de mis derechos y garantías constitucionales, que su actitud arbitraria e ilegítima me ocasionaría" y solicitó, como medida cautelar, que se ordene a la Administración "que se abstenga de emitir cualquier acto administrativo o vía de hecho que —como consecuencia de las medidas de fuerza efectivizadas por el infrascripto los días 17 de julio

y 3 de septiembre de 2008— afecte y/o modifique y/o morigere la percepción íntegra de mis haberes como agente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” (fs. 86/106 vta.).

2. El juez de primera instancia no hizo lugar a la medida (fs. 69/70). Consideró, en primer lugar, que la actora no acreditó su carácter de docente o dependiente de la demandada. También sostuvo que “no podría considerarse acreditada, a esta altura liminar del proceso, y con la vehemencia que el instituto cautelar requiere, la intención por parte de la administración de descontar adicional alguno en los haberes de la actora por haberse adherido a los paros convocados, razón por la cual no resultan suficientes las manifestaciones esgrimidas en el escrito de inicio sobre tal posibilidad para tener por configurada la verosimilitud del derecho invocado”. Agregó que “ante la ausencia de la verosimilitud en el derecho invocado por la actora (...) resultaría insustancial introducirse en el estudio del peligro en la demora alegado”.

3. La actora apeló la sentencia (fs. 74/80). La Sala II de la Cámara CAyT, por mayoría, hizo lugar al recurso y dispuso “revocar la decisión recurrida y, en consecuencia, conceder la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de la actora por las medidas de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre del año en curso, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito” (fs. 3/4 vta.).

En los fundamentos de su decisión la Sala sostuvo que correspondía “tener en consideración —al margen de los fundados argumentos de la sentencia en recurso— que —en principio— no hay indicio de que la huelga haya sido declarada ilegítima. Asimismo, tampoco puede escapar —al marco de análisis— que un eventual descuento sobre el salario de un docente puede generar efectos más disvaliosos que adoptar —como medida precautoria— un temperamento que —durante la sustanciación del pleito— no afecte la intangibilidad de un derecho de carácter alimentario.// Nótese que, en un extremo y en un examen liminar del asunto, de viabilizar descuentos sistemáticos de salarios por medidas de fuerza no declaradas —por los procedimientos de rigor— ilegítimas, se podría llevar a que —elípticamente— existan medidas de coacción lesivas de los derechos colectivos del trabajo”.

4. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 5/26 vta.). Sostuvo que la sentencia era definitiva de acuerdo con el art. 22 de la Ley de Amparo, o equiparable a tal “puesto que en mérito a la identidad de la demanda amparista con la cautelar en cuestión, el pronunciamiento sobre el principal resultará tardío y de imposible ejecución, en el supuesto de rechazarse la demanda. Ello toda vez que, involucrando el decisorio la afectación de fondos públicos en funciones que no han sido efectivamente prestadas, la medida

ordenada produciría un gasto que no trae aparejado contraprestación alguna y que en muchos casos, tratándose de docentes interinos o suplentes, podría devenir de imposible recupero para el GCBA, aun frente a una sentencia desestimatoria de la pretensión traída a juicio" (fs. 10, subrayado en el texto original). También se agravió porque el GCBA no fue oído en el trámite de la apelación, lo que lesionó su derecho de defensa (fs. 10 vta.). Cuestionó la sentencia, además, por afectar el principio de división de poderes, ya que se afectaron las facultades propias del Poder Ejecutivo de dirección y supervisión de la gestión administrativa al vedarle disponer descuentos por días no trabajados (fs. 10 vta./11).

El recurrente introdujo, además, el planteo de nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia que rechazó la medida cautelar peticionada por el actor. Afirmó que la falta de notificación a su parte de esa decisión y de la posterior providencia de la Sala II que comunicó la recepción de los autos y dispuso pasar los autos para resolver, afectaron su derecho de defensa y su derecho a la jurisdicción ya que no le permitieron contestar los agravios de la parte actora (punto IV, fs. 12 vta./15).

5. La Sala denegó su concesión por no dirigirse contra una sentencia definitiva, y porque el recurrente no acreditó que la cautelar concedida produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva. Señaló, asimismo, que la ausencia de este requisito no se suple con la invocación de lesión a principios o garantía constitucionales o con la denuncia de arbitrariedad de la sentencia (fs. 29/31).

6. Frente a la denegatoria, el GCBA interpuso ante el Tribunal el recurso de queja (fs. 33/60). Sostuvo que la sentencia era definitiva, de acuerdo con la LA, y, también, que el carácter irreparable del perjuicio surge del "carácter sinalagmático de la relación de empleo público y que lo así percibido en muchos casos podría llegar a resultar de imposible o muy dificultoso recupero" (fs. 39 vta.), ocasionando "la consecuente imposibilidad o seria dificultad del recupero del gasto efectuado" (fs. 40, destacado en el texto original).

El recurrente reiteró el planteo de nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia que había introducido en el recurso de inconstitucionalidad (fs. 40 vta./43 vta.).

7. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició que el Tribunal haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad y revoque la sentencia apelada (fs. 110/120). Consideró, en primer término, que la sentencia recurrida es definitiva, de acuerdo con lo establecido por ley 2145. Seguidamente, consideró que el recurso rebate el auto denegatorio, plantea adecuadamente una cuestión constitucional referida al apartamiento "de los parámetros legales para la admisibilidad de la acción incoada y, por ende, el

otorgamiento de la medida cautelar solicitada en el marco de aquella" (fs. 119). También consideró procedente los planteos del GCBA referidos a la invasión de la zona de reserva del poder administrador y se expidió en contra del agravio referido a la afectación del derecho de defensa ya que, sostuvo, las medidas cautelares se deciden inaudita parte.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 33/60 fue interpuesto en tiempo y forma, sin embargo, no puede ser admitido.

2. La Sala II de la Cámara CAyT denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, por considerar que la decisión atacada no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal. A mayor abundamiento, el *a quo* expresó que tampoco se había logrado exponer un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, a partir del planteo de la arbitrariedad del pronunciamiento recurrido.

3. Cabe comenzar por considerar la solicitud que el GCBA reitera en la queja —formulado en su primera intervención en el proceso: al interponer el recurso de inconstitucionalidad— referida a la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia. El recurrente sostiene que al haberse omitido la notificación a su parte de esa decisión, se le impidió contestar los agravios del actor y ejercer el derecho de defensa. Se trata, como se ve, de la denuncia de un vicio en el procedimiento previo a la sentencia de Cámara.

Por regla, tal tipo de cuestiones sólo podría plantearse por vía de incidente de nulidad (art. 155, CCAyT, aplicable supletoriamente al proceso de amparo por la remisión dispuesta en el art. 28 de la ley 2145). En el caso, fue efectuado como un capítulo del recurso de inconstitucionalidad, cuyo plazo de interposición (art. 22, LA) es igual (cinco días) al que corresponde a la deducción del incidente de nulidad (art. 153, CCAyT). El planteo fue considerado por el tribunal de alzada en los puntos 3 y 4 de los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (véase fs. 29 vta.). Aunque lo decidido no se plasmó en la parte resolutoria de la sentencia, la Sala consideró que no se había demostrado el perjuicio que le ocasionaba el acto tachado de irregular.

La queja del GCBA no critica lo decidido por la Sala. A tal punto es así, que ni menciona siquiera las consideraciones de la Cámara o la omisión de una decisión expresa en el dispositivo de la sentencia; tampoco manifiesta haber interpuesto ante ese tribunal el recurso de aclaratoria (art. 216, CCAyT) ni señala alguna imposibilidad para hacerlo (por ejemplo: interpretar que los recursos reglados en la ley 2145 integran un número *clausus* que no puede ser

ampliado por aplicación del art. 28 de esa misma ley). El GCBA se limita a exponer, nuevamente y casi a la letra, lo dicho en el recurso de inconstitucionalidad. De tal forma, la ausencia de toda crítica a las razones brindadas por la Sala para desestimar el planteo de nulidad, aunada a la naturaleza procesal de la cuestión planteada, vedan al Tribunal considerar la pretensión mencionada —más allá del acierto o error de lo expresado por la Cámara para contestar el agravio abordado en este punto.

La conclusión no cambiaría aunque, por aplicación del principio *iura novit curia*, se considerase el escueto planteo del GCBA de cara a lo dispuesto por el art. 15 de la ley 2145, pues no debe perderse de vista que el traslado que el citado precepto ordena correr previo al dictado de una medida cautelar opera cuando "la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración", exigencia normativa que ponía en cabeza del GCBA demostrar en autos por qué razón la suspensión de efectuar descuentos al actor debía considerarse abarcada en alguno de esos supuestos; lo que no ha ocurrido.

4. En cuanto a la queja en sí, y en relación con el primer argumento utilizado por la Cámara para denegar la vía recursiva intentada, ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —véase mi voto en minoría *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, resolución del 27/8/2008—. En consecuencia, con sustento en los fundamentos brindados en el precedente citado —a los que me remito en homenaje a la brevedad—, entiendo que la sentencia atacada en el caso constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tal conclusión torna innecesario abordar los planteos que el GCBA ha efectuado sobre el punto.

5. Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que el recurso no puede prosperar, pues no se ha logrado plantear un caso constitucional que habilite la instancia de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

La demandada cuestiona la decisión de la Sala II que concedió la medida cautelar peticionada por la accionante y, en consecuencia, ordenó al GCBA que se abstenga de practicar cualquier tipo de descuento en el salario de los docentes que se acogieron a la medida de fuerza de los días 17 de julio y 3 de septiembre de 2008, hasta tanto se dicte la sentencia de mérito.

A tal fin, plantea la arbitrariedad del decisorio. Puntualmente, sostiene que en autos no se encontraban reunidos los requisitos exigidos por las normas

aplicables para la procedencia de una medida precautoria como la solicitada. Niega que se hubiera comprobado en el caso la verosimilitud de derecho esgrimido por la amparista, en tanto la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad. Por otro lado, aduce que existió una errónea valoración del peligro en la demora y que, por lo demás, el daño que eventualmente se produjera a los docentes afectados no podría ser reputado irreparable. Así entonces, estima que el pronunciamiento impugnado cercena atribuciones propias del poder administrador y vulnera el derecho al debido proceso del GCBA.

6. En mi concepto, los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados, en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA).

En primer término, más allá del acierto o error del criterio adoptado por los magistrados intervinientes al tener por acreditados en el caso los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora invocados por la actora para obtener la cautelar resistida, los agravios planteados por el GCBA no logran demostrar que el pronunciamiento atacado se respalde en un desacierto en virtud del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Antes bien, se advierte que la recurrente pretende que este estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente, a partir de una discrepancia con el criterio adoptado para dar andamiento a la medida provisional requerida.

En efecto, si bien el GCBA expresa genéricamente la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar —en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada por la Sra. Graciano—, luego no explica (y por ende no demuestra) por qué razón tal recupero sería dificultoso en relación con la actora. Vale señalar en este sentido que las referencias a un universo de docentes beneficiados con la medida cautelar otorgada no resulta pertinente, si se tiene en cuenta el objeto de este juicio y el alcance puntual de la cautelar aquí dispuesta, relacionada pura y exclusivamente con la Sra. Graciano. El Gobierno tampoco precisa la magnitud económica del descuento que se le priva de practicar, ni expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en el salario de la actora, como afirma en su recurso.

En suma, la alegada afectación de potestades administrativas que se generaría en cabeza del GCBA con el dictado de la cautelar resistida en el caso carece de sustento, pues, en pocas palabras, no se ha logrado establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación se invoca y el contenido concreto de la sentencia recurrida.

Resulta oportuno recordar, además, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues sólo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por el GCBA a fs. 33/60.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja planteada por el GCBA debe ser rechazada ya que no rebate adecuadamente los fundamentos expuestos en el pronunciamiento recurrido por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad: ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal.

2. Es menester puntualizar, que tal como lo he expresado con anterioridad, participo del criterio según el cual —por regla— los pronunciamientos sobre medidas cautelares en el marco de un proceso de amparo no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad (expte. n° 6015/08 "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resolución del 1º/10/2008; expte. nº 6208, "Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; expte. nº 6260 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", resolución del 27/5/2009; expte. nº 6208 "Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 11/3/2009; entre otros).

De tal modo, es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. En el caso

sub examine, el recurrente, pese a sus esfuerzos, 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.

En efecto, el GCBA sostiene que la sentencia recurrida le provoca un perjuicio de imposible reparación ulterior, habida cuenta la consecuente imposibilidad o seria dificultad del recupero del gasto efectuado, y la grave afectación que produce al interés público el desequilibrio generado por el Tribunal que resolvió la medida cautelar arrogándose funciones propias y excluyentes del Ejecutivo, en franca violación al principio de división de poderes. Sin embargo, aunque el GCBA expresa la dificultad para recuperar las sumas que en cumplimiento de la medida cautelar dictada debería abstenerse de descontar, en caso de que eventualmente no prosperase la acción iniciada, no individualiza si la accionante constituye una docente titular, interina o suplente —lo que podría tener incidencia en un futuro recupero de lo abonado—, no aclara cuál sería la magnitud económica de los descuentos, ni expone por qué razón tales descuentos tendrían escasa significación en el salario de la actora.

Por otra parte, la suma global involucrada en la disposición cautelar debió encontrarse presupuestada por el GCBA (ya que se trata de salarios), por lo que no se le impone efectuar una erogación al margen de sus previsiones.

Y por último, en cuanto al agravio referido a la afectación del derecho de defensa por ausencia de bilateralidad —que invoca a lo largo de todo el recurso—, el recurrente tampoco logró acreditar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior que torne equiparable a definitiva la resolución cautelar impugnada, máxime teniendo en cuenta que el ordenamiento procesal prevé, para estos supuestos —cuando la parte afectada por la medida precautoria, al haber sido ésta dispuesta en la segunda instancia, no tuvo oportunidad de apelar—, la posibilidad de obtener una posterior revisión de la medida cautelar por la vía del incidente de levantamiento de la misma y/o la interposición de recursos ordinarios contra la decisión de la alzada.

3. Aun cuando la razón expuesta en el punto precedente conduce por sí sola al rechazo del recurso de queja, debo señalar que comparto los argumentos expresados por el juez de trámite en cuanto considera que el recurrente no ha logrado demostrar, a través de su planteo, la existencia concreta de una cuestión de naturaleza constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo.

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujera el GCBA (fs. 33/60).

2. La presente causa es análoga al precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Docentes Ademys c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. n° 6474, resolución del 3/7/2009.

Para fundar mi decisión habré de reproducir, en los aparts. 3, 4 y 5 de este pronunciamiento, las consideraciones que expusiera en aquel expediente y que resultan enteramente aplicables a la situación de autos.

3. "El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma, aunque (…) carece de una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, por lo que no es admisible".

"El eje del recurso directo en análisis, en lo que aquí me importa, gira en torno al sentido de la expresión 'sentencia definitiva' en orden a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad y a su conexión con el régimen de la acción de amparo previsto por la ley 2145. Acerca de esta cuestión me expedí en el 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)'".

"Dije en los aparts. 4, 5 y 6 de mi voto en el precedente citado, que:

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 mérito 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, 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 (por ejemplo, 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 CCBA' (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. 4, 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".

4. "La extensa cita transcripta en el apartado (…) [3] da argumentos para evaluar si la carga desplegada por el GCBA tendiente a justificar la existencia de sentencia definitiva o equiparable, es o no relevante".

"Asimismo es oportuno recordar aquí que, cuando el art. 18 de la ley 2145 dispone que '[l]a sentencia firme que resuelva sobre la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza en las condiciones establecidas por el art. 14 de la CCBA, hará cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo', no priva del carácter de cosa juzgada material a la decisión recaída en el amparo, así como no resulta privada de tal cualidad la sentencia de desalojo que deja subsistentes acciones por daño contra el locatario; la sentencia de divorcio que deja subsistente acciones por alimentos o la sentencia condenatoria penal que deja subsistente el reclamo civil, sólo para dar algunos ejemplos. Si la sentencia dictada en un amparo sólo hiciera cosa juzgada formal, la acción correspondiente estaría privada de todo sentido tuitivo y de efectividad, y equiparada a un trámite administrativo".

"Estas advertencias preliminares permiten desmontar los argumentos con los que la Procuración intenta sostener que su recurso de inconstitucionalidad está dirigido contra una sentencia equiparable a definitiva".

"La resolución impugnada versa sobre una medida cautelar, y por tanto no decide el fondo del asunto; consiste en un juicio de verosimilitud y no en una declaración de certeza jurídica; en una hipótesis acerca de la plausibilidad

del derecho autoafirmado en la demanda que únicamente quedará confirmada o desechada, en principio, con la sentencia definitiva. La decisión cautelar en análisis —una medida cautelar innovativa que permite la percepción de los salarios— no decide el pleito. Si luego en la sentencia definitiva se admite que corresponden los descuentos por huelga, los agentes que hubieran percibido su remuneración por los días no trabajados, serán deudores del Gobierno".

"Desde un punto de vista más técnico se puede sostener, entonces, que un anticipo del objeto mediato de la pretensión —anticipo de tutela material— no resulta dirimente porque aún falta, y éste sí es un elemento importante, la decisión sobre el objeto inmediato de la pretensión que consiste una declaración de certeza jurídica sobre el derecho autoafirmado. No hay, pues, sentencia definitiva ni equiparable a tal".

"Sin embargo, el Gobierno insiste en que la medida cautelar es una sentencia equiparable a definitiva por la irreversibilidad de los perjuicios que le causa. Este es el único argumento digno de atención y que, eventualmente, podría justificar la admisibilidad del recurso".

"En rigor, el GCBA sustenta su postura en la condición de interinos o suplentes de muchos de los docentes involucrados, y en el carácter 'flotante' o aleatorio de ese conjunto, lo que le impediría recuperar lo pagado en el supuesto de que el amparo fuera rechazado. No advierte que aún en ese caso, el crédito a su favor persistiría".

"No obstante, aquí también los fundamentos del quejoso son extremadamente débiles. La decisión recurrida no genera al GCBA ningún perjuicio irreparable…".

5. "En la queja correspondiente, el Gobierno reitera su planteo de nulidad de lo actuado por afectación del derecho de defensa en juicio. El tema tal como está expuesto remite a un supuesto vicio o error de procedimiento, definitivamente extraño al recurso de inconstitucionalidad. Cabe recordar que, para tales situaciones, el CCAyT prevé en los arts. 152 y 157 —que regulan el régimen de las nulidades procesales— la vía incidental, la cual debe ser promovida ante la instancia donde el supuesto vicio u omisión se hubiera producido".

6. Por último, destaco, al igual que lo hiciera en otro precedente, "…que sorprende que la recurrente, con el propósito de defender el carácter de sentencia definitiva de la decisión que impugna, reproduzca literalmente —sin citar la fuente— parte de mi voto en la causa 'Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)', resuelta el 27/8/2008, como si fueran el resultado de la labor intelectual de la Procuración. Se trata, según entiendo, de una actitud que se ubica en el límite ético de la actuación profesional (conf. art. 24, Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal)" ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 6260/08, resolución del 27/5/2009).

7. Con apoyo en las consideraciones expuestas, voto por rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 33/60).

El juez Luis F. Lozano dijo:

La queja planteada en autos versa sobre una cuestión análoga a la decidida por este tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado c/GCBA s/medida cautelar'" (expte. nº 6260/08, sentencia del 27/5/2009) cuyos argumentos, a los que me remito y doy por reproducidos, resultan suficientes para rechazar el recurso planteado a fs. 33/60.

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

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

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

CCI

"TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN VECINAL DE BELGRANO C SAN BENITO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba.
Interpretación de normas infraconstitucionales.
DENEGATORIA DE FUERO FEDERAL: Sentencia equiparable a definitiva.

SUMARIOS:

1. Las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan, dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local, indudablemente, constituye una cuestión de hecho y de

derecho procesal, ajena a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. La decisión que rechazó el recurso, ya sea porque consideró extemporáneo el recurso de inconstitucionalidad que pretendía sostener la queja, o porque la sentencia impugnada no reunía la calidad de definitiva, no suscita cuestión federal alguna, sino de carácter eminentemente procesal, pues no se requiere desentrañar la inteligencia de norma constitucional o federal alguna para la solución de la causa, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. La mención de preceptos constitucionales que efectúa la recurrente (afectación de su derecho a ejercer industria lícita y comerciar, más precisamente, el de ejercer el comercio interprovincial; de las garantías del debido proceso y de juez natural; así como de los principios de razonabilidad, congruencia, seguridad jurídica y confianza legítima) no basta para abrir la vía extraordinaria, ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. Dado que en los recursos de queja y de inconstitucionalidad la recurrente había logrado plantear un caso constitucional a partir de la invocación de la garantía del juez natural (art. 18, C.N.) que debía ser atendido, por razones de congruencia, corresponde habilitar la instancia de excepción ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si el recurso extraordinario federal fue articulado en tiempo hábil; contra una sentencia equiparable a definitiva, como ocurre con la decisión denegatoria del fuero federal; y se encuentra debidamente fundado. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6178/08 - 1º/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Telefónica Móviles Argentina S.A. (en adelante TMA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 145/168 vta.) contra la decisión de fecha 18 de mayo de 2009 (fs. 130/141) mediante la cual el Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesta por ésta.

Corrido el traslado pertinente, tanto el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) como Asociación Vecinal de Belgrano C San Benito, solicitaron su rechazo (véase fs. 174/180 y fs. 181/187, respectivamente). Aso-

ciación Vecinal de Belgrano C Manuel Belgrano, en cambio, guardó silencio a este respecto (véase diligencia de fs. 172 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces 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 sentencia de fs. 130/141 rechazó el recurso de queja intentado por TMA tras considerar —en apretada síntesis— que: *a)* el recurso de inconstitucionalidad que pretendía defender la queja había sido deducido extemporáneamente; y *b)* el pronunciamiento recurrido —en tanto declaraba mal concedida la apelación articulada por TMA— no reunía la calidad de definitivo. En otras palabras, la decisión que ahora se quiere llevar a conocimiento de la CSJN, desestimó un recurso de queja por no satisfacer los recaudos establecidos en las disposiciones locales que lo regulan.

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

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

Para justificar la existencia de este extremo, TMA insiste en sostener que, en materia de telecomunicaciones las potestades regulatorias, de control y sanción se encuentran atribuidas al Gobierno Federal en función de lo dispuesto en el art. 75, incs. 13, 14 y 18 de la C.N. Sin embargo, olvida la recurrente que la decisión que rechazó su recurso, ya sea porque consideró extemporáneo el recurso de inconstitucionalidad que pretendía sostener la queja, o porque la sentencia impugnada no reunía la calidad de definitiva, no suscita cuestión federal alguna, sino de carácter eminentemente procesal. En efecto, no se requiere desentrañar la inteligencia de norma constitucional o federal alguna para la solución de la causa, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. Las consideraciones que formula TMA en su recurso tan solo dejan entrever su discrepancia con la de-

cisión adoptada y su intención de que —por esta vía— se revise el pedido de incompetencia que su parte oportunamente formulara y que fuera desestimado por la jueza de grado.

4. Por otra parte, la mención de preceptos constitucionales que efectúa la recurrente (afectación de su derecho a ejercer industria lícita y comerciar, más precisamente, el de ejercer el comercio interprovincial; de las garantías del debido proceso y de juez natural; así como de los principios de razonabilidad, congruencia, seguridad jurídica y confianza legítima: fs. 154) no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por reglas de derecho que no son federales (*Fallos,* 310:2306). Y, en este punto, TMA no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal. Si correspondía, o no, considerar extemporáneo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por su parte; o si la decisión que declaró mal concedido el recurso de apelación que dedujera revestía, o no, la calidad de definitiva, no involucran —se insiste— cuestión federal alguna.

5. Tampoco, basta para tener por configurado el requisito de sentencia definitiva —o, en la mejor de las hipótesis, de "sentencia equiparable a definitiva"— con señalar que "...la magnitud de la pérdida económica, no sólo proveniente del desmantelamiento de las antenas, sino también de las futuras sanciones pecuniarias por parte de la autoridad de control (CNC) que tendría TMA por la interrupción del servicio..." (fs. 154), causa a su parte un gravamen personal, concreto y actual.

Ciertamente, la recurrente se adelanta a la suerte que correrá el pleito. Parte del supuesto —todavía incierto— de que se accederá a las pretensiones perseguidas en la demanda. Pero, a esta altura del proceso, es prematuro aventurar cuál será el resultado del juicio. No es posible descartar de plano que la sentencia que finalmente decida el fondo resulte favorable a TMA.

Por otro lado, se advierte que, más allá de las declamaciones efectuadas, la recurrente no ha brindado ningún fundamento concreto que permita demostrar la irreparabilidad del agravio que la decisión que impugna le genera.

No cabría tampoco considerar cumplido este recaudo (el de sentencia definitiva), como pretende la recurrente, con el argumento de que la solución alcanzada presupone la denegatoria del fuero federal. Es que no debe olvidarse

que la decisión objeto de impugnación ante este Tribunal fue la declaración de la Cámara de Apelaciones —con sustento en lo dispuesto por el art. 15 de la ley nacional 16.986, no tachada de inconstitucional por la recurrente— de considerar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por TMA contra la sentencia de la jueza de primera instancia que rechazó el planteo de incompetencia que articulara su parte, y no el rechazo de la excepción de incompetencia.

6. En cuanto a la gravedad institucional que la recurrente desliza al pasar en su escrito recursivo, no puede tenérsela por acreditada, ya que constituye una invocación genérica que no logra demostrar que en el caso concreto se encuentren afectados principios institucionales básicos. Mencionar que "...la desconexión y/o desmantelamiento de la antena que ordena la sentencia del proceso contencioso administrativo en trato reviste gravedad institucional desde que se verá comprometida la prestación del servicio esencial de telefonía celular móvil en un vasto sector de la Ciudad de Buenos Aires así como el tráfico interprovincial e internacional de llamadas, afectando no solo a mi mandante sino también a los millones de usuarios que utilizan el servicio" (fs. 161), resulta insuficiente —además de inadecuado— si se tiene en cuenta que "la desconexión y/o desmantelamiento" aún no se habría producido.

7. Por lo demás, la presentación de fs. 145/168 vta. no reúne los extremos requeridos por los arts. 2°, inc. i) y 3º, incs. a), b), c), d) y e) del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, la recurrente omitió efectuar en la carátula (art. 2°) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Y, como se observó en los párrafos precedentes, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, TMA no cumplió con las exigencias del art. 3°, relativas a que la decisión apelada sea definitiva (inc. a), a la cuestión federal (incs. b, d y e) y a la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona un gravamen personal, concreto y actual (inc. c). 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).

8. 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).

El juez José O. Casás dijo:

Al emitir mi voto en la sentencia de fecha 18 de mayo del corriente año entendí que la queja y el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por Telefónica Móviles Argentina S.A. debían prosperar dado que la recurrente había

logrado plantear un caso constitucional a partir de la invocación de la garantía del juez natural (art. 18, C.N.) que debía ser atendido.

En tanto el recurso de marras ha sido articulado en tiempo hábil; se ha dirigido contra una sentencia equiparable a definitiva según la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal cimero —puesto que así corresponde considerar a aquellas decisiones denegatorias del fuero federal, conf. *Fallos,* 315:66; 316:2410; 329:4622, 5734, entre otros—; y éste se encuentra debidamente fundado, por razones de congruencia estimo que ahora corresponde habilitar la instancia de excepción ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la concesión del presente recurso.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 141, punto 3.

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

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

CCII

"MEDINA, RAÚL DIONISIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE ACLARATORIA. RECURSO DE REPOSICIÓN.

SUMARIOS:

1. El planteo formulado por la parte actora no persigue que el Tribunal corrija un error material, aclare un concepto oscuro, o salve una omisión de la sentencia criticada concerniente a las pretensiones deducidas y discutidas en la causa, sino que procura que el Tribunal rectifique su propia sentencia por considerarla injusta, cuestión que excede el objeto establecido por el legislador para el recurso de aclaratoria y torna improcedente el intentado en autos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

2. Más allá del *nomen iuris* de la presentación efectuada, la petición es, en sustancia, un recurso de reposición en virtud del cual la parte actora pretende que este Tribunal revoque por contrario imperio la decisión adoptada por mayoría sin procurar obtener la subsanación de algún error material u omisión ni la aclaración de algún aspecto oscuro del pronunciamiento cuestionado, sino únicamente la revocación del pronunciamiento que declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora, lo cual conduce a desestimar sin más trámite el recurso de aclaratoria deducido por resultar improcedente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Las manifestaciones vertidas por el accionante en su recurso de reposición *in extremis* ponen en evidencia su discrepancia con la solución oportunamente adoptada, mas resultan inconsistentes para exponer alguna situación que demande un nuevo tratamiento por parte del Tribunal en este estado del proceso, puesto que la simple lectura de los votos que formaron la mayoría en la sentencia permite desestimar aquellos planteos que aluden a una supuesta omisión de tratamiento de la especial situación del amparista, relacionada con su condición de persona discapacitada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6495/09 - 1°/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Raúl Dionisio Medina interpuso el escrito "…Recurso de aclaratoria y reposición *in extremis*…" (fs. 129/133) contra la sentencia del Tribunal del 29/7/2009 (fs. 118/125) que, por mayoría, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que dedujera el amparista y, en consecuencia, mantuvo la decisión de la Sala II de la Cámara CAyT que confirmó el rechazo de la acción de amparo.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La presentación de fs. 129/133 es inviable toda vez que la supuesta aclaración que solicita el accionante importa modificar aspectos sustanciales de la sentencia dictada por el Tribunal.

El recurso de reposición propuesto está dirigido contra una resolución que no es de carácter simple o interlocutoria sino definitiva y, por tanto, irretractable.

2. La solución formalmente correcta que expongo en el punto anterior no alcanza a dar respuesta a la cuestión humana implicada en el caso, ni podría hacerlo.

Comprendo el drama del amparista y los derechos involucrados en la situación que refiere. Sin embargo, como lo hice a fs. 118/125 en mi carácter de jueza del Tribunal, sólo puedo acompañarlo desde la singularidad de aquel voto disidente.

3. Por las razones indicadas en 1. corresponde rechazar la presentación del Sr. Raúl Dionisio Medina (fs. 129/133). Así voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Mediante su presentación de fs. 129/133 el accionante interpuso, contra la sentencia de este Tribunal que declaró mal concedido su recurso de inconstitucionalidad, "...recurso aclaratoria (*sic*) como así también el de reposición *in extremis* a fin que V.E. corrija los errores allí incurridos y subsane las omisiones de ese pronunciamiento y lo revoque por contrario imperio..." (fs. 129).

2. Previo a todo, cabe evocar determinados conceptos sobre la validez del instituto de la "reposición *in extremis*", vertidos en mi voto emitido en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Navalle, Pedro Ignacio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 4351/05, sentencia del 9/8/2006.

En supuestos excepcionales la doctrina y también la jurisprudencia han considerado que autos interlocutorios e inclusive sentencias definitivas firmes pueden ser objeto de un recurso de revocatoria *in extremis*, si es que existe la posibilidad de que, con motivo de un error judicial, se pueda consumar una notoria injusticia, cuya subsanación por otras vías sea imposible —si no existen otros recursos posibles— o notoriamente dificultosa —como ocurriría si la única posibilidad impugnatoria sea la interposición de un recurso extraordinario.

Por lo tanto, la reposición *in extremis* se caracteriza por poseer notas absolutamente opuestas a las propias de la revocatoria "normal", en primer lugar porque mediante ella se persigue cancelar —total o parcialmente— la eficacia de una resolución de mérito —sentencia definitiva o auto interlocutorio—. Además, con la referida cancelación se busca remover una injusticia grave, palmaria y trascendente derivada de la comisión de un tipo especial de errores judiciales: los provenientes de ciertos errores materiales.

Es decir, debe tratarse de un error de hecho, que puede hacer incurrir al juez en equivocaciones *in iudicando* o *in procedendo* que cause una resolución notoriamente desajustada a la verdad objetiva.

La propia CSJN ha recurrido a este remedio para salvar errores de hecho o "afines", cuando se presentan situaciones serias e inequívocas que ofrezcan nitidez manifiesta sobre la existencia de un error material (315:2581, 305:603, 310:858). Se trata de casos en los que, de haberse advertido oportunamente las circunstancias que motivaron los respectivos recursos, se habría resuelto de modo opuesto a como efectivamente se hizo, y cuando es tan evidente el error material, que no corregirlo constituiría un apego insustancial a las formas por las formas mismas.

Si bien es cierto que el art. 212 del CCAyT establece que el recurso de reposición procede contra las providencias simples —causen o no gravamen irreparable— y contra las interlocutorias que no extingan el proceso y causen un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva, es importante tener en cuenta que este recurso se fundamenta en la celeridad y economía que se logra evitando la doble instancia, al permitir reconsiderar la cuestión al mismo juez que dictó la resolución.

Por lo tanto, a pesar de no estar expresamente previsto en el ordenamiento jurídico —como en algún momento tampoco lo estuvo el amparo, a pesar de ser aplicado por los tribunales a partir de los precedentes "Siri" y Kot"—, razones de justicia, celeridad y economía procesal me conducen a considerar válido el instituto de la reposición *in extremis.*

3. Sin embargo, la presentación efectuada por el accionante persigue revocar una sentencia por presuntos errores en la valoración de determinadas cuestiones de hecho —especialmente, la discapacidad del actor— , en la aplicación de precedentes jurisprudenciales —sentencia de este Tribunal recaída en autos "Esquivel Pizarro"—, y en la fundamentación de la decisión adoptada por este Tribunal.

Como podemos apreciar, ninguno de estos motivos puede favorecer la acogida de la reposición in extremis intentada, que sólo resulta procedente cuando existe un grosero error material que conduce a una decisión jurisdiccional claramente injusta y difícilmente reversible. Pero ningún error material fue invocado por el accionante, quien —por el contrario— se limita a demostrar su discrepancia con la sentencia de este Tribunal, mediante argumentos similares a los expuestos a lo largo de todo el proceso.

4. Asimismo, el planteo formulado por la parte actora no persigue que el Tribunal corrija un error material, aclare un concepto oscuro, o salve una omisión de la sentencia criticada concerniente a las pretensiones deducidas y discutidas en la causa, sino que procura que el Tribunal rectifique su propia sentencia por considerarla injusta, cuestión que excede el objeto establecido por el legislador para el recurso de aclaratoria (arts. 216 y 149, inc. 2º, CCAyT) y torna improcedente el intentado en autos.

5. En conclusión, tanto la reposición *in extremis* como la aclaratoria intentadas por el accionante resultan improcedentes, motivo por el cual voto por rechazar la presentación efectuada a fs. 129/133.

El juez José O. Casás dijo:

1. Más allá del *nomen iuris* de la presentación efectuada a fs. 129/133, la petición contenida en el escrito a estudio es, en sustancia, un recurso de reposición en virtud del cual la parte actora pretende que este Tribunal revoque por contrario imperio la decisión adoptada por mayoría con fecha 29 de julio del corriente año. Es que, en definitiva, no se procura obtener la subsanación de algún error material u omisión ni la aclaración de algún aspecto oscuro del pronunciamiento cuestionado, sino únicamente la revocación del pronunciamiento que declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora. Esta sola circunstancia conduce a desestimar sin más trámite el recurso de aclaratoria deducido por resultar improcedente (arts. 216 y 217, CCAyT).

2. Así las cosas, resulta oportuno recordar que las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7, además, 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; y del Tribunal *in re* "Partido Justicialista y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/nulidad", expte. nº 50/99, resolución del 16/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, pp. 136 y ss.; "Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/00, resolución del 24/10/2000; "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 1866/02, resolución del 13/11/2002, "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, sentencia del 29/6/2005, entre muchos otros).

Por otra parte, cabe destacar que las manifestaciones vertidas por el accionante en su recurso de reposición *in extremis* ponen en evidencia su discrepancia con la solución oportunamente adoptada, mas resultan inconsistentes para exponer alguna situación que demande un nuevo tratamiento por parte del Tribunal en este estado del proceso. Sólo a mayor abundamiento, cabe agregar que la simple lectura de los votos que formaron la mayoría en la sentencia de fecha 29 de julio del corriente año permite desestimar aquellos planteos que aluden a una supuesta omisión de tratamiento de la especial situación del

amparista, relacionada con su condición de persona discapacitada. Más aún, la insensibilidad que se denuncia de los magistrados que conformamos la mayoría no habilita la pretendida intrusión de este estrado en la competencia primariamente administrativa para resolver la cuestión, lo que se corrobora en lo expresado en el voto conjunto que suscribiera oportunamente junto a la doctora Ana María Conde. Allí se advirtió acerca de la posibilidad de que el actor incite por las vías pertinentes la intervención de las autoridades administrativas competentes para otorgar el permiso pretendido y de aquellas especialmente encargadas de la protección y asistencia de las personas con necesidades especiales, en las condiciones legales y reglamentarias que pudieran enmarcar la solicitud.

En consecuencia, el recurso presentado a fs. 129/133 resulta inadmisible.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como lo señalan mis colegas preopinantes, el Sr. Medina pretende, con la presentación de fs. 129/133 vta., más allá de cómo la ha titulado (conf. las "resulta"), que el Tribunal modifique su sentencia del 29/7/2009. En ese marco, corresponde declarar inadmisible esa presentación, toda vez que, conforme lo he señalado en otras oportunidades —conf. el voto conjunto con la Dra. Ruiz *in re* "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4942/06, sentencia de este Tribunal del 20/9/2007, entre otros—, las sentencias de este Tribunal no son susceptibles, por regla, de reconsideración, revocatoria o reposición alguna.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la presentación efectuada por Raúl Dionisio Medina a fs. 129/133.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 125, punto 2.

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

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

CCIII

"SERVICIOS EMPRESARIOS DIPLOMAT S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SERVICIOS EMPRESARIOS DIPLOMAT S.R.L. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

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

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario no puede admitirse si no cumple con el art. 3º inc. e) del Reglamento aprobado por acordada 4/07, que exige "la demostración de que medie una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso" para su procedencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Del relato de los hechos que efectúa la actora se sigue que no hay ninguna cuestión federal relacionada con el caso, ya que toda su argumentación gira en torno a la interpretación de normas infraconstitucionales y del concepto de "locación de servicios", sin lograr relacionar estos asertos con agravios constitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Dado que no se ha controvertido la inteligencia que corresponde asignar a las previsiones de la Constitución Nacional ni a las de norma federal alguna, así como tampoco se ha invocado un conflicto entre una norma local y alguna de las mencionadas, ya que la sentencia de la Cámara de Apelaciones cuya revisión aspiraba la recurrente encontró apoyo en la interpretación de normas locales, en particular, en la interpretación del término "intermediación" previsto en las normas fiscales locales, cabe denegar el recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6189/08 - 7/9/2009
Secretaría Judicial en Asuntos Contencioso Administrativos y Tributarios

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Servicios Empresarios Diplomat S.R.L. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 39/50 y carátula obrante a fs. 38) contra la resolución del Tribunal que rechazó su queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 31/34).

2. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó el traslado del recurso extraordinario solicitando su rechazo, con costas (fs. 54/71 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 38/50 fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo establecido por el art. 257, CPCCN. También cumple con los requisitos formales previstos en los arts. 1º y 2º del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Sin embargo, la presentación en examen no puede ser admitida pues no cumple con el art. 3º, inc. e) del mencionado Reglamento, que exige "la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso" para la procedencia del recurso extraordinario.

Del propio relato de los hechos que efectúa la actora se sigue que no hay ninguna cuestión federal relacionada con el caso. Toda su argumentación gira en torno a la interpretación de normas infraconstitucionales y del concepto de "locación de servicios", sin que logre relacionar estos asertos con agravios constitucionales. Por lo demás, las tachas de arbitrariedad y confiscatoriedad del fallo y la supuesta vulneración del derecho de propiedad que alega a fs. 43 no se encuentran fundadas.

Finalmente, el apartado V titulado "La sentencia apelada vulnera el principio de legalidad", carece de toda argumentación que intente explicar en qué consistiría esta vulneración y cómo se vinculan con el caso las citas doctrinarias que allí se vuelcan.

2. Por lo expuesto, voto por denegar el recurso interpuesto (art. 11 del Reglamento referido).

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a la solución y a los fundamentos del voto de la doctora Alicia E. C. Ruiz en cuanto deniega el recurso extraordinario federal contemplado en el art. 14 de la ley 48, por falta de relación directa de los agravios expresados con las normas de naturaleza federal y constitucional invocadas (inviolabilidad de la propiedad, garantía del debido proceso y legalidad), por ausencia de fundamentación suficiente y por la imbricación en el caso exclusivamente de normas infraconstitucionales.

Costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

El accionante interpuso el presente recurso extraordinario federal contra la sentencia de este Tribunal que rechazó la queja por no contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Como acertadamente destacan en sus votos los Dres. Ruiz y Casás, el recurrente no logró desarrollar con la fundamentación requerida una "cuestión federal" que justifique la concesión del recurso intentado. Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales, como principio, no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos*, 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 2184/03 – "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 13/8/2003), dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local, indudablemente, constituye una cuestión de hecho y de derecho procesal, ajena a la instancia extraordinaria a la que se pretende acceder.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso extraordinario federal interpuesto por la actora, con costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso extraordinario debe ser denegado. En la presente causa no se ha controvertido la inteligencia que corresponde asignar a las previsiones de la Constitución Nacional ni a las de norma federal alguna. Asimismo, tampoco se ha invocado un conflicto entre una norma local y alguna de las mencionadas. La sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT cuya revisión aspiraba la recurrente de este Tribunal encontró apoyo en la interpretación de normas locales, en particular, en la interpretación del término "intermediación" previsto en las normas fiscales locales.

Costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Servicios Empresarios Diplomat S.R.L., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 34, punto 2.

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

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