



ISSN: 3008-7082

ACTUALIDAD EN DERECHO PÚBLICO

LOCAL, FEDERAL E INTERAMERICANO

REVISTA DIGITAL DE JURISPRUDENCIA
Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA · MARZO 2024

ADP-LyF
Nº05



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



ÍNDICE

1

PREINSCRIPCIÓN AL CICLO LECTIVO 2024 DE LA CARRERAS DE ESTADO DE LA ESCUELA DE FORMACIÓN EN ABOGACÍA PÚBLICA DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

- Pag. 6** **2.1. POTESTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN.** Sustitución. Improcedencia.
- Pag. 7** **2.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** Poder de policía. Deber de resarcir. Lesión sobre atributos esenciales del derecho de propiedad. Distinción con meras restricciones administrativas.
- Pag. 7** **2.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL.** Falta de configuración. Debida fundamentación del acto jurisdiccional cuestionado.
- Pag. 8** **2.4. DOMINIO PÚBLICO Y JURISDICCIÓN.** Declaración de utilidad pública. Ausencia de desafectación tácita. Competencias de las provincias y el Estado Nacional.
- Pag. 9** **2.5. MEDIDAS CAUTELARES.** Recurso extraordinario. Ausencia sentencia definitiva. Gravedad institucional. Supuestos. Servicio público de transporte interjurisdiccional. Control de la prestación. Abstención del dictado de normas. Recurso extraordinario. Inadmisibilidad. Queja.
- Pag. 10** **2.6. CUESTIÓN ABSTRACTA.** Pronunciamiento inoficioso. Dictado de una resolución que pone fin al sumario administrativo en forma previa a la traba de la litis. Aplicación del precedente "Peso".
- Pag. 11** **2.7. RECURSO EXTRAORDINARIO. DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA.** Denegatoria del fuero federal. Competencia laboral. Comisiones médicas.

3

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 70/23. JURISPRUDENCIA

- Pag. 12** **3.1 DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.** Forma republicana de gobierno. Necesidad y



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



urgencia. Ausencia de la configuración objetiva que justifique evitar la intervención del Poder Legislativo. **MEDIDAS CAUTELARES.** Medida cautelar. Juez incompetente. Artículos 2º y 4º de la Ley 26.854.

Pag. 12 **3.2. MEDIDAS CAUTELARES.** Derecho a la salud y la vida. Preservación. Situación especial del peticionario en razón de la edad y el derecho que se protege.

Pag. 13 **3.3. COMPETENCIA.** Naturaleza de las relaciones jurídicas involucradas como criterio esencial para su determinación. Competencia del fuero Contencioso Administrativo Federal.

Pag. 13 **3.4. MEDIDAS CAUTELARES.** Derecho a la salud. Informe previo. Falta de requerimiento. Cumplimiento de los requisitos para la suspensión del acto estatal cuestionado.

Pag. 14 **3.5. ACCIÓN DE AMPARO. JUEZ COMPETENTE. LIBERTAD SINDICAL.** Derechos laborales. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia. Limitación del derecho a huelga. Decreto de necesidad y urgencia. Suspensión cautelar.

Pag. 15 **3.6. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. AMPARO.** Amparo colectivo. Recurso de apelación. FERIA judicial. Habilitación de feria. Defensa en juicio.

Pag. 16 **3.7. AMPARO COLECTIVO.** Inexistencia de caso o controversia. Inadmisibilidad de la pretensión de amparo.

Pag. 17 **3.8. LEGITIMACIÓN.** Desplazamiento de la acción individual al proceso colectivo inscripto en el registro respectivo.

Pag. 17 **3.9. LEGITIMACIÓN.** Invocación de calidad de ciudadano. Insuficiencia.

Pag. 18 **3.10. LEGITIMACIÓN.** Ausencia de gravamen diferenciado o perjuicio actual o concreto por parte del peticionario. Ausencia de caso o causa contenciosa.

4

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

Pag. 18 **4.1. AMPARO.** Omisión estatal ilegítima. Arbitrariedad. Principio de necesidad. Inobservancia. Violación del principio de igualdad.

Pag. 19 **4.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.** Finalidad. Principios. **ACTO ADMINISTRATIVO.** Motivación. **FACULTADES DISCRECIONALES.** Imposibilidad de actuación arbitraria de la Administración.



Pag. 20 **4.3. CONTRATO ADMINISTRATIVO.** Diferencia de cotización de dólar estadounidense.

5

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

Pag. 21 **5.1. COMPETENCIA.** Competencia de la justicia federal en razón de la materia involucrada.

6

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Y DE RELACIONES DE CONSUMO.

Pag. 21 **6.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO.** Ausencia de principio de ejecución del contrato y del deber probatorio de quien denuncia el incumplimiento.

Pag. 22 **6.2. AMPARO.** Rechazo. Ausencia de caso o controversia. Falta de legitimación activa.

Pag. 23 **6.3. AMPARO COLECTIVO.** Procedencia del proceso colectivo ante la existencia de intereses individuales homogéneos. **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.** Control de constitucionalidad abstracto. Improcedencia ante la existencia de caso. **CONTROL JUDICIAL.** Contorno en el cual debe efectuarse.

7

PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN.

Pag. 24 **7.1. SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Sanción disciplinaria. Prescripción. Competencia en relación al tiempo. Responsabilidad disciplinaria. **ACTO ADMINISTRATIVO.** Revocación. Conocimiento del vicio. Excepción a la regla de la estabilidad.

Pag. 25 **7.2. DOMINIO PÚBLICO.** Bienes. Desafectación. Requisitos.

Pag. 26 **7.3. LICITACIÓN PÚBLICA.** Adjudicación. Dictamen de evaluación de ofertas. Concepto. Impugnación. Alcance.

Pag. 26 **7.4. LICITACIÓN PÚBLICA.** Caso fortuito. Fuerza Mayor. Características. Riesgo empresario.

8

PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD.

Pag. 27 **8.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** Ausencia de factor de atribución de responsabilidad estatal por la actuación u omisión del concesionario del servicio público o contratista.

- Pag. 27** **8.2. TASA DE ESTUDIOS, REVISIÓN E INSPECCIÓN DE OBRAS EN LA VÍA PÚBLICA Y/O ESPACIOS DE DOMINIO PÚBLICO.** Tributo, tasa, contribución. Espacio público. Reclamo EDENOR.
- Pag. 28** **8.3. AUDIENCIA PÚBLICA TELEMÁTICA.** Tratamiento a la tarifa técnica de modificación del cuadro tarifario para la explotación del servicio del Subte.

9

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

- Pag. 29** **9.1. ESPAÑA. LÍMITES DE LOS DECRETOS LEYES.** Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido en una norma de urgencia que no desconoce los límites materiales de los decretos leyes.
- Pag. 30** **9.2. ESPAÑA. RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.** Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal y causales que eximen al Estado del deber de responder.

10

DOCTRINA JUDICIAL PARA RECORDAR.

- Pag. 32** **10.1. DIGNIDAD DE LA PERSONA.** Protección del trabajador. Principio de progresividad. Deberes del Estado para la protección a la vida digna. **JUSTICIA SOCIAL.** Principio pro persona. Deber de armonizar la protección de los derechos humanos y las potestades públicas.
- Pag. 33** **10.2. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.** División de funciones entre los poderes del Estado. Controles recíprocos. Límites para el ejercicio de funciones legislativas por parte del Poder Ejecutivo.

11

11. INVITACIÓN A LOS COLEGAS DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.



SUMARIO

01 PREINSCRIPCIÓN AL CICLO LECTIVO 2024 DE LAS CARRERAS DE ESTADO DE LA ESCUELA DE FORMACIÓN EN ABOGACÍA PÚBLICA DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

02 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

2.1 POTESTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN. Sustitución. Improcedencia.

- El control jurisdiccional de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad. Sin embargo, ese control judicial no puede traducirse en la sustitución de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia adoptados por el órgano competente, de conformidad con las pautas definidas en la normativa aplicable al caso (Fallos: 315:1361). Ello es así pues la competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva (Fallos: 330:717; 331:1369, entre otros).
- El fallo impugnado implicó una indebida sustitución de las facultades que la resolución asignada atribuyó al Procurador General de la Nación.
- La sentencia apelada, sin exponer razones de peso que lo justificaran, ingresó en el núcleo de discrecionalidad que la resolución PER 219/96 le otorgó al mencionado funcionario, y sustituyó el criterio plasmado en las resoluciones del 11 de agosto y 17 de diciembre de 2009, por el suyo propio.
- La solución alcanzada por la cámara, que descalificó la decisión del Procurador General de la Nación por la ausencia de una motivación que justificara no usar la facultad excepcional de la que se encuentra investido y que además ordenó el pago de diferencias salariales, alteró el recto sentido de las disposiciones que rigen la materia en el ámbito del Ministerio Público Fiscal e incurrió en una indebida sustitución de facultades administrativas

(Del voto del Dr. Carlos Rosenkrantz).

- ★ CSJN, “Poggio, María Marta c/ Procuración Gral. de la Nación y otro s/ varios”, del 7 de diciembre de 2023.

2.2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Poder de policía. Deber de resarcir. Lesión sobre atributos esenciales del derecho de propiedad. Distinción con meras restricciones administrativas.

- El ejercicio regular de las funciones estatales atinentes al poder de policía “no obsta a la responsabilidad del Estado si se priva a un tercero de su propiedad o se la lesiona en sus atributos esenciales” (Fallos: 253:316; 310:2824). Si bien esta doctrina fue afirmada respecto de la realización de obras, cabe su aceptación como principio respecto de la generalidad de las denominadas “intromisiones estatales autorizadas” (Fallos: 312:659).
 - Las intromisiones que solo configuran una restricción administrativa, en tanto limitación al ejercicio normal del derecho de propiedad que deben soportar los integrantes de una comunidad en aras de la satisfacción del interés público, no son indemnizables e importan solo una reducción del carácter absoluto de la propiedad.
 - Las acciones regulares del Estado que conllevan una privación de la propiedad o lesión de sus atributos esenciales, son indemnizables –entre otros- bajo el instituto de la expropiación, de la servidumbre administrativa, de la ocupación temporánea o, en su caso, de la responsabilidad estatal por su actividad lícita.
- ★ CSJN, “Mercau, María del Rosario y Otro c/ Municipalidad de Merlo s/ Acción contencioso administrativa”, de 20 de febrero de 2024.

2.3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL. Falta de configuración. Debida fundamentación del acto jurisdiccional cuestionado.

- Sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño haya sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error (Del dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti).
- ★ CSJN “Irigoytía, Carlos Francisco y Otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre

Ríos s/ Ordinario – Daños y perjuicios, de 20 de febrero de 2024, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti.

2.4 DOMINIO PÚBLICO Y JURISDICCIÓN. Declaración de utilidad pública. Ausencia de desafectación tácita. Competencias de las provincias y el Estado Nacional.

- El conflicto que se ha suscitado entre la Administración de Parques Nacionales y la Provincia de San Luis tiene como contexto la interacción de las competencias federales y locales, según la distribución que resulta del Artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, y exige determinar el alcance de lo dispuesto en dicha cláusula, conforme a lo que surge de su texto luego de la reforma de 1994 y a lo establecido en los Artículos 41, 121 y 124 del mismo orden constitucional.
- En consecuencia, al haberse cumplido las condiciones a las que se encontraba sujeta la creación de dicho Parque (Artículos 3º y 4º de la Ley VII-0226-2004 (4844) y 2º de la Ley Nº 24.015) y frente a la cesión de la indicada porción de territorio efectuada por el Estado provincial, ese predio pasó a formar parte del dominio público nacional en los términos del Artículo 2º de la Ley Nº 22.351 y quedó afectado al régimen de la referida Ley de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales.
- La circunstancia apuntada en el considerando precedente tiene una relevancia decisiva para la solución del asunto, ya que, en las condiciones del caso, la provincia demandada no puede arrogarse sin más la propiedad de un establecimiento de utilidad nacional que no ha sido desafectado de su destino al uso público por una ley del Congreso Nacional y, por lo tanto, desconocer el régimen legal del referido “Parque Nacional Sierra de las Quijadas” (arg. Fallos: 340:991 y su cita).
- En efecto, el Artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional le asigna al Congreso la facultad de “dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en territorio de la República” y, a su vez, establece que: “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 ámbito donde se encuentra emplazado el “Parque Nacional Sierra de las Quijadas” es un establecimiento de utilidad nacional al que le resulta aplicable dicha cláusula constitucional, y la legislación nacional “necesaria” a los fines del establecimiento, cual es la citada Ley Nº 22.351, ha atribuido únicamente a la Administración de Parques Nacionales –como



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



autoridad de aplicación– la competencia plena para hacer cumplir la finalidad impuesta por la ley en su ámbito territorial y en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales el poder de policía ambiental ha de desenvolverse.

- Es atribución del legislador nacional determinar la existencia del fin nacional a cumplir, así como la elección de los medios y modos de satisfacerlo (Fallos: 322:2598); los poderes que las provincias delegaron por la Constitución Nacional no pueden constituir meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente las autoridades nacionales en ejercicio de tales poderes deben considerarse dotadas de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se instituyeron, ya que de no ser así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron (cfr. doctrina de Fallos: 329:2975).
 - La jurisdicción nacional en materia ambiental es la única que puede ejercerse en un predio afectado al régimen de la Ley Nº 22.351, pues no puede haber concurrencia alguna en cuanto a lo que constituye el fin específico de utilidad nacional, lo cual significa que en ese ámbito corresponde únicamente a la autoridad nacional la jurisdicción exclusiva y excluyente del poder de policía en dicha materia, en tanto ella es lo que hace al objeto mismo de la actividad del establecimiento federal (causa CSJ 2517/2005 (45-A) “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, pronunciamiento del 30 de diciembre de 2014, cfr. apartado VII del dictamen de la señora Procuradora General al que remite la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).
- ★ CSJN, Fallos 346: 1089 “Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración”, 3 de octubre del 2023.

2.5. MEDIDAS CAUTELARES. Recurso extraordinario. Ausencia sentencia definitiva. Gravedad institucional. Supuestos. Servicio público de transporte interjurisdiccional. Control de la prestación. Abstención del dictado de normas. Recurso extraordinario. Inadmisibilidad. Queja.

- Esta Corte Suprema de Justicia tiene reiteradamente declarado que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o revoquen, no revisten carácter de sentencia definitiva en los términos que exige el Artículo 14 de la Ley Nº 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros) (del



dictamen de la Procuradora General de la Nación).

- No obstante, dicho principio reconoce excepción cuando la medida dispuesta causa un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o de imposible reparación ulterior o cuando exista gravedad institucional (Fallos: 313:279; 314:1202 y 1968; 323:337) (del dictamen de la Procuradora General de la Nación).
- De los diversos criterios y alcances con que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo uso de la pauta valorativa de la gravedad institucional como medio para admitir el recurso extraordinario, es posible reconocer, como principio, que se ha entendido aludir a aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la comunidad (Fallos: 286:257; 306:480; 307:919, entre otros) o que ponen en juego instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973), o la buena marcha de las instituciones (Fallos: 303:1034), o cuando la cuestión incide en la prestación de un servicio público o lo decidido puede afectar la percepción de la renta pública (Fallos: 313:1420; 314:258; 316:2922) (del dictamen de la Procuradora General de la Nación).
- Sobre tales bases es que han de valorarse las circunstancias que el Estado Nacional aduce como configurativas de gravedad institucional que habilite la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se configura tal supuesto de excepción, puesto que lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe a la comunidad en razón de su aptitud para incidir en el ejercicio de las potestades propias de control en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, en el caso, interprovincial o de larga distancia (del dictamen de la Procuradora General de la Nación).

★ CSJN, Fallos 346:1070, “Empresa San José S.A. y otros c/ EN - Ministerio de Transporte de la Nación - CNRT y otro s/ proceso de conocimiento”, 19 de septiembre de 2023.

2.6 CUESTIÓN ABSTRACTA. Pronunciamiento inoficioso. Dictado de una resolución que pone fin al sumario administrativo en forma previa a la traba de la litis. Aplicación del precedente “Peso”.

- En las condiciones en las que ha quedado planteada la demanda, la cuestión ventilada devino abstracta y, por lo tanto, resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal en la causa (Fallos: 333:244; 337:1152, entre otros).
- Sin perjuicio de ello, por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en el prece



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



dente "Peso" (Fallos: 307:2061), corresponde revocar la sentencia recurrida a fin de evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado pueda causar un gravamen no justificado (Del dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti).

- ★ CSJN, *Gómez, Elisabeth Karina c/ Bockel, Juan José -Subsecretario General a cargo del Defensor del Pueblo de la Nación s/ amparo ley 16.986*, 21 de diciembre de 2023, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti.

2.7 RECURSO EXTRAORDINARIO. DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA. Denegatoria del fuero federal. Competencia laboral. Comisiones médicas.

- No constituye sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48 la decisión que estableció la competencia de la justicia laboral provincial para entender en la revisión judicial de decisiones de las comisiones médicas -Ley 27.348-, pues la misma no deniega el fuero federal ni el recurrente solicita su intervención y no coloca al impugnante en una situación de privación de justicia que afecte en forma directa e inmediata la defensa en juicio, en tanto no clausura la vía procesal promovida sino que atribuye competencia a la justicia laboral de su domicilio, que coincide, a su vez, con el lugar de prestación de tareas, donde puede ejercer la acción planteada (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).
- Las decisiones en materia de competencia no constituyen fallos definitivos en los términos del artículo 14 de la ley 48, excepto que concurran circunstancias que autoricen su equiparación, y ellas son: la denegatoria del fuero federal o una efectiva privación de justicia (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite). La ausencia de una decisión definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas ni por la pretendida arbitrariedad del fallo o la alegada interpretación errónea del derecho que rige el caso (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite).

- ★ CSJN, *"Gorriti Echegaray Darío Pedro c/ Swiss Medical ART S.A. y otros s/ otros reclamos"*, 6 de febrero del 2024.
-



03

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 70/23. JURISPRUDENCIA.

3.1 DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. Forma republicana de gobierno. Necesidad y urgencia. Ausencia de la configuración objetiva que justifique evitar la intervención del Poder Legislativo. MEDIDAS CAUTELARES. Medida cautelar. Juez incompetente. Artículos 2º y 4º de la Ley 26.854.

- Las formas republicanas no son mera retórica. Hacen a la esencia misma del sistema.
- En lo que atañe a la materia laboral el DNU N° 70 no exhibe objetivamente la “necesidad” de adoptar tan numerosas medidas. Lo cierto y jurídicamente relevante es que no se avizoran razones de “urgencia” para eludir la debida intervención del Poder Legislativo en lo que hace a la legislación de fondo.
- Aún en la hipótesis de considerarse configurado un conflicto positivo de competencia, ello no impediría ni exime de emitir pronunciamiento en el marco del presente incidente cautelar en los términos del art. 4º, inciso 3º, de la ley 26854 que, a la sazón, admite el dictado de medidas preventivas o de resguardo incluso por un juez que pudiera considerarse incompetente (ver art. 2º ley 26854).

★ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala FERIA, “*Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Incidente*”, 3 de enero de 2024.

3.2 MEDIDAS CAUTELARES. Derecho a la salud y la vida. Preservación. Situación especial del peticionario en razón de la edad y el derecho que se protege.

- Las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo su verosimilitud.
- Cabe tener especialmente presente que la actora corre riesgo inminente de no poder pagar el valor mensual pretendido por la empresa de medicina prepaga demandada.
- El peligro en la demora, aparecen como inminente dentro del marco escueto de conocimiento que habilita la instancia cautelar. En la especie cabe tener presente que la actora corre el riesgo inminente de no poder pagar el precio de la cuota de medicina prepaga.



- Ante el incremento mensual de las cuotas dispuesto por la empresa de medicina prepaga, no surge de las facturas acompañadas justificación o detalle que le permita a la accionante conocer el motivo que condujo al aumento del valor final comunicado.
- ★ Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de San Martín, “*Brauchli, Marta Cristina c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ Amparo colectivo*”, de 15 de enero de 2024.

3.3 COMPETENCIA. Naturaleza de las relaciones jurídicas involucradas como criterio esencial para su determinación. Competencia del fuero Contencioso Administrativo Federal.

- Para determinar la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, después, sólo en la medida en que se adecue a ello, al derecho que invoca como fundamento de la acción.
- A fin de establecer el tribunal competente, lo determinante es la naturaleza de las relaciones jurídicas involucradas y las normas que se utilizarán para resolver la controversia.
- La competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal se define no por el órgano productor del acto, ni porque intervenga el Estado lato sensu; sino por la materia en debate, por su contenido jurídico y por el derecho que se intenta hacer valer, esto es, por la subsunción del caso al derecho administrativo.
- El Tribunal es competente cuando media lo que alguna vez se ha denominado "doble jurisdicción administrativa", es decir, cuando la aludida rama del derecho público rige tanto en cuanto a la forma como en cuanto al fondo de los actos administrativos.
- ★ Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal, “*EN – Jefatura de Gabinete de Ministerios c/ Confederación General del Trabajo de la República Argentina s/ Inhibitoria*”, Dictamen 8/24, de 16 de enero de 2024.

3.4 MEDIDAS CAUTELARES. Derecho a la salud. Informe previo. Falta de requerimiento. Cumplimiento de los requisitos para la suspensión del acto estatal cuestionado. El informe previo previsto en el art. 4 de la ley 26.854 no resulta exigible, en el entendimiento que el caso se encuentra abarcado por las excepciones del inc. 3 “Las medidas cautela-

res que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandad”.

- La circunstancia que la medida cautelar solicitada no producirá efectos jurídicos irreversibles, sumado a la condición de jubilado de quien requiere tutela judicial efectiva y la ausencia de afectación a un interés público, más la concurrencia de los demás requisitos legalmente establecidos, hacen suponer la procedencia de la suspensión del acto estatal en ciernes.
- ★ Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo Federal Nº 2 de San Martín, “Vidal Quera, Amengual Rodolfo c/ SIMECO (Servicios Consejo Salud SIMECO) y Otro s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, 31 de enero de 2024.

3.5. ACCIÓN DE AMPARO. JUEZ COMPETENTE. LIBERTAD SINDICAL. Derechos laborales. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia. Limitación del derecho a huelga. Decreto de necesidad y urgencia. Suspensión cautelar.

- Corresponde disponer la suspensión cautelar de los efectos del DNU 70/2023 en lo que hace a la operatividad de las previsiones contenidas en su Título IV (TRABAJO -arts. 53 a 97-), atento las circunstancias de contexto alegadas por la central obrera recurrente; las disposiciones de los arts. 14, 16, 18, 29, 75.22 y 99.3 de la Constitución Nacional; la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -entre otros- en los precedentes “Verrocchi, Ezio c/ Poder Ejecutivo Nacional” y *la posibilidad real de participación legislativa en el debate y tratamiento de las reformas incluidas en el DNU cuestionado que emerge del llamado a sesiones extraordinarias*, que dan respaldo suficiente para habilitar la vía del amparo ante la alegación de una ilegalidad manifiesta que causa perjuicios graves que no son susceptibles de reparación ulterior.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el acceso a la justicia en materia laboral, requiere un sistema que garantice en particular la irrenunciabilidad del derecho de los trabajadores y las trabajadoras a acudir a las autoridades judiciales competentes para someter conflictos laborales de toda índole, la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales y una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral (CIDH, Opinión Consultiva OC 27/21).

- ★ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala de FERIA), “*Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina CTA c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo s/acción de amparo*”, del 4 de enero del 2024.

3.6. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. AMPARO. Amparo colectivo. Recurso de apelación. FERIA judicial. Habilitación de feria. Defensa en juicio.

- Los efectos perjudiciales para los litigantes -en tanto partes que intervienen y/o pudiesen intervenir en las causas vinculadas a las medidas adoptadas por el DNU 70/2023- no resultan en sí de la decisión de desvincular los procesos que ha sido adoptada por el Sr. Juez de feria, sino que -en todo caso- *el gravamen hubiese podido emerger de la incorrecta y apresurada decisión de imprimirle la calidad de proceso “colectivo”* por parte del juez, a pesar de la evidente ausencia de un supuesto de derechos de incidencia colectiva que se refieran a intereses individuales homogéneos.
- No existe elemento de convicción suficiente que permita comprobar de qué modo la decisión que encauzó el proceso como un amparo individual -en vez de un amparo colectivo- conculcaría el derecho de defensa del Estado Nacional. En el ámbito de cada proceso judicial y ante el juez con competencia para entender en la materia específica de la pretensión procesal en particular, el demandado podrá ejercer tales garantías constitucionales, mediante la actuación de los respectivos magistrados que las atiendan.
- No se explica cuál es el gravamen que le causa al Estado Nacional que, en resguardo de los principios de jurisdicción, competencia y especialidad establecidos en las normas procesales, se preserve la intervención propia de los tribunales competentes para conocer en cada una de las vastas materias de las que se ocupa el DNU 70/2023.
- No es posible dejar de tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido por el art. 15 de la Ley 16986, sólo son apelables “...la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el art. 3 y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado”.
- El apelante no puede pretender invocar gravamen alguno con fundamento en la existencia de una resolución que pudiese considerarse alcanzada por los efectos de la cosa juzgada y la preclusión procesal, ello así, por tratarse propiamente de una decisión in limine litis, de carácter provisional, que carece de los efectos propios de la certificación del proceso colectivo, que recién tiene lugar con posterioridad a la contestación de la demanda.

- ★ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala de feria A, "Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ Estado Nacional DNU 70/23 s/ incidente de apelación", 17 de enero del 2024.

3.7. AMPARO COLECTIVO. Inexistencia de caso o controversia. Inadmisibilidad de la pretensión de amparo.

- En la especie, no es dable soslayar que, como consecuencia de lo decidido por el Sr. Juez de Feria de la instancia anterior, por sentencia interlocutoria (que no ha sido recurrida por la parte actora), se declaró la inadmisibilidad formal de esta acción como proceso colectivo y, en la misma oportunidad, se resolvió que la presente continuara como una acción de amparo individual y se habilitó la feria judicial para continuar con su tramitación, habiéndose ordenado, a tal efecto, el libramiento del oficio previsto en el art. 8, Ley 16986.
- No es posible eludir que la parte actora ha fundado su legitimación para obrar en la presente "... en la defensa de la legalidad constitucional". Sin embargo, mediante actos procesales consentidos por la actora, el presente proceso judicial ha sido declarado y tramitado como una "acción de amparo individual". De forma que, resulta vano todo intento de reeditar una cuestión que ha quedado agotada al amparo del principio procesal de preclusión. Es decir, la circunstancia que la actora haya pretendido venir en defensa de los derechos colectivos de la ciudadanía a la participación en la dirección de los asuntos públicos directamente o a través de sus representantes, cuando este proceso quedó calificado y tramitado como "amparo individual" mediante resolución firme, constituye un óbice para la determinación de la existencia de "caso", "causa" o "controversia" en los términos de los arts. 116 y 117, Constitución Nacional
- La pretensión articulada en esta acción de amparo individual no surge vinculada ni preordenada a la resolución de una "causa", "caso" o "controversia" concreta entre partes adversas o una colisión efectiva de derechos, en los términos del art. 116, Constitución Nacional. Por lo que, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto desestimó -con este fundamento- la presente acción de amparo.

- ★ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala de Feria A, *Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros vs. Estado Nacional (DNU 70/2023) s. Amparo Ley 16986*, 30 de enero del 2024.



3.8 LEGITIMACIÓN. Desplazamiento de la acción individual al proceso colectivo inscripto en el registro respectivo.

- Se advierte que en el caso en análisis se configuran los supuestos para desplazar el conocimiento de las presentes actuaciones a favor del magistrado interviniente en el proceso inscripto en el Registro de Procesos Colectivos toda vez que, se dan provisoriamente los elementos materia; objeto de la pretensión y composición de la clase en los términos de la Acordada CSJN Nº 32/14 y 12/16.
- No altera la solución propiciada, el planteo de la parte actora de ejercer su derecho a la exclusión del colectivo, toda vez que una favorable acogida de la pretensión actoral conllevaría soslayar lo dispuesto por el Máximo Tribunal en la Acordada Nº 12/16, esto es en la finalidad de reglamentar los procesos colectivos.

★ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 7, “*Gil Domínguez, Andrés c/ EN-DNY 70/23 s/ Proceso de conocimiento*”, del 29 de diciembre de 2023.

3.9 LEGITIMACIÓN. Invocación de calidad de ciudadano. Insuficiencia.

- La existencia de "caso" presupone la de "parte", esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso.
- La legitimación extraordinaria sobre la base de la simple calidad de ciudadano ha sido reconocida por la Corte, tanto en sus decisiones mayoritarias como en opiniones en minoría, en casos en los cuales se encontró involucrada la afectación formal y directa de las normas de las constituciones provinciales o de la Constitución de la Nación.
- No se advierten razones para apartarse de la regla general establecida por la jurisprudencia de la Corte respecto a la falta de legitimación de quien invoca genéricamente la calidad de ciudadano y la defensa de la legalidad.
- Si bien se reconoce la trascendencia de las entidades actoras y el alto compromiso y especialidad en la representación legal, ello no alcanza para admitir, en el caso, la invocada legitimación en defensa de la legalidad general de las normas que sancionan los poderes políticos. Máxime cuando se trata de un DNU que, si bien es excepcional, está regulado en la Constitución Nacional y se prevé un trámite de revisión parlamentaria que se encuentra



en curso.

- ★ Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal Nº 2 de La Plata, “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y Otro c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, 20 de febrero de 2024.

3.10 LEGITIMACIÓN. Ausencia de gravamen diferenciado o perjuicio actual o concreto por parte del peticionario. Ausencia de caso o causa contenciosa.

- El accionante no ha acreditado, o siquiera alegado, ser titular de un gravamen diferenciado, o un perjuicio actual y concreto, razón que sella la suerte de su pretensión consistente en que el Poder Legislativo se aboque al tratamiento del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 70/23, en atención a su manifiesta falta de legitimación activa que redundará en la inexistencia de un caso o causa contenciosa respecto de la cual pueda fallar el Poder Judicial.
 - En la medida que el actor no demuestra la existencia de un interés concreto, inmediato y sustancial propio, corresponde rechazar la acción autosatisfactiva intentada.
- ★ Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 1, “Gil Domínguez, Andrés s/ EN s/ Proceso de conocimiento”, del 28 de febrero de 2024.

04 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

4.1 AMPARO. Omisión estatal ilegítima. Arbitrariedad. Principio de necesidad. Inobservancia. Violación del principio de igualdad.

- Si bien el Estado garantiza la gratuidad –mediante la exhibición del certificado de discapacidad correspondiente– no ha previsto que los integrantes del colectivo afectado puedan utilizar la tarjeta SUBE. Esta omisión constituye una acción insuficiente por parte del Estado Nacional, el cual asumió obligaciones positivas en cuanto a asegurar la igualdad real de trato y oportunidades para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
- La medida estatal restrictiva (o insuficiente) debe ser necesaria en el sentido de que,



dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto de los derechos de las personas; para lo cual, los Estados deben contemplar medidas alternativas.

- La procedencia de la presente acción colectiva de amparo se funda en la acción insuficiente de la parte demandada al instrumentar las políticas públicas necesarias a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso libre y gratuito de las personas con discapacidad al servicio público de transporte, sin incurrir en diferencias de trato. De este modo, se configura una conducta estatal que adolece de una ilegalidad y arbitrariedad manifiesta (art. 43 CN).

★ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala V, “*Arias, Gerardo Enrique c/ EN – M° de Transporte s/ Amparo Ley 16.986*”, 19 de diciembre de 2023.

4.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Finalidad. Principios. Principio de legitimidad. ACTO ADMINISTRATIVO. Motivación. FACULTADES DISCRECIONALES. Imposibilidad de actuación arbitraria de la Administración.

- La declaración de voluntad que se expresa en el acto administrativo se forma en un procedimiento que refleja un conjunto de formalidades arbitradas en garantía de las personas particulares, cuya finalidad es conseguir el acierto en las decisiones que toma la administración, por lo que el procedimiento administrativo posee una evidente significación axiológica constitucional.
- En el procedimiento administrativo predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio, la buena fe, la lealtad y la probidad.
- La búsqueda de la verdad jurídica objetiva es el norte de todo procedimiento administrativo.
- Las personas particulares ostentan la condición de colaboradoras de la administración en la elaboración de las decisiones, aun cuando defienden sus derechos subjetivos, y en la realización de un fin público, pero no son litigantes en sede administrativa.
- Las decisiones deben estar motivadas y sustentadas en el régimen legal aplicable, ya que uno de los recaudos elementales que exige nuestro sistema constitucional para que toda conducta estatal sea legítima es la motivación.

- El acto administrativo, como una manifestación de la conducta estatal, debe responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada en la promoción del interés público y sometida a ineludibles imperativos de moralidad.
 - Existen diversos fundamentos constitucionales de la motivación como exigencia esencial de los actos administrativos: la forma republicana de gobierno, el régimen democrático, la juridicidad y la razonabilidad de las relaciones jurídicas.
 - La Gendarmería Nacional no cumplió su obligación convencional, constitucional, legal y moral que tiene, en términos generales, la administración (como una parte del Estado) de fundar y explicar sus decisiones y, en particular, como ocurre en este caso, aquellas que tienen incidencia en el ámbito de los derechos relativos a la función pública. Es el deber estatal que se origina, como anverso y reverso, en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades enunciado en el artículo 14 de la Ley Fundamental.
 - La circunstancia de que la administración obre en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir una justificación de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que deben ser cumplidos en el dictado de los actos administrativos.
 - Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos estatales y que permite a los tribunales, ante planteos concretos efectuados por la parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias.
- ★ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “S., R.E. c/ EN-Mº Seguridad -GN s/ Amparo Ley 16.986”, 21 de diciembre de 2023.

4.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO. Diferencia de cotización de dólar estadounidense.

- El régimen de contrataciones de la administración pública nacional es claro en cuanto a que para practicar la conversión a pesos argentinos debe tomarse el tipo de cotización según la fecha efectiva de pago de la obligación principal.
- ★ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “METEO SA c/ EN – Ministerio de Seguridad – GN s/ Proceso de conocimiento”, 26 de diciembre de 2023.



05 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

5.1 COMPETENCIA. Competencia de la justicia federal en razón de la materia involucrada.

- Se discuten los alcances de un contrato de transporte aéreo que, como tal, está regido por la ley federal 17.285; por la cual, en razón de la materia, la justicia local resulta incompetente para entender en él (Del voto del Dr. Luis Francisco Lozano).
 - Por los términos en que la actora desarrolla los hechos y puntualiza su pretensión, corresponde declarar la competencia federal porque se discuten los términos contractuales de una política aerocomercial que entra bajo el dominio de la expresión “comercio aéreo en general”, a la que hace referencia el art. 198 del Código Aeronáutico cuando define el tema de la jurisdicción y la competencia (Del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz)
 - Debe recordarse que el art. 63 de la ley 24240 remite primariamente a las normas del Código Aeronáutico para resolver cuestiones relacionadas con el contrato de transporte aéreo, luego a los tratados internacionales y supletoriamente a la ley 24240 (Del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz).
 - Resulta aplicable la vasta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para casos relativos al transporte aerocomercial en cuanto sostiene que el fuero competente es el Civil y Comercial Federal, en tanto los asuntos estén “relacionados principalmente con el servicio de transporte aéreo comercial, entendido como la serie de actos destinados al traslado en aeronave de personas o de cosas, de un aeródromo a otro, y sujetas a los preceptos del Código Aeronáutico, su reglamentación y disposiciones operativas de la autoridad aeronáutica” (Del voto de la Dra. Marcela De Langhe).
- ★ TSJ, “Toker, Carina Miryam c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Contratos y daños – RC – Turismo y Hotelería”, 6 de diciembre de 2023.

06 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Y DE RELACIONES DE CONSUMO.

6.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO. Ausencia de principio de ejecución del contrato y del deber probatorio de quien denuncia el incumplimiento.



- No pueden tenerse por acreditados los hechos basados en presunciones de lo que podría haber realizado el actor en torno al contrato celebrado solamente teniendo en cuenta la envergadura de la obra, cuando no se ha arrimado al expediente ningún elemento que acredite la realización de dichos actos, ni se ha explicado en qué habrían consistido.
- Resultaba definitorio para la suerte de la pretensión, -y más allá de las cláusulas exorbitantes del contrato- acreditar en el expediente que el contrato haya tenido principio de ejecución, circunstancia que no se ha verificado.
- ★ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y de Relaciones de Consumo, Sala IV, Tambascio Waine, Irlanda y Otros c/ Teatro Colón – Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios (Excepto responsabilidad médica), 9 de noviembre de 2023.

6.2 AMPARO. Rechazo. Ausencia de caso o controversia. Falta de legitimación activa.

- Un caso refleja o debe reflejar un conflicto intersubjetivo con relevancia jurídica entre partes adversas y esas partes deben estar específicamente habilitadas para pretender y ser pretendidas, es decir, contar con legitimación para obrar, lo que constituye un presupuesto procesal, una condición para que un proceso se desarrolle y pueda ser válidamente decidido.
- La acción de amparo no es un remedio heroico, no es excepcional y, además, debe ser sencilla y libre de obstáculos, pero ello no se traduce en que se convierta en un salvoconducto para que quien no ostenta una posición jurídica concreta protegida, una afectación directa o siquiera tangencial, pero razonable sobre sus derechos, traiga un asunto a conocimiento y decisión.
- La posición jurídica del actor es indiferenciada del resto de los habitantes de la Ciudad. Y eso la sustrae de la posibilidad de tener “su” caso y de justificar una legitimación para obrar activa.
- ★ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15 (“Barbatelli, Martín Hernán c/ GCBA s/ Amparo – Otros”, del 5 de diciembre de 2023).

6.3 AMPARO COLECTIVO. Procedencia del proceso colectivo ante la existencia de intereses individuales homogéneos. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Control de constitucionalidad abstracto. Improcedencia ante la existencia de caso. CONTROL JUDICIAL. Contorno en el cual debe efectuarse.

- En el caso se debaten derechos colectivos que recaen sobre intereses individuales homogéneos que se identifican con los derechos de cada uno de los trabajadores incluidos en el frente actor a obtener un trato igualitario y remuneración justa.
 - La acción de inconstitucionalidad se trata de una acción en la que no resulta posible resolver una controversia concreta, un caso determinado en el que estén en juego intereses o derechos entre las partes, es decir la defensa de un derecho autoafirmado en cabeza de uno de los litigantes y la consecuente obligación de dar efectividad o respetar tal derecho en cabeza del otro, ni posibilitaría la ejecución del fallo.
 - No puede interpretarse como configurada una hipótesis de control de constitucionalidad abstracto cuando la petición formulada se fundamenta en objeciones constitucionales exclusivamente vinculadas con la esfera de derechos de los promotores del juicio. Aquí la inconstitucionalidad es instrumental o accesorio al restablecimiento de derechos individuales.
 - El respeto a las amplias facultades de regulación de los órganos de gobierno no importa sustraerlas del control de constitucionalidad, sino que el análisis que se efectúe se circunscribe a la constatación de que no se lesionen o restrinjan indebidamente las garantías constitucionales.
 - Aun cuando pudiese interpretarse que no existe una obligación del legislador de organizar a diferentes especialidades dentro de la misma carrera de salud; sí existe una obligación de no efectuar tratos discriminatorios en desmedro de un grupo de trabajadores que se desempeñan en el mismo ámbito de salud.
- ★ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y de Relaciones de Consumo, Sala II, ("Asociación Trabajadores del Estado y Otros c/ GCBA s/ Amparo – Otros", de 28 de diciembre de 2023).

07

PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN.

7.1 SUMARIO ADMINISTRATIVO. Sanción disciplinaria. Prescripción. Competencia en relación al tiempo. Responsabilidad disciplinaria. ACTO ADMINISTRATIVO. Revocación. Conocimiento del vicio. Excepción a la regla de la estabilidad

Dictamen PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN Nº
IF-2023-141169808-APN-PTN, del 27 de noviembre de 2023.

- El tiempo de la comisión de la falta disciplinaria reviste suma importancia en el trámite disciplinario puesto que, a partir de su perpetración, comienza a correr el plazo de la prescripción de la acción disciplinaria. Si desde la ocurrencia del hecho hasta el momento en que se ordenó el pertinente sumario administrativo disciplinario, transcurrió el plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no corresponde, en principio, disponer su sustanciación.
- La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25.164 prevé en el artículo 37 los plazos de prescripción según los tipos de sanción disciplinaria en juego. El orden legal le otorga al órgano administrativo un plazo dentro del cual podrá decidir sobre la existencia o no de la falta disciplinaria investigada transcurrido el cual pierde su competencia al respecto y la resolución que dicte padecerá de un vicio en la competencia en razón del tiempo.
- Cuando se verifica que la acción disciplinaria por el transcurso del tiempo se encuentra prescripta, no corresponde ingresar a ponderar sobre la existencia o inexistencia de la falta disciplinaria y cuál sería la sanción disciplinaria a aplicar, y sólo cabe declarar la extinción de la acción disciplinaria por hallarse prescripta, decretando por dicha razón, la exención de responsabilidad del agente sumariado.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó que el artículo 17 de la Ley Nº 19.549 establece expresamente la obligación de la Administración Pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara "firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", supuesto en el cual "sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".
- El artículo 18 de esa misma ley dispone que el acto regular del que hubieren nacido derechos a favor de los administrados no podrá ser revocado en sede administrativa una vez notificado, salvo -entre otras circunstancias- cuando el interesado hubiera



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



conocido el vicio. En consecuencia, una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el artículo 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado - son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el artículo 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave (v. Fallos: 321:169).

- El artículo 18 de la LNPA establece excepciones a la regla de la estabilidad, que si refiere al acto regular, se aplican con mayor razón al acto nulo cuando éste tiene estabilidad (art. 17, 2ª parte), siendo que la primera excepción que trae el artículo 18 al principio de la estabilidad se da cuando el interesado “hubiere tenido conocimiento” del vicio del acto. Se trata, desde luego, del caso en que el vicio haya afectado la validez del acto, transformándolo en anulable o nulo. Pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular.

7.2 DOMINIO PÚBLICO. Bienes. Desafectación. Requisitos.

Dictamen PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN Nº IF-2023-44432168-APN-PTN, de 20 de abril de 2023.

Dictamen PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN Nº IF-2023-122067132-APN-PTN, del 12 de octubre 2023.

- Para que un bien del dominio público pierda su condición de tal, es presupuesto necesario un acto de desafectación formal (Fallos 323:4046), motivo por el cual, en la especie, la desafectación de los bienes objeto de estas actuaciones exigía el dictado de una norma expresa de rango legal. No modifica esta conclusión el hecho de que se trate de actos de adjudicación en el marco de un procedimiento de subasta pública, y resulta inconducente indagar sobre la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes, toda vez que el artículo 392 del CCyCN no resulta de aplicación en la especie, puesto que regula la situación de actos de transmisión de derechos sobre inmuebles y bienes muebles registrables que se encuentran dentro del comercio, los únicos bienes susceptibles de ser enajenados.



EFAIP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



7.3 LICITACIÓN PÚBLICA. Adjudicación. Dictamen de evaluación de ofertas. Concepto. Impugnación. Alcance.

- El dictamen de evaluación de ofertas no es un acto administrativo, sino que constituye un acto preparatorio de la adjudicación, una opinión técnica con un juicio de valor que no genera de modo directo e inmediato efectos jurídicos individuales respecto de terceros. Es una mera propuesta, recomendación o asesoramiento al órgano que debe adjudicar, que no constituye una manifestación final de un procedimiento.
- La impugnación al dictamen de evaluación de ofertas es meramente voluntaria y su falta de interposición no afecta derecho alguno. En otros términos, la ausencia de impugnación al dictamen de evaluación no le impide al administrado y/o interesado cuestionar -por la vía correspondiente- la resolución final que se adopte.
- El debate sobre la procedencia de la garantía de impugnación al dictamen de evaluación es irrelevante, ya que se encuentra superado por la posibilidad de recurrir gratuitamente el acto administrativo de adjudicación. Desde esta perspectiva, el principio de gratuidad del procedimiento no se encuentra afectado.

Dictamen PROCURACION DEL TESORO DE LA NACIÓN Nº
IF-2023-145847419-APN-PTN, de 6 de diciembre de 2023.

7.4 LICITACIÓN PÚBLICA. Caso fortuito. Fuerza Mayor. Características. Riesgo empresario.

- Las características para que se configure el caso fortuito o fuerza mayor son: a) que el hecho sea de carácter natural; b) que se trate de un hecho imprevisible, es decir, que el hecho obstativo supera la aptitud normal de previsión; c) que sea irresistible; que no pudo evitarse obrando de modo diligente, según las circunstancias personales y del caso; d) que sea externo a las partes; e) que se produzca con posterioridad a la celebración del contrato, salvo que fuese previo e imposible de ser conocido –en términos razonables y diligentes– por las partes; y f) que haga imposible el cumplimiento contractual. Además, si bien no constituye una característica inherente al instituto bajo análisis, se exige que sea puesto en conocimiento de la autoridad contratante dentro del plazo establecido reglamentariamente (v. Dictámenes 301:111).
- En materia de contrataciones del Estado el principio rector es el de riesgo y ventura del empresario y su responsabilidad, con ciertos matices, como ser desequilibrios causados por los hechos ajenos e imprevisibles y por los hechos del propio Estado –contratante o no contratante- (Dictámenes 298:159).

- El empresario debe asumir los riesgos y responder si los hechos y daños consecuentes son propios; y si los hechos son extraños a las partes, pero previsibles. Quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta.
- Al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc.

Dictamen PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN Nº IF-2023-126388117-APN-PTN, de 24 de octubre de 2023.

08

PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD.

8.1 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Ausencia de factor de atribución de responsabilidad estatal por la actuación u omisión del concesionario del servicio público o contratista.

Dictamen PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD Nº IF-2024-01443907-GCA-BA-DGACEP.

- Del artículo 6º de la Ley Nº 6325 de Responsabilidad del Estado de la Ciudad de Buenos Aires se desprende que no existe factor de atribución de responsabilidad alguna, ya sea directa o subsidiaria, que pueda imputarse a la Administración como consecuencia del actuar o de la omisión propia del concesionario del servicio público o contratista, pues, los daños causados por los concesionarios o los licenciarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado.

8.2. TASA DE ESTUDIOS, REVISIÓN E INSPECCIÓN DE OBRAS EN LA VÍA PÚBLICA Y/O ESPACIOS DE DOMINIO PÚBLICO. Tributo, tasa, contribución. Espacio público. Reclamo EDENOR.

Dictamen PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD Nº IF-2024-04665903-PG.

- La Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Domi



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



nio Público (TERI) es claramente una tasa y responde a un servicio efectivamente prestado: la inspección y revisión de obras en la vía pública. El GCBA desarrolla una actividad y la aludida tasa tiende a recuperar el costo de esos servicios. Esa es la naturaleza jurídica de la tasa cuya característica principal es la prestación de un servicio público individualizado hacia el sujeto pasivo obligado al pago.

- El tributo, (dicho en forma genérica sea impuesto, tasa o contribución) nace en forma unilateral por voluntad del Estado, tiene naturaleza coercitiva, no participando en modo alguno la voluntad del administrado.
- Mientras que el impuesto no requiere contraprestación, nace por el sólo imperio del Estado, la contribución tiene una contraprestación sin individualizar, dirigida a un grupo de personas. La tasa en cambio, importa sí una contraprestación individualizada.
- Carece de asidero cualquier planteo efectuado por la recurrente, dado que la TERI es eminentemente una tasa retributiva a la que EDENOR se encuentra obligada al pago, ya que la ley nacional deja a salvo la potestad tributaria local para aplicar tasas como la de autos.

8.3 AUDIENCIA PÚBLICA TELEMÁTICA. Tratamiento a la tarifa técnica de modificación del cuadro tarifario para la explotación del servicio del Subte.

[Dictamen PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD Nº IF-2024-06850021-GCA-BA-PG.](#)

- La audiencia pública cuya convocatoria se propicia es uno de los procedimientos esenciales y sustanciales previos a la emisión del acto administrativo aprobatorio del incremento tarifario (art. 7 inc. d) de la Ley de Procedimientos Administrativos, art. 28º de la Ley Nº 4472 y art. 13º inc. c) de la Ley Nº 210).
- El instituto de la audiencia pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión, teniendo como finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta, ello aunque las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la audiencia no ostentan carácter vinculante.



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad



09

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

9.1 ESPAÑA.

LÍMITES DE LOS DECRETOS LEYES. Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido en una norma de urgencia que no desconoce los límites materiales de los decretos leyes.

- El real decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que, tal como reiteradamente ha exigido el Tribunal Constitucional, el fin que justifica la legislación de urgencia sea subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno.
- Asimismo, la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar las medidas que se incluyen en este real decreto-ley forma parte del juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3) y esta decisión, sin duda, supone una ordenación de prioridades políticas de actuación. En este caso, se trata de medidas dirigidas a incrementar la eficiencia en el funcionamiento de las administraciones públicas, y centradas en dar una respuesta adecuada que permita establecer la necesaria seguridad jurídica y la protección de los colectivos que pudieran resultar vulnerables ante la concurrencia de la situación descrita y que se definen por su condición extraordinaria y urgente.
- La adecuada fiscalización del recurso al real decreto-ley requiere el análisis de dos aspectos desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4).
- FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

- En todo caso, la doctrina constitucional viene señalando que la extraordinaria y urgente necesidad a que alude el artículo 86.1 de la Constitución Española supone un requisito o presupuesto habilitante de inexcusable concurrencia para que el Gobierno pueda dictar normas con rango de ley, lo que se erige en auténtico límite jurídico de la actuación gubernamental mediante decretos-leyes (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 26/2016, de 18 de febrero, FJ 2, y 125/2016, de 7 de julio, FJ 2).

★ [Tribunal Constitucional Español. 24508. Pleno. Sentencia 145/2023, de 25 de octubre de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 6345-2021. ECLI:ES:TC:2023:145.](#)

9.2 ESPAÑA

RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal y causales que eximen al Estado del deber de responder.

- Para que se reconozca el derecho a percibir una indemnización por responsabilidad estatal, es necesario que concurren los presupuestos legalmente establecidos, a saber: a) que exista una lesión patrimonial resarcible, o lo que es lo mismo, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley y que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño sea imputable a la Administración; y c) que entre el hecho imputado y el daño efectivamente producido medie una relación de causalidad.
- En el asunto sometido a consulta, ha quedado acreditado que el 29 de mayo de 2021 se produjo la rotura de una tubería que formaba parte del Canal de Cubillas, cuya titularidad corresponde a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y que ello provocó una fuga de agua que anegó los terrenos que “D” dedicaba al cultivo de ajos. El perjudicado y el organismo de cuenca discrepan, sin embargo, acerca de la causade dicha rotura: este último la imputa al incumplimiento del deber de mantenimiento que pesa sobre el titular de la infraestructura, mientras que el primero niega que tal incumplimiento haya existido, advirtiendo que se trataría de un caso fortuito a cuya materialización podría haber contribuido el interesado si hubiese circulado frecuentemente con maquinaria agrícola por encima de la tubería enterrada.
- Cabe destacar, en este sentido, que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha declarado con carácter general (entre otras, en la sentencia de 21 de diciembre de 2020, rec. n.º 803/2019) que “la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para

su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo".

- Por el contrario, resulta imprescindible que el daño invocado sea consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal del servicio público. En los supuestos en los que la lesión sufrida se conecte con la inactividad de la Administración, no basta pues con razonar que la intervención administrativa hubiera impedido la lesión, dado que tal entendimiento de la relación de causalidad conduciría a "una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial"; "[e]s necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración (...) [y ese dato ha de ser] la existencia de un deber jurídico de actuar" -como pudiera ser el deber de mantenimiento que pesa sobre el gestor de toda infraestructura pública- (así, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, rec. n.º 2441/2005).
 - Por último, no puede concurrir factor alguno que rompa la relación de causalidad que vincula el comportamiento omisivo de la Administración con el daño soportado por el particular; según una reiterada jurisprudencia (sentada, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013, rec. n.º 779/2012), tales circunstancias son, en exclusiva, los hechos que comportan fuerza mayor y "el comportamiento de la víctima en la producción o padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta". La prueba de ambas corresponde a la Administración, ya que "no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó al daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia" (véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, rec. n.º 67/2006).
 - La aplicación de esta doctrina general al caso concreto permite concluir que media una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y el daño sufrido por el reclamante.
- ★ Consejo de Estado Español. Número de expediente: 1269/2023 (TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO). Referencia:1269/2023. Fecha de aprobación:14/12/2023.

10

DOCTRINA JUDICIAL PARA RECORDAR.

10.1. DIGNIDAD DE LA PERSONA. Protección del trabajador. Principio de progresividad. Deberes del Estado para la protección a la vida digna. JUSTICIA SOCIAL. Principio pro persona. Deber de armonizar la protección de los derechos humanos y las potestades públicas.

- El trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional".
- El principio de progresividad impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en materia de derechos humanos requieran la consideración más cuidadosa. Ellas se deben justificar plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga.
- La realización en la persona del empleado del derecho a perseguir su bienestar material por intermedio del trabajo asalariado, ha de estar rodeada, entre otras condiciones, de seguridad económica, según lo impone a los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de los Fines y Objetivos de esta institución.
- Los Estados tienen el deber positivo de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna.
- Los Estados, además, tienen el compromiso negativo de respetar los mentados derechos, lo cual le requiere abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado.
- El principio *pro homine* o *pro persona* exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías.
- El principio *pro homine* o *pro persona* impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a esos los derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas.
- Es cuestión de armonizar la protección de los derechos humanos con las potestades públicas, pues si aquellos no son absolutos, tampoco lo son éstas.
- La justicia social traduce "la justicia en su más alta expresión". No tiene otro norte que alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad".



-
- ★ CSJN, Fallos 336:672, “Asociación de Trabajadores del Estado c/ s/ acción de inconstitucionalidad”, 18 de junio de 2013.
-

10.2. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. División de funciones entre los poderes del Estado. Controles recíprocos. Límites para el ejercicio de funciones legislativas por parte del Poder Ejecutivo.

- Los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el art. 1º de la Constitución Nacional. En este sentido, los arts. 23, 76 y 99 revelan la preocupación del poder constituyente por mantener intangible como principio un esquema que, si bien completado con la doctrina de los controles recíprocos que los diversos órganos se ejercen, constituye uno de los pilares de la organización de la Nación, por cuanto previene los abusos gestados por la concentración del poder.
- La admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales.
- Para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.
- Es atribución del Tribunal evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia
- Corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto de necesidad y urgencia.

- ★ Fallos 322:1726, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, del 19 de agosto de 1999.
-

11

INVITACIÓN A COLEGAS DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

La Escuela de Formación en Abogacía Pública invita muy especialmente a colegas de la Procuración General a enviar sugerencias respecto de temáticas de interés sobre las que les agrada-
ría capacitarse y consideren de utilidad para la adecuada defensa y protección de los intereses
generales, siempre en el marco vinculante del principio de legalidad.

A tal efecto agradeceremos que se sirvan escribir al siguiente correo electrónico:
actividadesacademicas.pgcaba@gmail.com

Atentamente

DIRECCIÓN ESCUELA DE FORMACIÓN EN ABOGACÍA PÚBLICA DE LA PROCURACIÓN
GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



EFAP

Escuela de
Formación en
Abogacía Pública



Procuración
General de la
Ciudad





Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2023

Vistos los autos: "Poggio, María Marta c/ Procuración Gral. de la Nación y otro s/ varios".

Considerando:

1º) Que la actora promovió demanda contra la Procuración General de la Nación con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones del Procurador General de la Nación de fecha 26 de mayo, 11 de agosto y 17 de diciembre de 2009, dictadas en el marco del expediente administrativo P.3359/2009, por las que se rechazó su solicitud de percibir diferencias de remuneración por su desempeño como Fiscal Subrogante de la Fiscalía Federal de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires.

Relató que, el 5 de febrero de 2009, por la resolución MP 3/09 fue designada como Fiscal Subrogante en reemplazo del Dr. Juan Patricio Murray, Fiscal Federal Subrogante, durante el tiempo que este estuviese ausente de la fiscalía por tener que cumplir funciones en la jurisdicción de San Martín, Provincia de Buenos Aires, en causas por violaciones a los derechos humanos. Destacó que, mientras cumplía esas tareas, continuó percibiendo las remuneraciones correspondientes a su cargo de Secretaria Subrogante de la Fiscalía, sin habersele retribuido las diferencias salariales entre las sumas correspondientes a esa función y el cargo más alto desempeñado.

Manifestó que, el 22 de abril de 2009, efectuó un reclamo ante la demandada por la diferencia, que fue rechazado

por el Procurador General de la Nación, mediante la resolución del 26 de mayo de ese año. Contra dicho acto interpuso un recurso de reconsideración que fue desestimado por medio de la resolución del 11 de agosto del mismo funcionario. Posteriormente efectuó reclamos, con el mismo objeto, por otros períodos, que también fueron rechazados, en este caso mediante la resolución dictada el 17 de diciembre de 2009.

2°) Que la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó, parcialmente, la decisión del juez federal de primera instancia que había hecho lugar, en forma parcial, a la demanda, rechazó el planteo de nulidad de la resolución del 26 de mayo de 2009, acogió el formulado contra las resoluciones del 11 de agosto y del 17 de diciembre de 2009 e hizo lugar a la caducidad interpuesta respecto de los períodos comprendidos entre el 5 febrero y el 24 de abril de 2009. En consecuencia, declaró que le correspondía a la actora el cobro de la diferencia de haberes solicitada, por los períodos en que se había desempeñado como Fiscal Subrogante.

Para así decidir, y en lo que para la resolución del caso interesa, señaló que el 26 de mayo de 2009 el Procurador General había desestimado el pedido de la actora por considerar que no se ajustaba a lo previsto en la resolución PER 219/96, por cuanto no se cumplía el requisito exigido en el punto 1), del artículo I de ese acto, ya que el subrogante rentado designado había percibido haberes y, además, porque con base en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

lo dispuesto en esa norma, se habían denegado pedidos similares a otros magistrados y funcionarios del Ministerio Público.

Destacó que, a la luz de las previsiones de esa norma y de lo dispuesto en la resolución del PGN 58/04, la resolución del 26 de mayo de 2009 aparecía como debidamente motivada en los términos exigidos en el artículo 7° de la ley 19.549 pues contenía una explicación clara de los hechos, antecedentes y normas legales que justificaban razonablemente la decisión.

En cuanto a la resolución del 11 de agosto de 2009, que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto del 26 de mayo, sostuvo que la demandante, al deducir su planteo había manifestado que no desconocía el contenido del punto 1) del artículo I de la resolución PER 219/96, pero había solicitado que reconsiderara lo resuelto y se procediera conforme lo que autorizaba el punto II de la misma resolución, que preveía que *"En supuestos excepcionales, cuando no concurren algunas de las circunstancias exigidas en el artículo I. el Procurador General de la Nación podrá disponer, mediante resolución fundada en necesidades cuya cobertura beneficie la eficiencia del servicio, la liquidación de adicionales iguales o menores especiales, que en ningún caso excederán los porcentajes máximos previstos en dicho artículo"*.

Señaló que la revocatoria había sido rechazada a partir de lo decidido en la resolución del 26 de mayo, lo dictaminado por la Asesoría Jurídica y aclarando que la facultad

conferida en el artículo II de la resolución PER 219/96 era de carácter discrecional y que se había decidido no ejercerla al dictar el acto impugnado.

Afirmó que, tratándose de una facultad discrecional conferida por la norma, el Procurador General debió haber puesto de relieve los motivos que determinaron el acto y su causa e indicó que, justamente, por tratarse de una potestad de ese tipo, era mayor la necesidad de justificar las razones por las que no se hacía uso de la opción otorgada por el artículo II de la resolución PER 219/96.

En lo que respecta a la resolución del 17 de diciembre de 2009 afirmó que en ella se había rechazado el reclamo por nuevos períodos con sustento en lo decidido en las resoluciones del 26 de mayo y del 11 de agosto, por lo que el acto también carecía de motivación suficiente y devenía nulo.

3º) Que contra esta decisión, y su aclaratoria, la Procuración General de la Nación interpuso sendos recursos extraordinarios que fueron parcialmente concedidos por el *a quo*.

Arguye que el tribunal de alzada realizó una descontextualizada e inconstitucional interpretación de la resolución PER 219/96, que establece los requisitos por el pago de la subrogancia pues entiende que el artículo II de dicha norma solo prevé la obligación de exponer las razones de la decisión cuando ella ordene el pago. Agrega que en las excepcionales oportunidades en las que se utilizó esa facultad



Corte Suprema de Justicia de la Nación

emanada de la reglamentación de la ley 24.946 se lo hizo en la inteligencia de que las circunstancias fácticas así lo ameritaban, sin violentar la referida normativa de orden público.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues las objeciones de la recurrente suscitan cuestión federal, pues se controvierte la validez de un acto de autoridad nacional (resolución PER 219/96) y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho que en ella fundó la apelante (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48; doctrina de [Fallos: 321:169](#) y [322:2220](#), entre muchos).

5°) Que en el punto I de la resolución PER 219/96, vigente al momento de los hechos que se debaten y cuya aplicación a la situación de la actora no se encuentra discutida en autos, se establecía que para que fuera procedente la retribución de una subrogancia debían concurrir, conjuntamente, las siguientes circunstancias: "1) *Que el cargo igual o superior se halle vacante o a su titular no le corresponda liquidación de haberes*; 2) *Que el reemplazante no haya sido relevado de las funciones propias del cargo del que es titular, en la hipótesis de cargos de igual jerarquía*; 3) *Para el caso en que el período de reemplazo no supere el mes calendario, la liquidación del adicional se hará en proporción al tiempo de desempeño, no pudiendo ser inferior a un día completo*; 4) *Que en el ejercicio del cargo se mantenga la forma, modalidades propias del trabajo y el horario de prestación de servicios*" (artículo I).

Por su parte, en el artículo II se preveía que *"En supuestos excepcionales, cuando no concurren algunas de las circunstancias exigidas en el artículo I. el Procurador General de la Nación podrá disponer, mediante resolución fundada en necesidades cuya cobertura beneficie la eficiencia del servicio, la liquidación de adicionales iguales o menores especiales, que en ningún caso excederán los porcentajes máximos previstos en dicho artículo"*.

6°) Que el texto precedentemente transcripto es suficientemente claro en cuanto a que, al momento de los hechos, la liquidación de adicionales por subrogancia, en los supuestos en que no concurriera alguna de las circunstancias enumeradas en el punto I de la resolución, constituía una excepción a la regla allí establecida y solo procedía cuando fundadamente se demostrara la existencia de necesidades cuya cobertura beneficiara la eficiencia del servicio, situación que no fue suficientemente acreditada en esta causa ni el tribunal advierte que se hayan configurado.

7°) Que, en consecuencia, la solución alcanzada por la cámara, que descalificó la decisión del Procurador General de la Nación por no exponer los motivos por los cuales no hizo ejercicio de esa facultad excepcional y ordenó el pago de las sumas reclamadas por la actora, alteró el recto sentido de las disposiciones que rigen al *sub examine*. En efecto, las necesidades cuya cobertura beneficie la eficiencia del servicio a las que se refiere el punto II de la resolución PER 219/96



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sirven como excepción a la regla que limita la liquidación de adicionales por subrogancia, pero no permite sostener que, ante la simple alegación de, por ejemplo, una mayor responsabilidad o carga horaria derivada de las nuevas funciones asignadas, corresponda proceder al pago.

En este aspecto, la decisión del a quo no tomó en cuenta lo establecido por la resolución PER 219/96, precepto en el que la propia actora fundó su reclamo, e ignoró que la decisión acerca de si se habilita el pago de la subrogancia, sin que concurran los presupuestos establecidos en el punto I, es discrecional para el Procurador General y solo puede ser admitida de modo excepcional y mediante una decisión que lo justifique, circunstancia que no se verificó en el caso.

8º) Que, en consecuencia, el fallo impugnado implicó una indebida sustitución de las facultades que la resolución asignada atribuyó al Procurador General de la Nación. En efecto, la sentencia apelada, sin exponer razones de peso que lo justificaran, ingresó en el núcleo de discrecionalidad que la resolución PER 219/96 le otorgó al mencionado funcionario, y sustituyó el criterio plasmado en las resoluciones del 11 de agosto y 17 de diciembre de 2009, por el suyo propio.

De esta forma, el pronunciamiento desconoció la reiterada jurisprudencia de esta Corte que sostiene que el control jurisdiccional de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en

el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad. Sin embargo, ese control judicial no puede traducirse en la sustitución de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia adoptados por el órgano competente, de conformidad con las pautas definidas en la normativa aplicable al caso (Fallos: 315:1361). Ello es así pues la competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva (Fallos: 330:717; 331:1369, entre otros).

Por todo lo expuesto, se declaran procedentes los recursos extraordinarios interpuestos por la demandada y se dejan sin efecto los pronunciamientos apelados. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) En lo que aquí interesa, la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho parcialmente lugar a la demanda planteada por la actora, declarado la nulidad de las resoluciones dictadas por la Procuración General de la Nación los días 11 de agosto y 17 de diciembre de 2009, y ordenado el pago de las diferencias de haberes por el tiempo en que se desempeñó como Fiscal Subrogante de la Fiscalía Federal de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires.

Para así decidir, el tribunal de alzada consideró que la decisión inicial de la Procuración General de la Nación del 26 de mayo de 2009 que rechazó el pago del adicional reclamado por la actora estaba debidamente fundada en las previsiones del artículo I de la resolución PER 219/96. Por el contrario, estimó que la resolución del 11 de agosto de 2009 que desestimó el recurso de reconsideración planteado y la resolución del 17 de diciembre, que rechazó la petición de la actora respecto a un período posterior de subrogancia, carecían de motivación. En tal sentido, destacó que al cuestionar la resolución inicial la actora había solicitado la aplicación del artículo II de la resolución PER 219/96, que confería una facultad discrecional al Procurador General de la Nación para reconocer el pago del

adicional. Sobre esa base, consideró que resultaba particularmente exigible el cumplimiento del requisito de motivación, que no se veía satisfecho en el caso.

Por otro lado, tuvo en cuenta lo expresado en la sentencia de primera instancia en el sentido de que estaba probado que la actora cumplió las funciones de fiscal mientras estuvo ausente el funcionario a cargo de la dependencia y que la propia Procuración General de la Nación había admitido en el año 2010 un reclamo similar al de la actora y que por lo tanto razones de equidad imponían aplicar el mismo criterio.

2°) En la resolución aclaratoria de fs. 392/394 dictada a pedido de la actora, la cámara amplió la condena a los períodos de subrogancia cumplidos entre noviembre de 2009 y agosto de 2012.

3°) La demandada cuestionó las dos sentencias de cámara mediante sendos recursos extraordinarios, que fueron parcialmente concedidos.

En lo sustancial, argumenta que la cámara realizó una descontextualizada e inconstitucional interpretación de la resolución PER 219/96, que establece los requisitos para el pago de la subrogancia. Afirma que su artículo II solo prevé la obligación de exponer las razones de la decisión cuando se ordene el pago pese a no concurrir los recaudos previstos en el artículo I. Agrega que en las excepcionales oportunidades en las que se utilizó esa facultad emanada de la reglamentación de la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ley 24.946 se lo hizo en la inteligencia de que las circunstancias fácticas así lo ameritaban, sin violentar la referida normativa de orden público.

Por otro lado, cuestiona la ampliación de la condena por considerar que el tribunal de alzada excedió la jurisdicción atribuida por el artículo 166 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4°) El recurso extraordinario planteado en contra de la sentencia definitiva ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma federal (artículos I y II de la resolución PER 219/96) y la decisión de la cámara resulta contraria a la pretensión que la demandada fundó en ella (conf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

5°) De acuerdo con las constancias administrativas cuya copia obra en la causa judicial, la actora, por ese entonces Secretaria Subrogante de la Fiscalía Federal de San Nicolás, fue designada como Fiscal Subrogante de dicha dependencia durante los días en que el funcionario a cargo prestaba servicios en causas de lesa humanidad que se estaban tramitando ante la Justicia Federal de San Martín. Ello dio lugar a que la actora pidiera el pago de la diferencia de haberes entre ambos cargos con sustento en el artículo I de la resolución PER 219/96 (conf., en ese orden, fs. 7 y 8).

El entonces Procurador General de la Nación rechazó la solicitud el 26 de mayo de 2009 por considerar que no estaba

cumplido el requisito previsto en el artículo I de la citada resolución dado que el fiscal cuyas funciones subrogó la actora había percibido su retribución. La actora cuestionó la decisión mediante recurso de reconsideración, en el que pidió que su caso fuera encuadrado en el supuesto del artículo II de la resolución PER 219/96 teniendo en cuenta que en los días que el fiscal prestaba servicios en otra jurisdicción debía asumir en forma exclusiva una mayor responsabilidad. El titular de la Procuración General rechazó ese recurso el 11 de agosto de 2009 por remisión a los argumentos del dictamen de la Asesoría Jurídica del organismo (ver fs. 12/14, 17/18 y 19, respectivamente).

En el ínterin, la actora realizó dos nuevas presentaciones en las que pidió nuevamente el pago de diferencias de haberes con sustento en el artículo I de la resolución PER 219/96, por los períodos correspondientes a los meses de abril a octubre de 2009. El 17 de diciembre de ese mismo año el Procurador General de la Nación rechazó la nueva petición por los fundamentos dados en sus anteriores resoluciones (fs. 20, 22 y 25).

6°) De acuerdo con la reseña efectuada, la decisión de la controversia requiere examinar el alcance de la resolución PER 219/96 que regula con carácter general el pago de las subrogancias en el ámbito de la Procuración General de la Nación para luego determinar si la demandada ejerció válidamente las atribuciones conferidas en dicha norma. Particularmente,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

corresponde determinar si la decisión que rechazó el planteo de la actora para que su caso fuera encuadrado en su artículo II tiene algún vicio en la motivación.

La resolución PER 219/96 prevé dos supuestos en los que procede el pago de una retribución adicional por subrogancia en el ámbito del Ministerio Público Fiscal a favor de los fiscales ante los tribunales de primera y segunda instancia en cargos de igual o superior jerarquía. El primero de ellos, regulado en el artículo I, requiere de la concurrencia simultánea de tres circunstancias: a) que el cargo a cubrir esté vacante o bien que no corresponda liquidación de haberes al titular; b) que el reemplazante deba cubrir las funciones de su cargo originario cuando la subrogancia es en un cargo de igual jerarquía; y c) que en el ejercicio del cargo se mantenga la forma, modalidades y horario de prestación de los servicios. El artículo precisa, además, que en el caso de que el reemplazo fuera por un lapso menor al mes calendario la liquidación se hará en proporción al tiempo desempeñado.

El segundo caso en el que puede proceder el pago del plus está regulado en el punto II de la citada resolución PER 219/96, que establece que "en supuestos excepcionales, cuando no concurran algunas de las circunstancias exigidas en el artículo I, el Procurador General de la Nación podrá disponer, mediante resolución fundada en necesidades cuya cobertura beneficie la eficiencia del servicio, la liquidación de adicionales iguales o

menores especiales, que en ningún caso excederán los porcentajes máximos previstos en dicho artículo” (énfasis agregado).

7°) La lectura de la norma citada permite sostener sin mayores esfuerzos que la regla fijada por la resolución PER 219/96 es que el pago de la subrogancia solo procede cuando concurren las tres circunstancias enumeradas en su artículo I. En ese supuesto, la comprobación de que no se encuentra configurada alguna de esas tres circunstancias autoriza a rechazar el pedido, tal como sucedió en este caso.

El artículo II autoriza excepcionalmente el pago de las subrogancias por razones vinculadas a la eficiencia del servicio, para lo cual requiere de una decisión fundada de la Procuración General de la Nación. El texto de la norma es inequívoco: se trata de una facultad discrecional que constituye una excepción a la regla según la cual el pago es improcedente si no se verifican las tres circunstancias objetivas enumeradas en el artículo I y como tal es de interpretación restrictiva.

8°) En el caso, el rechazo de la solicitud de pago de haberes fue decidido por la autoridad competente con arreglo a lo dispuesto por el artículo I de la resolución PER 219/96. Se trata de una decisión que encuentra fundamento en la regla general que la propia Procuración debía cumplir. En un supuesto como el que se presenta en la causa, la resolución PER 219/96 solo exige que dicte una resolución fundada cuando, en virtud de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

una decisión discrecional, reconoce el pago de una subrogancia por fuera de los supuestos reglados en la norma.

En este orden, cabe recordar que la conveniencia o interés jurídico en ampliar las salvedades previstas a una regla legal, aun cuando fuera en protección de derechos individuales, es un problema de política legislativa que solo al legislador incumbe resolver ([Fallos: 237:355](#)).

9°) Por consiguiente, la solución alcanzada por la cámara, que descalificó la decisión del Procurador General de la Nación por la ausencia de una motivación que justificara no usar la facultad excepcional de la que se encuentra investido y que además ordenó el pago de diferencias salariales, alteró el recto sentido de las disposiciones que rigen la materia en el ámbito del Ministerio Público Fiscal e incurrió en una indebida sustitución de facultades administrativas.

En efecto, la sentencia recurrida no tomó en cuenta lo establecido por la resolución PER 219/96, precepto en el que la propia actora fundó su reclamo. Concretamente, ignoró que la decisión acerca de si procede el pago de la subrogancia sin que concurran los presupuestos establecidos en el punto I solo puede ser admitida de modo excepcional y mediante una decisión que la justifique, circunstancia que no se verificó en el caso.

10) De acuerdo con la recta interpretación de las facultades del Procurador en esta materia, carece de relevancia la existencia de un precedente administrativo en el que se

dispuso el pago de un adicional no remunerativo en favor de secretarios que se desempeñaban como fiscales *ad hoc* en ciertas audiencias recursivas fijadas por las cámaras de apelaciones (resolución 62/10, fs. 214/219, invocada en las sentencias de ambas instancias). Además de que a simple vista la citada resolución regula con carácter general una cuestión diferente a la que se presenta en el caso, no correspondía al tribunal hacer mérito de las alegaciones del propio interesado en el sentido de que la subrogancia implicó asumir una mayor responsabilidad por la ausencia del funcionario a cargo de la dependencia.

Ello es así pues la decisión de rechazar el pedido del pago del adicional por subrogancia encuentra fundamento en una regla general que la Procuración General tenía el deber de acatar. En un supuesto como el que se presenta en la causa, la resolución PER 219/96 solo exige que dicte una resolución fundada cuando considera que existen necesidades de servicio que justifican el pago del adicional pese a que no concurren los requisitos tasados en la norma. En todos los demás casos la decisión de la administración responde al ejercicio de una facultad reglada por la ley. Por ello es que a los efectos de cumplir con el recaudo de motivación bastaba con que la demandada haya expresado cuál de los requisitos previstos en el artículo I no se encontraba acreditado.

11) Las razones explicitadas anteriormente justifican la revocación de la sentencia apelada y de la decisión aclaratoria dictada en su consecuencia, circunstancia que torna



Corte Suprema de Justicia de la Nación

insustancial el tratamiento de los agravios específicos que la demandada planteó respecto de esta última en su segundo recurso.

En virtud de lo expuesto, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se dejan sin efecto las sentencias apeladas. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Recursos extraordinarios interpuestos por el **Ministerio Público Fiscal de la Nación**, representado por el **Dr. Bruno Netri - Prosecretario Letrado de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones de Rosario**; y por la **Dra. Evangelina de la Horra, Prosecretaria Letrada de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones de Rosario**.

Traslado contestado por **María Marta Poggio, parte actora**, representada por el **Dr. Eduardo A. Galardi**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario - Sala B**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 1 de San Nicolás**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 20 de febrero de 2024

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Mercau, María del Rosario y otro c/ Municipalidad de Merlo s/ acción contencioso administrativa", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis rechazó la demanda contencioso administrativa y de inconstitucionalidad promovida por Carlos Rodolfo y María del Rosario Mercau contra la resolución 176-DEM-2007 y su confirmatoria 202-DEM-2007 y las ordenanzas 741-HCD-2000 y 744-HCD-2000. Mediante la primera de tales resoluciones -y su confirmatoria- el Intendente de la Municipalidad de Villa de Merlo rechazó la indemnización que los actores reclamaron con sustento en que las referidas ordenanzas -de Ordenamiento Territorial y Urbanístico de dicha localidad- declararon 190 hectáreas de un predio urbano de su propiedad como Zona Turística T4 "Reserva Natural Protegida", prohibiendo los loteos o construcciones y permitiendo únicamente un uso "turístico, paseos serranos, senderos peatonales, paradores, refugios". Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que, para así resolver, la corte local por mayoría afirmó -respecto de la demanda contencioso administrativa- que las restricciones administrativas no justifican por sí solas el derecho a la indemnización, salvo que

constituyan un verdadero menoscabo o desmembramiento de la propiedad; y que no aparejan una lesión del derecho de propiedad sino que solo consisten en la fijación de límites a su ejercicio normal. Expresó asimismo que debe verificarse la necesaria proporcionalidad entre la restricción y el medio elegido; que el urbanismo ambiental sostenible supone una planificación que no atente contra el medio ambiente; y que la creación de una reserva natural importa un cúmulo de limitaciones al ejercicio pleno del derecho de propiedad y produce una tensión -en la que en principio prima el interés colectivo- que debe ser examinada con extrema prudencia para verificar si desnaturaliza el derecho de propiedad.

Sobre la base de tales consideraciones, la corte local estimó que las resoluciones 176-DEM-2007 y 202-DEM-2007 fueron dictadas en el marco de las ordenanzas municipales vigentes. Consideró asimismo que, de acuerdo con la ordenanza 744-HCD-2000, que modificó la ordenanza 741-HCD-2000, las Normas de Ordenamiento Territorial "estarían sujetas a una permanente evaluación y actualización"; que por ordenanza 802-HCD-2006 se había convocado a las fuerzas vivas de la comunidad de Villa de Merlo para participar en la revisión de las zonas turísticas, entre ellas, las de propiedad de la actora; y que, por ordenanza 834-HCD-2006, se decidió diferir el tratamiento del tema, disponiendo que tales instrumentos sirvan de antecedentes para el Plan Estratégico de Desarrollo Local en marcha. Concluyó que, por lo tanto, "el proceso de zonificación que se está llevando a



Corte Suprema de Justicia de la Nación

cabo en el Municipio de Merlo puede sufrir futuras modificaciones”.

Por otra parte, el superior tribunal afirmó que era necesaria la consideración objetiva y puntual que demuestre la ilicitud del obrar del municipio, sin que a tal efecto baste la referencia a una secuencia de hechos y actos sin calificarlos desde su idoneidad ni en su calidad de factor causal del daño. Rechazó como hipotético y teórico el reclamo de la actora fundado en el valor de mercado del metro cuadrado de propiedades y loteos linderos, toda vez que solo es resarcible el daño cierto. Sostuvo que no advertía que se encontrara comprometida la responsabilidad del Estado por su actividad lícita porque es requisito ineludible la inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño; la presencia de una relación de causa-efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, y la existencia de un daño resarcible, que en autos no se había demostrado.

Respecto de la demanda de inconstitucionalidad, el superior tribunal afirmó que la actora no pretendía desconocer la potestad municipal de realizar un planeamiento territorial y urbanístico, sino que demandaba un resarcimiento por la lesión a su derecho de propiedad. Afirmó que las normas atacadas (resoluciones 176-DEM-2007 y 202-DEM-2007 del Intendente y ordenanzas 741-HCD-2000 y 744-HCD-2000) son válidas pues fueron dictadas por los órganos constitucionales competentes (art. 258 incisos “3” y “4” de la constitución provincial). Estimó que las

ordenanzas, emitidas por el Concejo Deliberante en ejercicio de sus atribuciones concernientes a la planificación urbana, no aparecían como arbitrarias, manifiestamente ilegales o irrazonables y que no contenían vicios invalidantes toda vez que el proceso de ordenamiento territorial, de preeminente competencia municipal, determina su estructura general, la de cada una de sus áreas y zonas constructivas, en especial, las de tipo urbano, estableciendo normas de uso, ocupación y subdivisión del suelo, dotación de infraestructura básica y morfología para cada una de ellas.

Por último, en lo que interesa, sostuvo que la circunstancia de que una ordenanza municipal restrinja las ventajas o facilidades con que contaba el titular de un inmueble, sin que medie privación o lesión en los atributos esenciales de propiedad no es motivo suficiente para declararla inválida.

En disidencia, uno de los vocales hizo lugar a la demanda.

3°) Que la actora, en el recurso extraordinario, se agravia por la violación de los derechos de igualdad, propiedad y de defensa en juicio consagrados en los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional. Afirma que el a quo se atuvo a la literalidad del nombre dado al instituto "restricción", sin examinar si en sus elementos esenciales las disposiciones impugnadas constituyen esa restricción o son una directa



Corte Suprema de Justicia de la Nación

confiscación. Objeta que el superior tribunal sustentó el pronunciamiento en afirmaciones dogmáticas pues no explica ni fundamenta por qué considera que el gravamen impuesto (imposibilidad absoluta de construir y lotear) no causa un perjuicio indemnizable. Añade que hay una falta de relación de la argumentación de la sentencia con la *causa petendi* y los hechos comprobados de la causa en cuanto a que la zonificación T4, declarando gran parte del inmueble como Reserva Natural Protegida, lo torna "inaprovechable o prácticamente inútil para el uso, goce y disponibilidad por parte de sus propietarios, quedando aniquilado su uso funcional o reducido a condiciones inexpresivas". En tal sentido, aduce que el inmueble quedó destinado a un mero "paisaje" y que la prohibición de lotear y construir impide "hacer cualquier uso útil de su propiedad [...] acorde a su valor patrimonial". Postula que bajo estas condiciones, el gravamen impuesto excede la mera restricción. Sostiene que la revisión a la que estarían sujetas las normas de ordenamiento territorial no demuestra absolutamente nada pues las futuras modificaciones que vaticina podrían ser aún más gravosas para los actores y que no hubo modificación o actualización alguna. Concluye en que probó el daño cierto y que el superior tribunal lo confunde con su cuantificación, la que en su caso -tal como resolvió la disidencia y prevén las normas procesales locales- puede determinarse "sumariamente".

4°) Que si bien los agravios del apelante remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho público local,

ajenas a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no constituye óbice decisivo para habilitar la vía elegida cuando median razones de entidad suficiente para invalidar el pronunciamiento (Fallos: [304:471](#) y [308:2626](#)) toda vez que en su fundamentación se prescinde de una ponderación circunstanciada del agravio constitucional que se invoca.

5°) Que la actualización y evaluación permanentes a las que -conforme las ordenanzas 741-HCD-2000 y 744-HCD-2000-, están sometidas las normas de ordenamiento territorial resulta inhábil para enervar la afectación del predio que se invoca por aplicación de sus previsiones, habida cuenta de que no se ha alegado que en el marco de dicho proceso se hayan modificado o derogado.

6°) Que en el presente caso, se ventila una cuestión vinculada a una aparente colisión entre propiedad y ambiente, en el marco del Derecho Urbanístico Ambiental.

Por un lado, el derecho del que es titular la parte actora, quien alega que el accionar del Municipio de Villa de Merlo afecta el derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional). Por el otro, la posición que adopta este último de defensa de la creación de una Reserva con fines turísticos, mediante un régimen de restricciones, en un Área especialmente protegida.

7°) Que el derecho ambiental no se reduce a la tutela de la naturaleza, sino que comprende la preservación y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

protección del "patrimonio natural y cultural" según el art. 41 de la Constitución Nacional. En el ámbito urbano, ello implica articular las actividades mediante la implementación del ordenamiento ambiental del territorio, con fines de sustentabilidad, y en base al control del impacto ambiental que puedan tener los distintos usos del suelo. Ese ejercicio del poder de ordenamiento ambiental del territorio ha sido establecido en la Ley General del Ambiente (art. 10, ley 25.675).

Los actuales procesos de cambio que viven nuestras sociedades se manifiestan territorialmente en una creciente competencia y conflictividad entre diversos usos del suelo. Ello es particularmente notorio en el ámbito urbano, en el cual el equilibrio ambiental constituye una de las cuestiones más desafiantes para lograr que las ciudades y asentamientos humanos sean "inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles" como fue delineado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (25 de septiembre de 2015 A/RES/70/1, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conforme objetivo 11).

8°) Que no se controvierte en autos que las autoridades locales tienen -de conformidad con los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional- "la facultad de dictar normas de policía sobre urbanismo y planeamiento, tendientes a la mejor distribución de las ciudades, de manera de satisfacer el interés general que a ella incumbe proteger. El ejercicio de estas facultades no vulnera las garantías consagradas en la

Constitución Nacional, puesto que el derecho de propiedad no reviste carácter absoluto y es susceptible de razonable reglamentación" (Fallos: [277:313](#); [308:2626](#) y [320:222](#)).

9°) Que en este caso el Municipio de Villa de Merlo dispuso la creación de un área protegida con fines turísticos, prohibiendo determinados desarrollos urbanísticos inmobiliarios, comerciales o económicos -como construcciones, loteos o fraccionamientos parcelarios-, que pueden afectar el ambiente. Ello apunta a prevenir las consecuencias o efectos que acciones o proyectos públicos o privados pueden causar al equilibrio ecológico del ecosistema comprometido, a la tutela de la calidad de vida y a la preservación de los recursos naturales existentes.

Villa de Merlo es una localidad turística atractiva por su entorno natural, como consecuencia de lo cual hubo una explosión demográfica, y de la construcción, lo que trajo aparejado la necesidad de ordenar ese crecimiento, dando lugar a las ordenanzas controvertidas en autos, así como también -en lo que concierne específicamente a las tierras de propiedad de la parte actora- a preservar el faldeo de la Sierra del Comechingones, principal patrimonio natural de la Villa de Merlo, según alegó el Municipio al contestar la demanda.

La zona donde se encuentran las tierras de propiedad de los recurrentes constituye un ecosistema cuyo valor jurídico va más allá del paisaje protegido o de la función o finalidad



Corte Suprema de Justicia de la Nación

turística que lo caracteriza por su indiscutible belleza natural, que lo identifica como recurso natural panorámico o escénico, sino que el valor ambiental como área especialmente protegida, comprende la conservación del sistema ecológico en sí mismo, la preservación y el cuidado de la biodiversidad, y del hábitat de la flora y fauna que la habitan.

10) Que tiene dicho esta Corte que *"los jueces deben considerar el principio in dubio pro natura que establece que 'en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales'"* (Fallos: [342:1203](#)).

11) Que de tal manera, las normas adoptadas por la Municipalidad de Villa de Merlo coinciden en la protección del bien jurídico ambiente definido en el art. 41 de la Constitución Nacional.

Ello no obstante, no puede significar desnaturalizar el derecho de propiedad a tal punto que impida completamente su ejercicio (arts. 14, 16, 17 y 28 de la Constitución Nacional). Ante ello, es necesario que el juzgador actúe con suma prudencia a los fines de ponderar aquella controversia entre el interés privado y el colectivo, a la luz de los principios constitucionalmente consagrados.

Las ordenanzas, regulatorias del Ordenamiento Territorial y Urbanístico de la localidad de Villa de Merlo, declararon 190 hectáreas de un predio urbano de propiedad privada de los recurrentes, como Zona Turística T4 "Reserva Natural Protegida". Han significado la imposición de un cúmulo de restricciones al ejercicio pleno del derecho de propiedad -impuestos al instaurar el área especialmente protegida desde el punto de vista del derecho urbanístico ambiental-, que conllevan limitaciones a los derechos de los titulares dominiales, hasta donde lo requiera el interés general que las referidas normas pretenden satisfacer.

12) Que la Corte ha establecido como regla que el ejercicio regular de las funciones estatales atinentes al poder de policía "no obsta a la responsabilidad del Estado si se priva a un tercero de su propiedad o se la lesiona en sus atributos esenciales" (Fallos: [253:316](#); [310:2824](#)). Si bien esta doctrina fue afirmada respecto de la realización de obras, cabe su aceptación como principio respecto de la generalidad de las denominadas "intromisiones estatales autorizadas" (Fallos: [312:659](#)).

El Tribunal distinguió ese supuesto (cuya expresión máxima es la expropiación) de las meras restricciones administrativas, las que -en tanto solo consisten en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad- no dan lugar, en principio, a un derecho indemnizatorio (Fallos: [308:2626](#); art. 2611 Código Civil; art.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

1970 del Código Civil y Comercial de la Nación). En la causa [CSJ 179/2012 \(48-R\)/CS1 "Rossi, Norberto Aldo y otro c/ Gas Natural Ban S.A. \(GNBSA\) s/ daños y perjuicios"](#), sentencia del 25 de febrero de 2014, esta Corte precisó que las restricciones administrativas "no trasuntan ni implican una carga impuesta a la propiedad privada. Técnicamente, no aparece 'sacrificio' alguno para el propietario. Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. No implica avance, lesión ni deterioro alguno a este derecho: no hay desmembramiento de éste. Tal es la esencia de la restricción administrativa, o sea constituye una 'condición normal del ejercicio del derecho de propiedad' (conforme Marienhoff, Miguel, 'Tratado de Derecho Administrativo', Tomo IV, Cuarta Edición Actualizada, Abeledo Perrot, página 45 y ss)".

13) Que, bajo este entendimiento, el Tribunal en Fallos: [308:2626](#) consideró que "la obligación legal de no edificar a mayor altura que la señalada por la autoridad administrativa, fundada en motivos de interés general constituye, sin duda, una mera restricción impuesta a la propiedad privada. Ella encuentra justificación jurídica en el poder de policía local y no es indemnizable, ya que se trata simplemente de una carga general impuesta a todos los propietarios por razones de planeamiento urbano". Similar criterio adoptó en Fallos: [311:297](#). En Fallos: [312:648](#) consideró que la disminución del valor venal de una propiedad por la

construcción de una autopista (en el caso, por la desaparición de su emplazamiento favorable o de acceso directo a una calle sin necesidad de hacer un desvío) no era indemnizable en los términos del art. 2620 del Código Civil entonces vigente pues constituía solo la pérdida de una ventaja de la que gozaba el propietario. Y en Fallos: [310:2824](#) descartó que el cambio de fisonomía del vecindario por efecto de obras realizadas para la traza de una autopista configurara una lesión indemnizable.

Tales ejemplos ilustran sobre la entidad de las intromisiones que solo configuran una restricción administrativa que, en tanto limitación al ejercicio normal del derecho de propiedad que deben soportar los integrantes de una comunidad en aras de la satisfacción del interés público, no son indemnizables e importan solo una reducción del carácter absoluto de la propiedad.

14) Que las acciones regulares del Estado que conllevan una privación de la propiedad o lesión de sus atributos esenciales, son indemnizables -entre otros- bajo el instituto de la expropiación, de la servidumbre administrativa, de la ocupación temporánea o, en su caso, de la responsabilidad estatal por su actividad lícita. En la causa "Rossi" ya mencionada la Corte juzgó como justa y prudente la decisión de la cámara que había considerado como una servidumbre administrativa a la restricción permanente para urbanizar y darle un uso industrial a un inmueble a raíz de la instalación en un predio contiguo y a menos de 400 metros de una planta de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

almacenamiento de gas natural para aplanamiento de picos de consumo. El Tribunal consideró que "el sacrificio que estos (los titulares del inmueble) debieron soportar en su dominio excede los límites al ejercicio normal u ordinario de su derecho de propiedad, pues la carga que se les impone es en bien del público, para evitar el deterioro de su salud y modo de vida". En el precedente de Fallos: [308:1282](#), el Tribunal estimó que, si como consecuencia directa de la traza de la autopista, el inmueble es edificable reglamentariamente, pero resulta inútil por las escasas dimensiones (7,25 m²) tal restricción "impide a su titular la libre disponibilidad del predio, toda vez que la carga administrativa impuesta ostenta un carácter y una extensión tales que desnaturalizan el ejercicio del derecho de propiedad". Y resolvió confirmar la sentencia de cámara que había hecho lugar a la expropiación irregular pues la propiedad -con motivo de una ley de declaración de utilidad pública- devino de hecho "indisponible (...) por su evidente dificultad para poder utilizarlo en condiciones normales" (art. 51, inciso b, de la ley 21.499).

Como se advierte, los casos mencionados refieren, en definitiva, a la imposibilidad o privación de un uso y goce útil de la propiedad, mediante su aprovechamiento económico por parte de su titular. Y resultan claramente diferenciables de las llamadas restricciones administrativas, de las que ilustran aquellos fallos mencionados en el considerando 13.

15) Que, bajo estas condiciones, la declaración de Reserva Natural Protegida de 190 hectáreas del inmueble de la actora, mediante una clasificación de zona turística en la que su uso dominante (y excluyente) es "turístico, paseos serranos, senderos peatonales, paradores, refugios" y con imposibilidad de lotear y construir (fs. 64, 65 y 96), "ostenta un carácter y una extensión tales que desnaturalizan el ejercicio del derecho de propiedad" (Fallos: 308:1282). En consecuencia asiste razón al recurrente en cuanto atribuye al superior tribunal haber concluido dogmáticamente que en el *sub examine* las ordenanzas 741-HCD-2000 y 744-HCD-2000 impusieron una mera restricción administrativa y que para ello omitió ponderar concretamente la intensidad de las limitaciones impuestas a su derecho de propiedad.

En los términos señalados, media en el caso una relación directa e inmediata entre la decisión objeto de recurso y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar la sentencia apelada con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

16) Que, por último, cabe precisar que lo aquí resuelto no implica pronunciarse sobre la indemnización pretendida por la actora, la que en su caso deberá ser determinada por el *a quo*, ni sobre la incidencia en el *sub examine* de la Ley IX-332-2004 -invocada por la Municipalidad a fs. 148/157 y 644 vta. de los autos principales- y sus normas reglamentarias y complementarias.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 3. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) Carlos Rodolfo y María del Rosario Mercau plantearon un reclamo administrativo ante la Municipalidad de Villa de Merlo, Provincia de San Luis, con el objeto de ser indemnizados bajo las pautas de la doctrina de la responsabilidad estatal por actividad legítima, con motivo del dictado de las ordenanzas 741-HCD-2000 y 744-HCD-2000. Tales ordenanzas aprobaron las "Normas Básicas del Ordenamiento Territorial" de la localidad y establecieron zonas turísticas con diferentes grados de restricciones al dominio. En lo que aquí interesa, los reclamantes alegaron que 190 hectáreas de un predio de 261 hectáreas de su propiedad quedaron afectadas a la "Zona Turística T4" en la llamada "Reserva Natural Protegida de la Sierra del Comechingones", dentro de la cual se prohibieron loteos, y se estableció que el "uso dominante" sería "turístico, paseos serranos, senderos peatonales, paradores y refugios", para lo cual debían emplear "materiales del lugar, con alto contenido significativo de los usos y costumbres de la zona, con aprovechamiento de las técnicas y sistemas artesanales y de bajo impacto ambiental, totalmente integrados con la naturaleza".

2º) Mediante resolución 176-DEM-2007 y su confirmatoria 202-DEM-2007 el Intendente de la Municipalidad de Villa de Merlo rechazó la indemnización reclamada por los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

actores. Ello dio lugar a la interposición de una acción de inconstitucionalidad y de una acción contencioso administrativa en las que los propietarios del inmueble pidieron la declaración de inconstitucionalidad de las ordenanzas y de los actos dictados en su consecuencia, y, congruentemente con lo reclamado en sede administrativa, petitionaron el pago de una indemnización con sustento en la doctrina de la responsabilidad estatal por actividad lícita.

3º) El Superior Tribunal de Justicia provincial, en instancia originaria y por mayoría, rechazó ambas demandas en una sentencia única.

Para así resolver, el voto que hizo mayoría afirmó que las restricciones administrativas no justifican por sí solas el derecho a la indemnización, salvo que constituyeran un verdadero menoscabo o desmembramiento de la propiedad; y que no aparejan una lesión del derecho de propiedad, sino que solo consisten en la fijación de límites a su ejercicio normal. Expresó, asimismo, que debe verificarse la necesaria proporcionalidad entre la restricción y el medio elegido; que el urbanismo ambiental sostenible supone una planificación que no atente contra el medio ambiente; y que la creación de una reserva natural importa un cúmulo de limitaciones al ejercicio pleno del derecho de propiedad y produce una tensión que debe ser examinada con extrema prudencia para verificar si desnaturaliza el derecho de propiedad.

Sobre tales bases, estimó que las resoluciones 176-DEM-2007 y 202-DEM-2007 fueron dictadas en el marco de las ordenanzas municipales vigentes. Consideró que, de acuerdo con la ordenanza 744-HCD-2000, de modificación de la ordenanza 741-HCD-2000, las Normas de Ordenamiento Territorial "estarían sujetas a una permanente evaluación y actualización"; que por ordenanza 802-HCD-2006 se había convocado a las fuerzas vivas de la comunidad de Villa de Merlo para participar en la revisión de las zonas turísticas, entre ellas, las de propiedad de la actora; y que, por ordenanza 834-HCD-2006, se decidió diferir el tratamiento del tema, disponiendo que tales instrumentos sirvan de antecedentes para el Plan Estratégico de Desarrollo Local en marcha. Concluyó que, por lo tanto, "el proceso de zonificación que se está llevando a cabo en el Municipio de Merlo puede sufrir futuras modificaciones".

Por otra parte, rechazó como hipotético y teórico el reclamo de la actora fundado en el valor de mercado del metro cuadrado de propiedades y loteos linderos, toda vez que solo resulta resarcible el daño cierto. Sostuvo que no advertía que se encontrara comprometida la responsabilidad del Estado por su actividad lícita porque es requisito ineludible la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño, la presencia de una relación de causa-efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, y la existencia de un daño resarcible, que en autos no se había demostrado.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En cuanto a la demanda de inconstitucionalidad, el superior tribunal afirmó que la actora no pretendía desconocer la potestad municipal de realizar un planeamiento territorial y urbanístico, sino que demandaba un resarcimiento por la lesión a su derecho de propiedad. Sostuvo que las normas atacadas eran válidas pues fueron dictadas por los órganos constitucionales competentes (art. 258 incisos "3" y "4" de la constitución provincial). Estimó que las ordenanzas, emitidas por el Concejo Deliberante en ejercicio de sus atribuciones concernientes a la planificación urbana, no aparecían como arbitrarias, manifiestamente ilegales o irrazonables, y que tampoco contenían vicios invalidantes toda vez que el proceso de ordenamiento territorial, de preeminente competencia municipal, determina su estructura general, la de cada una de sus áreas y zonas constructivas, en especial, las de tipo urbano, estableciendo normas de uso, ocupación y subdivisión del suelo, dotación de infraestructura básica y morfología para cada una de ellas.

Por último, sostuvo que la circunstancia de que una ordenanza municipal restrinja las ventajas o facilidades con que contaba el titular de un inmueble, sin que medie privación o lesión en los atributos esenciales de propiedad no era motivo suficiente para declararla inválida.

4º) Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

La recurrente se agravia por la violación de los derechos de igualdad, propiedad y de defensa en juicio consagrados en los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional. Sostiene que la sentencia es arbitraria porque omitió examinar si las disposiciones impugnadas constituyen una mera restricción o son una directa confiscación. Objeta que el superior tribunal sustentó el pronunciamiento en afirmaciones dogmáticas pues no explica ni fundamenta por qué considera que el gravamen impuesto (imposibilidad absoluta de construir y lotear) no causa un perjuicio indemnizable. Añade que hay una falta de relación de la argumentación de la sentencia con la pretensión y con los hechos comprobados de la causa en cuanto a que la zonificación T4, que declara gran parte del inmueble como "Reserva Natural Protegida", lo torna "inaprovechable o prácticamente inútil para el uso, goce y disponibilidad por parte de sus propietarios, quedando aniquilado su uso funcional o reducido a condiciones inexpresivas". En tal sentido, aduce que el inmueble quedó destinado a un mero "paisaje" y que la prohibición de lotear y construir impide "hacer cualquier uso útil de su propiedad acorde a su valor patrimonial". Postula que, bajo estas condiciones, el gravamen impuesto excede la mera restricción. Sostiene que la revisión a la que estarían sujetas las normas de ordenamiento territorial es irrelevante pues las futuras modificaciones podrían ser aún más gravosas y que de todos modos no hubo modificación o actualización alguna. Concluye en que probó el daño cierto y que el superior tribunal lo confunde con su cuantificación, la que en su caso -tal como



Corte Suprema de Justicia de la Nación

resolvió la disidencia y prevén las normas procesales locales- puede determinarse "sumariamente".

5°) Si bien los agravios de la recurrente remiten en forma preponderante al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho público local que, en principio, son ajenas a la instancia extraordinaria, la sentencia recurrida ha prescindido de considerar las concretas circunstancias de la causa que resultan conducentes para arribar a una correcta solución de la disputa (doctrina de Fallos: [317:377](#) y [327:2584](#), entre otros). A ello cabe agregar que la decisión se sustenta en una fundamentación dogmática que omite una ponderación circunstanciada del agravio constitucional invocado por la actora a la luz de las concretas disposiciones de las ordenanzas municipales dictadas por la demandada.

6°) En autos no se encuentra controvertido que las autoridades locales tienen la facultad de dictar normas de policía sobre urbanismo y planeamiento, de manera de satisfacer el interés general que les incumbe proteger. La actora pretende ser indemnizada bajo la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita pues entiende que el tenor de las restricciones al dominio impuestas a parte de su inmueble en las ordenanzas territoriales dictadas por la Municipalidad de Villa de Merlo afecta su derecho de propiedad.

7°) En principio, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio regular de los poderes estatales no dan

lugar a indemnización, ni aun bajo las reglas de la responsabilidad por actividad lícita (Fallos: [317:1233](#); [329:3966](#) y [341:1555](#), voto del juez Rosenkrantz). De lo contrario, tal como quedó expuesto en el precedente citado en último término, toda acción estatal traería aparejada la obligación de reparar pues es habitual que dicho accionar frustre algún interés individual y esa conclusión haría imposible la tarea de gobernar.

8°) Ahora bien, el principio asentado en el punto anterior no es absoluto. La Corte ha distinguido los supuestos de intromisiones estatales permitidas que dan lugar a una indemnización de aquellos que no justifican una reparación. La distinción, como se verá a continuación, está dada por el grado o intensidad de la intromisión estatal.

En tal sentido, las meras restricciones administrativas, que solo consisten en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad, no dan lugar, en principio, a un derecho indemnizatorio (conf. Fallos: [308:2626](#); art. 2611 Código Civil; art. 1970 del Código Civil y Comercial de la Nación). Ello es así pues de ordinario esta clase de restricciones no producen un desmembramiento del derecho de propiedad (causa [CSJ 179/2012 \(48-R\)/CS1 "Rossi, Norberto Aldo y otro c/ Gas Natural Ban S.A. \(GNBSA\) s/ daños y perjuicios"](#), sentencia del 25 de febrero de 2014, con cita de Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Cuarta Edición Actualizada, Abeledo Perrot, página 45 y siguientes).

En el citado precedente de Fallos: [308:2626](#), criterio que luego fue reiterado en Fallos: [311:297](#), la Corte consideró que "la obligación legal de no edificar a mayor altura que la señalada por la autoridad administrativa, fundada en motivos de interés general constituye, sin duda, una mera restricción impuesta a la propiedad privada. Ella encuentra justificación jurídica en el poder de policía local y no es indemnizable, ya que se trata simplemente de una carga general impuesta a todos los propietarios por razones de planeamiento urbano". En Fallos: [312:648](#) estimó que la disminución del valor venal de una propiedad por la construcción de una autopista (en el caso, por la desaparición de su emplazamiento favorable o de acceso directo a una calle sin necesidad de hacer un desvío) tampoco era indemnizable en los términos del art. 2620 del Código Civil entonces vigente pues constituía solo la pérdida de una ventaja de la que gozaba el propietario. Y en Fallos: [310:2824](#) descartó que el cambio de fisonomía del vecindario por efecto de obras realizadas para la traza de una autopista configurara una lesión indemnizable.

Tales ejemplos ilustran sobre la entidad de las intromisiones que configuran una mera restricción administrativa no indemnizable.

9°) Por el contrario, las acciones regulares del Estado que conllevan una privación de la propiedad o lesión de sus atributos esenciales, son indemnizables bajo el instituto de la servidumbre administrativa, de la expropiación o de la responsabilidad estatal por su actividad lícita. Ello es así pues si bien es cierto que la propiedad que la Constitución Nacional garantiza es aquella que se utiliza "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" -art. 14-, también lo es que cuando la limitación es tan intensa que constituye en la práctica una supresión del derecho, solo el pago de una justa indemnización podría salvarla del calificativo de "confiscación" -art. 17-.

En la causa "[Rossi](#)", ya citada, la Corte estimó que resultaba justa y prudente la decisión de la cámara que había considerado como una servidumbre administrativa a la restricción permanente para urbanizar y darle un uso industrial a un inmueble a raíz de la instalación en un predio contiguo y a menos de 400 metros de una planta de almacenamiento de gas natural para aplanamiento de picos de consumo. El Tribunal consideró que "el sacrificio que éstos (los titulares del inmueble) debieron soportar en su dominio excede los límites al ejercicio normal u ordinario de su derecho de propiedad, pues la carga que se les impone es en bien del público, para evitar el deterioro de su salud y modo de vida". En el precedente de Fallos: [308:1282](#), el Tribunal sostuvo que, si como consecuencia directa de la traza de la autopista el inmueble es edificable



Corte Suprema de Justicia de la Nación

reglamentariamente pero resulta inútil por las escasas dimensiones (7,25 m²), tal restricción "impide a su titular la libre disponibilidad del predio toda vez que la carga administrativa impuesta ostenta un carácter y una extensión tales que desnaturalizan el ejercicio del derecho de propiedad". Consecuentemente, resolvió confirmar la sentencia de cámara que había hecho lugar a la expropiación irregular pues en los hechos la propiedad se convirtió en indisponible.

Como se advierte, los casos citados refieren, en definitiva, a la imposibilidad o privación de un uso y goce útil de la propiedad, mediante su aprovechamiento económico por parte de su titular. Y resultan claramente diferenciables de las llamadas restricciones administrativas a las que se aludió en el considerando anterior, que no impiden ese aprovechamiento.

10) En el caso, el superior tribunal de la causa concluyó dogmáticamente que las ordenanzas 741-HCD-2000 y 744-HCD-2000 impusieron una mera restricción administrativa pues para ello omitió ponderar concretamente la intensidad de las limitaciones impuestas por dichas ordenanzas en el derecho de propiedad de la actora.

En efecto, la afectación de 190 hectáreas del inmueble en cuestión mediante una clasificación de zona turística en la que el uso dominante es "turístico, paseos serranos, senderos peatonales, paradores, refugios" y con imposibilidad de lotear y construir por fuera de ese uso (fs.

64, 65 y 96), tiene un carácter y una extensión tales que prácticamente impiden realizar cualquier actividad económica y por ende desnaturalizan el ejercicio del derecho de propiedad.

11) También resulta dogmático el argumento ensayado en la sentencia relativo a la actualización y evaluación permanentes a las que están sometidas las normas de ordenamiento territorial de la Municipalidad de Villa de Merlo. Ello es así pues transcurridos más de veinte años de la sanción de las ordenanzas que afectaron a parte del inmueble de la actora a la "Zona Turística T4" no se ha alegado que en el marco de dicho proceso se hayan modificado o derogado.

12) Por lo demás, la invocada naturaleza ambiental de la regulación territorial que suscita esta contienda tampoco justifica el rechazo de la pretensión indemnizatoria de la actora.

En efecto, tal como lo ha resuelto esta Corte en fecha reciente en el precedente de Fallos: [344:3476](#), las políticas públicas que se adoptan a nivel local por razones ambientales no pueden alterar el contenido más esencial del derecho de propiedad puesto que deben respetar los límites establecidos en la Constitución, que van desde la reglamentación razonable hasta la expropiación.

13) En los términos señalados, media relación directa e inmediata entre lo resuelto por el superior tribunal de la causa y las garantías constitucionales que se invocan como



Corte Suprema de Justicia de la Nación

vulneradas (art. 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

14) Finalmente, cabe precisar que esta decisión no implica pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización pretendida por la actora, la que en su caso deberá ser determinada por el *a quo*, ni sobre la incidencia de la ley provincial IX-332-2004 –invocada por la Municipalidad a fs. 148/157 y 644 vta. de los autos principales y de la cual nada dijo la sentencia recurrida– y sus normas reglamentarias y complementarias.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 3. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por los **señores Carlos Rodolfo y José Eliseo Mercau, parte actora,** representados por el **Dr. Juan Calabria,** con el patrocinio letrado de los **Dres. Rodolfo Carlos Barra y Beltrán María Fos.**

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis.**



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 20 de febrero de 2024

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Irigoytia, Carlos Francisco y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ ordinario - daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de Gualaguaychú y, en consecuencia, desestimó la demanda de daños y perjuicios, iniciada contra la Provincia de Entre Ríos por el accionar ilegítimo del poder judicial local, derivado de la prisión preventiva y procesamiento de los aquí actores.

Para decidir de esta manera, los jueces consideraron que no se encontraban reunidos los recaudos para la procedencia de la responsabilidad del Estado, y ponderaron especialmente que la declaración de nulidades absolutas en una causa penal, la declaración de atipicidad de la conducta y la absolución, son elementos que no bastan para configurar un daño resarcible por error judicial, sino que, de acuerdo al art. 64 de la Constitución de la provincia, debe acreditarse que el acto jurisdiccional generador del daño fue claramente infundado o irracional.

2º) Que contra esa sentencia interpusieron recurso extraordinario los actores, cuya denegación motivó la presente queja (fs. 1050/1070 y 1093/1097 de las actuaciones principales).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sostienen que en la sentencia se ha efectuado una incorrecta valoración de la prueba y se omitió la aplicación de normas internacionales (arts. 9.1, 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.3, 7.5 y 10 del Pacto de San José de Costa Rica), transgrediendo así el art. 75 inc. 22 y los arts. 14, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Relatan que estuvieron privados de libertad durante un proceso en el cual se declararon nulidades insalvables y se determinó su absolución por atipicidad de sus conductas. Tachan de arbitraria la sentencia, por haber prescindido de prueba conducente para la solución del litigio, que acreditaría la existencia de error judicial.

3º) Que las cuestiones planteadas por los recurrentes remiten al examen de cuestiones propias de los jueces provinciales y ajenas a la competencia federal de esta Corte reglada por los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional y el art. 14 de la ley 48. Los apelantes no han demostrado la arbitrariedad que alegan y solo expresan su desacuerdo con la interpretación de las normas provinciales que llevó a cabo el Tribunal Superior de Justicia para rechazar sus planteos.

Sabido es que no incumbe a la Corte revisar el acierto o error o injusticia de las decisiones de los tribunales de provincia en las cuestiones de su competencia, pues hay que recordar que la vía excepcional del recurso extraordinario no

tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la solución de cuestiones que les son privativas ni abrir una tercera instancia ordinaria para debatir temas no federales. Los defectos alegados no alcanzan el estándar definido por este Tribunal hace más de cincuenta años, y recordado hasta pronunciamientos recientes, para dar lugar a un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad (caso "Estrada, Eugenio", Fallos: 247:713 citado en Fallos: 341:1869, voto del juez Rosatti).

En efecto, tal como ha señalado la señora Procuradora Fiscal, no resulta dogmática ni carente de fundamentos la afirmación del Superior Tribunal de Justicia provincial que negó la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional por considerar que la ausencia de acusación por parte del fiscal y la posterior absolución de los imputados no resultan suficientes para calificar la actuación judicial cuestionada como error judicial. Se trata de una interpretación posible, aunque debatible y/u opinable, de las normas locales y las pruebas del expediente, que descartan la tacha de arbitrariedad planteada.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso de queja interpuesto por **Carlos Francisco Irigoytia y otros**, parte actora, representados por el **Dr. Leandro Luis Ferrando**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala en lo Civil y Comercial**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 y Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral**, ambos de la ciudad de Galeguaychú, Provincia de Entre Ríos.

I , CARLOS FRANCISCO Y OTROS C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA
PROVINCIA DE ENTRE RIOS s/ ordinario - daños y perjuicios.

CSJ 1026/2016/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 1037/1047 del expediente principal (al que corresponderán las siguientes citas, salvo cuando se indiquen otras actuaciones), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú -Sala Civil y Comercial- y, en consecuencia, desestimó la demanda de daños y perjuicios, planteada por Carlos Francisco I , Aldo Adrián I , Ricardo José B y Julio César G contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, derivados de su prisión preventiva y procesamiento, con fundamento en la responsabilidad de la Provincia por el accionar ilegítimo del poder judicial local.

Tras efectuar el examen de admisibilidad del recurso planteado ante sus estrados, en lo que interesa para dilucidar el *sub lite*, los magistrados examinaron el relato de la causa penal efectuado en el pronunciamiento de la instancia anterior (fs. 986), del cual surge que ella se había iniciado con la detención e incomunicación de los actores el 7 de enero del 2000, salteando las actuaciones posteriores hasta la audiencia debate del 8 de abril del 2002. En concepto de los magistrados esta omisión, sobre la conducta de los actores a lo largo del proceso y la forma en que los jueces y funcionarios ejercieron su función, demostraba la procedencia del recurso planteado por la Provincia.

En ese sentido, recordaron que el 18 de enero del 2000 el juez de instrucción de Gualeguaychú dictó el auto de procesamiento y prisión preventiva con arreglo a los arts. 307 y

314 del Código Procesal Penal de la Provincia, al haberse demostrado que los entonces imputados podían eludir la acción de la justicia y trabar la continuidad de la investigación.

Acotaron que, según los dichos de la parte actora, este auto de procesamiento y prisión preventiva fue apelado, pero la Cámara de Apelaciones Penal de Concepción del Uruguay, lejos de revocarlo, lo confirmó. De lo expuesto, infirieron que este tribunal también tenía *"sospechas fundadas respecto a la existencia de los hechos y de la intervención de los sujetos"* en ellos, de lo contrario -dijeron- no lo hubieran confirmado.

Recalaron que, dado el carácter provisorio del auto referido hasta el momento de su dictado, no hubo actos ilegítimos ni declarados como tal, y que los imputados fueron sometidos a un procedimiento en el cual se los procesó y privó de libertad con fundamento, pudiendo ejercer sus derechos respecto de dichos actos.

Señalaron que el tribunal que intervino en el debate (según obra a fs. 986 último párrafo de la sentencia de anterior instancia), a pesar de que declaró la nulidad de la requisitoria fiscal y de la elevación a juicio -fundada principalmente en *"la incongruencia por contradicción con la imputación original..."*, existencia de vicios y anomalías- mantuvo el *"estado de detención"*, coincidentemente con los criterios de la instrucción y del tribunal que anteriormente había intervenido. En esta oportunidad -destacaron- tampoco se declaró ilegítimo el acto de prisión preventiva, ni los aquí actores recurrieron en casación para que se lo revocara.

Advirtieron que, posteriormente, se formuló una nueva requisitoria fiscal en la que se reiteraron las deficiencias que

Procuración General de la Nación

el tribunal penal había señalado en la oportunidad anterior, por lo cual éste nuevamente declaró la nulidad de dicho acto juntamente con las indagatorias y el procesamiento, ordenando la libertad de los encartados, pero sin constar que se hubiera declarado su ilegitimidad.

Por último, indicaron que se dictó un nuevo procesamiento y, llegado al debate oral, el tribunal que intervino, ante la falta de acusación de la fiscalía, absolvió a los aquí demandantes. Aclararon que en esa ocasión se hizo hincapié en la atipicidad de los hechos investigados y en que el instructor y la agente fiscal habían actuado al margen de las previsiones del código, sin embargo -siempre según el criterio del superior tribunal- de la sentencia absolutoria no surgía que se hubiera declarado la ilegitimidad del acto cuestionado.

Así pues advirtieron que, si bien en la sentencia de la sala civil y comercial de la cámara de apelaciones, los jueces dijeron que aplicaban el art. 1112 del Código Civil y la doctrina elaborada por el tribunal superior en torno a él, en los hechos soslayaron la ausencia de los requisitos necesarios para atribuir responsabilidad del Estado por error judicial.

De tal manera, ponderaron que la declaración de nulidades absolutas, la atipicidad, el hecho de obtener una sentencia absolutoria, no bastaban por sí solas para configurar un daño resarçible por error judicial sino que debía acreditarse, en el caso, que el acto jurisdiccional generador del daño -auto de prisión preventiva- había sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto o había sido infundado o devenido irracional -art. 64 de la Constitución de la Provincia- supuestos que no encontraron configurados en el *sub lite*.

Concluyeron así que los daños que los actores manifestaban haber sufrido comportaban consecuencias normales y necesarias del ejercicio regular del servicio de justicia.

- II -

Disconformes, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 1050/1070, el que denegado por el *a quo* a fs. 1093/1097, da origen a la presente queja.

Sostienen que en la sentencia se ha efectuado una incorrecta valoración de la prueba y se han soslayado aplicar normas de carácter internacional (arts. 9.1, 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.3, 7.5 y 10 del Pacto de San José de Costa Rica), transgrediendo así el art. 75 inc. 22 y los arts. 14, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Rememoran que estuvieron privados de libertad durante un proceso en el cual se declararon nulidades insalvables y se determinó su absolución por atipicidad de sus conductas.

Expresan que se afectó el debido proceso penal y el principio de legalidad consagrado en la Constitución Nacional toda vez que, aun cuando se reparó en la inocencia advertida por el fiscal, igualmente se los mantuvo vinculados al proceso por hechos no delictivos debido a la actitud, carente de lógica, del instructor.

Destacan que la sentencia apelada resulta arbitraria por haberse prescindido de prueba decisiva que demuestra la existencia de error judicial.

Además señalan que la falta de servicio se generó en la misma instrucción de la causa penal, cuyos vicios y anomalías se detectaron en la etapa previa a la oralidad. De igual modo, no se

I , CARLOS FRANCISCO Y OTROS C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA
PROVINCIA DE ENTRE RIOS s/ ordinario - daños y perjuicios.

CSJ 1026/2016/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

Procuración General de la Nación

tuvo en cuenta que en dicha causa se declararon absolutas con relación a los actos principales del proceso.

Aclaran que si bien el auto de prisión preventiva no fue declarado ilegítimo, cuando se anuló el procesamiento, de hecho, la detención quedó sin efecto.

- III -

Ante todo, es preciso examinar la procedencia formal del recurso interpuesto. A tal fin cabe recordar que el examen de normas de derecho público y las cuestiones de hecho y prueba constituyen, en principio, facultad de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria. Ello, pues "los agravios que se vinculan con las facultades de los tribunales provinciales, el alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio, materia que se encuentra reglada por la Constitución y leyes locales, escapan a la instancia del recurso extraordinario del artículo 14 de la Ley 48, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas" (Fallos: 305:112; 306:617, 1111; 311:100 y 1855, entre otros), principio que cede cuando la decisión adolece de arbitrariedad (conf. doctrina de Fallos: 311:1435; 312:1722; 316:2477 y 3231).

Es por ese mismo respeto, que la Corte tampoco podría transformarse en el intérprete final de las decisiones que adoptan los tribunales provinciales dentro de sus atribuciones, por aplicación de las normas que integran sus ordenamientos jurídicos, ni en un órgano de unificación de la jurisprudencia provincial, sin perjuicio de señalar que el Tribunal puede llegar

a cumplir tales funciones cuando, excepcionalmente, le toque intervenir en causas que presenten cuestiones federales. Sobre la base de tales principios, advierto que no hay cuestión federal que habilite esta instancia como tampoco que concurra en el caso un supuesto de arbitrariedad de la sentencia, pues a mi juicio el superior tribunal funda debidamente su decisión, al ponderar, a la luz de la doctrina de sus propios pronunciamientos -en coincidencia con el criterio de la Corte sobre la materia-, los hechos de la causa y los requisitos que podrían habilitar la reparación y que no concurren en el caso.

En efecto, dicho tribunal valoró debidamente que no se había acreditado que el auto de procesamiento y la prisión preventiva decretada en contra de los actores haya estado en abierta contradicción con los elementos existentes en las actuaciones penales al tiempo de su dictado o con las normas que condicionan la aplicación de la medida.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que en la doctrina de la Corte, aplicada a la responsabilidad extracontractual de las provincias (conf. Fallos: 318:1990 y sentencia en la causa S.878.XXXV "Solís, Hugo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios" del 10 de junio de 2008, entre muchas otras) o incluso, en la órbita nacional (Fallos: 314:1668), la sola circunstancia de haber sido absuelto en la causa penal no basta para responsabilizar al Estado de los daños sufridos por el procesado durante el término de su detención.

Conforme a ello, cabe recordar, como principio, que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño haya sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese

Procuración General de la Nación

momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por ley (Fallos: 311:1007 y 318:1990).

La Corte aclaró, en este último fallo, que no obsta a dicha conclusión la circunstancia de que no se atribuya el perjuicio a la sentencia definitiva -que le fue favorable al actor-, sino a la prisión preventiva dictada en la etapa sumarial y confirmada por la alzada, si la sentencia absolutoria pronunciada tras la sustanciación del plenario no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto del procesado (v. considerando 7° de Fallos: 318:1990).

A la luz de dicha doctrina, lucen carentes de fundamento los agravios de los actores referidos a que se prescindió de prueba conducente para la correcta solución de la caso y que demostraría que se incurrió en falta en el deber de prestar el servicio judicial, particularmente, durante la instrucción de la causa penal. Ello, pues el a quo descartó que se hubiera incurrido en arbitrariedad al adoptar las medidas provisorias durante esa etapa, sobre la base de valorar que el auto de procesamiento y prisión preventiva se había fundado en el hecho de que los imputados podían eludir la acción de la justicia y trabar la continuidad de la investigación. De esta manera, puede concluirse, como lo hizo dicho tribunal, que el juez penal tuvo en cuenta elementos objetivos que lo llevaron al convencimiento -relativo, obviamente, dada la etapa preliminar en que se

encontraba el proceso- de que había mediado un delito y existía probabilidad cierta de que los imputados fueran sus autores.

Ello más aun cuando, como bien advierte el *a quo*, a pesar de que el tribunal que intervino en el debate declaró la nulidad de la requisitoria fiscal y de la elevación a juicio -sustentada principalmente en "*la incongruencia por contradicción con la imputación original...*", existencia de vicios y anomalías- mantuvo el "*estado de detención*", en coincidencia con los criterios de la instrucción y del tribunal, oportunidad en la que tampoco declaró ilegítimo el auto de prisión preventiva, ni los aquí actores recurrieron en casación.

Al respecto, la Corte ha sostenido, frente a circunstancias similares, que si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme -por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión-, pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error. Así pues, el Tribunal en recordado Fallos: 12:134 expresó que "*si para escapar del peligro de error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar la decisiones de la Corte, y de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un Tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer, por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los*

Procuración General de la Nación

pleitos; y por un temor de un peligro posible se caería en un peligro incierto, y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía", entendimiento que, si bien fue dicho respecto de la órbita nacional, reposa en principios generales, extensibles al ámbito de las provincias.

Es por esos mismos principios que corresponde desestimar las objeciones de los actores relativas a la omisión de tratar planteos que estiman conducentes para la solución del pleito, tales como el hecho de que durante el iter del proceso se anuló toda la causa penal desde el avocamiento y que la "nulidad" del "auto de procesamiento indudablemente hacía caer por su propio peso el auto de prisión preventiva". Ello, toda vez que estas cuestiones sólo revelan las discrepancias de los apelantes con el criterio de apreciación del a quo respecto de los distintos aspectos no federales que se debaten como los ya señalados -falta de declaración de ilegitimidad del auto de prisión preventiva-, sin que se demuestre que la solución a la que se llegó se apoye en meras afirmaciones dogmáticas o prescinda del texto legal aplicable.

No obsta a todo lo expuesto el hecho de que la Cámara en lo Criminal de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Entre Ríos, en el pronunciamiento del 29 de junio de 2005 (v. fs. 3541/3548 -cuerpo 18- de las actuaciones penales agregadas), haya decidido -cuando los aquí actores ya se encontraban en libertad- la absolución de los encartados, pues dicha Cámara no se pronunció sobre sus conductas ni declaró nulidad alguna, por lo que no puede inferirse que aquella resolución absolutoria hubiera importado reconocer ilegitimidad o arbitrariedad del

procesamiento y de la detención que sufrieron los actores, ni menos la comprobación de una inocencia liminar suya.

Ello es así porque, como señala el *a quo*, el principal fundamento de dicho tribunal residía en que no hubo acusación por parte del Fiscal de Cámara -quien había pedido la absolución de los acusados por atipicidad de los hechos investigados- lo cual impedía a la alzada examinar el fondo de la causa. De esta conclusión no pude derivarse automáticamente que las medidas adoptadas por el juez de instrucción fueran manifiestamente infundadas (conf. en sentido similar causa S.878.XXXV "[Solís, Hugo c/ Buenos Aires, Provincia s/ daños y perjuicios](#)", sentencia del 10 de junio de 2008); máxime cuando -más allá de las irregularidades señaladas por dicha cámara que, según sus dichos "*dejaron al descubierto actuaciones del instructor y de la Sra. Agente Fiscal que escapan (al) Código Procesal Penal*"- existían en las actuaciones, como debidamente examinó el *a quo*, elementos objetivos suficientes que impedían calificar la actuación judicial cuestionada como falta de servicio o que se hubiera incurrido en error judicial, en los términos de su propia jurisprudencia.

Sabido es que no incumbe a la Corte revisar el acierto o error o injusticia de las decisiones de los tribunales de provincia en las cuestiones de su competencia (doctrina de Fallos: 316:46), pues hay que recordar que la vía excepcional del recurso extraordinario no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la solución de cuestiones que les son privativas ni abrir una tercera instancia ordinaria para debatir temas no federales (Fallos: [316:956](#)).

I , CARLOS FRANCISCO Y OTROS C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA
PROVINCIA DE ENTRE RIOS s/ ordinario - daños y perjuicios.

CSJ 1026/2016/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

Procuración General de la Nación

En razón de lo expuesto, cabe descartar los agravios de los apelantes sobre la concurrencia en la especie de supuesto alguno que genere derecho a reparación con arreglo a tratados internacionales -con jerarquía internacional- que contemplan los casos de detención o encarcelamiento ilegales o arbitrarios o condena por error judicial (arts. 9.1, 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.3, 7.5 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-), pues resulta claro que en el sub lite la sentencia del a quo no resulta arbitraria, al no darse los requisitos que habilitan la reparación por irregular ejercicio de la función judicial.

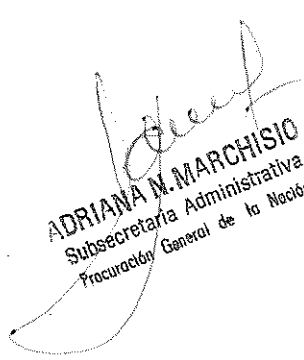
- IV -

Opino, por lo tanto, que cabe desestimar la presente queja.

Buenos Aires, 0 de noviembre de 2018.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA M. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 3 de octubre de 2023

Vistos los autos: "Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración", de los que

Resulta:

I) A fs. 6/33 la Administración de Parques Nacionales promueve demanda contra la Provincia de San Luis, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley local V-0721-2010, promulgada por el decreto del Poder Ejecutivo provincial 1520-MGJyC-2010, que declaró de utilidad pública y sujetos a expropiación los derechos previamente cedidos por la demandada al Estado Nacional sobre los inmuebles afectados al funcionamiento del Parque Nacional Sierra de las Quijadas, manteniendo su *status* jurídico de área natural protegida, a los efectos de restituirlos "a sus ancestrales y originarios pobladores, el Pueblo Nación Huarpe de San Luis, para la preservación y manejo sustentable de dicha región". Asimismo, solicita que se ordene la escrituración de esos inmuebles a su nombre.

Expone que el 3 de julio de 1989 celebró un convenio con la Provincia de San Luis, en el que la demandada se comprometió a ceder al Estado Nacional el dominio y jurisdicción de una superficie de aproximadamente 150.000 hectáreas ubicadas en los departamentos de Ayacucho y Belgrano, que serían afectadas al sistema creado por la ley nacional 22.351, bajo la denominación "Parque Nacional Sierra de las Quijadas".

Explica que en dicho acuerdo se pactó que la provincia promovería ante el Poder Legislativo la declaración de utilidad pública de los inmuebles que formaban parte del área que sería cedida, con el objeto de iniciar los juicios de expropiación respectivos, y la actora asumió la obligación de pagar todos los gastos e indemnizaciones que demandara la tramitación de tales procesos.

Señala que el convenio fue ratificado por la ley provincial VII-0226-2004 (4844), en cuyo artículo 2° se declararon de utilidad pública y sujetos a expropiación los inmuebles involucrados y se dispuso que una vez obtenida la posesión y la titularidad de dominio, serían cedidos a la Administración de Parques Nacionales y la jurisdicción al Estado Nacional (artículo 3°).

Indica que en el ámbito nacional el acuerdo fue ratificado mediante la ley 24.015, en la que se estableció que el "Parque Nacional Sierra de las Quijadas" se consideraría creado una vez cumplidos los recaudos previstos en los artículos 3° y 4° de la citada ley local.

Posteriormente -continúa- se resolvió limitar las expropiaciones a una porción del proyecto original, de aproximadamente 75.000 hectáreas de extensión, comprensiva de un área núcleo de la zona considerada como de mayor valor paisajístico, ambiental y paleontológico.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Relata que, en ese contexto, la provincia celebró avenimientos extrajudiciales instrumentados a través de actas compromiso suscriptas entre la Subsecretaría de Estado de Vivienda y los propietarios de los inmuebles, por un total de 73.534,46 hectáreas.

Destaca que, en cumplimiento de lo acordado, los inmuebles se adquirieron con fondos y por cuenta y orden del Estado Nacional, y que mediante el decreto provincial 1493-DHyS(SEVUyMA)-99 se transfirieron a la jurisdicción de la Nación y con destino a la entidad actora, para ser incorporados al "Parque Nacional Sierra de las Quijadas". Asimismo, en el artículo 2° de dicho decreto se autorizó a la Dirección Provincial de Escribanía de Gobierno y al Archivo General de la Provincia de San Luis a extender las escrituras traslativas de dominio correspondientes.

Afirma que, sin embargo, y pese a los reclamos realizados, no se otorgaron las escrituras públicas respectivas debido a que -según se informó- se extravió el expediente provincial 37.991-D-98, en el que obraban las actuaciones que dieron origen al dictado del decreto 1493-DHyS(SEVUyMA)-99. Frente a tal circunstancia, los organismos provinciales hicieron saber que, en el caso de no localizarse dicho expediente, se encontrarían en condiciones de escriturar los inmuebles a favor de la actora si el Poder Ejecutivo Nacional dictaba un decreto por medio del cual se aceptara la transferencia dispuesta.

Sostiene que en virtud del decreto PEN 393/2006, por el cual la Nación formalizó la aceptación requerida, se perfeccionó la transferencia de los inmuebles cedidos al dominio del Estado Nacional.

Manifiesta que, hasta la sanción de la ley V-0721-2010 cuestionada, se encontraba a la espera de que las autoridades provinciales adoptaran y completaran los recaudos locales destinados a la escrituración luego del extravío de las actuaciones administrativas.

Denuncia la promoción de la causa caratulada "Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Estado Nacional - Administración de Parques Nacionales s/ expropiación de urgencia" (expte. 747/2010) ante el Juzgado Federal de la ciudad de San Luis, y describe las actuaciones llevadas a cabo en ese proceso.

Aduce que la escrituración pendiente de las parcelas que componen el parque nacional constituye el aparente fundamento de la Provincia de San Luis para considerar que puede ignorar la calidad de dominio público federal que tienen las tierras en debate y su consecuente incompatibilidad con el régimen expropiatorio.

Pone de resalto que la Administración de Parques Nacionales cumple desde hace años su función de custodia y administración en Sierra de las Quijadas. Considera que ello determina la condición dominical de carácter público y que tal



Corte Suprema de Justicia de la Nación

condición es incompatible con la utilidad pública declarada por la jurisdicción provincial.

Concluye que la ley local V-0721-2010 resulta manifiestamente ilegítima, pues vulnera la primacía del orden jurídico federal y la distribución de competencias establecidas por los artículos 31 y 75, inciso 30 de la Constitución Nacional, y que su aplicación aparejaría inevitablemente la pérdida del dominio de los inmuebles, con la consecuente frustración de las actividades y los fines del establecimiento de utilidad nacional.

Entiende que no se configura la causa de utilidad pública alegada por el Poder Legislativo provincial en la ley impugnada, ya que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) informó que no tiene constancia de que en el área protegida que comprende el "Parque Nacional Sierra de las Quijadas", como en el resto de la Reserva Natural adyacente, residan miembros o comunidades pertenecientes al pueblo Huarpe, evidenciándose sí la presencia de restos culturales arqueológicos. Añade que dicho Instituto también informó que no ha recibido solicitud alguna por parte de las comunidades Huarpes para realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral en el área mencionada en los términos de la ley 26.160, y que en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas -Re.Na.C.I.- está inscripta la comunidad Huarpe Guanacache (resolución INAI 485/07), la cual no se encuentra asentada en el área protegida ni en la reserva natural referidas, sino en el Paraje La

Represita del Departamento Ayacucho (notas del 22 y 28 de septiembre de 2010, obrantes a fs. 1 y 2, respectivamente).

Subsidiariamente, para el caso de que no se admitiese el planteo de inconstitucionalidad formulado, solicita que se declare improcedente la compensación del crédito que pudiera resultar a favor del Estado Nacional en virtud de la expropiación contemplada en la ley V-0721-2010 con las deudas que este mantendría con la provincia (artículo 2° de la ley citada), y que se lo indemnice de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 de la Constitución Nacional, 35 de la Constitución de la Provincia de San Luis, 10 y subsiguientes de la Ley de Expropiaciones 21.499 y 18 y subsiguientes de la Ley General de Expropiaciones de la Provincia de San Luis V-0128-2004 (5497).

II) A fs. 446/449 del incidente sobre medida cautelar (CSJ 642/2010 (46-A)/CS1/IN9) se declaró la competencia originaria de esta Corte para entender en el caso, se admitió la prohibición de innovar requerida en forma previa a la promoción de la demanda, y, en ese marco, se le ordenó a la Provincia de San Luis que se abstenga de ejecutar la ley local V-0721-2010 y toda otra disposición dictada en consecuencia, y de llevar a cabo actos que alteren la situación anterior a la sanción de esa norma. Asimismo, se ordenó la acumulación a este proceso de los autos caratulados "Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Estado Nacional - Administración de Parques Nacionales s/



Corte Suprema de Justicia de la Nación

expropiación de urgencia", promovidos ante el Juzgado Federal de la ciudad de San Luis.

III) A fs. 78/100 se presenta la Provincia de San Luis, contesta el traslado de la demanda ordenado a fs. 35 y solicita su rechazo.

Reconoce que en el convenio del 3 de julio de 1989 la provincia se comprometió a ceder al Estado Nacional el dominio y jurisdicción de los inmuebles que, luego de expropiados, serían destinados a la creación del referido Parque Nacional, como así también que las expropiaciones pertinentes se concretaron por avenimiento de los propietarios.

Sin embargo, argumenta que la transmisión del dominio de dichos inmuebles al Estado Nacional no se perfeccionó y que, como resultado de los procesos expropiatorios, se encuentran inscriptos a nombre del Estado provincial ante el Registro de la Propiedad Inmueble.

Expone que la última parte del artículo 4° del referido convenio preveía que: *"...En caso de incumplimiento por parte de La Administración [de Parques Nacionales] esta restituirá la posesión que, en su caso, le hubiera otorgado la Provincia, así como el dominio y jurisdicción"* y denuncia que el organismo nacional no ha cumplido con sus obligaciones en lo que concierne a la promoción de políticas vinculadas a objetivos ambientales, culturales, científicos, educativos y sociales.

Invoca el artículo 124 de la Constitución Nacional en cuanto establece de manera explícita que el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios les corresponde a las provincias y destaca que, en materia de conservación del ambiente o de los recursos naturales, culturales, antropológicos, paleontológicos o arqueológicos, solo han delegado en el gobierno federal el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, quedando su aplicación a cargo de las autoridades locales, como así también la posibilidad de ampliarlos (artículos 41 y 121 de la Ley Fundamental).

En cuanto a la ley provincial V-0721-2010 sostiene, en lo sustancial, que no vulnera el régimen federal y que persigue un fin legítimo.

Fundamenta su postura en que -a su juicio- los inmuebles que conforman el "Parque Nacional Sierra de las Quijadas" no son parte del dominio público del Estado Nacional ni constituyen un establecimiento de utilidad nacional. Además, interpreta que esa ley no frustra ningún fin nacional, pues considera que la actividad de la Administración de Parques Nacionales durante su gestión fue prácticamente nula, lo cual, en su opinión, revela una falta de interés en la zona.

A su vez, subraya que mediante la sanción de dicha ley local el Estado provincial pretende restituir las tierras a sus pobladores originarios para la preservación y manejo



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sustentable de la región. En este sentido, niega la veracidad de la información proporcionada por el INAI. En cambio, afirma que existen constancias que acreditan la ocupación tradicional por parte de la Comunidad Huarpe.

Resalta que en la actualidad los derechos de los pueblos indígenas tienen prevalencia y están reconocidos en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y en diferentes instrumentos internacionales, en particular, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Agrega que el derecho a la posesión y propiedad comunitaria reviste una importancia fundamental, no solo por el significado que tiene la tierra para las culturas indígenas, sino también por el despojo sufrido por las comunidades a lo largo de la historia.

Solicita asimismo que se declare la procedencia de la compensación del crédito que pudiera resultar a favor del Estado Nacional en virtud de la expropiación dispuesta, con las deudas que mantendría con la Provincia de San Luis y, a esos efectos, enumera una serie de juicios que tramitan ante esta Corte en los que ha formulado distintos reclamos de contenido económico.

IV) A fs. 224/228 se presenta Comunidad Huarpe de Guanacache a los efectos de ser tenida por parte en el proceso en los términos del artículo 90, inciso 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Manifiesta ser la ocupante originaria y actual de las tierras en disputa y dice que existen numerosas constancias de esa ocupación tradicional en tiempos remotos y presentes.

Alega que le asiste el derecho a la posesión y propiedad comunitaria consagrado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional sobre esas tierras, considera que la cesión al Estado Nacional es inconstitucional y adhiere a la contestación de demanda de la Provincia de San Luis.

V) A fs. 253/254 el Tribunal admitió la intervención de la Comunidad Huarpe de Guanacache en los términos solicitados.

VI) Una vez clausurado el período probatorio y luego de que las partes presentaran sus alegatos (fs. 379/392, 394/409 y 411/421), dictaminó la señora Procuradora General de la Nación (fs. 427/430) y a fs. 431 obra el llamado de autos para sentencia.

Considerando:

1°) Que de conformidad con lo decidido a fs. 446/449 del incidente sobre medida cautelar (CSJ 642/2010 (46-A)/CS1/IN9), este juicio es de la competencia originaria de esta Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la acción deducida constituye una vía idónea para motivar la intervención de este Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta, sino que se propone



Corte Suprema de Justicia de la Nación

precaver los efectos de la aplicación de la ley V-0721-2010 de la Provincia de San Luis a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto ([Fallos: 311:421](#); [318:30](#); [323:1206](#) y [327:1034](#)).

En tales condiciones, cabe considerar reunidos los requisitos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

3°) Que la ley V-0721-2010 de la Provincia de San Luis, cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue en este pleito, fue sancionada el 28 de julio de 2010 y promulgada por el decreto 1520-MGJyC-2010 (Boletín Oficial y Judicial provincial n° 13.620, 2 de agosto de 2010), y declaró “*de utilidad pública, y sujeto a expropiación, los derechos cedidos al Estado Nacional, mediante Convenio celebrado entre el Gobierno de la Provincia de San Luis y la Administración de Parques Nacionales, de fecha tres de julio de mil novecientos ochenta y nueve, ratificado por Ley Provincial N° VII-0226-2004 (4844 *R) y Ley Nacional N° 24.015, relativos a los inmuebles del Estado Provincial que comprenden el actual 'Parque Nacional Sierra de Las Quijadas', manteniendo su status jurídico de área natural protegida, a los fines que se restituyan a sus ancestrales y originarios pobladores, el Pueblo Nación Huarpe de San Luis, para la preservación y manejo sustentable de dicha región*”.

4°) Que, de manera preliminar, corresponde señalar que esta Corte no comparte los argumentos expuestos en el apartado V del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación de fs. 427/430, en cuanto allí considera que, a los efectos de resolver la controversia, resulta indispensable que se ordene en forma previa la realización del relevamiento técnico-jurídico-catastral previsto en la ley 26.160 *"para determinar el alcance del derecho a la propiedad comunitaria invocado por la Comunidad Huarpe de Guanacache y reconocido por la Provincia de San Luis"*.

Es que, el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, genera obligaciones concurrentes para la Nación y las provincias en lo que concierne a diversas cuestiones vinculadas con los derechos de los pueblos indígenas y, en particular, en lo que respecta al reconocimiento de la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, como así también en lo relativo a la regulación de la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

En consecuencia, la sentencia que se dicte en este pleito no alterará la situación actual de la comunidad citada como tercera, pues aun cuando cambie la titularidad registral de las tierras en disputa en el caso de admitirse la pretensión deducida por la Administración de Parques Nacionales, quedaría abierta la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de eventuales derechos a favor de aquella.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Cabe destacar asimismo que de acuerdo con lo que surge de las notas del señor presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) del 22 y 28 de septiembre de 2010 obrantes a fs. 1 y 2, dicho organismo no había recibido a esas fechas solicitud alguna por parte de las Comunidades Huarpes para realizar el relevamiento en el área en cuestión.

Por otro lado, el artículo 3° de la ley 26.160 en su actual redacción establece que, a los efectos de realizar el relevamiento de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, el INAI deberá dar intervención -entre otros- al Estado provincial implicado (decreto 805/2021, B.O. 18 de noviembre de 2021), y la Provincia de San Luis, mediante la nota de la Secretaría de Estado General Legal y Técnica del 20 de agosto de 2009, informó que no daría curso a la designación de ningún representante ante el INAI *"por cuanto el Sr. Gobernador ha tomado bajo su responsabilidad las decisiones referidas a las políticas que se implementan en relación a las comunidades de Pueblos Originarios radicadas en el ámbito provincial"* (fs. 359 y 363).

En tales condiciones, las circunstancias del caso difieren de aquellas que se configuraban en la causa CSJ 528/2011 (47-C)/CS1 *"Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ medida cautelar"*, invocado por la señora Procuradora General de la Nación como fundamento de su petición, ya que la Provincia de Formosa y el INAI habían suscripto un convenio específico para llevar

adelante el programa de relevamiento en todo el territorio provincial y, en ese marco, el Tribunal instó a las partes para que las tareas atinentes a su implementación comiencen por la comunidad allí demandante (cfr. causa citada, sentencia del 2 de julio de 2013, considerando 1°).

En definitiva, en lo relativo a los intereses del "Pueblo Nación Huarpe de San Luis", la cuestión sometida a decisión del Tribunal consiste en determinar si es válida la vía elegida por la provincia demandada para "restituirle" en los términos de la ley V-0721-2010 las tierras en la que se encuentra emplazado el "Parque Nacional Sierra de las Quijadas".

5°) Que, ahora bien, esta Corte ha señalado que "los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas" ([Fallos: 331:1412](#) y sus citas, entre otros).

El conflicto que se ha suscitado entre la Administración de Parques Nacionales y la Provincia de San Luis, tiene como contexto la interacción de las competencias federales y locales, según la distribución que resulta del artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional, y exige determinar el alcance de lo dispuesto en dicha cláusula, conforme a lo que



Corte Suprema de Justicia de la Nación

surge de su texto luego de la reforma de 1994 y a lo establecido en los artículos 41, 121 y 124 del mismo orden constitucional.

6°) Que, determinado el marco normativo aplicable, es menester efectuar una reseña de los antecedentes del caso.

El 3 de julio de 1989 se suscribió el convenio al que hace referencia la ley impugnada -ratificado mediante la ley local VII-0226-2004 (4844), y en la órbita nacional a través de la ley 24.015-, en cuyo artículo 1° la Provincia de San Luis asumió el compromiso de expropiar y ceder al Estado Nacional el dominio y jurisdicción de aproximadamente 150.000 hectáreas ubicadas en los departamentos de Ayacucho y Belgrano, a fin de destinarlas a la creación del "Parque Nacional Sierra de las Quijadas" en los términos de la ley 22.351 (fs. 1/3 del expediente administrativo APN 1064/1989 de la Administración de Parques Nacionales acompañado como prueba documental).

La citada ley provincial VII-0226-2004 (4844) declaró de utilidad pública y sujetos a expropiación los inmuebles involucrados (artículo 2°); estableció que, obtenida por la Provincia de San Luis mediante el juicio de expropiación su posesión y titularidad de domino, dichos predios serían cedidos a la Administración de Parques Nacionales y su jurisdicción al Estado Nacional (artículo 3°) y que el referido organismo debía asumir el pago de las indemnizaciones y gastos que demandaran las expropiaciones (artículo 4°).

Por otro lado, en el artículo 2° de la ley 24.015 quedó establecido que, una vez cumplimentado por el Estado provincial lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la ley local referida, se considerará creado el "Parque Nacional Sierra de las Quijadas", sujeto al régimen de la Ley de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales 22.351.

Posteriormente, ambas jurisdicciones acordaron limitar las expropiaciones a una superficie aproximada de setenta y cinco mil hectáreas (75.000 has) como área núcleo central para constituir el parque nacional en sentido estricto, por su mayor valor paisajístico y ambiental, quedando bajo el dominio de sus titulares privados el resto de la superficie para ser zonificada como reserva nacional.

La demandada efectuó el trámite expropiatorio a través de la celebración de avenimientos extrajudiciales con los distintos propietarios, con quienes suscribió documentos denominados "actas compromiso" en los cuales se dejó expresa constancia de que esos inmuebles los adquiriría por cuenta y orden del Estado Nacional. Dichas actas fueron homologadas por los decretos 1545-DHyS(SEVUyMA)-96, 971-DHyS(SEVUyMA)-97 y 2578-DHyS(SEVUyMA)-97 (fs. 231/232, 314/316, 334/335 del expediente APN 1064/1989).

Por su parte, en cumplimiento de los compromisos asumidos, la Administración de Parques Nacionales aportó los fondos necesarios para afrontar los pagos de las indemnizaciones



Corte Suprema de Justicia de la Nación

correspondientes a tales expropiaciones (fs. 160/164, 311, 319, 338/340 del expediente APN 1064/1989).

Mediante aquel procedimiento la Provincia de San Luis adquirió una superficie de 73.534,46 hectáreas, conforme surge del decreto 1493-DHyS(SEVUyMA)-99 del 28 de mayo de 1999 (fs. 389/394 de las actuaciones administrativas ya citadas), a través del cual transfirió a la jurisdicción del Estado Nacional y con destino a la Administración de Parques Nacionales para ser incorporados como "Parque Nacional Sierra de las Quijadas", los inmuebles que se consignan en su artículo 1º, y autorizó a la Dirección Provincial de Escribanía de Gobierno y Archivo General a extender las correspondientes escrituras traslativas de dominio (artículo 2º).

Sin embargo, la demandada no otorgó las escrituras traslativas de dominio a favor del Estado Nacional, y al solicitarse formalmente el cumplimiento de esa obligación mediante la nota 716 del 8 de junio de 1999, la provincia contestó que el expediente 37.991-D-98, en el que obraban las actuaciones que dieron origen al dictado del referido decreto provincial 1493-DHyS(SEVUyMA)-99, había sido extraviado, y que solo se encontraría en condiciones de escriturar si el Poder Ejecutivo Nacional dictaba un decreto aceptando dicha transferencia (fs. 349/350 y 377 del expediente APN 1064/1989).

Frente a ello, el Estado Nacional dictó el decreto 393/2006 (B.O. 17 de abril de 2006) mediante el cual aceptó la

transferencia de los inmuebles adquiridos para ser incorporados como "Parque Nacional Sierra de las Quijadas", e instruyó a la Escribanía General del Gobierno de la Nación a instrumentar los actos necesarios para incorporarlos al dominio de la Administración de Parques Nacionales e inscribirlos a su nombre, facultando al presidente del Directorio de ese organismo a suscribir la documentación que resulte necesaria para tal finalidad.

Pese a lo expuesto, tampoco se efectivizó la escrituración respectiva y, finalmente, el 28 de julio de 2010 se sancionó la ley provincial V-0721-2010 aquí cuestionada.

7°) Que, en síntesis, de los antecedentes reseñados surge que, en el marco del procedimiento expropiatorio, la Provincia de San Luis adquirió "por cuenta y orden del Estado Nacional" 73.534,46 hectáreas para ser incorporadas como "Parque Nacional Sierra de las Quijadas", obteniendo de ese modo la posesión y la titularidad del dominio de esas tierras, y luego las transfirió a la jurisdicción del Estado Nacional y con destino a la Administración de Parques Nacionales (artículo 1°, decreto 1493-DHyS (SEVUyMA)-99).

En consecuencia, al haberse cumplido las condiciones a las que se encontraba sujeta la creación de dicho Parque (artículos 3° y 4° de la ley VII-0226-2004 (4844) y 2° de la ley 24.015) y frente a la cesión de la indicada porción de territorio efectuada por el Estado provincial, ese predio pasó a



Corte Suprema de Justicia de la Nación

formar parte del dominio público nacional en los términos del artículo 2° de la ley 22.351 y quedó afectado al régimen de la referida Ley de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales.

8°) Que la circunstancia apuntada en el considerando precedente tiene una relevancia decisiva para la solución del asunto, ya que, en las condiciones del caso, la provincia demandada no puede arrogarse sin más la propiedad de un establecimiento de utilidad nacional que no ha sido desafectado de su destino al uso público por una ley del Congreso Nacional y, por lo tanto, desconocer el régimen legal del referido "Parque Nacional Sierra de las Quijadas" (arg. [Fallos: 340:991](#) y su cita).

Cabe destacar que no se encuentra controvertida en la causa la inexistencia de un acto de desafectación formal. Asimismo, el presunto incumplimiento en el que -según sostiene la demandada- habría incurrido la Administración de Parques Nacionales en cuanto a la promoción de políticas vinculadas a objetivos ambientales, culturales, científicos, educativos y sociales, tampoco podría derivar en una suerte de desafectación tácita del predio en cuestión, pues esta Corte ha reconocido la necesidad de una evidencia absoluta de la desafectación (doctrina de [Fallos: 263:437](#); [311:2842](#), entre otros) y los actos o hechos que la produzcan por parte del Estado Nacional deben ser indudables y manifestarse por constancias inequívocas ([Fallos: 335:1822](#)).

9°) Que el hecho de que los inmuebles involucrados en este pleito se encuentren inscriptos a nombre la Provincia de San Luis como resultado del procedimiento expropiatorio, no altera las conclusiones hasta aquí expuestas, pues lo que determina la invalidez de la ley provincial V-0721-2010 es la afectación de las tierras al régimen de la ley 22.351.

Por otro lado, la situación registral en la que se encuentra el predio en cuestión se debe a la falta de instrumentación de las respectivas escrituras traslativas de dominio a favor del Estado Nacional y dicho trámite se encontraba a cargo de la Dirección Provincial de Escribanía de Gobierno y Archivo General (artículo 2°, decreto 1493-DHyS(SEVUyMA)-99); por consiguiente, el Estado provincial mal puede ampararse en el incumplimiento de ese deber legal para justificar su conducta posterior.

10) Que, a su vez, el mantenimiento del *status* jurídico de área natural protegida y la pretensa entrega de las tierras al Pueblo Nación Huarpe de San Luis para la preservación y manejo sustentable de dicha región, tampoco autoriza a convalidar la ley V-0721-2010 impugnada, pues la provincia demandada carece de facultades para asumir o asignarle a un tercero la competencia para hacer cumplir la finalidad impuesta por el legislador nacional a las tierras cedidas.

En efecto, el artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional le asigna al Congreso la facultad de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

"dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en territorio de la República" y, a su vez, establece que: "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 ámbito donde se encuentra emplazado el "Parque Nacional Sierra de las Quijadas" es un establecimiento de utilidad nacional al que le resulta aplicable dicha cláusula constitucional, y la legislación nacional "necesaria" a los fines del establecimiento, cual es la citada ley 22.351, ha atribuido únicamente a la Administración de Parques Nacionales -como autoridad de aplicación- la competencia plena para hacer cumplir la finalidad impuesta por la ley en su ámbito territorial y en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales el poder de policía ambiental ha de desenvolverse.

No hay que perder de vista que es atribución del legislador nacional determinar la existencia del fin nacional a cumplir, así como la elección de los medios y modos de satisfacerlo ([Fallos: 322:2598](#)), como tampoco que los poderes que las provincias delegaron por la Constitución Nacional no pueden constituir meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente las autoridades nacionales en ejercicio de tales poderes deben considerarse dotadas de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se

instituyeron, ya que de no ser así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron (cfr. doctrina de [Fallos: 329:2975](#)).

De tales premisas se extrae que la jurisdicción nacional en materia ambiental es la única que puede ejercerse en un predio afectado al régimen de la ley 22.351, pues no puede haber concurrencia alguna en cuanto a lo que constituye el fin específico de utilidad nacional, lo cual significa que en ese ámbito corresponde únicamente a la autoridad nacional la jurisdicción exclusiva y excluyente del poder de policía en dicha materia, en tanto ella es lo que hace al objeto mismo de la actividad del establecimiento federal (causa CSJ 2517/2005 (45-A) "[Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad](#)", pronunciamiento del 30 de diciembre de 2014, cfr. apartado VII del dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que remite la sentencia de esta Corte).

11) Que, por otro lado, aun cuando los Estados provinciales sean dueños de los recursos naturales (artículo 124, Constitución Nacional), y solo hayan delegado a la Nación la fijación de los presupuestos mínimos de protección ambiental (artículos 41 y 121 de la Carta Magna), resulta insoslayable que las disposiciones de la ley 22.351 deban aplicarse en el caso, de manera que quede resguardada la previsión contenida en el artículo 75, inciso 30; precepto este último que otorga sustento más que suficiente a dicha legislación y a su aplicación, en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

tanto esta tiende al cumplimiento de los fines específicos del establecimiento (cfr. [Fallos: 338:362](#)).

12) Que no obstante la invalidez de la ley V-0721-2010 por las razones expuestas, cabe poner de resalto que la Administración de Parques Nacionales señaló que no advierte incompatibilidad entre el funcionamiento del parque nacional y la eventual participación en él de las comunidades y pueblos originarios (fs. 424 vta. del incidente sobre medida cautelar CSJ 642/2010 (46-A)/CS1/IN9).

En la regulación vigente en la materia, existen mecanismos contemplados con ese propósito.

En efecto, el "Plan de Gestión Institucional para los Parques Nacionales" aprobado por la resolución APN 142/2001 (B.O. 29 de noviembre de 2001) promueve el fortalecimiento del vínculo con los pueblos originarios en lo que respecta a la temática de legislación, territorialidad y manejo de los recursos naturales, en concordancia con el marco normativo vigente, debiendo conjugarse tanto los intereses sociales que hacen a los pueblos originarios, como los de conservación de las áreas protegidas.

En el marco de los objetivos propios de conservación, dicho Plan determina que se atenderán las demandas de los pueblos originarios, los que tendrán un rol protagónico en el desarrollo de las áreas que habitan, a través de su comanejo, y en cuanto a los asentados en zonas circundantes a las áreas

protegidas dispone que podrá admitirse a través de reglamentaciones especiales, el uso de los recursos naturales en dichos espacios, siempre que esos usos sean de tipo tradicional, sean compatibles con los objetivos de conservación del parque, resulten necesarios e imprescindibles para garantizar la subsistencia de las comunidades vecinas y se hayan evaluado previamente otras alternativas existentes.

Asimismo, en la resolución del Directorio de la Administración de Parques Nacionales 145 del 18 de agosto de 2004, se reconocieron "los conocimientos, innovaciones y prácticas de las Comunidades Indígenas que ocupan áreas integrantes del Sistema de la Ley N° 22.351 y entrañan estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, garantizándose su respeto, preservación y mantenimiento, así como el respeto del desarrollo de las Comunidades Indígenas basado en su identidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, el Convenio N° 169 de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO ratificado por Ley N° 24.071 y el artículo 8°, inciso j), del Convenio sobre la Diversidad Biológica ratificado por Ley N° 24.375" (artículo 1°), a la vez que dispuso garantizar, "a través del comanejo, la participación de las Comunidades Indígenas en todo acto administrativo de la ADMINISTRACIÓN DE PARQUES NACIONALES referido a los recursos naturales existentes en las áreas que ellas ocupan y a los demás intereses que las afecten, de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

conformidad con lo ordenado en la legislación citada precedentemente" (artículo 2°).

A su vez, en sentido concordante, en los considerandos de la citada resolución APN 145/2004 se afirma que *"no existe incompatibilidad entre los objetivos de conservación y uso sustentable y tradicional de la biodiversidad por parte de las Comunidades Indígenas y los objetivos de conservación de las áreas protegidas bajo jurisdicción de esta Administración, constituyéndose el comanejo en la única forma de viabilizar estos objetivos comunes"*.

De todas maneras, no le atañe a esta Corte expedirse al respecto en el marco de este proceso, pues la decisión respectiva le corresponde a la autoridad de aplicación de la ley 22.351, en ejercicio de las atribuciones que le competen.

13) Que, en definitiva, la vía elegida por el legislador provincial implica una alteración del reparto de competencias que establece la Constitución en el artículo 75, inciso 30, puesto que desconoce el interés público que determinó la creación del establecimiento, el cual se ha mantenido en el tiempo al no haberse modificado su finalidad por parte del Congreso Nacional, único órgano constitucionalmente habilitado al efecto ([Fallos: 340:991](#) ya citado).

Aun cuando la facultad expropiatoria sea una de las reservadas por las provincias dentro de su territorio, tal atribución cede cuando el inmueble pertenece al Estado Nacional

y en él funciona un establecimiento de utilidad nacional. Ello es así pues en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 75, inciso 5° de la Ley Fundamental, es facultad del Congreso de la Nación disponer del uso y de la enajenación de tierras de propiedad nacional ([Fallos: 276:104](#); [323:4046](#) y [327:429](#)).

14) Que las consideraciones precedentes son suficientes para resolver el caso y tornan innecesario el tratamiento de los restantes argumentos expuestos por las partes.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda entablada por la Administración de Parques Nacionales y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la ley V-0721-2010 de la Provincia de San Luis. II. Condenar a la Provincia de San Luis a otorgar en el plazo de ciento veinte (120) días hábiles las escrituras traslativas de dominio correspondientes a los inmuebles identificados en el decreto 1493-DHyS(SEVUyMA)-99 del 28 de mayo de 1999, bajo apercibimiento en el caso de incumplimiento de que el Tribunal disponga las medidas necesarias a esos efectos. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Parte actora: **Administración de Parques Nacionales**, representada por los doctores **Adriana Beatriz Villani**, **Lorena Paola Traba**, **Carlos Ignacio Guaia**, **José Manuel Ubeira**, **Natalia Elizabeth Gerula**, **Luciana C. Mazzoni**, **Camila María Villalba** y **Joaquín Pedro da Rocha**.

Parte demandada: **Provincia de San Luis**, representada por los doctores **Eduardo Segundo Allende**, **Ricardo A. A. Endeiza**, **Cecilia Chada** y **Sandra Sirur Flores**.

Tercero citado: **Comunidad Huarpe de Guanacache**, representada por sus apoderados, doctores **Rodolfo Carlos Barra** y **Beltrán María Fos**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 19 de septiembre de 2023

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa Empresa San José S.A. y otros c/ EN -M Transporte de la Nación- CNRT y otro s/ proceso de conocimiento", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir -en lo pertinente- por razón de brevedad.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito. Remítase la queja con el principal. Notifíquese.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando que:

Las cuestiones planteadas en el recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a esta queja encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos cabe remitir por razones de brevedad.

Lo expuesto precedentemente no supone pronunciarse sobre la existencia de caso ni sobre la inclusión de la ley 12.346 en el anexo de normas derogadas de la ley 26.939 aprobatoria del Digesto Jurídico Argentino.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito. Remítase la queja con el principal. Notifíquese.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional -Ministerio de Transporte-, parte demandada**, representada por la **Dra. María Laura Villanueva**, patrocinada por el **Dr. Ignacio María de la Vega**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2**.

RECURSO QUEJA N° 1 - EMPRESA SAN JOSE SA Y OTROS C/ EN - M°
TRANSPORTE DE LA NACIÓN - CNRT Y OTRO s/ proceso de conocimiento.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

Contra la sentencia de fs. 212/217 de los autos principales (conf. sitio www.csjn.gov.ar -consulta de causas en trámite) en la que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala 4) -por mayoría- admitió parcialmente la apelación de la parte actora e hizo lugar a la medida cautelar referida a la abstención de dictar cualquier tipo de norma y/o pronunciamiento que implicase afectar, lesionar y/o restringir la continua y regular prestación del servicio público de transporte de pasajeros de larga distancia, el Estado Nacional-Ministerio de Transporte interpuso el recurso extraordinario de fecha 21 de febrero de 2020, replicado por la parte actora el 4 de agosto de igual año, el que, declarado inadmisibile por la cámara el 1° de octubre de 2020, motivó la presentación en queja.

La disconformidad del Estado Nacional se sostiene en los siguientes agravios: a) arbitrariedad de la sentencia por falta de motivación y fundamentación jurídica -el tribunal sólo habría tenido en cuenta el argumento de otra sala de la misma cámara en un proceso en apariencia análogo al que remitió para evitar repeticiones-; b) omisión total de considerar los argumentos esgrimidos al producir el informe del art. 4° de la ley 26.854 en cuanto a la no vigencia ni operatividad del Digesto Jurídico Argentino y c) inexistencia de incertidumbre o

daño inminente que justifique una tutela urgente por una medida cautelar.

-II-

Cabe recordar que V.E. tiene reiteradamente declarado que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o revoquen, no revisten carácter de sentencia definitiva en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros).

No obstante, dicho principio reconoce excepción cuando la medida dispuesta causa un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior o cuando exista gravedad institucional (Fallos: 313:279; 314:1202 y 1968; 323:337).

La quejosa aduce, como quedó expuesto, que, en el sub examine, se ha configurado un supuesto de arbitrariedad y gravedad institucional que habilitaría la apertura de la instancia extraordinaria.

En primer lugar, es menester señalar que, de los diversos criterios y alcances con que la jurisprudencia de la Corte Suprema hizo uso de la pauta valorativa de la gravedad institucional como medio para admitir el recurso extraordinario, es posible reconocer, como principio, que se ha entendido aludir a aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la comunidad (Fallos: 286:257; 306:480; 307:919, entre otros) o que ponen en juego instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973), o la buena marcha de las instituciones (Fallos: 303:1034), o cuando la cuestión incide en la prestación

RECURSO QUEJA N° 1 - EMPRESA SAN JOSE SA Y OTROS C/ EN - M°
TRANSPORTE DE LA NACIÓN - CNRT Y OTRO s/ proceso de conocimiento.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

de un servicio público o lo decidido puede afectar la percepción de la renta pública ([Fallos: 313:1420](#); [314:258](#); [316:2922](#)).

Sobre tales bases es que han de valorarse las circunstancias que el Estado Nacional aduce como configurativas de gravedad institucional que habilite la actuación de la Corte.

A mi modo de ver, se configura tal supuesto de excepción, puesto que lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe a la comunidad en razón de su aptitud para incidir en el ejercicio de las potestades propias de control en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, en el caso, interprovincial o de larga distancia.

En tales condiciones, tengo para mí que, coincidiendo con la posición del voto en disidencia, surge tanto de los dichos de la quejosa como de la información extraída del Honorable Senado de la Nación que el Digesto Jurídico Argentino no tendría operatividad en la actualidad.

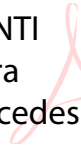
Ello así, una medida como la aquí dispuesta –apelada en queja– podría neutralizar las funciones de control del servicio de transporte de pasajeros por parte del Estado Nacional sin que se encuentren verificados los requisitos para su concesión ya que, ante lo dicho en el párrafo precedente, no se configuraría una verosimilitud del derecho sino sólo un agravio conjetural, puesto que la ley 12.346 no podría, en este estado de la cuestión, considerarse derogada.

-III-

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia en lo que fue materia de apelación.

Buenos Aires, de diciembre de 2021.

MONTI
Laura
Mercedes



Firmado
digitalmente por
MONTI Laura
Mercedes
Fecha: 2021.12.28
12:04:05 -03'00'



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2023

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Gómez, Elisabeth Karina c/ Bockel, Juan José -Subsecretario General a cargo del Defensor del Pueblo de la Nación s/ amparo ley 16.986", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir por razón de brevedad.

Por ello, se declara inoficioso un pronunciamiento del Tribunal en la causa y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y remítase digitalmente la queja a sus efectos.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por el **Subsecretario General a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Nación, Juan José Bockel**, con el patrocinio letrado del **Dr. Daniel Jorge Bugallo Otano**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 2 de Resistencia**.

RECURSO QUEJA N° 2 - GOMEZ, ELISABETH KARINA C/ BOCKEL, JUAN JOSE, SUBSECRETARIO GENERAL A CARGO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION s/ amparo Ley 16.986.



MONTI
Laura
Mercedes
S

Firmado digitalmente por MONTI Laura Mercedes
Fecha: 2022.12.05 13:58:35 -03'00'

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia rechazó el recurso de apelación de la parte demandada y confirmó la sentencia apelada que había hecho lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por Elisabeth Karina Gómez y, en consecuencia, dejó sin efecto la resolución 40/2019 emitida por el Subsecretario General a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Nación (en adelante, DPN), por la que se prorrogó por 60 días la medida preventiva de suspensión provisoria sin goce de haberes dispuesta en el marco de un sumario administrativo instruido contra la actora.

Del relato de los antecedentes surge que en el año 2016 la Defensoría del Pueblo de la Nación denunció penalmente a la actora por la posible comisión del delito de usurpación de funciones previsto en el art. 246, inc. 3°, del Código Penal - por haber requerido la adscripción de una persona para trabajar en el ámbito de la defensoría y certificar sus servicios sin poseer facultades ni autorización expresa para ello-; y posteriormente, en el año 2018, a raíz del procesamiento de la actora en sede penal, inició el sumario administrativo pertinente a fin de deslindar responsabilidades. Sin embargo, afirmó que la potestad disciplinaria de la demandada no se hallaba vigente ya que había transcurrido el plazo de un año

previsto en el régimen de investigaciones aprobado por res. 34/94 del Defensor del Pueblo de la Nación.

Luego de reseñar los antecedentes del caso y las actuaciones relevantes que dieron lugar al dictado de la medida cautelar dispuesta en el marco de la causa 6635/19 que, aduce, corren por cuerda, el tribunal entendió que la resolución 40/19 de la DPN era arbitraria por carecer de una motivación adecuada. Asimismo consideró que, al haber quedado firme el sobreseimiento de la actora en sede penal, el mantenimiento *sine die* de la medida preventiva había implicado en los hechos una sanción expulsiva incompatible con el debido proceso y las garantías constitucionales. Además, resaltó que hasta el dictado de la medida cautelar no se le había dado intervención a la agente en el trámite sumarial.

Por último, entendió que la resolución 80/19 de la DPN -y su confirmatoria (res. 13/20 de la DPN)- que aplicó la sanción de cesantía a la actora y puso fin al sumario administrativo era un hecho sobreviniente que debía ser meritado. Afirmó que a raíz de los antecedentes que surgían de las constancias de la causa, el obrar del organismo demandado resultaba irrazonable y configuraba un acto de desobediencia judicial de la medida cautelar que había ordenado la reincorporación de la actora hasta tanto se resolviera la acción de amparo.

-II-

Disconforme con tal pronunciamiento, la demandada dedujo el recurso extraordinario que fue denegado por la Cámara, lo que dio lugar a la presente queja.

RECURSO QUEJA N° 2 - GOMEZ, ELISABETH KARINA C/ BOCKEL, JUAN JOSE, SUBSECRETARIO GENERAL A CARGO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION s/ amparo Ley 16.986.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En primer término, sostiene que la sentencia es arbitraria toda vez que se dictó sin que se hubiere configurado caso o causa. Señala que, previo a la traba de la litis, la cuestión devino abstracta con motivo del dictado de la resolución 80/2019 de la DPN que aplicó la sanción de cesantía y concluyó el sumario administrativo. Alega que, si bien la actora invocó la res. 80/19 de la DPN como hecho nuevo, éste no fue admitido en primera instancia y la amparista no amplió los términos de su demanda.

Se agravia también porque la sentencia apelada se proyectó sobre cuestiones no controvertidas por las partes y que no habían sido tratadas por la sentencia de primera instancia. Afirma que ni la resolución que dispuso la apertura del sumario administrativo ni las que pusieron fin al trámite sumarial (res. 18/18, 80/19 y 13/20 de la DPN) fueron cuestionadas en este juicio ni declaradas inválidas en sede judicial, por lo que subsiste respecto de todas ellas la presunción de legitimidad.

Sostiene que las aseveraciones que realiza el tribunal respecto de la falta de motivación de la resolución impugnada constituyen meras afirmaciones dogmáticas. Manifiesta que el sumario administrativo no se incorporó como prueba al proceso, por lo que el tribunal no pudo valorar correctamente los antecedentes que motivaron su dictado.

Por último, alega que las afirmaciones de la cámara respecto de la supuesta desobediencia judicial en que habría

incurrido la recurrente son erradas y no tienen correlato con la constancias de la causa.

-III-

Ante todo, cabe recordar que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 313:1081; 320:1875, entre muchos otros), lo cual resulta aplicable también a las decisiones en los juicios de amparo (Fallos: 300:844). Al respecto, el Tribunal también ha señalado en reiterada doctrina que si lo demandado carece de objeto actual, su decisión es inoficiosa (Fallos: 253:346), puesto que la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la de poder juzgar, circunstancia comprobable aun de oficio (Fallos: 307:188; 311:787).

En el caso, la actora -en calidad de agente de planta permanente de la Defensoría General del Pueblo de la Nación- promovió acción de amparo contra su empleadora a fin de que se revoque la resolución 40/19 de la DPN, por la que se prorrogó por 60 días la medida preventiva de suspensión provisoria sin goce de haberes dispuesta en el marco de un sumario administrativo instruido en su contra, y se ordene a la demandada a que "...concluya el sumario administrativo, previo convocar a esta parte a ejercer su legítimo derecho" (v. ptos. 1° y 4° del petitorio efectuado en el escrito de demanda a fs. 12).

Ahora bien, como surge de las constancias de la causa (v. presentaciones de ambas partes a fs. 19/25 y 26/56), previo

RECURSO QUEJA N° 2 - GOMEZ, ELISABETH KARINA C/ BOCKEL, JUAN JOSE, SUBSECRETARIO GENERAL A CARGO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION s/ amparo Ley 16.986.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

a la traba de la litis, el organismo demandado dictó la resolución 80/19 de la DPN -y su confirmatoria (res. 13/20 de la DPN)- mediante la cual impuso a la actora la sanción de cesantía y, por consiguiente, concluyó el sumario administrativo en cuyo marco se había dispuesto la medida *accesoria* de suspensión provisoria que aquí se cuestiona (res. 40/19 de la DPN cit.).

En tales circunstancias, estimo que asiste razón al apelante cuando alega que la cámara omitió considerar los planteos introducidos por la recurrente en torno a que el dictado de la resolución 80/19 de la DPN, *no cuestionada en estos autos*, agotó el objeto de la demanda que procuraba que se revoque o declare nula la suspensión preventiva dispuesta por la resolución 40/19 de la DPN y se le ordene a la demandada concluir el sumario administrativo iniciado en su contra.

Así las cosas, en las condiciones en las que ha quedado planteada la demandada, entiendo que la cuestión ventilada devino abstracta y, por lo tanto, resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal en la causa (Fallos: [333:244](#); [337:1152](#), entre otros). Sin perjuicio de ello considero que, por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente "Peso" (Fallos: [307:2061](#)), corresponde revocar la sentencia recurrida a fin de evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado pueda causar un gravamen no justificado (Fallos: [315:123](#); [327:3655](#); [328:2991](#); [329:5068](#), entre otros).

-IV-

Por ello, opino que corresponde declarar abstracta la cuestión y, por las razones expuestas, dejar sin efecto la sentencia apelada.

Buenos Aires, de diciembre de 2022.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 6 de febrero de 2024

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Gorriti Echegaray, Darío Pedro c/ Swiss Medical ART S.A. y otros s/ otros reclamos", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos corresponde remitir, en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se desestima la presentación directa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Recurso de queja interpuesto por **Darío Pedro Gorriti Echegaray**, parte actora, representado por el **Dr. Juan Manuel Nacucchio**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 32**.

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la incompetencia territorial del fuero nacional para entender en la presente demanda por diversos accidentes de trabajo (sentencia del 23 de junio de 2020, incorporada al expediente digital, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario, el 15 de julio de ese año).

Señaló que, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27.348 Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo, vigente al momento de la promoción de la demanda, la revisión judicial de las decisiones de las comisiones médicas corresponde a la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino.

En ese marco, indicó que, de acuerdo a las constancias obrantes en el expediente, el actor compareció a la comisión médica jurisdiccional 23 de la ciudad de Salta, en razón de su domicilio y del lugar de prestación de tareas, en procura del cobro de las indemnizaciones sistémicas de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo. Agregó que esa provincia adhirió al procedimiento de la ley 27.348 el 27 de junio de 2018, es decir, con anterioridad a la interposición de la demanda, mediante la ley local 8086.

Por ello, concluyó que para cuestionar lo decidido por ese órgano administrativo resulta competente la justicia laboral de Salta.

–II–

Contra esa decisión, el actor dedujo recurso extraordinario federal (fs. 98/115), que fue denegado (sentencia del 18 de diciembre de 2020, incorporada al expediente digital el 03 de febrero de 2021), lo que dio origen a la

presente queja (escrito presentado en el expediente de queja digital el 11 de febrero de 2021).

Sostiene, sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, que la decisión recurrida carece de la debida fundamentación y no constituye una derivación razonada del derecho vigente a las circunstancias de la causa, lo que vulnera el principio protectorio del trabajador, su derecho de propiedad y la garantía de defensa en juicio (artículos 14 *bis*, 17 y 18 de la Constitución Nacional).

En ese orden, resalta que al encontrarse entre los codemandados la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, corresponde la competencia de la justicia nacional del trabajo y ello no fue ponderado por la cámara al resolver. Asimismo, agrega que el tribunal tampoco consideró ninguno de los temas planteados por el actor con relación a la afectación de sus derechos laborales ni a los principios constitucionales invocados.

-III-

Es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las decisiones en materia de competencia no constituyen fallos definitivos en los términos del artículo 14 de la ley 48, excepto que concurren circunstancias que autoricen su equiparación. Ellas son, en lo que aquí nos ocupa, la denegatoria del fuero federal o una efectiva privación de justicia (dictámenes de la Procuración General de la Nación a los que remitió la Corte Suprema en Fallos: 340:1401, “Núñez Benítez”; 341:327, “Lackovic”; CNT 60844/2016/1/RH1, “Reboredo, Vanesa Paola c/ Autoservicios Telsan SA y otro s/ despido”, del 6 de febrero de 2019, resuelto de manera concordante por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 21 de mayo de 2019, entre muchos otros).

En mi entender no se presentan esas excepciones en el caso. Por un lado, la sentencia en crisis no deniega el fuero federal ni el recurrente

solicita su intervención; por el contrario, la decisión atribuye competencia a la justicia laboral de Salta y el actor pretende la nacional del trabajo. Por otro lado, la decisión cuestionada no coloca al impugnante en una situación de privación de justicia que afecte en forma directa e inmediata la defensa en juicio, pues no clausuró la vía procesal promovida sino que atribuye competencia a la justicia laboral de su domicilio, que coincide, a su vez, con el lugar de prestación de tareas, donde puede ejercer la acción planteada (dictámenes de la Procuración General de la Nación a los que remitió la Corte Suprema en Fallos: 325:3476, “Parques Interama S.A.”; 329:5094, “Correo Argentino S.A.”; 340:1401, cit.; dictámenes de la Procuración General en los casos CNT 9027/2015/1/RH1, “Pinto, Pablo Julián c/ Asociart ART SA s/ accidente - ley especial”, del 2 de agosto de 2016, y CNT 60844/2016/1/RH1, “Reboredo, Vanesa Paola c/ Autoservicios Telsan S.A. y otro s/ despido”, del 6 de febrero de 2019, resueltos concordantemente por la Corte Suprema en sus sentencias del 3 de agosto de 2017 y del 21 de mayo de 2019).

A su vez, la ausencia de una decisión definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas ni por la pretendida arbitrariedad del fallo o la alegada interpretación errónea del derecho que rige el caso (dictámenes de la Procuración General de la Nación a los que remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:1447, “Barros”; 344:2023, “Bueno”; entre otros).

En tales condiciones, considero que la recurrente no logra acreditar el carácter definitivo de la decisión apelada en los términos del artículo 14 de la ley 48.

–IV–

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja.

Buenos Aires, 22 de febrero de 2022.

ABRAMOVICH
COSARIN
Victor Ernesto

Firmado digitalmente por
ABRAMOVICH COSARIN Victor
Ernesto
Nombre de reconocimiento (DN):
serialNumber=CUIL 20165543387,
c=AR, cn=ABRAMOVICH COSARIN
Victor Ernesto
Fecha: 2022.02.22 12:58:03 -03'00'



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL
TRABAJO - SALA FERIA

SENTENCIA INTERLOCUTORIA NRO. 1 Expte. Nro. 56862
/2023/1 Autos INCIDENTE N° 1 – ACTOR:
CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA
REPUBLICA ARGENTINA c/ PODER EJECUTIVO
NACIONAL s/ INCIDENTE

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 3 días del mes de enero de 2024, reunidos en la Sala de Acuerdos quienes integran el Tribunal de FERIA en carácter de vocales, a fin de considerar el recurso interpuesto, se procede a oír sus opiniones en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación:

VISTOS Y CONSIDERANDO

La Dra. María Dora Gonzalez dijo:

I.- La parte actora, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA (en adelante CGT), deduce recurso de apelación contra la resolución dictada en grado en cuanto desestimó la medida de no innovar que solicitó a los fines de que suspenda en forma temporaria los efectos del DNU 70/23, con fundamento en que, al momento de la petición, no había entrado en vigencia la norma antes citada y, por ende, carecía de todo efecto dañoso (27/12/2023).

La quejosa aduce en la presentación mediante la cual solicitó la habilitación de la feria judicial que –a su entender- está pendiente de resolución la medida cautelar referenciada y que el acto de autoridad que se pretende conjurar habría cobrado operatividad a partir del 29 de diciembre del 2023, por lo que, resulta relevante la necesidad de privar de efectos temporales a un decreto cuya invalidez –sostiene- posee una intensa verosimilitud del derecho y cuya potencialidad para acarrear los perjuicios que detalla. Solicita, asimismo, se suspenda la decisión sobre la inhibitoria planteada hasta tanto se resuelvan los recursos interpuestos y se prosigan las actuaciones según su estado.

Este Tribunal dispuso dar vista al Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal quien se expidió a través del Dictamen Nro. 1/24 de fecha 02/02/2024 que se incorporó a la presente causa y forma parte integrante de la misma.

En el *sub lite*, tal como reseña el Sr. Fiscal General, del cotejo de los elementos obrantes en el sistema informático revela que el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, en la causa caratulada: “*EN – Jefatura de Gabinete de Ministerio c/ Confederación General del Trabajo de la República Argentina – PEN – CNT 56862/23 s/ inhibitoria*”, (Expte. CAF 48422/2023), en coherencia con los lineamientos desarrollados en el dictamen fiscal,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

hizo lugar el pedido de inhibitoria allí formulado por el Estado Nacional y, por lo tanto, resolvió que correspondía que la causa CNT 56862/2023 –radicada ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 69– debía continuar la prosecución de su trámite en el marco del proceso colectivo “*Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ amparo ley 16.986*” (Expte. CAF 48013/2023; véase, del expediente referenciado en primer término, el dictamen y la resolución de fs. 239/243 y 244/250, respectivamente) [\[1\]](#). Y que, el Sr. Juez de grado –con posterioridad– en lo que aquí resulta de interés, manifestó –entre otras consideraciones– que mantenía los fundamentos otrora expresados en la resolución en la que había asumido la competencia para entender y, por ende, ordenó continuar con la tramitación de estos autos [\[2\]](#).

En este entendimiento, comparto lo dictaminado por el Sr. Fiscal General en cuanto en el presente caso y más allá de la atipicidad de su instrumentación, se suscita una contienda positiva de competencia entre lo resuelto por el Sr. Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N°2 y lo decidido por el Magistrado del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°69, en tanto ambos jueces –como quedó anotado– se consideran aptos para entender en la controversia y continuar en su conocimiento.

En este orden, no puede pasarse por alto que la ley 26.284 llamada de “Medidas Cautelares”(LMC) [\[3\]](#) que encauzado el pedimento precautorio, contiene expresas y singulares precisiones en torno a los conflictos de competencia; así, por ejemplo, habilita la vía de la inhibitoria aun entre jueces de la misma jurisdicción judicial y pregona la aptitud de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para elucidarlos siempre que intervenga un juez de dicho Fuero (ver, art. 20), que es lo que sucede en las presentes actuaciones.

La citada normativa expresamente dispone que “*La vía de la inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional, o alguno de sus entes, sean parte. Todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal...*”.

En virtud de lo antedicho, adhiero al dictamen que antecede, en cuanto, pese a las previsiones del art. 24 inciso 7° del decreto 1285/58, toda vez que se encuentra involucrada en el conflicto de competencia la Justicia Nacional en lo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

Contencioso Administrativo Federal, rige el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, en coherencia con lo sugerido por la Procuración General de la Nación, tiene dicho que “... *resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el art. 20, segundo párrafo, primera parte, de la ley 26.854, según el cual “(t)odo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal”...*” (conf. CSJ 400/2013 (49-C)/ CS1, “Costa, Matías Hernán c/Registro Automotor N° 46 (Sra. A. Norma F. de López) s/diligencia preliminar”, Dictamen del 05/12/2013 y sentencia del 2 de junio de 2015; asimismo véase Fallos: 341: 668 y 1192 y, más recientemente, la sentencia del 16/07/2020 recaída en el Expte. N° CNT 9421/2017/1/RH1; criterio recepcionado por la jurisprudencia de esta Excma. Cámara en el Dictamen N° 85.027 del 08/11/2018, en autos: “Cañizares, Silvia Elizabeth c/ Asociación Cooperadora Escuela N4 Distrito Escolar N8 y otro s/ despido”, Expte. CNT 46137/2017/CA1, que fue compartido por la Sala IX en la SI del 19 /12/2018; íd. Dictamen N° 94.975, del 15/11/2019, en autos: EN-M Producción y Trabajo – Secretaría de Gobierno de Trabajo Empleo c/ Unión de Trabajadores del Turismo Hoteleros Gastronómicos de la República Argentina UTHGRA y otro s/ otros reclamos”, Expte. CNT 19967/2019/CA1, que fue compartido por la Sala X en la SI del 27/02/2020; entre otros).

Desde esta óptica, repárese que nos encontramos frente a una pretensión cautelar contra el Estado Nacional deducida ante distintos fueros frente a un mismo acto (DNU 70/23) y que, por afectar a distintos sujetos legitimados, suscita la presentación de distintas acciones sumarísimas (amparo individual, amparo colectivo y/o acciones declarativas) en diferentes fueros y jurisdicciones, los cuales tienen como objeto la suspensión de los efectos de la misma norma estatal en sus diferentes perjuicios que pudieran invocarse. Estas circunstancias se evidencian en las causas a las cuales hace mérito el Fiscal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo Federal Nro 7 de fecha 29/12/23 y el Juez en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 2 Secretaria Nro. 3 y que se encuentran incorporadas en la causa, lo cual, puede confluir en decisiones judiciales diversas y contradictorias frente a un acto estatal.

Por las razones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, propicio disponer la remisión de las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para la elucidación de la contienda de competencia (arg. art. 20 de la ley 26.854 cit.)

El Dr. Alejandro Sudera dijo:

La Confederación General del Trabajo de la República Argentina, tras requerir la habilitación de feria -en pretensión que fue viabilizada- para el tratamiento del recurso de apelación deducido contra la resolución del Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n.º 69 que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

desestimó la medida cautelar solicitada, que requería la suspensión de la aplicabilidad de lo dispuesto en el Título IV TRABAJO del Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 70/2023, solicitó la urgente resolución del planteo.

Ese es el planteo que tenemos para resolver.

No se me escapa que el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n.º 2 admitió la inhibitoria planteada por el Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros (respecto de lo cual no hay comunicación formal en estos actuados -sólo un informal email-, pero sí reconocimiento de la recurrente), con relación a la causa principal de esta incidencia, y requirió al Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n.º 69 su remisión para proseguir su trámite ante aquella sede, en el marco del proceso colectivo “*Asociación Civil Observatorio del Derecho a la ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ amparo ley 16986*” (Expte. n.º 48.013/23).

Ha informado la accionante que contra aquella decisión interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio que se encuentra sin resolver, por lo que -en mi opinión- aún no es posible considerar que tal pronunciamiento se encuentre firme y en condiciones de ser ejecutoriado -ver términos del decisorio dictado por el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n.º 69 el 29/12/23-. Por medio de esa resolución, dicho magistrado ratificó la declaración de competencia oportunamente efectuada, y aún en la hipótesis de considerarse configurado un conflicto positivo de competencia, ello no impediría ni exime de emitir pronunciamiento en el marco del presente incidente, en el que en concreto se cuestiona la viabilidad de la medida cautelar solicitada en los términos del art. 4 inciso 3 de la ley 26854 que, a la sazón, admite el dictado de medidas preventivas o de resguardo incluso por un juez que pudiera considerarse incompetente (ver art. 2 ley 26854).

A todo evento, y en atención a lo dictaminado por el Sr. Representante del Ministerio Público en función de la inscripción en el Registro de Procesos Colectivos (Acordada CSJN 12/2016) de la ya aludida causa, no puedo sino destacar que según se dispuso en ese expediente el proceso colectivo en cuestión está integrado por todos los habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU n.º 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad con base en que –aunque no exclusivamente- habría sido dictado en violación de las disposiciones del artículo 99 inc. 3º de la Constitución Nacional y de las demás normas y principios federales que regulan la sanción de normas de sustancia legislativa a nivel nacional; el objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 y del art. 24 de la ley 26122, y el sujeto demandado es el Poder Ejecutivo Nacional (PEN).

Si bien en ambos casos hay intereses colectivos afectados, los mismos no son homogéneos en tanto no se pueden emparentar con los que en su caso podrían plantear los ciudadanos en general -o las organizaciones civiles en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

particular- ya sea en términos de salud, ejercicio de ciertas profesiones, la liberación del mercado financiero y/o cambiario, desregulación de la actividad farmacéutica, el ajuste fiscal, la venta del patrimonio nacional, la disposición de los recursos energéticos y naturales de la Nación, etc. A su vez, la circunstancia de que la norma pudiese estar viciada en su origen (conforme art. 99 numeral 3 de la Constitución Nacional), no permite asimilar tan disímiles y cuantiosas situaciones como representativas de intereses individuales homogéneos.

Cabe recordar que la finalidad de la Acordada CSJN n.º 12/16 ha sido evitar la multiplicidad de procesos de igual objeto o con objetos superpuestos que pudieran dar lugar a sentencias contradictorias, admitiendo que -aún cuando no se hubiere iniciado la acción como colectiva en los términos de la Ac. 32/14- podría el juez interviniente declinar su competencia y remitir la causa al Tribunal nacional o federal que hubiere inscripto la acción en el Registro Público de Procesos Colectivos de conformidad con lo dispuesto en la Ac. 12/16.

No obstante ello, la misma reglamentación provisoria elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la exclusión de ciertos procesos de tal régimen si se dan pautas diferenciales de suficiente entidad y/o gravedad que deben ser explicadas. Y ello así sin perjuicio del derecho de las personas (físicas o jurídicas) a ser excluidas de un proceso colectivo en el que no han tenido oportunidad de ser oídas hace a la garantía del debido proceso, al derecho de acceso a la jurisdicción y a una tutela judicial efectiva. En la causa ["Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04"](#) (Fallos 332:111), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *"...se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar... Es por ello que esta Corte ha entendido que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales, señalando que es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte"* (ver su Considerando 20).

En el *sub examine* se dan, a mi ver, circunstancias graves y objetivamente impostergables que justifican tanto la asunción de la competencia cuanto la habilitación de la vía elegida, en tanto la aptitud jurisdiccional de esta Justicia Nacional del Trabajo para entender en la contienda resulta inobjetable





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

no sólo en base a las normas procesales antes mencionadas, que definen su ámbito material de actuación, sino también por su especial versación en materia de derecho social.

En tal contexto, es que entiendo que corresponde abocarse al análisis de la cuestión que en concreto se ha planteado a este Tribunal de Alzada sin adentrarse al tratamiento de la cuestión competencial que, en sentido estricto, en el mejor de los casos, haría al fondo de la contienda y no a la medida precautoria que en el marco de este incidente se cuestiona.

Señala la accionante en su escrito recursivo que ante la reciente entrada en vigencia (conf. arts. 5° y 6° del Código Civil y Comercial) de la cuestionada norma “Es evidente... la necesidad de privar de efectos temporales a un decreto cuya invalidez posee una intensa verosimilitud del derecho... y que expresa, en el presente, toda su potencialidad para acarrear los perjuicios detallados. Lo “inminente” a lo que aludiéramos en el escrito inicial y al expresar agravios, se ha tornado actual y es indispensable admitir la medida cautelar en los términos del art. 230 del CPCCN, concebido para impedir que la tramitación del proceso traiga aparejado un daño de difícil o ardua reparación, en actos que, en principio, podrían invocarse para cercenar derechos”.

En el presente se encuentra transcurriendo el plazo de 3 días concedido en los términos del art. 4.2 de la ley 26854 para que el Estado Nacional dé cuenta del interés público comprometido, y si bien podría disponerse la espera del mismo para emitir pronunciamiento en el marco del presente recurso de apelación, dada la entidad de las modificaciones dispuestas en la norma y su inmediata incidencia no sólo en las relaciones de trabajo en general (ver arts. 53 a 85 y 89 a 96 del DNU n.º 70/23), sino particularmente en la regulación de la actividad sindical y su financiamiento (arts. 86 a 89 y 97 del DNU n.º 70/23), ninguna razón advierto para dilatar un pronunciamiento que deje en suspenso lo dispuesto en el mencionado DNU en materia laboral en tanto, tal como referiré seguidamente, entiendo reunidos los recaudos que hacen a la viabilidad formal del planteo, tanto desde el punto de vista de la normativa general (art. 230 CPCCN) cuanto en relación con los recaudos específicamente establecidos en la ley 26854 (medidas cautelares contra el Estado).

Es más, en mi opinión, el sentenciante de grado se ha desentendido injustificadamente del planteo de excepción formulado por la requirente con sustento en lo dispuesto en el inciso 3 del art. 4° de la ley 26.854, que establece que “Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada”. No se ha explicado en grado por qué se consideró que la norma dictada -y cuya entrada en vigencia a partir del día 30/12/2023 no se cuestiona- no alteraba el estado de situación de un sector socialmente vulnerable en tanto hace a las condiciones de trabajo, a la vigencia de principios





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

estructurales de la normativa tutelar, a las consecuencias de la disolución del contrato de trabajo y a las garantías que hacen al ejercicio de los derechos derivados de la libertad sindical. Menos aún se ha justificado por qué no se entenderían comprometidas también las condiciones dignas y equitativas de trabajo si se alegó la afectación de, por ejemplo, el modo de satisfacerse el pago de créditos de naturaleza alimentaria (ver art. 2.2 ley 26854 y disposiciones de los arts. 84 y 85 del DNU n.º 70/23). No quiero ser omisivo: se invocó que la norma no se encontraba aún vigente al momento del dictado de la resolución; pero no lo considero con la importancia asignada por el sentenciante de grado.

No obstante entender en base a lo expuesto que el Sr. Juez de grado pudo válidamente pronunciarse preventivamente en los términos expresamente requeridos en su oportunidad, lo cierto es que ya la medida no puede ser inmediata ni dictarse sin conocimiento de la contraparte en la medida en que el Estado Nacional ya ha sido notificado el 27/12/2023, por lo que en aras de dar inmediato resguardo a los derechos en juego cabe, en mi opinión, disponer la suspensión de los efectos del Título IV del DNU n.º 70/23 en forma inmediata y en los términos del art. 4º de la ley 26854.

En cuanto al cumplimiento de los recaudos formales (art. 230 CPCCN), debe destacarse que en torno al peligro en la demora las disposiciones del DNU cuestionado establecen **importantes modificaciones de aplicación inmediata** en materia de interpretación de las normas, contratación laboral, modalidades contractuales, derechos y obligaciones de las partes, protección de la trabajadora embarazada y de la maternidad, jornada, protección contra el despido arbitrario, ruptura del contrato y sus consecuencias, discriminación y sus consecuencias, funcionamiento de las asociaciones gremiales, conflictos colectivos, etc.

Resulta insoslayable que el art. 13 de la ley 26854 establece que “La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

1. a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
2. b) La verosimilitud del derecho invocado;
3. c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;
4. d) La no afectación del interés público;
5. e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

No puedo sino advertir que prima facie cabe entender reunidos todos los recaudos antes referidos. En cuanto al previsto en el inciso c) del art. 13 de la ley





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

26854, la doctrina emanada de fallos de la CSJN como “*Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*” (Fallos: 322:1726, del 19 de agosto de 1999), “*Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-DTO 558/02-SS-LEY 20091 s/ Amparo Ley 16986*” (Fallos: 333:633) y “*Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior- s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad*” (del 7/10 /2021), delineó las pautas requeridas para considerar configuradas la necesidad y urgencia.

En un marco introductorio sobre la cuestión resaltó la CSJN que “la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional”, y concluyó que ello resultaba así “porque los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Este común sentir se edifica sobre algunas bases que deben ser aceptables para quienes están distanciados por una controversia particular, que lo serán en los conflictos subsiguientes cuando cambien sus posiciones de poderío o debilidad y que serán aplicadas por las generaciones futuras porque se habrán transformado en una práctica constitucional consolidada”.

Agregó, además, que “el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, **no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial**” (el destacado me pertenece).

Finalmente, concluyó que “lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (confr. en igual sentido “*Verrocchi*”, Fallos: 322:1726, y sus citas). De manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia”.

Puntualizó con claridad con referencia a lo que dispone el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional que “el texto transcrito es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de **que la admisión del**





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país ("Verrocchi").” Y que en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, “no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. **El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima**” (el destacado es propio). Y, para finalizar sobre el punto, sentenció que “la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación”.

Por otro lado, recordó que “admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. **El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto**” (el destacado es propio).

A este respecto debe recordarse que (cuestión indudablemente vidriosa) la ley 26122 -que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de decretos que dicta el Poder Ejecutivo- establece en su art. 24 que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil (hoy art. 7 del Código Civil y Comercial), quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”. O sea que, desde lo formal, para el dictado regular de una ley hace falta su aprobación por ambas Cámaras del Congreso Nacional, pero para que un Decreto de Necesidad y Urgencia mantenga su vigencia como norma de alcance general y carácter imperativo alcanza con la voluntad formalmente expresada del Poder Ejecutivo Nacional y la aprobación de una de aquellas Cámaras -no importa cual- aún ante el rechazo de la restante.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

Luego de las aclaraciones antes destacadas evocó la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en la causa Verrocchi “resolvió que para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) **que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (considerando 9º)**” (el destacado es propio). El primero de esos supuestos, incluso, se ha visto atenuado -como lo demuestra la historia reciente, con la pandemia de Covid-19- por los avances tecnológicos en materia informática, que permitieron sesionar al Congreso de la Nación con los legisladores conectados en forma remota a través de plataformas virtuales.

Viene a mi memoria que en su inmortal obra *“Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”* -que obró como una de las fuentes materiales de la Constitución Nacional de corte liberal de 1853- Juan Bautista Alberdi se preguntó -y respondió- al respecto: *“¿Qué importa que las leyes sean brillantes, si no han de ser respetadas? Lo que interesa es que se ejecuten, buenas o malas; ¿pero, cómo se obtendrá su ejecución si no hay un poder serio y eficaz que las haga ejecutar? ¿Teméis que el ejecutivo sea su principal infractor? En tal caso no habría más remedio que suprimirlo del todo. ¿Pero podríais vivir sin gobierno? ¿Hay ejemplo de pueblo alguno sobre la tierra que subsista en un orden regular sin gobierno alguno? No: luego tenéis necesidad vital de un gobierno o poder ejecutivo. ¿Lo haréis omnímodo y absoluto, para hacerlo más responsable, como se ha visto algunas veces durante las ansiedades de la revolución? No: en vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre. Lo peor del despotismo no es su dureza, sino su inconsecuencia, y sólo la Constitución es inmutable. **Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución**”*.

Las formas republicanas no son mera retórica, sino que hacen a la esencia misma del sistema.

El Poder Ejecutivo Nacional, al dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23, no desconoció -antes bien, tuvo en consideración- la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes analizada, y fundó su validez en la segunda de las circunstancias descriptas, esto es, “que la situación que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.

Agregó para fundamentar su afirmación que “la situación indicada en el punto 2) del Fallo antes citado es precisamente la que existe en la actualidad en nuestro país, dado a la desesperante situación económica general, descripta en todos los Considerandos anteriores, no admite dilaciones y hace que sea imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la REPÚBLICA ARGENTINA y afectar todavía más a un porcentaje aún mayor de la población” y que “lo expuesto demuestra a todas luces la existencia de “una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad” (Fallos 333:633), es decir que no se trata de una mera invocación genérica de una situación de emergencia, sino que esa declaración encuentra “debido sustento en la realidad” (fallo citado).

Ahora bien, en la explicación de los motivos que lo llevaron a dictar dicha norma, el Poder Ejecutivo Nacional hizo un extenso desarrollo en el que relató no sólo las variables macroeconómicas con las que comenzó la gestión sino también las consecuencias que podrían surgir de no adoptar estas medidas.

En lo que hace a la materia laboral refirió que “el trabajo productivo, inclusivo y digno, centrado en un contexto social adecuado, es la principal herramienta de crecimiento para una comunidad que busca la distribución equitativa de los bienes producidos, dado que sin producción no hay distribución posible” y que “los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios necesarios para la vida de toda la sociedad, y para ello se requieren cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país”.

En cuanto a la generación de nuevos puestos de trabajo sostuvo que “el empleo formal registrado no crece desde el año 2011, y es un hecho demostrado que las medidas estructurales adoptadas por la Ley de Empleo N° 24.013 y por la Ley N° 25.323 no han podido revertir el problema de la informalidad y que “se modifican las Leyes Nros. 14.250, 14.546, 20.744 (t.o. 1976), 23.551, 24.013, 25.345, 25.877, 26.727, 26.844 y 27.555 y se deroga la Ley N° 25.323, a los efectos de mejorar y simplificar los procesos de registración, darle seguridad jurídica a la relación laboral, aumentar el período de prueba, redefinir la procedencia de los descuentos salariales convencionales, autorizar a las convenciones colectivas a explorar mecanismos de indemnización alternativos a cargo del empleador, tal como se ha implementado en algunas actividades, revisar los criterios de ultractividad y evitar los bloqueos de actividades productivas”.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

Sin perjuicio de destacar que al dictarse el decreto de necesidad y urgencia en cuestión no se le fijó fecha de entrada en vigencia, de modo tal que no lo hizo en forma inmediata a su publicación sino de conformidad con lo regulado en los art. 5° y 6° del Código Civil y Comercial, a mi entender los propios considerandos de dicho DNyU traducen -al menos en lo que respecta a la materia laboral- que no se evidenciaría objetivamente la “necesidad” de adoptar tan numerosas medidas y que, aunque ello pudiera -hipotéticamente- intentar justificarse en la referencias genéricas a “un hecho demostrado”, lo cierto y jurídicamente relevante es que no se avizorarían las que se alegan constituyan razones de “urgencia” para eludir la debida intervención del Poder Legislativo en lo que hace a la legislación de fondo, máxime cuando varias de las normas que el Poder Ejecutivo Nacional pretende modificar sin darle intervención a los legisladores tienen naturaleza represiva o sancionatoria al punto que se las ha incluido como integrativas del derecho penal laboral, calificadas como “leyes antievasión” (leyes 24013, 25323 y ley 25345 modificatoria de la ley 20744 -arts. 15, 80 y 132 bis LCT- y de la ley 24013).

En efecto, no se explica cómo las reformas planteadas, de aplicarse en forma inmediata y por fuera del trámite normal de sanción de las leyes, podrían remediar la situación referida a la generación de empleo formal, máxime cuando el propio decreto reconoce que se encuentra estancada hace 12 años, lo que impide -en principio- considerar la irrupción de alguna circunstancia súbita, imprevisible o de extrema “excepcionalidad”.

En lo que hace al trámite legislativo que el decreto pretende obviar, cabe mencionar que el Presidente de la Nación se encuentra facultado a convocar al Congreso a sesiones extraordinarias (art. 99 inc. 9 de la Constitución Nacional) y que tanto el Reglamento de la Cámara de Diputados como el de la Cámara de Senadores poseen herramientas que permitirían darle mayor celeridad al tratamiento de cada proyecto en caso de que sus autoridades o integrantes de los cuerpos lo requieran (tramitación en comisiones de manera conjunta y mociones de preferencia o de tratamiento “sobre tablas”). Resulta, al respecto, insoslayable que mediante el Decreto 76/23 (BO 26/12/23) se ejerció esa facultad y se convocó al Congreso de la Nación a sesiones extraordinarias desde el 26/12/23 y hasta el 31/1/24, a fin de tratar -entre muchísimos otros temas- la ratificación del DNyU 70/23 (según el art. 654 de la ley ómnibus denominada “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”).

Por otro lado, creo pertinente destacar que resulta también una inveterada doctrina del máximo tribunal que las consideraciones genéricas expuestas en los considerandos de los Decretos de Necesidad y Urgencia resultan inhábiles para justificar el dictado de medidas legislativas por parte del Poder Ejecutivo Nacional.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

Así, en el precedente “*Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/ Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ ordinario*”, la CSJN analizó la mera referencia a “la acuciante situación alimentaria” que incluyó el Poder Ejecutivo Nacional en los considerandos del decreto 1477/89, y concluyó en base a los fundamentos que no es del caso transcribir que una invocación genérica de tal tenor resultaba “inhábil para justificar una situación excepcional que imposibilitara al Congreso legislar sobre el punto en su zona de reserva de actuación”.

Para concluir, no es posible soslayar que al sentenciar en el precedente Consumidores Argentinos el máximo tribunal agregó que “las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional” y **de esa manera descartó la posibilidad de que se encaren modificaciones permanentes o derogaciones de leyes del Congreso en el marco de un Decreto de Necesidad y Urgencia**, en tanto el dictado de medidas legislativas excepcionales por parte del poder administrador solo podría justificarse en un claro caso de emergencia que no se advierte configurada siquiera a través de lo invocado en los propios considerandos del DNYU analizado.

A esta altura del análisis, y aún en la hipótesis -no consolidada en el sub examine- de incompetencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2 de la ley 26854 y resultando insoslayable que es un hecho público y notorio que el de los trabajadores es un sector socialmente vulnerable y que se encuentran en juego derechos de naturaleza alimentaria -per se o por sus derivaciones-, no tengo dudas de que se encuentran configuradas las circunstancias graves y objetivamente impostergables que justifican el dictado de una medida cautelar suspendiendo la aplicabilidad de lo dispuesto en el Título IV TRABAJO del Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 70/23 hasta tanto recaiga sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo ventilada en estos actuados (arg. art. 5º segundo párrafo de la ley 26854).

Por todo ello, y oído que fue el Sr. Fiscal General interino, voto por revocar el decisorio recurrido y resolver en el sentido propuesto.

En atención a la inexistencia de controversia, las costas de Alzada se impondrán en el orden causado.

Oportunamente se regularán los emolumentos correspondientes a los profesionales intervinientes en esta etapa.

De modo tal que, de prosperar mi propuesta, debería resolverse: 1) Revócase el decisorio recurrido; 2) Díctase una medida cautelar suspendiendo la aplicabilidad de lo dispuesto en el Título IV TRABAJO del Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 70/23 hasta tanto recaiga sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo ventilada en estos actuados; 3) Con costas de Alzada en el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL
TRABAJO - SALA FERIA

orden causado; 4) Oportunamente se regularán los emolumentos de los profesionales intervinientes por su intervención en esta etapa. NOTIFÍQUESE y a la demandada por DEO de estilo.

La Dra. Andrea García Vior dijo:

Por análogos fundamentos adhiero al voto del Dr. José Alejandro Sudera.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 LO), el **Tribunal de FERIA Resuelve:** 1) Revócase el decisorio recurrido; 2) Díctase una medida cautelar suspendiendo la aplicabilidad de lo dispuesto en el Título IV TRABAJO del Decreto de Necesidad y Urgencia n.º 70/23 hasta tanto recaiga sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo ventilada en estos actuados; 3) Impónense las costas de Alzada en el orden causado; 4) Oportunamente se regularán los emolumentos de los profesionales intervinientes por su intervención en esta etapa. NOTIFÍQUESE.

Regístrese, notifíquese -a la demandada por DEO de estilo- y, oportunamente, devuélvase.

María Dora González
Jueza de Cámara

José Alejandro Sudera
Juez de Cámara

Andrea E. García Vior
Jueza de Cámara

Ana Inés Feldman
Prosecretaria letrada de Cámara

[1] Incorporados el 2/01/2024.
[2] Fs. 51 del expediente principal
[3] Promulgada el 20/04/2013





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

94/2024

BRAUCHLI, MARTA CRISTINA c/ SOCIEDAD ITALIANA DE
BENEFICENCIA EN BUENOS AIRES s/AMPARO COLECTIVO

San Martin, 15 de enero de 2024.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que se presenta la Sra. Marta Cristina Brauchli, por su propio derecho, conjuntamente con su letrado patrocinante el Dr. Claudio Nitzcaner, a plantear acción de amparo en los términos de la ley 16.986, contra la empresa de medicina prepaga Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires, con el objeto de que se la condene a dejar sin efecto los aumentos realizados en los servicios de salud prestados por ella, en virtud del **DNU 70/23 del PEN** dictado el 20 de diciembre de 2023 y se declare su inconstitucionalidad, con expresa imposición de costas.

Indicó que tiene 78 años de edad, que se encuentra legitimada en virtud de que está asociada al Plan de Salud GMY que brinda la demandada, bajo nro. 347497, y que la cuota que se encontraba abonando conforme la factura que acompaña por el mes de diciembre de 2023 se incrementó primero en un 40% para el mes de enero de 2024, luego recibió otra comunicación de la demandada para el mes de febrero del corriente año con un nuevo incremento del 29.5% y que conforme a las constancias adjuntadas sus haberes previsionales por el período 12/23 ascienden a la suma de \$323.089,39, por lo cual le resulta imposible afrontar dicho pago.

Manifestó que los aumentos que se le exigen y basados en el DNU 70/23 la colocan en un completo estado de incertidumbre causándole, además, como consumidora, un daño actual a sus derechos, el acceso a la salud, a la vida y a la propiedad privada garantizados por los artículos 17, 42 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional.

Fundamentó la absoluta inconstitucionalidad del DNU 70/23 que modificó el marco regulatorio de la medicina prepaga y de las obras sociales, toda vez que no se cumplió con el mecanismo constitucional propio de la excepción y trasgredió, por tanto, lo dispuesto en el artículo 99 inc. 3 de la C.N.



#38595316#397870876#20240115124704710

Solicitó, por tanto, el dictado de una medida cautelar de no innovar, hasta tanto se resuelva la petición de fondo, a fin de que se readecuen las cuotas de sus planes asistenciales, limitándose a efectuar los aumentos autorizados por la autoridad de aplicación en los términos del art. 17 de la ley 26.682.

Por último, cita jurisprudencia, y en razón a lo expuesto solicita como medida cautelar se ordene a la demandada que proceda en el sentido pretendido, hasta tanto se resuelva la presente acción.

II.- Cabe señalar que, si bien la presente causa fue declarada como proceso colectivo, aún no ha podido ser inscripta en el Registro correspondiente, atento a lo peticionado por la actora y la urgencia del caso considero que corresponde tratar la medida cautelar solicitada **de forma individual**.

Por otra parte, cabe resaltar que el DNU 70/23 dictado por el PEN resulta una norma que ha modificado el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga y de las obras sociales (ley 26.682) derogando mediante el art. 267 los artículos 5 incs. G y M y sustituyendo mediante el art. 269 la redacción del art. 17.

De este modo, se han derogado las funciones de la Autoridad de Aplicación quien fiscalizaba el cumplimiento de las prestaciones del PMO, los contratos y planes y fundamentalmente en el art. 17 (sustituido) debía fiscalizar y garantizar la **razonabilidad** de las cuotas de los planes prestacionales; respecto del aumento de las cuotas la Autoridad de Aplicación debía autorizar el aumento *“cuando el mismo este fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable calculo actuarial de riesgos”*.

Consecuencia de ello, que la falta fiscalización de las empresas de medicina prepaga y/o la no exigencia de solicitar autorización por parte de las mismas trajo como lógica consecuencia los aumentos por lo que aquí se reclama y que conforme surge de las facturas acompañadas resultan superiores al 40% de lo abonado en el mes de diciembre de 2023. Asimismo, para el mes de febrero se ha anunciado un incremento de un 29.5% (vid demanda y facturas acompañadas).

III.- Frente a lo expuesto, en tanto la actora es afiliada a la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y conforme surge de la facturación acompañada de fecha diciembre 2023, enero 2024 y comunicación respecto a





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL Y COM. Y CONT. ADM. DE
SAN MARTIN 2

febrero 2024, un elemental **deber de prevención** impone un pronunciamiento jurisdiccional inmediato ante la proximidad de las fechas señaladas.

En tal sentido, teniendo en cuenta los principios que rigen la preservación de la salud y la vida de las personas, derechos estos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) en el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 4 y 5) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6 inc. 1) con rango constitucional (art. 75 inc. 22) la verosimilitud del derecho invocada por la accionante y el peligro en la demora, aparece como inminente dentro del marco escueto de conocimiento que habilita la instancia cautelar y sin que implique otorgar una declaración anticipada sobre la procedencia de la cuestión de fondo (doct. Art. 232 CPCC). Máxime teniendo en cuenta que se trata de una persona jubilada de 78 años de edad (vid DNI y constancias previsionales acompañadas).

Repárese que en tanto las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo su verosimilitud, cabe tener especialmente presente que la actora corre riesgo inminente de no poner pagar el valor mensual pretendido por la empresa de medicina prepaga demandada. Esto conllevaría a la falta de cobertura médica necesaria, según denuncia, por su **edad** y ponderando que de acuerdo a las constancias de la causa percibe un **haber previsional** que asciende a \$323.089,39, el aumento implicaría una erogación de aproximadamente **la mitad de su haber**.

A mayor abundamiento, corresponde resaltar que, ante el incremento mensual de las cuotas reseñado, no surge de las facturas acompañadas justificación o detalle de tal aumento que permite a la accionante tener mayor información al respecto y conocer el motivo que condujo al valor final comunicado.

Por todo lo expuesto, con el grado de provisionalidad que corresponde a toda medida cautelar, estimo procedente ordenar a la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires la readecuación de las cuotas correspondientes a su plan asistencial, **dejando sin efecto los aumentos realizados en aplicación del DNU 70/23 del PEN**, limitándose a efectuar los



aumentos autorizados por la autoridad de Aplicación en los términos del art. 17 (no sustituido) de la ley 26.682 hasta tanto se dicte sentencia definitiva (art. 304 CPCC).

IV.- Con respecto a la contracautela se estima suficiente fijar caución juratoria, la que se considera prestada con la solicitud de la medida cautelar en la demanda y atento a las particularidades del caso (doct. Art. 199 CPCC).

Por ello, **RESUELVO:**

1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la Sra. María Cristina Brauchli y en consecuencia ordenar a la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires a readecuar las cuotas correspondientes a su plan asistencial, **dejando sin efecto los aumentos realizados en aplicación del DNU 70/23 del PEN**, limitándose a efectuar los aumentos autorizados por la autoridad de aplicación en los términos del art. 17 (no sustituido) de la ley 26.682 hasta tanto se dicte sentencia definitiva, debiéndose acreditar su cumplimiento en el plazo de 48 horas bajo apercibimiento de ley.

2) Tener por suficiente la caución prestada en la demanda (art. 199 CPCC).

Regístrese y notifíquese.

MARTINA ISABEL FORNS
JUEZA FEDERAL





Expediente Número: CAF - 48422/2023 **Autos:**

EN - JEFATURA DE GABINETE DE MINISTERIOS c/
CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA
REPUBLICA ARGENTINA s/INHIBITORIA

Tribunal: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES
EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL - SALA FERIA A /

EXCMA. SALA:

1. Se corre vista a este Ministerio Público a fin de que dictamine acerca de la competencia (fs. 515 conforme, cada vez que se alude a fojas, a las constancias del sistema de consultas web del PJN).

2. El Estado Nacional- Jefatura de Gabinete de Ministros planteó una cuestión de competencia por vía de inhibitoria, en los términos del art. 20 de la Ley 26.854 y arts. 7° y ss. del C.P.C.C.N, respecto de los autos “CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ ACCION DE AMPARO” (Expte. CNT N° 56862/2023), en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 69 (fs. 222/237).

Entendió que el Fuero Nacional del Trabajo resulta incompetente para entender en las causas señaladas.

En primer lugar, sostuvo que se ha inscripto en el “Registro de Procesos Colectivos” un proceso colectivo que tramita bajo las actuaciones “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/AMPARO LEY 16.986” (CAF 48013/2023) ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, cuyo objeto litigioso abarcaría el planteado por la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA (en adelante CGT) en la causa citada en primer término. Al respecto, esgrimió que en atención a lo previsto en el punto VII de la Acordada CSJN 12/2016 y la doctrina del Máximo Tribunal (Fallos 344:3289) corresponde sin duda que intervenga el

Fecha de Firma: 16/01/2024

Dictamen Número 8/2024

CANDA , FABIAN OMAR - Fiscal

Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal





citado Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal que previno y cuya anotación se registró en primer término.

Además, consideró que la Justicia Nacional del Trabajo resulta también incompetente para conocer en el expediente CNT N° 56862/2023 en razón de la persona y de la materia y, en consecuencia, solicitó que se haga lugar a la inhibitoria planteada y se resuelva que el conocimiento de las causas referidas debe continuar por ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

3. A fs. 244/250 el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2 admitió la inhibitoria y requirió al Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo 69 la remisión del expediente N° 56862/2023 “CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s /ACCION DE AMPARO”, para su tramitación ante esta sede.

Para así decidir el juez de grado entendió — en síntesis— que, tal como fue promovida, la acción deducida por la CGT en aquel proceso cuadra dentro del universo de sujetos delimitados por ese mismo Tribunal en el proceso colectivo caratulado “ASOCIACIÓN CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS C/ EN-DNU 70/23 S/ AMPARO LEY 16.986”, expte. 48013/2023, en cuyo marco la asociación actora promueve análoga pretensión a la de aquélla —invalidación judicial del DNU 70/2023— y sobre la base de fundamentos que, en lo sustancial, son también análogos a los esgrimidos por la entidad sindical. En línea con ello, precisó que el 27 de diciembre a las 11.33 hs se perfeccionó la respectiva inscripción en el Registro de Procesos Colectivos y destacó que ello fue “con anterioridad a que el titular del Juzgado 69 decidiera asumir la competencia en la causa 56862/2023”.

En tal sentido, advirtió que las razones que motivaron el dictado de las Acordadas CSJN N° 32/14 y 12/16 “conducen a receptar el planteo de marras e inhibir





la actuación del Juez Laboral en aquella causa; no ya estrictamente según la ortodoxia de esa técnica procesal correctora en cuestiones de competencia, sino –en general– para garantizar la adecuada marcha de la actividad tribunalicia y –en particular– para poner a salvo los efectos de la cosa juzgada que habrá de proyectar la sentencia que eventualmente recaiga en el omnicomprendido proceso en el que previno este Tribunal...”.

A todo evento, explicó que no obsta a las conclusiones precedentes el hecho de que en la demanda de la CGT —que dio origen a la causa CNT N° 56862/2023— se conjuguen también agravios que se inscriben en la temática propia del derecho del trabajo, dado que el colectivo del expediente CAF N° 48013/2023 quedó integrado por “todos los habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad con base en que – aunque no exclusivamente– fue dictado en violación del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional y de las demás normas y principios federales que regulan la sanción de normas de sustancia legislativa a nivel nacional”. A ello añadió que, en cualquier caso, los fundamentos desarrollados en aquel acápite por la accionante –atinentes a una presunta regresión generalizada en materia de derechos laborales– exhiben un alto grado de generalidad y abstracción, inapto, a su criterio, para desplazar la competencia en razón de la especialidad.

4. Con posterioridad, a fs. 251/255 el Estado Nacional solicitó la habilitación de feria a fin de que se cumpla con la sentencia que admitió la inhibitoria y se requiera al Juzgado Nacional del Trabajo la efectiva remisión de las actuaciones.

Por su parte, a fs. 283/285 la CGT se presenta en autos, solicita habilitación de día y horas inhábiles e interpone un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el decisorio de fs. 244/250. En primer lugar, invocó que atento el trámite de la causa en la que es actora, no podía articularse cuestión de competencia alguna (cfr. art. 16 de la Ley N° 16.986) y que, además, habiendo





asumido el Juzgado Nacional del Trabajo la competencia para conocer mediante un pronunciamiento liminar que juzga irrecurrible, la cuestión estaba precluida. Sin embargo, señaló también que la pretensión promovida en el expediente CNT N° 56862/2023 no encarna una acción de clase y que, por lo tanto, el principio de prevención no puede habilitar “a una asociación civil y a particulares a asumir la representación de la clase trabajadora de la República Argentina”, ni desplaza la competencia que los Juzgados Nacionales del Trabajo tienen en virtud de lo establecido en el artículo 21 inciso a) de la Ley N° 18.345.

Frente a tales presentaciones, el Juzgado de FERIA de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal habilitó la feria judicial (cfr. Art. 4 del Reglamento para la Justicia Nacional). Por otra parte, teniendo en cuenta lo resuelto el mismo día (04/01/2024) en la causa N° 48.013/23: “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN- DNU 70/23 s/ Amparo ley 16.986” en cuanto a que se declaró la inadmisibilidad formal de la acción como proceso colectivo y toda vez que la inhibitoria planteada obedeció a la vinculación de la causa N° 56.862 /23 (en trámite ante el Fuero laboral) a aquélla, consideró que devino inoficioso el tratamiento de la cuestiones involucradas en la presente causa.

5. Esa última decisión, motivó la interposición de un recurso de apelación por el Estado Nacional (fs. 403/430), que fue concedido a fs. 431.

En su presentación, reiteró su planteo de incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo con sustento no sólo en el Reglamento de Procesos Colectivos, sino también en virtud de la materia involucrada y de la persona, aspectos estos últimos que no han merecido — según adujo— tratamiento alguno por parte del *a quo*.

En cuanto a lo primero, denunció la arbitrariedad de la sentencia recaída el 04/01/2024 en estas actuaciones y en el proceso CAF N° 48013/2023 por parte del Juzgado de FERIA que, sin haberse esgrimido agravio o cuestionamiento alguno, revocó la decisión del





juez natural de la causa de darle trámite colectivo al último proceso, lo cual implicó la devolución a sus juzgados de origen de todas las causas que habían sido remitidas en virtud del principio de prevención. Señaló que el criterio sentado afecta el principio de congruencia (por no estar facultado a revisar en esa instancia el trámite colectivo impreso), la seguridad jurídica y su derecho de defensa.

En lo atinente a la competencia en razón de la persona, alegó que al ser demandado el Estado Nacional resulta ineludible la competencia federal (cfr. art. 116 de la Constitución Nacional).

Finalmente, en lo atinente a la competencia en razón de la materia, manifestó que se trata de una típica acción contencioso administrativa porque, a su modo de ver, el análisis de la inconstitucionalidad del DNU N° 70/23 exige la interpretación y aplicación de normas de derecho público.

Por último, solicitó que una vez revocada la decisión y admitida la inhibitoria, se declare la nulidad de lo actuado en el Fuero Nacional del Trabajo desde que tomaron conocimiento de la admisión de la inhibitoria primigenia, dispuesta por el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2 (fs. 244/250), puntualmente de la medida cautelar por haber sido otorgada en franca contradicción a lo previsto en los artículos 9 y siguientes del CPCCN.

6. Para una mejor comprensión del asunto, corresponde destacar que en la causa CNT N° 56.862/2023 la CGT promovió una acción de amparo tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 por vulnerar en forma ostensible y manifiesta lo prescripto por el art. 99 inciso 3) de la Constitución Nacional, violar el principio básico de división de poderes y establecer, en su Título IV, una reforma laboral con modificaciones peyorativas y permanentes en los derechos de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, nacidos de normas legales y





garantizados por los tratados internacionales y la propia Constitución Nacional.

A tales fines, sostuvo que su legitimación radica en constituir una entidad sindical de tercer grado, con Personería Gremial N° 48 (Resolución N° 116 de fecha 17/07/1948), que agrupa a todos los trabajadores de la industria, del comercio, del transporte, del campo, del servicio público o de cualquier otra actividad productiva en todo el territorio de la Nación. Añadió que “[u]no de los derechos de las asociaciones sindicales, constituidas para defender los intereses de los trabajadores (art. 2 de la ley 23551), es hacer efectiva dicha defensa ante el Estado y los empleadores, tanto los intereses individuales como los colectivos de los trabajadores (art. 23 inc. a) de la ley 23.551) y este ejercicio debe interpretarse armónicamente con lo prescripto por la Constitución Nacional en cuanto legitima a las entidades sectoriales debidamente registradas a defender a través del amparo los derechos de incidencia colectiva (art. 43 de la C.N.)”.

En cuanto al fondo del asunto, en primer lugar indicó que no estaban dadas las condiciones constitucionalmente exigidas para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia (art. 99 inciso 3) de la CN) porque, en síntesis, “1) No reúne ninguna de las exigencias del art.99 inc. 3), de la Constitución Nacional; 2) Implica una ilegítima asunción de potestades legislativas; 3) No se configura ningún supuesto objetivo de “necesidad y urgencia” y, 4) No existe imposibilidad alguna de que se reúna el Congreso, y prueba cabal es que, como ya lo señaláramos, el propio Poder Ejecutivo, convocó a sesiones extraordinarias para el 26 de diciembre del 2023, que se iniciarían apenas seis días después de dictar la inconstitucional medida...”.

Sin embargo, en el apartado 5 del escrito de inicio señaló que “[l]a reforma laboral incluida en el DNU 70/23, es una pretensión de modificación global del marco normativo de las relaciones individuales y colectivas de trabajo que exige ser evaluada como un conjunto inseparable: en lo individual un retroceso sustancial en el universo protegido por la tutela laboral y en los niveles de





protección y, en inescindible vinculación, un menoscabo mayúsculo de los medios de autotutela, de acción colectiva y de debilitamiento del sujeto sindical”. A partir de allí, la atora detalla en cada uno de los apartados siguientes la regresividad y vulneraciones a los distintos aspectos (individual y colectivo) del trabajo que entiende configurada mediante el decreto cuestionado, a saber: ámbito de aplicación; afectación del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador; modificación del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo; disponibilidad colectiva en materia de jornada; período de prueba; estatuto del viajante; modificaciones introducidas en torno a las asociaciones sindicales; huelga en los servicios esenciales; cambios en la ultraactividad de las normas colectivas; entre otros.

7. Efectuada la reseña anterior, a fin de dictaminar respecto de la competencia del tribunal, cabe recordar que, en el marco de la causa CAF N° 48013/2023, “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/AMPARO LEY 16.986”, el tribunal interviniente, luego de habilitar la feria judicial, resolvió declarar “... la inadmisibilidad formal de la acción como proceso colectivo y comunicarlo al Registro de Procesos Colectivos, a fin de su desvinculación inmediata y remitir -a las jurisdicciones correspondientes- las actuaciones que hubieran sido vinculadas al presente proceso” (cfr. pto.II de la resolución firmada el 4/1/2024).

Para así decidir, tuvo en cuenta, entre otras cosas, que “...la normativa cuestionada [DNU N° 70/23] modifica leyes que regulan materias muy disímiles entre sí (Farmacias, Hidrocarburos, Turismo, Energía Eléctrica, Código Civil y Comercial, Registro Automotor, Trabajo, Salud, Comercio Exterior, Reforma del Estado, Código Aeronáutico, entre otras, y dentro de ellas aspectos particulares) y que tramitarían en diferentes ámbitos judiciales, por lo que podrá, en su caso, examinarse -en los términos del artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional- de manera independiente y en relación a cada materia -en concreto- ante los diferentes tribunales en su competencia





específica, ya que las decisiones sobre su aplicación y/o validez podrían ser diferentes en cada supuesto y en cada jurisdicción”.

8. Así las cosas, debe señalarse en primer lugar que la demanda de amparo no altera lo establecido en orden a la competencia. Esta tesis es sustentada por todos los Fueros de esta Capital como asimismo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia "Fernández Bedoya, Juan y otros", Fallos: 270: 346.

Precisado ello, cabe recordar, además, que para determinar la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, después, sólo en la medida en que se adecue a ello, al derecho que invoca como fundamento de la acción (doctrina de Fallos, 321:2917; 322:617; 326:4019; 332:1738, entre muchos otros).

Es más, a fin de establecer el tribunal competente, lo determinante es la naturaleza de las relaciones jurídicas involucradas y las normas que se utilizarán para resolver la controversia.

El criterio debe ser el referido al encuadramiento normativo que presumiblemente tenga influencia decisiva para la resolución del pleito (Fallos: 312: 808; 321: 720, entre otros).

Asimismo, la competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal, se define no por el órgano productor del acto, ni porque intervenga el Estado lato sensu; sino por la materia en debate, por su contenido jurídico y por el derecho que se intenta hacer valer, esto es, por la subsunción del caso al derecho administrativo (conf. doct. de Fallos: 164: 188; 244: 252/5; 253: 25; 295: 112; 298: 446; 304: 377; "APN c/Ramón Puelman, Fallos: 321: 720; "NSS S.A.", Fallos, 328:3906, con cita de "Freiman", Fallos, 307:534, entre otros; Cám. Fed. Cont. Adm., todas sus Salas; Heiland, Liliana M., "Competencia de los Tribunales Nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal", L.L., 1989 - E, p. 810 y sgtes. y Blanco, Mónica G,





“Competencia del fuero Contencioso Administrativo”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2008, p. 37/38).

Igualmente, resulta conveniente recordar que no son las normas de procedimiento las que deciden la cuestión (la competencia, la voluntad y la forma de los actos dictados por la Administración se rigen por el derecho administrativo). Ese aspecto adjetivo no puede desplazar, sin embargo, las reglas de fondo que rigen el caso, ya que sólo a la luz de éstas podrán aplicarse rectamente las primeras.

En suma el Tribunal es competente cuando media lo que alguna vez se ha denominado "doble juridicidad administrativa", es decir, cuando la aludida rama del derecho público rige tanto en cuanto a la forma como en cuanto al fondo de los actos administrativos.

En el caso, de la forma en que se ha planteado la demanda, surge que no hay norma administrativa de preponderante aplicación.

Lo entiendo así pues el derecho en que se sustenta la pretensión es de naturaleza laboral y la normativa de preponderante aplicación para resolver la cuestión pertenece a dicha materia.

Cabe resaltar que el debate realizado en autos se vincula estrechamente con cuestiones que se insertan en el ámbito del derecho del trabajo (cfr. especialmente, pto. 5 de la demanda iniciada en la causa CNT N° 56862/2023)

Por tanto, pienso que el asunto debería tramitar ante la Justicia Nacional del Trabajo, a mérito de los principios específicos de improrrogabilidad y especialidad que prescriben los arts. 19 y 20 de la ley 18.345.

Dichas normas atribuyen competencia a ese fuero en las causas contenciosas "...cualquiera fueran las partes incluso la Nación, sus reparticiones autárquicas, la Municipalidad de Buenos Aires y cualquier ente público...fundadas en contratos de trabajo, convenciones colectivas...o disposiciones legales o reglamentarias del derecho del trabajo...".





Por lo expuesto, opino que V.E. debería, por las razones expuestas, confirmar el decisorio de fs. 382 y disponer que la Justicia Nacional del Trabajo resulta competente para conocer en la causa CNT N° 56862/2023 “CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ ACCION DE AMPARO” (confr. además, 4, párrafo segundo, Ley 16.986).

Dejo así contestada la vista conferida y solicito que se me notifique de la resolución que oportunamente se dicte.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
SAN MARTIN Nº 2- SECRETARIA Nº 3

**240/2024 - VIDAL QUERA, AMENGUAL RODOLFO c/ SIMECO
(SERVICIOS CONSEJO SALUD SIMECO) Y OTRO s/ACCION
MERE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

San Martín, de enero de 2024.

Por recibido, agréguese la documentación médica acompañada al escrito que antecede y ténganse presentes las manifestaciones efectuadas por la parte actora a sus efectos.

En atención a ello, téngase por cumplido con el requerimiento efectuado por el Tribunal a fs. 23.

Toda vez que en el caso de autos la petición involucra el derecho a la salud, exímase del informe previo establecido en el art. 4 de la ley 26.854 (conf. Art.2 inc.2 de la citada norma).

Pasen los presentes autos a despacho para resolver la medida cautelar solicitada

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que se presenta el Sr. Rodolfo Francisco Vidal Quera Amengual, por su propio derecho, conjuntamente con su letrado patrocinante el Dr. Gastón Francisco Vidal Quera, a promover acción declarativa de certeza en los términos del artículo 322 del CPCCN y ccdtes. contra el ESTADO NACIONAL – PODER EJECUTIVO NACIONAL y la entidad de medicina prepaga SIMECO (Servicios Consejo Salud Simeco) del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de hacer cesar el estado de incertidumbre existente con relación a la legitimidad y aplicación en el caso concreto de los art. 267 y 269 del decreto de Necesidad y Urgencia 70/23 cuya inconstitucionalidad se solicita en el caso concreto, requiriendo que se disipe el estado de incertidumbre, dejando sin efecto los aumentos realizados en los servicios de



#38604587#398119062#20240131125140990

salud prestados, en virtud del DNU, que en el caso llega a un aumento del 62% para el mes de enero 2024, con costas.

Indica que tiene 78 años de edad, que es jubilado bajo el beneficio N° 15051136140, habiendo cobrado en el mes de diciembre 2023 la suma de \$223.811,84 y en el mes de enero 2024 la suma de \$157.541,23. Indica que se encuentra afiliado a SIMECO y que requiere de permanentes prestaciones de salud y seguimiento médico por haber sufrido un ACV en el año 2017 y problemas cardiacos, además de los padecimientos propios de la edad.

Añade que, luego de publicado el DNU 70/23, la accionada aumentó de forma desproporcionada las cuotas por el servicio de medicina prepaga con vigencia enero de 2024, ya que hasta diciembre abonó la suma de \$167.719.

Refiere que con vencimiento el 10 de enero de 2024 se facturó el periodo 1/2024 por un importe de \$188.472 y con vencimiento el 22 de enero de 2024, la cuota se incrementa en \$79.325 por “Diferencia de cuota por incremento autorizado”, lo cual da un total de \$267.787, es decir un aumento del 62%, únicamente por el mes de enero de 2024 comparado con diciembre 2023.

De las constancias acompañadas se advierte que el amparista es paciente del “Sanatorio Los Arcos”, habiendo ingresado el 30/5/2017 a la Unidad de Terapia Intensiva para Adultos por un hematoma intracerebral frontal derecho, con antecedentes de hipertensión arterial, tabaquismo, endarterectomía carotídea de hace 10 años y fístula cérvico lateral de fondo de fibrina desde hace 6 meses, con seguimiento con cirujano de cabecera, requiriéndose seguimiento por consultorios externos de neurocirugía.

Manifiesta que le resulta indispensable tanto para él como para su cónyuge contar con el Plan de SIMECO, en particular teniendo en cuenta su patología.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
SAN MARTIN N° 2- SECRETARIA N° 3

Fundamenta la absoluta inconstitucionalidad del DNU 70 /23 que modificó el marco regulatorio de la medicina prepaga y de las obras sociales, toda vez que no se cumplió con el mecanismo constitucional propio de la excepción y trasgredió, por tanto, lo dispuesto en el artículo 99 inc. 3 de la C.N.

Solicita, por tanto, el dictado de una medida cautelar de no innovar, hasta tanto se resuelva la petición de fondo, a fin de que se readecuen las cuotas de su plan asistencial, limitándose a efectuar los aumentos autorizados por la autoridad de aplicación en los términos del art. 17 de la ley 26.682.

Por último, cita jurisprudencia, y en razón a lo expuesto solicita como medida cautelar se ordene a la demandada que proceda en el sentido pretendido, hasta tanto se resuelva la presente acción.

II.- En primer término, cabe resaltar que el DNU 70/23 dictado por el PEN resulta una norma que ha modificado el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga y de las obras sociales (ley 26.682) derogando mediante el art. 267 los artículos 5 incs. G y M y sustituyendo mediante el art. 269 la redacción del art. 17.

De este modo, se han derogado las funciones de la Autoridad de Aplicación quien fiscalizaba el cumplimiento de las prestaciones del PMO, los contratos y planes y fundamentalmente en el art. 17 (sustituido) debía fiscalizar y garantizar la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales; respecto del aumento de las cuotas la Autoridad de Aplicación debía autorizar el aumento “cuando el mismo este fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable calculo actuarial de riesgos”.

Consecuencia de ello, que la falta de fiscalización de las empresas de medicina prepaga y/o la no exigencia de solicitar autorización por parte de las mismas trajo como lógica consecuencia los aumentos por lo



que aquí se reclama y que conforme surge de las facturas acompañadas resultan superiores al 62% de lo abonado en el mes de diciembre de 2023 (vid demanda y facturas acompañadas).

III.- Frente a lo expuesto, en tanto el actor es afiliado a SIMECO y conforme surge de la facturación acompañada de fecha diciembre 2023, enero 2024 y comunicación respecto a febrero 2024, un elemental deber de prevención impone un pronunciamiento jurisdiccional inmediato ante la proximidad de las fechas señaladas.

Así también, como se advertira la tutela judicial que se solicita en autos, implica poner en crisis la actuación del Estado Nacional, al derogar normas de protección al consumidor y usuario del sistema de medicina prepaga, y en consecuencia entiendo que la protección judicial debe abarcar específicamente la suspensión de los efectos de ese acto estatal, de manera que resultan aplicables las disposiciones de la ley 26.854.-

En tal sentido, no se ordena en autos, el informe previo previsto en el art. 4 de la ley 26.854, en el entendimiento que el caso se encuentra abarcado por las excepciones del inc. 3 “*Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.*”

Así, teniendo en cuenta los principios que rigen la preservación de la salud y la vida de las personas, derechos estos reconocidos en el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) en el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 4 y 5) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6 inc. 1) con rango constitucional (art. 75 inc. 22) la verosimilitud del derecho invocada por la accionante y el peligro en la demora, aparece como inminente dentro del marco escueto de conocimiento que habilita la instancia cautelar y sin que implique otorgar una declaración anticipada sobre la procedencia de la cuestión de fondo (doct. Art. 232 CPCC). Máxime teniendo en cuenta que se trata de una





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
SAN MARTIN Nº 2- SECRETARIA Nº 3

persona jubilado de 78 años de edad (vid. DNI y constancias previsionales acompañadas) con seguimiento médico desde 2017 por la patología que padece.

Por su parte el art. 13 de la ley 26.854 establece que: ... *“la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”*.-

A ese respecto, las circunstancias que rodean la condición de jubilado de quien requiere tutela judicial efectiva, sumado a la ausencia de afectación a un interés público, que la medida no producirá efectos jurídicos irreversibles, más la concurrencia de los demás requisitos, hacen suponer sin ambages la procedencia la suspensión del acto estatal en ciernes.

Repárese que en tanto las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo su verosimilitud, cabe tener especialmente presente que la actora corre riesgo inminente de no poner pagar el valor mensual pretendido por la empresa de medicina prepaga codemandada. Esto conllevaría a la falta de cobertura médica necesaria, según denuncia, por su edad y ponderando que de acuerdo a las constancias de la causa percibe un haber previsional que asciende a \$157.541,23 y el aumento de la cuota a \$267.787 implicaría una erogación que excede ampliamente su haber.

A mayor abundamiento, corresponde resaltar que, ante el incremento mensual de las cuotas reseñado, no surge de las facturas



acompañadas justificación o detalle de tal aumento que permite a la accionante tener mayor información al respecto y conocer el motivo que condujo al valor final comunicado.

Por todo lo expuesto, con el grado de provisionalidad que corresponde a toda medida cautelar, estimo procedente ordenar al Estado Nacional la suspensión de la aplicación de los arts. 267 y 269 Del Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 70/2023 y a la Entidad de Medicina Prepaga, Servicios Consejo Salud SIMECO la readecuación de las cuotas correspondientes a su plan asistencial, dejando sin efecto los aumentos realizados en aplicación del DNU 70/23 del PEN, limitándose a efectuar los aumentos autorizados por la autoridad de Aplicación en los términos del art. 17 (no sustituido) de la ley 26.682 hasta tanto se dicte sentencia definitiva (art. 304 CPCC).

IV.- Con respecto a la contracautela se estima suficiente fijar caución juratoria, la que se considera prestada con la solicitud de la medida cautelar en la demanda y atento a las particularidades del caso (doct. Art. 199 CPCC).

Por ello,

RESUELVO:

1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr. Rodolfo Francisco Vidal Quera Amengual, ordenando al Estado Nacional la suspensión de la aplicación de los arts. 267 y 269 Del Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 70/2023, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina en fecha 20/2/2023 -cuya entrada en vigencia operó el 29/12/2023-, hasta tanto sea dictada la sentencia definitiva, comunicandose lo resuelto por la presente por intermedio de la Jefatura de Gabinetes de Ministros de la Presidencia de la Nación, mediante oficio. Asimismo, ordenar a SIMECO -Servicios Consejo Salud- a readecuar las cuotas correspondientes a su plan asistencial, dejando sin efecto los aumentos realizados en aplicación del DNU 70/23 del PEN, limitándose a efectuar los aumentos autorizados por la autoridad de aplicación en los términos del art.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
SAN MARTIN N° 2- SECRETARIA N° 3

17 (no sustituido) de la ley 26.682 hasta tanto se dicte sentencia definitiva, debiéndose acreditar su cumplimiento en el plazo de 48 horas bajo apercibimiento de ley.

2) Tener por suficiente la caución prestada en la demanda (art. 199 CPCC). Regístrese y notifíquese.

ADR

ELPIDIO PORTOCARRERO TEZANOS PINTO

JUEZ FEDERAL SUBROGANTE





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL
TRABAJO - SALA FERIA

SENTENCIA INTERLOCUTORIA NRO. 2 Expte. Nro. 56.687/2023
AUTOS “CENTRAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LA
ARGENTINA CTA C/ ESTADO NACIONAL PODER EJECUTIVO S
/ACCION DE AMPARO”

Buenos Aires, 4 de enero de 2024

En la Ciudad de Buenos Aires, luego de deliberar, a fin de considerar el recurso deducido en autos, los integrantes de la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, practicado el sorteo pertinente, en la fecha de firma indicada al pie de la presente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación:

VISTOS Y CONSIDERANDO

La Dra. Andrea E. García Vior dijo:

I- La CENTRAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LA ARGENTINA (CTA) apela que se haya [rechazado in limine](#) la acción de amparo deducida en los términos de los arts. 43 CN y 47 de la LAS, contra el Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional-, en procura de la invalidación del DNU 70/23 en lo que hace a la afectación de los derechos laborales (individuales y colectivos) que se alegan como gravemente afectados.

Justifica su legitimación activa en su calidad de entidad sindical debidamente inscripta y autorizada para representar los intereses individuales y colectivos de las entidades gremiales y de las trabajadoras y trabajadores afectados. Asimismo, señala que, a más de lo argumentado al tiempo de interponer la acción, se dan tres circunstancias que imponen dar urgente tratamiento a la medida cautelar peticionada en tal marco, puesto que: 1) el DNU 70/23 cuestionado ya entró en vigencia; 2) el peligro en la demora acarrea un grave perjuicio para la CTA y sus representados, por los efectos de la aplicación de los artículos que integran el “Título IV – Trabajo” del decreto; y 3) el 24.01.2024 se llevará a cabo un paro general, hecho de público conocimiento, el que deberá cumplir con el art. 97 del DNU 70/2023 (servicios mínimos, contrario a derechos constitucionales) si no se suspende al menos precautoriamente su vigencia (ver términos de la [presentación recursiva](#)).

II- En atención a lo dictaminado por el Sr. Representante del Ministerio Público, a lo sostenido por la Dra. González en una causa análoga a la presente (CGT c/PEN, expte 56862/23), y en función de la inscripción en el Registro de Procesos Colectivos (Ac. CSJN 12/2016) de la causa [“Asociación Civil Observatorio del Derecho de la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ amparo ley 16.986”, expte. 48.013/2023](#) en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nro. 2, corresponde dar liminar tratamiento al planteo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

formulado por la recurrente en el punto III de su presentación, en el que solicita se admita su exclusión de la acción de clase en cuestión.

Según se dispusiera en el fuero contencioso administrativo federal, el proceso colectivo en cuestión está integrado por todos los habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad con base en que –aunque no exclusivamente- fue dictado en violación del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional y de las demás normas y principios federales que regulan la sanción de normas de sustancia legislativa a nivel nacional; el objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 y del art. 24 de la ley 26.122 y, el sujeto demandado es el Poder Ejecutivo Nacional (PEN).

A fin de obtener que no se opere el fuero de atracción que en favor de la justicia contencioso administrativa federal derivaría de la normativa invocada (Ac. 32/14 y 12/16 CSJN), la CTA señala que su parte no ha deducido una “acción de clase” ni iniciado un proceso colectivo; que lo que ha promovido es una acción de amparo con fundamento en lo dispuesto en el art. 43 de la CN y en el art. 47 de la ley 23551, que claramente es un amparo sindical que se ha basado en el perjuicio sustancial concreto que le irroga a su parte -organización sindical de tercer grado- y a sus representados en los términos de la ley de asociaciones sindicales, el mentado DNU, y que la competencia del fuero especial del trabajo está delineada por los arts. 20 y 21 de la LO y por el art. 63 de la LAS.

Asimismo enfatiza que, si bien en el caso hay intereses colectivos afectados, los mismos **no son homogéneos** en tanto no se pueden emparentar con los que en su caso podrían plantear los ciudadanos en general -o las organizaciones civiles en particular- ya sea en términos de salud, ejercicio de ciertas profesiones, la liberación del mercado financiero y/o cambiario, desregulación de la actividad farmacéutica, el ajuste fiscal, la venta del patrimonio nacional, la disposición de los recursos energéticos y naturales de la Nación, etc.. A su vez advierte que la circunstancia de que la norma estuviere viciada en su origen (conforme art. 99.3 CN), no permite asimilar tan disímiles y cuantiosas situaciones como representativas de intereses individuales homogéneos.

Cabe recordar que la finalidad de la Acordada 12/16 ha sido evitar la multiplicidad de procesos de igual objeto o con objetos superpuestos que pudieran dar lugar a sentencias contradictorias admitiendo que, aún cuando no se hubiere iniciado la acción como colectiva en los términos de la Ac. 32/14, podría el juez interviniente declinar su competencia y remitir la causa al Tribunal nacional o federal que hubiere inscripto la acción en el Registro Público de Procesos Colectivos de conformidad con lo dispuesto en la Ac. 12/16.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

Sin embargo, la misma reglamentación provisoria elaborada por el Máximo Tribunal admite la exclusión de ciertos procesos de tal régimen si se dan pautas diferenciales de suficiente entidad y/o gravedad que deben ser explicadas.

Por otra parte, el derecho de las personas (físicas o jurídicas) a ser excluidas de un proceso colectivo en el que no han tenido oportunidad de ser oídas hace a la garantía del debido proceso, al derecho de acceso a la jurisdicción y a una tutela judicial efectiva. En la causa [*“Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”*](#) (Fallos 332:111), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“...se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar”*. Es por ello que esta Corte ha entendido que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales, señalando que es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte (Considerando 20)

En el caso planteado se dan a mi ver circunstancias graves y objetivamente impostergables que justifican la asunción de la competencia y la habilitación de la vía elegida en tanto la aptitud jurisdiccional de esta Justicia Nacional del Trabajo para entender en la contienda resulta inobjetable, no sólo en base a las normas procesales antes mencionadas que definen su ámbito material de actuación, sino también por su especial versación en materia de derecho social. En tal sentido reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el acceso a la justicia en materia laboral requiere un sistema que garantice en particular la irrenunciabilidad del derecho de los trabajadores y las trabajadoras a acudir a las autoridades judiciales competentes para someter conflictos laborales de toda índole, la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales y una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral ([CIDH, Opinión Consultiva OC 27/21](#) –Interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre- ver párrafo N° 116 a cuya lectura remito por elementales razones de brevedad)

A diferencia de la causa que tramita en el juzgado contencioso administrativo federal, en la presente se encontrarían en juego derechos que hacen a la esencia de las relaciones dependientes, a la libertad y dignidad de las personas que trabajan, a los principios protectorios, de irrenunciabilidad, de igualdad de trato y no discriminación y de conservación del contrato que estructuran la especialidad y, a su vez, se pondría en jaque la principal vía de tutela a la que pueden recurrir los trabajadores ante su incapacidad negocial a nivel individual, que no es otra que la acción sindical. No se trata meramente de derechos económicos, sino que lo que se alega es la grave vulneración de derechos humanos fundamentales expresamente consagrados en los arts. 14, 16 y 75.22 de la CN, en la CADH, en el PIDESC, en la DUDDH, en los Convenios 87 y 98 de la OIT y en la profusa normativa de jerarquía constitucional y supralegal particularmente individualizada por los requirentes en su escrito inicial.

La instauración de ilícitos laborales colectivos que se reputan contrarios a la libertad sindical (conf. arts. 1.1 y 2.b del C. 98 OIT, ver arts 87 y 88 DNU) y el grave encorsetamiento del derecho de huelga que se derivaría de las modificaciones previstas en el art. 97 del DNU, imponen otorgar al caso un tratamiento urgente en forma diferenciada que, más allá de las eventualidades de rito o de ordenamiento procesal, tienda a coadyuvar al mantenimiento de la paz social y a racionalizar las relaciones de fuerza cuyo desequilibrio, si se exagera, puede llegar a echar por tierra toda solución institucionalizada, todo lo cual justifica en el caso admitir el pedido de exclusión de clase deducido.

III- En cuanto a la admisibilidad de la vía procesal elegida para poner en cuestión la inconstitucionalidad e inconventionalidad del DNU 70/23 cabe ponderar que como lo señala el Fiscal en el dictamen que antecede, el planteo se ha canalizado por la vía del amparo y de conformidad con lo específicamente dispuesto por los arts. 43 CN y 47 de la ley 23.551. Esta normativa no requiere las exigencias formales a las que alude la ley 16986; bastando, en definitiva, que se alegue un impedimento del ejercicio regular de los derechos emergentes de la libertad sindical con un sustento razonable para que prevalezca la disposición especial del art. 47 de la ley 23551, lo que encuentra indiscutible respaldo en normas de jerarquía constitucional (14 bis y 75.22 CN y C. 87 OIT).

Por lo demás, como lo ha sostenido el Máximo Tribunal desde antiguo “ Para la procedencia del amparo se requiere la demostración de la carencia de las otras vías o procedimientos aptos para solucionar el conflicto y, en su caso, su ineficacia para contrarrestar el daño concreto y grave, pues se trata de un





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

remedio excepcional que no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las jurisdicciones vigentes” (Fallo “*Juarez, Rubén y otro c/ Ministerio de Trabajo*” 10/4/90.ED 138:93).

Asimismo se ha señalado que “El amparo es un proceso excepcional, cuya utilización sólo procede en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por lo cual se exige para su apertura circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, puedan provocar un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esa vía urgente y expeditiva” (Fallo “*De León, Marcelo c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*” 27/9/88), afirmándose a su vez que “*La acción de amparo tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos* (Fallos: 320:690 y sus citas). (CSJN “*Casime, Carlos c/ Estado Nacional*” 20/2/01).

Entiendo que en el caso, las circunstancias de contexto alegadas por la central obrera recurrente, las disposiciones de los arts. 14, 16, 18, 29, 75.22 y 99.3 CN, la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -entre otros- en los precedentes “*Verrocchi, Ezio c/Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 322:1726; “*Consumidores Argentinos*”, Fallos 333:633; “*Asociación Argentina de Compañías de Seguros*”, Fallos 338:1048, sent. 27/10/2015; “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad*” del 04/10/2021 “*Tobar*” Fallos: 325:2059 y la posibilidad real de participación legislativa en el debate y tratamiento de las reformas incluidas en el DNU cuestionado que emerge del llamado a sesiones extraordinarias (ver Mensaje Presidencial 6/23, Dec. 76/2023 del 22/12/23, publicado en BO 26/12/23), dan respaldo suficiente para habilitar la vía del amparo ante la alegación de una ilegalidad manifiesta que causa perjuicios graves de insusceptible reparación ulterior (en similar sentido, sentencia recaída en el [expte 56862/2023 “CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL S/ACCION DE AMPARO”](#) -a cuyos fundamentos me remito en mérito a la brevedad -; ver también trabajo publicado por el Dr. Mario Ackerman bajo el título “Una reforma laboral impúdicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia y agrede a la libertad”, Rubinzal Culzoni editores – cita: 734/2023-, el del Dr. César Arese “Deconstruyendo la reforma laboral del DNU 70/2023” Rubinzal Culzoni editores cita: 733/2023- y el de la Dra [Laura Clérico “El DNU 70/2023 es inconstitucional, nulo y de nulidad absoluta e insanable. No hay dudas](#)





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

[constitucionales en este caso](#)” -Capítulo Argentino de la International Society of Public Law- ICON.S Argentina publicación del 24/12/2023-, entre otros), por lo que corresponde revocar la sentencia de grado en tal aspecto y admitir la viabilidad formal de la acción de amparo deducida.

En este sentido agrego que no se trata en el presente de poner en cuestión derechos individuales (conflicto individual de derecho) para los cuales la cuestión justiciable o litigiosa estaría delimitada por la concreta lesión a un derecho o la existencia de daño real y concreto, sino que, por la naturaleza del planteo, basta con que se advierta la posibilidad cierta de una lesión irreparable a una pluralidad relevante o, como en el presente, a los intereses colectivos de un sector de la población particularmente vulnerable, por lo que no se comparte tampoco lo argumentado en grado en cuanto a la inexistencia de “caso”, “causa” o “controversia”. Como se enfatiza en el memorial bajo análisis *“En palabras de la CSJ debe existir una "colisión efectiva de derechos" (Fallos 2:253, 24:248, 94:51, 130:157, 243:177, 256:103, 263: 397 entre muchos otros), y en el subexámene ello surge por demás evidenciado.*

A su vez, como se dejara entrever en las consideraciones precedentes, la legitimación activa de la *CENTRAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LA ARGENTINA (CTA)* resulta incuestionable por su carácter de entidad sindical de tercer grado debidamente inscripta. Ello encuentra respaldo en el criterio sentado por la CSJN en el conocido caso “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad” (A. 598. XLIII) — *“ATE IP”*—, en el cual declarara la inconstitucionalidad del art. 39.a) de la ley 23.551 y expresamente le reconociera a los sindicatos simplemente inscriptos el derecho de accionar judicialmente en defensa y representación del interés colectivo, entendiendo que tal derecho se encuentra inequívocamente reconocido por las normas de jerarquía constitucional.

IV- En cuanto a la procedencia de la medida cautelar solicitada no cabe soslayar que las que pudieran afectar al Estado deben cumplir, además de los recaudos genéricos previstos en la normativa procesal común (art. 230 CPCCN), los establecidos en el art. 13 de la ley 26854 cuando procuren suspender los efectos de un acto estatal -como es el caso-; y que, en principio, debería sustanciarse el planteo en trámite celérico (conf. art. 4.2. ley 26854).

Sin embargo la propia ley especial establece en su art. 4.3 que *“Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada”*, y en el caso resulta indiscutible que la acción instaurada involucra los intereses, derechos y garantías de sectores socialmente vulnerables, se encuentra comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos y los derechos fundamentales de las personas





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

que trabajan, todo lo cual permite tener por configurado el supuesto de excepción referido, en el que incluso se habilita el dictado de medidas precautorias o de resguardo por parte de un juez o tribunal que pudiera considerarse incompetente.

Tal como lo enfatiza la entidad requirente, en el caso puede considerarse configurada la verosimilitud del derecho alegado en lo que hace no sólo a la ilegitimidad del acto gubernamental atacado, sino también a los perjuicios que se derivan de manera inmediata de la entrada en vigencia del DNU 70/23 (conf. ley 26122) y ello no sólo a nivel individual (ver arts. 53 a 85 y 89 a 96 del DNU 70/23), sino particularmente en lo que hace al ejercicio de los derechos derivados de la libertad sindical que gozan de la más amplia garantía constitucional y supralegal y que aparecerían, prima facie, violentados (arts. 86 a 89 y 97 del DNU 70/23).

A su vez, hecha pública la convocatoria a un paro general por las centrales obreras para el día 24 de enero en curso y habiendo dispuesto la CSJN no dar tratamiento inmediato al proceso originario habilitado ante su sede con motivo del DNU cuestionado ([“La Rioja, provincia de c/Estado Nacional s/acción declarativa de certeza”, CSJN 2847/2023](#)), el peligro en la demora es aún mayor teniendo en cuenta las importantes modificaciones introducidas por el DNU a las leyes 25.877, 23.551 y 14250 -reitero, de aplicación inmediata, conforme la cuestionada ley 26122- y los graves riesgos de que el conflicto social -ya avizorado en los últimos días del año 2023- se acreciente y/o derive en hechos de violencia inusitada.

Como refiriera antes, de forma adicional el art. 13 de la ley 26854 establece que “ La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Se acreditar sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público y e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

En el presente y tal como emerge de los considerandos precedentes, todos los recaudos antes referidos deben entenderse prima facie reunidos, por lo que corresponde hacer lugar a la suspensión de los efectos del DNU 7/2023 en lo que hace a las regulaciones contenidas en su título IV TRABAJO (arts. 53 a 97) hasta tanto se dicte resolución definitiva.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA FERIA

El modo de resolver, de conformidad con lo específicamente normado por el art. 2 inciso 2), el art. 4 inciso 3) y el art. 5 2do párrafo de la ley 26854, lleva en el caso a considerar innecesario expedirse sobre los planteos de inconstitucionalidad deducidos respecto de esta normativa en el escrito inicial en tanto las previsiones atacadas no se han considerado aplicables.

V- Dada la índole de las cuestiones en debate y ante la ausencia de contradictorio, corresponde imponer las costas en ambas instancias en el orden causado (art. 68 CPCCN).

VI- Finalmente, toda vez que la magistrada actuante para decidir sobre la procedencia formal del amparo ha emitido opinión sobre aspectos que podrían considerarse sustanciales, se estima prudente y razonable disponer que la causa principal pase para su tramitación al juzgado que sigue en orden de número.

VII- En consecuencia, por lo expuesto, de prosperar mi voto corresponde: 1) Revocar la sentencia apelada, 2) Declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en la presente acción, 3) Admitir la viabilidad formal de la vía procesal elegida, 4) Disponer la suspensión cautelar de los efectos del DNU 70/2023 (B.O. 21/12/2023) en lo que hace a la operatividad de las previsiones contenidas en su Título IV (TRABAJO -arts. 53 a 97-) hasta tanto se dicte resolución sobre el fondo, 5) Oportunamente remítase la causa al juzgado que sigue en orden de número a fin de que prosiga con el trámite de la acción principal.

El Dr. Alejandro Sudera dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de mi estimada colega, Dra. Andrea García Vior.

La Dra. María Dora González no vota (art. 125 LO).

En consecuencia, por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 LO) y oído que fuera el Sr. Representante del Ministerio Público, el **TRIBUNAL RESUELVE: 1) Revocar la sentencia apelada, 2) Declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en la presente acción, 3) Admitir la viabilidad formal de la vía procesal elegida, 4) Disponer la suspensión cautelar de los efectos del DNU 70/2023 (B.O. 21/12/2023) en lo que hace a la operatividad de las previsiones contenidas en su Título IV (TRABAJO -arts. 53 a 97-) hasta tanto se dicte resolución sobre el fondo, 5) Oportunamente remítase la causa al juzgado que sigue en orden de número a fin de que prosiga con el trámite de la acción principal.**





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL
TRABAJO - SALA FERIA

REGISTRESE. NOTIFIQUESE A LA RECURRENTE, AL SR. FISCAL Y
AL ESTADO NACIONAL JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS
DE LA NACION -MEDIANTE DEO DE ESTILO-.

Andrea E. García Vior

José Alejandro Sudera

Jueza de Cámara

Juez de Cámara

Ana Inés Feldman

Prosecretaria letrada

Signature Not Verified
Digitally signed by ANDREA ERICA
GARCIA VIOR
Date: 2024.01.04 11:28:54 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by JOSE
ALEJANDRO SUBERA
Date: 2024.01.04 11:30:05 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by ANA INES
FELDMAN
Date: 2024.01.04 11:41:54 ART



#38568489#397701536#20240104111116929



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023/1 -INCIDENTE Nº 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL
OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

Buenos Aires, 17 de enero de 2024.-

Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto y fundado
por el Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros a fs.
[347/359](#), contra la resolución de fs. [343/344](#); y,

CONSIDERANDO:

I. Que, por resolución del día [4/1/2024](#), el señor
Juez de primera instancia –a cargo del Juzgado de FERIA– declaró la
inadmisibilidad formal de la acción incoada por la Asociación Civil
Observatorio del Derecho a la Ciudad, Claudio Raúl Lozano, Hugo
Ernesto Godoy y Rodolfo Ariel Aguiar como proceso colectivo y
dispuso que la causa continúe tramitando como una acción de amparo
individual.

En consecuencia, ordenó la comunicación al
Registro de Procesos Colectivos, a fin de su desvinculación inmediata
y remitir –a las jurisdicciones correspondientes– las actuaciones que
hubieran sido vinculadas al presente proceso.

Para así decidir, puso de relieve que la Corte
Suprema, mediante la Acordada 32/14, había creado el Registro
Público de Procesos Colectivos radicados ante los Tribunales del
Poder Judicial de la Nación, en el que deben inscribirse todos los
procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos
como los que promuevan la tutela de intereses individuales
homogéneos con arreglo a las definiciones dadas por el Máximo
Tribunal en los precedentes “*Halabi*” (Fallos: 332:111) y “*PADEC*”
(Fallos: 336:1236).

Seguidamente, recordó y citó la doctrina que emana de ambos precedentes, resaltando la relevancia que la Corte Suprema otorgó a la determinación y configuración de la clase involucrada en las acciones colectivas, colocando dicho recaudo en carácter de esencial.

Indicó que en la Acordada 12/16 de la Corte Suprema, se instituyó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, y destacó lo allí dispuesto en los títulos “XI. Deberes y facultades del juez” y “XII. Procedimientos especiales”.

Bajo tales premisas, advirtió que no surgía de manera indubitable y con la certeza que se requiere en estos procesos que en la presente causa concurrieran los presupuestos mencionados y establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que *“no se encuentra definido de manera clara el colectivo involucrado, debido a la generalidad de la representación invocada por la Asociación actora y al carácter difuso de la presentación efectuada en la presente causa”*.

Agregó que *“tampoco se encuentra debidamente delimitado que el decreto atacado produzca un perjuicio por igual a todos los sujetos que se pretende representar, lo cual descarta la configuración de los recaudos necesarios para la procedencia formal de la acción colectiva intentada”*.

En este orden de ideas, expuso que la actora, al iniciar la acción, había planteado que el DNU 70/2023 afectaba a cada uno de los ciudadanos y habitantes del país dado que tenían el derecho a defender el sistema democrático y republicano. Al respecto, recalcó que esa amplitud y generalización obstaba a una adecuada delimitación del colectivo, tal como lo exigían los parámetros delineados por el Alto Tribunal.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023/1 -INCIDENTE Nº 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL
OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

Explicó que tampoco la actora había acreditado los motivos por los que consideraba que la tutela judicial efectiva del amplio colectivo que decía representar se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción con el alcance denunciado.

Apuntó que, a partir de la generalización de las personas que la asociación dice representar, podrían existir algunas que no se hayan visto alcanzadas por el decreto atacado u otras, cuyo grado de afectación difiera en cada situación.

Señaló que el decreto de necesidad y urgencia *“modifica leyes que regulan materias muy disímiles entre sí (Farmacias, Hidrocarburos, Turismo, Energía Eléctrica, Código Civil y Comercial, Registro Automotor, Trabajo, Salud, Comercio Exterior, Reforma del Estado, Código Aeronáutico, entre otras, y dentro de ellas aspectos particulares) y que tramitarían en diferentes ámbitos judiciales, por lo que podrá, en su caso, examinarse –en los términos del artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional– de manera independiente y en relación a cada materia –en concreto– ante los diferentes tribunales en su competencia específica, ya que las decisiones sobre su aplicación y/o validez podrían ser diferentes en cada supuesto y en cada jurisdicción”*.

Por tales razones, concluyó que no era factible afirmar que *“los intereses colectivos –que la actora asume representar en esta causa– se encuentran en la misma situación o que los mismos resulten homogéneos y menos aún que ante esta instancia judicial puedan examinarse cuestiones vinculadas, en su caso, a la competencia material atribuida por ley a otros tribunales de justicia, en sus respectivas jurisdicciones territoriales”*.

Por último, destacó especialmente que la amplísima diversidad de normativas y situaciones alcanzadas por el dictado del DNU 70/23 escaparía a los parámetros tenidos en consideración por el Máximo Tribunal en el dictado de la Acordada 12/16 ya citada, la cual exige de cada magistrado interviniente no sólo examinar la normativa impugnada sino, a su vez, indicar cuál es el interés jurídico protegido en cada caso concreto respetando los principios de jurisdicción, competencia y especialidad establecidos legalmente.

II. Que la parte actora consintió lo así resuelto.

En cambio, disconforme con esta decisión, el Estado Nacional – Jefatura de Gabinete de Ministros–, apela y fundamenta la procedencia formal del recurso, invocando los arts. 15 y 3 del decreto-ley 16.986 (Ley de Amparo), *“dado que la sentencia apelada declara la inadmisibilidad de la acción como proceso colectivo”*.

En sustento de su recurso, plantea que el Sr. Juez de Feria no se encontraba habilitado para revocar la sentencia anterior, suscripta el [22/12/2023](#) por el magistrado a cargo del Juzgado N° 2 del fuero, Dr. Esteban Furnari, la cual se encontraba consentida por la parte actora, y alega que esta circunstancia trasunta una transgresión al Reglamento de la Acordada 12/2016.

En este sentido, argumenta que afectó el derecho de defensa y debido proceso, pues retrotrajo las actuaciones a etapas que se encontraban precluidas. Señala que en el Registro de Procesos Colectivos se anotó primero en el tiempo la causa 48.013/2023, *“Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”*, por orden del Juez Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, en el cual se identificó el sujeto demandado, el objeto litigioso y el colectivo y que, sobre la base de dicha registración y con motivo de la notificación





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023/1 -INCIDENTE N° 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

promovida por la CGT en el Fuero Nacional del Trabajo, su parte –acudiendo a las herramientas a su alcance– planteó la [inhibitoria](#) ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, la cual fue admitida por el Sr. Juez titular a cargo del Juzgado N° 2, con fundamento en el principio de prevención que prevalece en las acciones colectivas, el último día hábil de diciembre (esto es, el día 29 a las [13:42 hs.](#)).

Interpreta que, en virtud de lo dispuesto en el Título VIII de la Acordada 12/2016 –cuyo texto cita–, el juez de feria no podía modificar el trámite sin previo traslado de la demanda a su parte y que se ha extralimitado en sus facultades incurriendo en un exceso de jurisdicción.

Reitera que la decisión también proyecta sus efectos negativos en el proceso de inhibitoria iniciado por el Estado Nacional y que tramita en el expediente N° CAF 48.222/2023, ya que se había resuelto admitir la inhibitoria respecto de la causa promovida en el fuero nacional del trabajo por la CGT (expediente N° CNT 56.862/2023). Puntualiza que la resolución del Sr. Juez de Feria (Dr. Enrique Lavié Pico), dejaría sin efecto también lo allí decidido produciendo “*efectos en cascada*”.

Denuncia que la resolución resulta arbitraria en clara transgresión a principios y garantías constitucionales, tales como el del debido proceso, el principio de congruencia de la sentencia, el derecho a una sentencia fundada y que constituya una derivación razonada del derecho vigente.

Aduce que la decisión del Sr. Juez Furnari que había ordenado inscribir el expediente en el Registro de Procesos Colectivos se hallaba firme (ya que había sido consentida por la

actora) y que los distintos tribunales que recibieron demandas con similares pretensiones fueron remitiendo las causas para que tramiten en el proceso colectivo para evitar sentencias contradictorias, pues en cada una había sido planteada la nulidad del DNU 70/23, por considerar los accionantes que vulneraba lo establecido en el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional.

Manifiesta que la sentencia acarrea efectos gravísimos para la defensa del Estado Nacional, ya que genera la multiplicación de pleitos con riesgo de que se dicten sentencias contradictorias, que es exactamente lo que la Corte Suprema de Justicia procuró evitar.

Postula la inexistencia de facultades para revisar decisiones firmes y reseña lo despachado por el Juez Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 69 ante la presentación de la CGT a fin de respaldar el argumento según el cual quedaba evidenciado un conflicto de competencia que debía ser resuelto por en los términos del art. 20, segundo párrafo de la Ley 26.854.

Afirma que la decisión del Juez de FERIA genera incertidumbre e inseguridad jurídica en perjuicio de toda la población y, en particular, del Estado Nacional. En tal sentido, resalta que el “*a quo podía dejar a salvo su criterio si no compartía lo que ya estaba resuelto, pero lo que no podía era dejar sin efecto una decisión que no fue sometida a su jurisdicción. En una causa tan trascendente, como es el proceso donde se discute la legitimidad del DNU N° 70/23, se vuelve a fojas cero por la decisión arbitraria del Juez de feria*”. Asimismo, expuso que “*Nadie le había solicitado al a quo que revise la decisión de un par suyo respecto a darle tratamiento de proceso colectivo a la acción que dio inicio al Expediente CAF N° 48.013/23*”.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023/1 -INCIDENTE Nº 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

También se queja que haya resuelto declarar inoficioso expedirse sobre su pretensión tendiente a que se resuelva el conflicto de competencia suscitado en la causa de la CGT, en el que considera que el único órgano judicial que podía intervenir para dirimirlo era esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 20 de la ley de medidas cautelares.

Expone que la conformación de un proceso colectivo que ha ido delineando la jurisprudencia de la Corte Suprema es un presupuesto de seguridad jurídica. En particular, refiere que *“lo acontecido en torno a las diferentes cuestionamientos e impugnaciones, referidas al Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, no es una cuestión absolutamente novedosa”*.

Enuncia otras dos causas en trámite que considera que comparten el mismo objeto que la presente y concluye que inexorablemente los pronunciamientos que se dicten en cualquiera de dichas causas, listadas en forma meramente ejemplificativa, tendrán un alcance *erga omnes*, motivo por el cual y a fin de salvaguardar la seguridad jurídica, deben tramitar ante la misma autoridad judicial, siguiendo las indicaciones brindadas por la Acordada 12/16, es decir, ante el juez que previno.

Finalmente, formula reserva de cuestión federal y solicita que se deje sin efecto la resolución apelada.

III. Que, inicialmente, es preciso recordar que el Tribunal como juez del recurso, se encuentra facultado para examinar su admisibilidad formal aún de oficio, tanto en cuanto a su procedencia, como a sus formas y trámite, a los fines de verificar, entre otros aspectos, la regularidad y validez de los actos procesales

cumplidos a su respecto en la primera instancia (conf. Morello, A.M., Passi Lanza, N.A., Sosa, G.L. y Berizonce, R.O., “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados”, t. III, pag. 467, ed. Platense-Abeledo Perrot, 1971; Colombo, C. J., “Código Procesal Civil y Comercial, Anotado y Com.”, t. I, p. 450, Ed. Abeledo Perrot 1975; esta Cámara, Sala III, *in re*: “Neimark Sebastian c/ EN- Procuración del Tesoro de la Nación y otro s/ proceso de conocimiento”, del 2/9/2011).

Esto es así, toda vez que en ese cometido no se encuentra vinculado la voluntad de las partes, ni por la resolución del juez de grado, por más que se encuentre consentida, como así tampoco por las providencias de mero trámite posteriores a la elevación de la causa. Ello por cuanto se trata de una cuestión que compromete el orden público, en tanto se refiere a la jurisdicción y competencia funcional del Tribunal de Alzada (Sala III, *in rebus*: “Telefónica Móviles Argentina SA c/ EN –Agencia de Acceso a la Información Pública s/ medida cautelar (autónoma)”, del 09/06/2021; “EN -Yacimiento Carbonífero Río Turbio c/ El Constructor SA y otro s/ proceso de ejecución”, del 20/05/2022; “ENACOM c/ Telefónica de Argentina SA s/ proceso de ejecución”, del 07/11/2023, entre otros).

IV. Que, ello sentado, cabe señalar que la ley 16.986 no ha sido derogada expresamente por la reforma constitucional de 1994 y que, en tanto no se oponga a su letra y espíritu, subsiste la vigencia de los recaudos de admisibilidad de la acción de amparo establecidos por ésta, así como los recaudos procesales que esta norma instituye (cfr. esta Cámara, Sala de FERIA, *in re*: “Mauro Velázquez Benjamín c/ EN-AFIP s/ Amparo Ley 16.986”, Causa N° 87.732/2018, del [15/01/2019](#); Sala III, *in rebus*:



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023/1 -INCIDENTE Nº 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

“EN- M° Economía- Rqu (Autos 29.853/11 “San José” s/ queja”, del 27/3/2012; “Telecreativa SRL c/ EN- AFSCA y otro s/ amparo ley 16.986”, del 6/9/2016; “Asoc. De Empleados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación c/ EN- PJN- CSJN s/ amparo por mora”, del 28/3/2017; “Asociación Civil Fe y Esperanza Papis Adicciones y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986”, del 15/03/2022, entre otros).

Así las cosas, no es posible dejar de tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido por el art. 15 de la ley 16.986, sólo son apelables “...la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3 y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado”.

Criterio en virtud del cual, no resultaría apelable —en la especie— la resolución dictada el día 04/01/2024, mediante la que el único magistrado que podía atender al pedido de habilitación de la feria y, una vez habilitada para entender en el asunto planteado por la parte actora con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del DNU 70/2023, en ejercicio de las facultades ordenatorias, enderezó el trámite de la presente como una acción de amparo no colectivo.

En este orden de ideas, es dable poner de resalto que la limitación recursiva prevista en el art. 15 de la ley 16.986 ha sido advertida por el magistrado de la instancia anterior; quien —no obstante ello— concedió la apelación mediante una mera remisión al “...derecho de defensa en juicio de la parte demandada...” (confr. providencia del 08/01/2024). Sin embargo, lo cierto es que la amplitud de la alusión efectuada en punto a una eventual afectación del “derecho de defensa”, no resulta fundamento suficiente ni apto

para apartarse de lo dispuesto en la norma legal que regula el recurso de apelación en la acción de amparo; la cual, además, no ha sido cuestionada en su constitucionalidad por el recurrente, quien consideró –por el contrario– que el artículo 15 de la ley 16.986 habilitaba a su parte a ocurrir por la vía y en el modo efectuado (confr. apartado V, p. 5.1 Procedencia, del escrito del 05/01/2024).

V. Que, sin perjuicio de ello, y en lo atinente a la ineptitud recursiva del planteo de la parte demandada, resulta pertinente formular las siguientes consideraciones en torno a la índole de la resolución que la demandada ha intentado cuestionar ante esta instancia.

Al respecto, cabe reparar en que la decisión que había adoptado el Sr. Juez Esteban Furnari el 22/12/2023 –en forma intempestiva, dado que el DNU 70/23 aún no había entrado en vigencia (cuestión incluso reconocida por el propio magistrado en el proveído del [28/12/2023](#))– responde a medidas preliminares (no definitivas) ante la promoción de una causa entablada como de “naturaleza colectiva”. Razón por la cual, no puede el apelante pretender invocar gravamen alguno con fundamento en la existencia de una resolución que pudiese considerarse alcanzada por los efectos de la cosa juzgada y la preclusión procesal. Ello así, por tratarse propiamente de una decisión *in limine litis*, de carácter provisional, que carece de los efectos propios de la certificación del proceso colectivo, que recién tiene lugar con posterioridad a la contestación de la demanda (conf. art. VIII del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, Acordada CSJN N° 12/2016).

En tales condiciones, la decisión adoptada –luego– por el señor Juez de Feria como director del proceso, en ejercicio de facultades ordenatorias propias (arg. art. 34, y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), al



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023/1 -INCIDENTE N° 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

advertir configurada una situación de imposibilidad fáctica y jurídica de tramitar la demanda incoada como una acción de clase, a través de una atinada corrección procesal, no se advierte que pueda afectar el derecho de defensa de la parte demandada, a los fines de tornar viable la apelación *sub examine*.

En efecto, esta Sala no encuentra elemento de convicción suficiente que permita comprobar de qué modo esa decisión –que además desvincula y devuelve las actuaciones que habían resultado atraídas de las jurisdicciones naturales– conculcaría el derecho de defensa del Estado Nacional. Es que, en el ámbito de cada proceso judicial y ante el juez con competencia para entender en la materia específica de la pretensión procesal en particular, el demandado podrá ejercer tales garantías constitucionales, mediante la actuación de los respectivos magistrados que las atiendan.

Situación que, en suma, lleva a concluir en la improcedencia formal del recurso intentado. Es que, por regla, todo recurso de apelación reconoce como fundamento jurídico la existencia de un perjuicio o menoscabo en el derecho que se reclama y que configura un requisito subjetivo de admisibilidad de aquél, la circunstancia de que la resolución correspondiente ocasione a quien lo interpone –o a su representado– un agravio o perjuicio personal. Así, el ejercicio del derecho recursivo exige entre sus requisitos que medie agravio o perjuicio personal, es decir la necesidad de que la resolución que se impugna, cause al recurrente un gravamen cierto y concreto, recaudo que encuentra fundamento en el principio general según el cual sin interés no hay acción con derecho (esta Cámara, Sala III, *in rebus*: Inc. de Recurso Queja N° 2, en autos: “Gente Sana Asociación Civil c/ CLOSE UP SA s/ proceso de conocimiento”, del 02/07/2019;

Inc. de Recurso Queja N° 5, en autos: “Gente Sana Asociación Civil c/ CLOSE UP SA s/ proceso de conocimiento”, del 14/04/2021; Recurso de Queja N° 1, en autos: “EN -DNM s/ proceso de ejecución”, del 1º/09/2022; “Verón, Gabriel Sebastián c/ EN - M Justicia y DDHH - SPF - Dto 586/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, del 03/10/2023, entre otros).

VI. Que, por lo demás, no obsta a la conclusión alcanzada en el Considerando que antecede la argumentación intentada en torno a un eventual planteo de nulidad.

En este aspecto, cabe poner de relieve que la nulidad por vicios del procedimiento carece de un fin en sí misma y su declaración sólo procede cuando de la violación de las formalidades surge un perjuicio real y concreto en el derecho de la parte que la invoca (CSJN, *Fallos*: 314:290; 319:119; 320:1611; 322:507 y 324:1564; esta Cámara, Sala III, “Giacometti Alberto Pedro y otros c/ Estado Nacional- Mº de Econ. y de Obras y Serv. Publ. y otros s/ proceso de conocimiento”, del 06/04/2009; “ONAB- Reconstrucción c/ Roncagliolo Horacio Carlos s/ proceso de ejecución”, del 03/12/2010; “Barbatelli, Martín Hernán c/ EN -ANMAC s/ Amparo ley 16.986”, del 09/11/2021; “EN M Trabajo Empleo y Seguridad Social c/ Confederación General Económica de la República Argentina s/ proceso de ejecución”, del 14/10/2022, entre otros).

Es que, por principio, la nulidad es improcedente si quien la solicita no demuestra la existencia tanto de un interés personal, cuanto del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular, ya que la respectiva resolución invalidatoria debe responder a un fin práctico, pues resulta inconciliable con la índole y función del proceso la nulidad para satisfacer un mero interés teórico (conf., Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1992, pg. 159), o para satisfacer pruritos



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023/1 -INCIDENTE Nº 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

formales y sólo puede ser declarada cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma (conf., Maurino, Alberto Luis, Nulidades Procesales, Ed. Astrea-1985, pág. 45; confr., Sala III, *in rebus*: “Giménez, Alicia Fany y otros c/ EN- Ministerio de Agroindustria y otros s/ medida cautelar (autónoma)”, del 24/05/2017; “Distribuidora Azopardo SRL y otro c/ Prefectura Naval Argentina s/ Prefectura Naval Argentina”, del 18/2/2020; “Casinos de Buenos Aires SA y otros c/ Lotería Nacional SE y otros s/ proceso de conocimiento”, del 30/11/2023, entre otros).

Supuesto que no aparece verificado en la especie, dado que el Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros– no sólo no alega qué argumentos se habría visto impedido de esgrimir en *pos* de mantener una acción de clase con capacidad de proyectar sus efectos sobre todos los habitantes del país en resguardo de la República, sino que, en la causa principal, al contestar el [informe](#) previsto en el art. 4 de la ley 26.854 (Ley de Medidas Cautelares), en el capítulo VII, titulado “*falta de legitimación colectiva*”, manifiesta que:

- “*la legitimación colectiva no es una regla, sino un supuesto extraordinario para casos particulares regulados por ley o contemplados por estrictas circunstancias de hecho*”;

- “*Es importante destacar el carácter excepcional del proceso colectivo, y que si los jueces no analizan exhaustivamente los requisitos que deben reunirse, como es la legitimación colectiva, se habilitaría a que cualquier ciudadano y/o asociación pueda arrogarse la facultad de representar a un conjunto de sujetos de derecho, lo que comporta una gravedad tal como la de*

subrogarse derechos de la sociedad sin tener la representación para ello”.

- “A la luz de la doctrina elaborada por nuestro Máximo Tribunal, no es posible reconocer en autos un proceso colectivo”.

-“En el caso no existen derechos colectivos o difusos de ninguna índole. Lo que existe es, lisa y llanamente, la pretendida tutela de la legalidad por la legalidad misma”.

Citas textuales, de cara a las cuales se evidencia que la accionada ha asumido una conducta procesal que –cuanto menos– resulta contradictoria, errática, que se trasunta en un dispendio de la jurisdicción y que conculca el principio de la buena fe procesal; pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, *Fallos*: 313:367; 315:59; 320:2233; 325:1787; esta Cámara, Sala III, *in rebus*: “Varela Enrique Rene c/ UBA s/ empleo público”, Causa N° 67.748/2015, del 18/11/2021; “Loekemeyer, Marisa c/ EN-Ministerio de Turismo y Deportes s/ Empleo público”, del 20/10/2022; “Ruemen Tecnología SA (TF 111425070-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, del 28/11/2023, entre otros).

De modo que, no se explica cuál es el gravamen que le causa al Estado Nacional que, en resguardo de los principios de jurisdicción, competencia y especialidad establecidos en las normas procesales, se preserve la intervención propia de los tribunales competentes para conocer en cada una de las vastas materias de las que se ocupa el DNU 70/2023. Ello así, más allá de que pudiese corresponder a las competencias de los respectivos fueros que eventualmente intervengan, la posibilidad



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023/1 -INCIDENTE Nº 1- ACTOR: ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS
DEMANDADO: EN-DNU 70/23 s/ INC APELACION

de tramitar procesos colectivos donde se unifiquen acciones sobre un mismo tema o cuestión.

Adviértase que, en las condiciones en las que ha sido articulada la demanda de autos –conforme consideraciones y fundamentos expuestos por el Sr. Juez de FERIA, Dr. Enrique Lavié Pico, que este Tribunal comparte, en el acotado ámbito de conocimiento de verificación de la improcedencia formal del recurso intentado– la pretensión procesal presenta una generalidad tal que no permite tener por corroborada, ni siquiera de modo preliminar y con una mínima certeza, la configuración de un colectivo sobre el que el DNU proyecte efectos comunes que permitan habilitar la vía colectiva intentada (cfr. esta Cámara, Sala III, *in re*: “*Gente Sana Asociación Civil c/ Close Up SA s/ proceso de conocimiento*”, Causa Nº 46.384/2016, del [23/10/2018](#), en especial, último párrafo del considerando VII).

Desde esta perspectiva y sin que resulte necesario efectuar un estudio exhaustivo sobre la cuestión, difícil es no advertir que –como acertadamente apuntó el Sr. Juez de FERIA– el decreto deroga y modifica leyes que regulan materias heterogéneas entre sí, tales como comercio interior y exterior, trabajo, medicamentos, medicina prepaga, obras sociales, recetas, ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, farmacéutica, economía, minería, energía, turismo, aeronavegación, sociedad y empresas estatales, cuestiones regidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, comunicación audiovisual, deportes, sociedades, registro automotor, entre otras.

Contexto frente al cual, si bien este Tribunal concluye en la improcedencia formal de la apelación interpuesta por

la parte demandada, no es posible dejar de advertir que los efectos perjudiciales para los litigantes –en tanto partes que intervienen y/o pudiesen intervenir en las causas vinculadas a las medidas adoptadas por el DNU 70/2023– no resultan en sí de la decisión de desvincular los procesos que ha sido adoptada por el Sr. Juez de feria, sino que –en todo caso– el gravamen hubiese podido emerger de la incorrecta y apresurada decisión de imprimirle la calidad de proceso “colectivo” por parte del Sr. Juez titular del Juzgado N° 2, Dr. Esteban Furnari, a pesar de la evidente ausencia de un supuesto de derechos de incidencia colectiva que se refieran a intereses individuales homogéneos.

Por ello, se **RESUELVE**: declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros– el 05/01/2024 (v. fs. [347/359](#)), y, en consecuencia, confirmar la resolución del 04/01/2024 (v. fs. [343/344](#)).

Las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado, en atención a lo que –por el presente– se decide (conf. art. 68, ap. 2do. del C.P.C.C.N.).

A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional se hace constar que suscriben la presente dos vocales, en virtud de lo dispuesto en la Acordada 7/2023.

Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal General –mediante correo electrónico dirigido al representante del Ministerio Público ante esta Alzada– y, cumplido que sea, devuélvase.

SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ CARLOS MANUEL GRECCO



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

Buenos Aires, 30 de enero de 2024.

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I- Que, por sentencia del 23 de enero de 2024, el señor Juez de primera instancia –a cargo del Juzgado de FERIA– decidió rechazar la presente acción de amparo, con costas a la parte actora.

Para así decidir, señaló que el “...21/12/2023 se presenta la Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad, mediante su Presidente, y los Sres. Claudio Raúl Lozano, Hugo Ernesto Godoy y Rodolfo Ariel Aguiar, en su carácter de integrantes de la entidad y en su condición de ciudadanos, y promueven una acción de amparo, en los términos de la ley 16.986, contra el Estado Nacional, Poder Ejecutivo, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad absoluta e insanable del Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) N° 70/2023, por violar la Constitución de la Nación Argentina (arts. 29, 33, 36, 76; art. 75, incisos 18 y 19, art. 99, inciso 3), por constituir el ejercicio de facultades extraordinarias y facultades equivalentes a la suma del poder público, por constituir una desviación de poder y un abuso de derecho público, por violar el principio republicano, la división de poderes, la democracia, el principio de reserva de ley y los derechos colectivos de la ciudadanía argentina a la participación en la dirección de los asuntos públicos directamente o a través de sus representantes”.

Apuntó que, en el escrito de inicio, habían sostenido que “...con el dictado del DNU atacado el PEN consideró que la delicada



situación económica habilitaba a dictar un Decreto de Necesidad y Urgencia por medio del cual se pretenden derogar por completo 41 leyes y parcialmente 7 leyes, como así también se pretenden modificar 33 leyes”.

Indicó que los actores habían afirmado que se trataba de un DNU “...que afecta la vigencia y contenido de 81 leyes y abarca materias diversas como: Reforma del Estado, Desregulación Económica, Trabajo, Comercio Exterior, Bioeconomía, Minería, Energía, Aerocomercial, Justicia, Código Civil y Comercial, Salud, Comunicación, Deportes, Sociedades, etc.”.

Dejó sentado que, con posterioridad, se presentó –como tercero en los términos del art. 90 del CPCCN– la Asociación Civil por la Exigibilidad de los Derechos Sociales (el 26/12/2023), y la Comunidad Indígena Mapuche -Rankel- Rupu- ANTV- (el 28/12/2023), que solicitó la adhesión a la presente acción.

Luego de hacer referencia a la situación vinculada con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/23 y a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, destacó que el Estado Nacional había planteado la falta de legitimación colectiva de la actora; así como que “...dichas cuestiones ya fueron consideradas por este juzgado en la resolución del 04/01/2024 en la cual se resolvió la inadmisibilidad formal de la acción como proceso colectivo (Resolución confirmada por la Sala de FERIA de la Cámara del Fuero el 17/01/2024)”.

Consignó que allí se había señalado que “...tampoco la parte actora ha acreditado de manera clara y contundente, los motivos por los que considera que la tutela judicial efectiva del amplio colectivo que dice representar se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción con el alcance denunciado, siendo ésta una condición que la Corte Suprema entendió ineludible para que una acción tramite como proceso colectivo”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

Apuntó que también se había indicado que “no puede dejar de advertirse que dentro de la generalidad de las personas que la Asociación actora dice representar -sin perjuicio de la imprecisión ya señalada-, podrían existir personas que no se hayan visto alcanzadas por la normativa atacada, o que el nivel de afectación resulte diferente en cada situación. Ello es así, toda vez que la normativa cuestionada modifica leyes que regulan materias muy disímiles entre sí (Farmacias, Hidrocarburos, Turismo, Energía Eléctrica, Código Civil y Comercial, Registro Automotor, Trabajo, Salud, Comercio Exterior, Reforma del Estado, Código Aeronáutico, entre otras, y dentro de ellas aspectos particulares) y que tramitarían en diferentes ámbitos judiciales, por lo que podrá, en su caso, examinarse -en los términos del artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional- de manera independiente y en relación a cada materia -en concreto ante los diferentes tribunales en su competencia específica, ya que las decisiones sobre su aplicación y/o validez podrían ser diferentes en cada supuesto y en cada jurisdicción.”.

Agregó que había apuntado que “Es por esta razón que no se puede aseverar -en este caso- que los intereses colectivos -que la actora asume representar en esta causa- se encuentran en la misma situación o que los mismos resulten homogéneos y menos aún que ante esta instancia judicial puedan examinarse cuestiones vinculadas, en su caso, a la competencia material atribuida por ley a otros tribunales de justicia, en sus respectivas jurisdicciones territoriales.”.

Por último, precisó que “...en lo que aquí corresponde mencionar se destacó de manera especial “...que la amplísima



diversidad de normativas y situaciones alcanzadas por el dictado del DNU N° 70/23 escapa a los parámetros tenidos en consideración por la CSJN en el dictado de la Acordada 12/16 ya citada y exige de cada magistrado interviniente no sólo examinar la normativa impugnada sino, a su vez, cuál es el interés jurídico protegido en cada caso concreto respetando los principios de jurisdicción, competencia y especialidad establecidos legalmente. Es por todas las razones antes expuestas que corresponde declarar la inadmisibilidad formal de la acción formulada como proceso colectivo, en atención a que la generalidad e imprecisión de la demanda formulada, resultan un obstáculo para tener por corroborada la existencia de efectos comunes que permitan mantener y habilitar el trámite de la vía intentada por la parte actora (conf. CSJN Acordada 12/16, Anexo Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, arts. VIII ap. 1, XI y XII), sin perjuicio que la presente causa continúe tramitando como una acción de amparo individual. En consecuencia deberá comunicarse la presente decisión al Registro de Procesos Colectivos, a fin de dejar sin efecto de manera inmediata su inscripción y remitir -según corresponda a las jurisdicciones correspondientes- las actuaciones que hubieran sido enviadas o vinculadas al presente proceso...”

A los fines del tratamiento de esos cuestionamientos, formuló diversas consideraciones en torno a la legitimación, como aptitud para demandar y para alcanzar el carácter de “parte”, como presupuesto necesario para la existencia de “caso”, “causa” o “asunto”, en atención al criterio sentado en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la jurisprudencia de este Fuero.

En ese orden de ideas, puso de resalto que en el precedente “Halabi”, el Alto Tribunal delineó el criterio que permite trazar una distinción entre la legitimación individual y colectiva, y que –en materia de legitimación procesal– delimitó tres categorías: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; habiendo destacado que en *“todos esos supuestos, la comprobación de un ‘caso’ es imprescindible (...) ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición”*.

Puntualizó que, en el caso, no debía “...perderse de vista que en nuestro derecho se reconoce a las asociaciones un rol de índole representativa, que las habilita a intervenir judicialmente en pos de la tutela de los derechos colectivos de sus integrantes, lo cual implica, según la jurisprudencia aplicable, la verificación de tres factores fundamentales: a) que los miembros estén razonable y suficientemente “afectados” al punto de quedar habilitados a demandar en nombre propio, b) que el interés a tutelar guarde relación o nexo lógico con el objeto social perseguido por la entidad, y c) que el reclamo o pretensión no tornen imprescindible, por su naturaleza, la intervención procesal de interesados individuales”.

Desde la perspectiva indicada, apuntó que –en autos– no se advertía que “...la representación y legitimación invocada por la parte actora para iniciar la presente acción se encuentre debidamente identificada ni se encuentran configuradas en la especie que las supuestas consideraciones imputadas al accionar de la demandada puedan afectar por igual a todos los sujetos que intenta representar. Ello es así teniendo en cuenta que las referencias a la supuesta clase afectada por parte de la Asociación actora no resultan hábiles para intentar representar a TODOS los HABITANTES de la nación; máxime si se tiene en especial consideración que del propio estatuto



fundacional se hace referencia a cuestiones que sólo involucrarían a los habitantes de esta ciudad de Buenos Aires”.

Sostuvo que la misma situación se evidenciaba en relación con los adherentes a la presente acción (Asociación Civil por la Exigibilidad de los Derechos Sociales y la Comunidad Indígena Mapuche -Rankel- Rupu- ANTV), en atención “...a que ninguno puede arrogarse facultades de representación de todos los habitantes de este país, en los términos invocados en la especie.”.

Consideró que, en tales términos, resultaba claro que “...las manifestaciones efectuadas por la actora en su presentación de manera genérica -para obtener la inconstitucionalidad del DNU en abstracto-, no alcanzan por sí solas para demostrar el perjuicio concreto que se habría configurado por tal proceder, con relación a quien lo invoca en la presente causa”.

Sobre la base de la situación planteada, indicó que constituía “...un presupuesto necesario y fundamental para instar el ejercicio de la jurisdicción atribuida al Poder Judicial de la Nación -en los términos de los artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional- la existencia de una causa de carácter contencioso (art. 27 de la ley 27), es decir que se pretenda de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante...”.

Concluyó que, en la causa, no se advertía la configuración de un caso o controversia en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional que deba ser resuelta en el ámbito del Poder Judicial.

En esa línea, recordó “...jurisprudencia histórica de la CSJN mediante la cual se señaló que: “...*el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa exige inexorablemente el requisito de la existencia de un "caso", donde se debata la determinación de un derecho entre partes adversas,*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA Nº 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

fundado en un interés específico, concreto y atribuible...”. Requisito que “... a su vez, debe ser observado de manera rigurosa, no para eludir cuestiones de repercusión pública sino para asegurar la preservación del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno”.

Reiteró que, sobre la base de lo expuesto, la legitimación invocada por la parte actora no bastaba –en el caso– por sí sola para admitir una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición, cuando no se podía establecer la comprobación de un “caso”, en los términos señalados.

Ponderó que –en definitiva– la pretensión “...en los términos que fue formulada no constituye un “caso” o “controversia judicial”, que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación y, en consecuencia, por tales razones corresponde rechazar la demanda incoada en todos sus términos”.

Dejó sentado que ello era así “...en atención a que de los términos de la demanda se desprende que la parte actora persigue la declaración de inconstitucionalidad genérica del DNU 70/23 y para ello señala que: “*La envergadura y los alcances del DNU, implicarán desde su entrada en vigencia, la modificación fundamental del estilo de vida de toda la población argentina, con flagrante menoscabo de sus principios, Republicanos, Representativos, Democráticos y su carácter Federal*”. De forma que, los “...términos del escrito de demanda son tan amplios y tan imprecisos que ...no resulta posible



encontrar cuál es el agravio específico o concreto que se derive de la aplicación de la norma cuya constitucionalidad intenta cuestionar y menos aún que ello le de sustento a esta acción, ya que ello resulta imprescindible para la configuración de una causa o controversia en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional; máxime si se tiene en cuenta, vale reiterar, que no se ha invocado un perjuicio claro y concreto que permita considerar su pretensión con el alcance solicitado”.

A lo expuesto, agregó que no podía dejar “...de señalarse que no corresponde al Poder Judicial expedirse sobre planteos de nulidad instrumentados de manera genérica y abstractos con referencia al decreto aquí cuestionado ya que ello implicaría cercenar competencias legales dispuestas en cabeza de otro poder del Estado, máxime cuando existe una vía constitucional para su control en el ámbito del Congreso Nacional (conf. art. 99, inc. 3, de la CN y lo establecido en la ley 26.122)”.

Sobre el punto, hizo notar que “...surge de la página web del Congreso de la Nación y también fue señalado por la parte demandada en la presente causa que luego del dictado del DNU 70 /23, por parte del Poder Ejecutivo Nacional se cumplió con el trámite constitucional y legal establecido para el ejercicio del control previsto al efecto (cfr. art. 99, inc. 3 y ley 26.122)”.

Consideró que, en esa situación “...frente al esquema normativo aplicable al decreto antes mencionado y ante la ausencia de un perjuicio concreto de la parte actora en la presente causa, tampoco resulta posible considerar cuestiones que ya se encuentran sometidas al examen y control primario por parte de las autoridades competentes, como resulta ser en el caso el Congreso de la Nación”.

En lo demás, a mayor abundamiento, formuló algunas consideraciones en torno a que “...la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones...”.

Sostuvo que la inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley 26.122 debía ser rechazada. Ello es así en atención a que “...en su planteo no se advierte una fundamentación suficiente que satisfaga la doctrina de Fallos 301:904 y 302:355, ya que debe ponerse de relieve que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la última ratio del orden jurídico...”.

Asimismo, hizo referencia al limitado ámbito de conocimiento excepcional propio de la acción de amparo y señaló que “...tampoco en la presente causa se configuran los presupuestos de admisibilidad referidos, dado que la parte actora no cumplió con la carga de poner en evidencia, de manera circunstanciada, la ilegalidad y arbitrariedad que invoca como fundamento de su pretensión”.

Por último, consideró pertinente “...destacar lo dictaminado por el Sr. Fiscal Federal, quien propicia el rechazo de la acción de amparo formulada, y señala que: *“atendiendo a la falta de caso o controversia en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, el tribunal debería rechazar la presente acción tramitada como amparo individual. La solución que se propugna no importa de manera alguna un pronunciamiento acerca de la validez constitucional del DNU N° 70/203, sino solamente -en los términos en que ha tramitado esta acción- sobre la ausencia de caso como recaudo indispensable para el ejercicio del control judicial de constitucionalidad”*.

II- Que, contra la sentencia de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación (que ha sido concedido el 25/01/2024).



Luego que la causa fuese elevada a esta instancia y que se procediera a sustanciar –con la parte contraria– la apelación, el Estado Nacional contestó los agravios de la actora mediante escrito del 26/01/2024 y solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, con costas.

En ese breve trámite del propio proceso correspondiente a la Alzada en una acción de amparo (Ley 16.986), en atención a que durante el transcurso de esta feria judicial, la Fiscalía ante esta Cámara, en primera y segunda instancia, se ha encontrado a cargo de un único Fiscal Federal; desde el 16 al 31 de enero de 2024, del Dr. Fabián Omar Canda (quien ya ha dictaminado en autos, con fecha 21/01/2024), este Tribunal entiende que resulta inoficioso conferir –en autos– una nueva vista al Ministerio Público.

Así las cosas, por economía procesal y en virtud de haber sido requerida la habilitación de la Feria en este proceso judicial (confr. resolución firme de primera instancia del 04/01/2024), se concluye que corresponde proceder –sin más trámite– al dictado de la presente sentencia; para lo cual se encuentra abierta la jurisdicción de esta Sala de Feria, ante el recurso de apelación deducido por la actora, que ha sido concedido en los términos del art. 15 de la Ley 16.986, por providencia de fs. 889.

III- Que, a los fines de ingresar en el análisis del planteo recursivo, cabe señalar que la apelante aduce –en primer lugar– que, mediante el dictado de la sentencia, se ha incurrido en una violación del debido proceso y del derecho de defensa en juicio de su parte (conf. art. 18 de la C.N.).

La recurrente indica que le causa agravio que “...llamativamente y de modo sorpresivo el a quo - que no es el juez natural de la causa -, de modo exprés y apresuradamente dictó sentencia de fondo violando arteramente el debido proceso de amparo atento que la causa no se encontraba aún en el estado procesal para el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

dictado de la sentencia de fondo, sino para resolver la solicitud cautelar”.

Destaca que, de las constancias de autos surge que su parte solicitó “...inclusive antes del dictado cautelar que se contemplara el pedido de información...”, y que se adjuntara “...copia de la totalidad del Expediente Administrativo en el cual tramitó el DNU 70/2023, y copia de cada uno de los dictámenes, informes o documentos que justificaron la firma del DNU 70/2023 y la derogación y modificación de cada una de las leyes que este realiza”. Refiere que se trataba de “...un elemento probatorio esencial para consolidar la acreditación de la ilegalidad manifiesta del acto administrativo estatal que se lo reputa como inconstitucional”.

Apunta que “...tras el dictamen fiscal luego de producido el informe del artículo 8 de la ley 16.928, el próximo estadio procesal era resolver sobre la cautelar y disponer la apertura del proceso a prueba, atento a que la parte actora ofreció prueba”.

Considera que “...ante falta de fijación y celebración de la audiencia de prueba prevista en la ley de amparo que rige este proceso, y con ello la imposibilidad de la producción probatoria, tal proceder de la jurisdicción importa una artera violación del derecho de defensa de la parte actora, dado que le impidió acreditar un elemento probatorio fundamental”.

Arguye que “...se ha vulnerado la garantía del juez natural de la causa, ya que el magistrado “feriante” “se arrogó el proceso”, ignorando que precisamente es un juez de feria que solo tiene una competencia excepcionalísima que consiste en resolver las cuestiones



urgentes que - a su criterio o al de la alzada llegado el caso de apelación - no admiten demora y que se relacionan con la petición de la parte que requiere la habilitación de la feria, no para una continuación normal del proceso (que no es propio de dicho instituto) sino para resolver esa petición excepcional urgente; en el sub-lite : la solicitud cautelar”.

Postula que “...siendo que la habilitación de la feria judicial obedece a circunstancias extraordinarias, por consiguiente, es excepcional y de interpretación restrictiva, del mismo modo deben considerarse las facultades de los magistrados/das en ese interregno procesal excepcional, a los efectos de no desnaturalizar ni trastocar la garantía del juez natural de la causa, cuestión que acaeció en autos”.

Solicita que se declare la nulidad de la sentencia “...por haberse arrogado el a quo la causa judicial, resolviendo el asunto de fondo (encima violando el procedimiento de amparo), cuando la habilitación de la feria fue al solo efecto de resolver las medidas cautelares”.

En segundo lugar, la actora se agravia en cuanto se ha considerado que media una situación de ausencia de caso, afectación directa y legitimación activa.

Considera que el Sr. Juez de primera instancia, para analizar si –en el presente caso– existe caso o controversia debió tener en cuenta cuáles eran los derechos que esa parte denunció como lesionados. Destaca que, como objeto de la demanda, peticionó que “...se declare la inconstitucionalidad y la nulidad absoluta e insanable del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 y de toda normativa o acto que derive de su vigencia o que fue dictado en su cumplimiento, por violar la Constitución de la Nación Argentina (arts. 29, 33, 36, 76; art. 75, incisos 18 y 19, art. 99, inciso 3), por constituir el ejercicio de facultades extraordinarias y facultades equivalentes a la suma del poder público, por constituir una desviación de poder y un abuso de derecho público, por violar el principio republicano, la división de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

poderes, el derecho a la democracia, el principio de reserva de ley y los derechos colectivos de la ciudadanía argentina a la participación en la dirección de los asuntos públicos directamente o a través de sus representantes...”.

Remarca que, en definitiva, entre los derechos vulnerados que denunció esa parte “...principalmente se encontraban el Derecho a la Democracia (a participar en el gobierno del país directa o indirectamente) y el respeto de las instituciones del sistema republicano de gobierno”.

Sostiene que en la sentencia apelada “...se ha realizado un análisis de la existencia del caso o controversia de forma abstracta sin detenerse a considerar el tipo de derecho que se denuncia vulnerado. Por esta razón, soslaya aplicar los precedentes de la Corte Suprema con relación a cómo se debe evaluar la existencia del caso o controversia cuando se lesionan expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno y del sistema democrático protegidos por la Constitución Nacional”.

Cita el precedente de la Corte Suprema, de fecha 14 de abril de 2015, dictado en la causa caratulada "Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otros" (Fallos: 338:249).

Afirma que los actores como ciudadanos de la Argentina se encuentran legitimados “...porque en los presentes autos porque se verifica la existencia de una norma que pretende vulnerar el principio republicano, la división de poderes y la interdicción constitucional de



la suma del poder público lo cual pone en juego la existencia misma del Estado constitucional y convencional de derecho argentino”.

Remarca que la sentencia recurrida implica una violación del derecho de acceso a la justicia y un obstáculo a la defensa de la Constitución y del sistema republicano y democrático.

Critica lo que ha sido sostenido con respecto a la legitimación activa de la Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad. Invoca lo previsto en el art. 2º del Estatuto de esa Asociación, en el que se define el objeto social: “Son sus propósitos, sin fines de lucro: a) Estudiar, difundir, reflexionar sobre los conceptos, los planteamientos, la historia, los pensadores y las propuestas concretas del paradigma del Derecho a la Ciudad y del Buen Vivir en la Ciudad, e impulsar su adopción en las políticas públicas y conductas sociales. b) Promover la justicia social y espacial, la defensa de los grupos vulnerados, la protección y respeto al ambiente, la igualdad y no discriminación, la no dominación de unos sobre otros, el respeto por la diversidad, la participación, la no violencia, la sustentabilidad y la defensa y protección de los derechos humanos, así como todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en los Instrumentos Internacionales, en las constituciones locales y en las leyes y normas inferiores. c) Promover la participación y empoderamiento de las personas en la vida política, económica, social y cultural de las ciudades, propendiendo a que la comunidad ejerza su derecho a saber y el derecho a decidir. d) Trabajar en el fortalecimiento de las instituciones democráticas, fomentando el control y transparencia de los actos de gobierno; llevar a cabo investigaciones y desarrollar herramientas de control de los indicadores socioeconómicos utilizados para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones locales e internacionales asumidas por el Estado Argentino. e) Velar por el cumplimiento de los derechos de usuarios y consumidores en el consumo de bienes y el uso de servicios públicos y privados. f) Realizar un seguimiento continuo de las políticas urbanas, analizarlas y proponer modificaciones o adecuaciones de las existentes, e impulsar nuevas políticas bajo el paradigma del Derecho a la Ciudad, especialmente aquellas destinadas a eliminar la segregación socio-espacial y la pobreza estructural. g) Defender e impulsar las cuestiones relacionadas al presente objeto social ante cualquier organismo y poder del Estado. h) Fomentar la participación de personas que se propongan la misión de revertir las tendencias del deterioro del ambiente y promover una sociedad más igualitaria, sostenible y justa, a fin de no comprometer el desarrollo de las futuras generaciones. i) Propender a que la comunidad en general cuente con pleno acceso a la información. h) Profundizar la democratización de la Ciudad, de sus medios de producción y reproducción; de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO
DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/
AMPARO LEY 16.986”

gestión, administración y toma de decisiones en la Ciudad; en el acceso y posesión de la Ciudad; en el acceso a los servicios públicos; y en el uso del espacio público”.

En otro apartado de la apelación, la recurrente se agravia en relación con el rechazo de la petición de inconstitucionalidad del artículo 24 de la Ley 26.122.

Argumenta que –en su opinión– resulta “...imposible sostener que concurre la voluntad del Congreso cuando para la ratificación del DNU sólo resulta necesaria la aprobación de una de sus Cámaras ya que de cumplirse esta situación impediría que se cumpla la condición del art. 24 de la Ley N° 26112 de que para la derogación de un DNU resulta necesario el rechazo de ambas cámaras”.

Afirma que, en ese sentido, la ley 26.122, presenta “...graves defectos de constitucionalidad en punto a la posibilidad de que un decreto de necesidad y urgencia sea considerado válido cuando una sola de las Cámaras emita su opinión positiva respecto de la validez de su dictado, o en tanto ambas Cámaras no lo rechacen expresamente. Concluye que la inconstitucionalidad de la norma es palmaria”.

Estima que el Sr. Juez de primera instancia ha procedido a rechazar “...la petición de declaración de inconstitucionalidad del art. 24 de la Ley N° 26122 sin fundamento. Pero, además, tampoco realizó ningún análisis sobre su constitucionalidad o sobre la correcta interpretación respecto a la necesidad del rechazo de ambas cámaras para derogar el DNU 70/2023”. Agrega que “...el pedido de inconstitucionalidad del art. 24 de la Ley N° 26122 no se realiza de



manera abstracta sino con relación a un caso concreto que es el trámite parlamentario del DNU 70/2023”.

Señala que al establecer “...como condición de validación legislativa del DNU la aprobación de una sola Cámara y como rechazo la aprobación de ambas Cámaras, se le otorga a la validación parlamentaria un trámite más lábil que a la aprobación de una ley sin ningún fundamento que lo justifique. En otras palabras, si una ley para su sanción requiere de la aprobación expresa de ambas Cámaras, entonces la aprobación de un DNU por parte del Congreso debe requerir la aprobación de ambas Cámaras y el rechazo de una de ellas tener como efecto jurídico constitucional el rechazo del DNU”.

Refiere que le causa agravio que se haya considerado que “...no corresponde al poder judicial expedirse sobre planteos de nulidad con referencia al DNU 70/2023, argumentando dogmáticamente que se cumplió con el trámite constitucional de dicho instrumento excepcional, cuando la Corte Suprema en numerosos casos reconoció que el Poder Judicial también está habilitado para evaluar si se cumplieron los requisitos para el dictado de un DNU y no solamente el Congreso Nacional”.

Formula algunas consideraciones a efectos de cuestionar lo sostenido en la instancia anterior en torno a la inadmisibilidad de la vía de la acción de amparo. Apunta que haber negado dogmáticamente que en el caso no hay arbitrariedad e ilegalidad manifiesta “...ante semejante acto estatal que importa establecer un régimen normativo afectando a todos los sectores de la sociedad y violando los preceptos básicos del sistema republicano, no es sino una consideración demasiado forzada que se encuentra enajenada de la sana crítica”.

Como último agravio, cuestiona la imposición de las costas de primera instancia.

Argumenta que, dadas excepcionales particularidades del caso, no corresponde imponer las costas al litigante vencido, en tanto





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

concurren verdaderas razones que lo justifican, ya que su parte “...tuvo razones valederas para litigar en defensa de los valores republicanos y democráticos que se encuentran en juego por el DNU 70/2023”.

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se haga lugar a la presente acción de amparo, con costas.

IV- Que, inicialmente, cabe poner de resalto que –en la presente causa– por **resolución del día 04/01/2024**, el señor Juez de primera instancia –a cargo del Juzgado de FERIA– **declaró la inadmisibilidad formal de la acción incoada** por la Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad, Claudio Raúl Lozano, Hugo Ernesto Godoy y Rodolfo Ariel Aguiar **como “proceso colectivo” y dispuso que la causa continuase tramitando como una “acción de amparo individual”**.

Para así de decidir, concluyó que no se encontraba definido “...de manera clara el colectivo involucrado, debido a la generalidad de la representación invocada por la Asociación actora y al carácter difuso de la presentación efectuada en la presente causa”. A lo que agregó que tampoco se hallaba “...debidamente delimitado que el decreto atacado produzca un perjuicio **por igual** a todos los sujetos que se pretende representar, lo cual descarta la configuración de los recaudos necesarios para la procedencia formal de la acción colectiva intentada”. Ello así, en tanto no podía “...dejar de advertirse que dentro de la generalidad de las personas que la Asociación actora dice representar -sin perjuicio de la imprecisión ya señalada-, podrían existir personas que no se hayan visto alcanzadas



por la normativa atacada, o que el nivel de afectación resulte diferente en cada situación”.

Ese pronunciamiento quedó consentido para la actora, dado que no fue recurrido –por la ahora apelante– en lo que a esa parte podía agraviar, puntualmente, sobre la desestimación de su “legitimación activa” para promover una “causa colectiva”.

Sin perjuicio de ello, como consecuencia del rechazo del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, en lo que pretendió ser materia de agravio de la demandada, la resolución ha sido confirmada mediante pronunciamiento dictado por esta Sala de FERIA el [17/01/2024](#), en el incidente N° 1, correspondiente esta causa.

V- Que, así las cosas y en el orden de ideas que impone la decisión de autos, en esta oportunidad, cabe destacar que *la configuración del recaudo atinente a la existencia de “caso” o “causa” es ineludible a los fines de todo pronunciamiento judicial; por lo que su comprobación –de acuerdo con las pautas establecidas por la CSJN– a los fines de habilitar la intervención del Poder Judicial es comprobable aun de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar (Fallos: 308:1489; 325:2982; 334:326, 342:853, entre otros).*

Ese discernimiento, en la especie, no ha sido efectuado *in limine litis*, sino en la oportunidad correspondiente al dictado de la sentencia, en la cual, el magistrado –en el ámbito de un inobjetable cumplimiento del urgente y breve trámite procesal propio de la acción de amparo, cuando además fue solicitada la habilitación de la feria judicial– procedió a resolver el planteo introducido por la parte demandada en el informe producido en los términos del art. 8 de la ley 16.986 (requerido en el apartado IV, de la parte dispositiva de la resolución del 04/01/2024, confr. fs. 340/341 y lo actuado por el tribunal a fs. 817 y por la propia parte actora a fs. 818/824).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

Circunstancias que, por sí mismas, llevan a desechar las diversas argumentaciones dialécticas intentadas por la recurrente a efectos de cuestionar la situación procesal en la que aparece enmarcada el pronunciamiento apelado. Ello es así, por cuanto la sentencia de primera instancia ha sido dictada en los términos del artículo 11 de la Ley 16.986, por encontrarse reunidas las condiciones para decidir –sin más requerimientos– el planteo defensivo de inexistencia de “causa” o “controversia”; cuya procedencia obsta a ingresar en la cuestión de fondo de la pretensión articulada en la acción de amparo.

VI- Que, en tales condiciones y en lo atinente a lo que –ahora– constituye el fundamento central del pronunciamiento que ha sido materia de agravio, cabe poner de resalto que *la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista un caso, causa o controversia que deba ser resuelto por el Poder Judicial* (CSJN, Fallos: 322:528); así como que *"no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del Poder Judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes"*; ni por ende, existe facultad alguna que autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (Fallos: 307:2384; 326:3007, entre otros).

En efecto, los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional encomiendan a los tribunales de la República el conocimiento y decisión de todas las “causas” y “casos” o “asuntos” que versen –entre otras cuestiones– sobre puntos regidos por la Constitución y, por otra



parte, el art. 2° de la ley 27, establece que la Justicia Nacional “...sólo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.”.

En estos términos, las “causas” que habilitan la actuación judicial, son aquellas “en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas” (CSJN, Fallos: 310:2342; 311:2580; 313:588; 313:594; 317:335; 324:2381).

De esta forma, *el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la concurrencia de la afectación de un interés jurídicamente protegido o tutelado y susceptible de tratamiento judicial* (conf. esta Cámara, Sala III, *in rebus*: “Carrió Elisa y otros c/ EN -Ley 26.080- Consejo de la Magistratura- Jurado de Enjuiciamiento s/ amparo ley 16.986” del 27/03/2007; “Movimiento de Recuperación de Energía Nacional Orientadora c/ EN -Ley 23.696 -DTO. 1055 1212 y 1589/89 s/ amparo ley 16.986”, del 13/09/2007; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN -PEN- DTO. 847/99 y otro s/ proceso de conocimiento”; del 07/02/2008; “Posse Francisco Javier María c/ EN- M Público de la Defensa- Defensoría General de la Nación s/ amparo ley 16.986”, del 18/04/2017; “Federación del Personal de Vialidad Nacional c/ EN -AABE y otro s/ amparo ley 16.986”, del 17/10/2019, entre otros).

Como se ha dicho en reiteradas oportunidades, *la inexistencia del derecho subjetivo a la legalidad, determina que –salvo hipótesis excepcionales– la reacción impugnatoria no pueda ser promovida por quien no se encuentra personal y directamente perjudicado. Este factor opera como límite negativo. No basta cualquier interés; concretamente, no alcanza el interés en la legalidad, sino que se torna indispensable un interés calificado* (esta Cámara, Sala III, “Solanas Fernando Ezequiel y otros c/ EN- M° Economía -Dto 1953/09 s/ amparo ley 16.986”, del 08/03/2010; “Defensor del Pueblo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

de la Nación c/ EN- Ley 25.790- Dto 1460/05 1462/05 s/ proceso de conocimiento”, del 08/04/2011; “Negri Mario Raúl y otros c/ EN- Honorable Cámara de Diputados- Comisión de Juicio Político s/ amparo ley 16.986”, del 16/07/2015; “Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN -Honorable Cámara de Diputados de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986”, del 27/08/2019; “Partido Demócrata Cristiano de CABA y otro c/ EN – PEN – M° Salud y Desarrollo s/ amparo ley 16.986”, del 2/09/2020; “Asociación Civil Inquilinos Agrupados c/ EN -DNU 320/20 s/ amparo ley 16.986”, del 11/08/2021; “En Virtud de la Justicia Fundación c/ EN y otro s/ amparo ley 16.986”, del 30/11/2023, entre otros).

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho *que la existencia del daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumpla la Constitución y las leyes* (Fallos: 321:1352; 323:1261; 327:2512; 331:2287, etc.).

Asimismo, por otro lado, el Alto Tribunal ha destacado que *de la ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo no se sigue la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción* (Fallos: 321:1252; 321:1352; 323:1261; 326:3007).

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el pronunciamiento dictado en la causa “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873, dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, el 24 de



febrero de 2009 (*Fallos*: 332:111), después de indicar que -en materia de legitimación procesal- corresponde delimitar tres categorías: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, destacó que en “...*todos esos supuestos, la comprobación de un “caso” es imprescindible... ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.*”

Posteriormente, en el precedente “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, del 15 de junio de 2010 (*Fallos*: 333:1023), la Corte Suprema destacó que sólo una lectura deformada de lo expresado en la decisión mayoritaria tomada en la causa “Halabi” (*Fallos*: 332:111), podía tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante sin la existencia de un “caso”, pues bastaba con remitirse a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de “caso” en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional se mantenía incólume, “ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición”.

Ello así, en tanto, la sentencia dictada en el caso “Halabi”, como no podía ser de otro modo no había mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República (v. espec. Cons. 4º, *in fine*, de *Fallos*: 333:1023; en igual sentido, esta Cámara, Sala III, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN- Ley 25.790- Dto 1460/05 1462/05 s/ proceso de conocimiento”, del 08/04/2011; “Asociación Proconsumer y otro c/ Empresa Argentina de Servicios Públicos SATA s/ proceso de conocimiento”, del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

29/08/2013; “Mihura Estrada, Ricardo José c/ EN s/ amparo ley 16.986”, del 13/11/2014; “Ajus La Plata Berisso y Ensenada Asociación Civil c/ EN s/ amparo ley 16.986”, del 08/03/2018; “Campagnoli José Cruz y otros c/ GCBA y otros s/ amparo ley 16.986”, del 18/07/2019; “Asociación Profesional del Servicio Exterior de la Nación c/ EN –Poder Ejecutivo Nacional s/ proceso de conocimiento”, del 22/06/2022, entre otros).

Asimismo, se ha dicho que la condición de ciudadano no es apta –en el orden federal– para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, pues dicho carácter es de una generalidad tal que impide tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que permita considerar al pleito como una “causa”, “caso” o controversia”, en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida (CSJN, *Fallos*: 317:1224; 317:335; 322:528; 323:1432; 324:2388, entre otros; esta Cámara, Sala III, *in rebus*: “Carrió Elisa y otros c/ EN- Ley 26.080- Consejo Magistratura-Jurado Enjuiciamiento s/amparo ley 16.986”, del 27/3/2007; “Solanas Fernando Ezequiel y otros c/ EN- M° Economía -Dto 1953/09 s/ amparo ley 16.986”, del 8/3/2010; “Negri Mario Raúl y otros c/ EN- Honorable Cámara de Diputados- Comisión de Juicio Político s/ amparo ley 16.986”, del 16/7/2015; “Frade Mónica Edith y otros c/ EN -PEN- s/ amparo”, del 14/7/2021, entre otros).

En suma, en todo supuesto, se requiere la demostración de un “interés especial” en el proceso, que se traduce en que los agravios alegados afecten a quien acciona de forma "suficientemente directa" o



"substancial", esto es, que posean "concreción e inmediatez" bastante para configurar una controversia definida, concreta, real y sustancial que admita remedio a través de una decisión que no sea sólo una opinión acerca de cuál sería la norma en un estado de hecho hipotético (doctrina de C.S.J.N., *Fallos*: 326:1007; 336:2356; 342:1549).

Sobre el particular, cabe también destacar lo expuesto por el Sr. Fiscal Federal –en el dictamen del 21/01/2024– cuando menciona que “...los extremos citados también han sido exigidos por el Máximo Tribunal cuando lo que se cuestiona, como en autos, es un decreto de necesidad y urgencia. En efecto, “Los decretos de necesidad y urgencia, como integrantes del ordenamiento jurídico, son susceptibles de eventuales cuestionamientos constitucionales -antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite- siempre que, ante un "caso" concreto conforme las exigencias del art. 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental” (cfr. Fallos 323:1934, voto del juez Boggiano). Asimismo, se ha sostenido que “Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones en las cuales el Poder Ejecutivo dicta decretos de necesidad y urgencia, como asimismo el control de compatibilidad constitucional en cuanto al contenido sustancial de las medidas adoptadas, cuando ello se debate en un caso concreto” (cfr. CSJN, “Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo”, voto de los jueces Belluscio y Bossert). Más cerca en el tiempo, la Corte ha afirmado que es “...atribución del Poder Judicial evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos...” (cfr. CSJN, Fallos 334:799)”.

VII- Que, como se ha dicho, de conformidad con el criterio que la Corte Suprema ha mantenido en sus precedentes, el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

actividades ejecutiva y legislativa, requieren que el requisito de la existencia de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de los poderes (*Fallos*: 310:2342; 317:335; 317:1224; 320:1556; 322:678; 325:474; 326:2931).

En la especie, no es dable soslayar que, como consecuencia de lo decidido por el Sr. Juez de FERIA de la instancia anterior –a fs. 340/341 de estos autos– por sentencia interlocutoria del 04/01/2024 (que no ha sido recurrida por la parte actora), se declaró la inadmisibilidad formal de esta acción como proceso colectivo y, en la misma oportunidad, se resolvió que la presente continuara como “como una acción de amparo individual” y se habilitó la feria judicial para continuar con su tramitación, habiéndose ordenado, a tal efecto, el libramiento del oficio previsto en el art. 8° de la Ley 16.986.

En tales condiciones, no es posible soslayar que la parte actora (la Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y los Sres. Claudio Raúl Lozano, Hugo Ernesto Godoy y Rodolfo Ariel Aguiar, en su carácter de integrantes de la entidad y en su condición de ciudadanos) ha fundado su legitimación para obrar en la presente “...en la defensa de la legalidad constitucional” (conf. apartado IV. B del escrito de inicio, a fs. 75/104).

Sin embargo, mediante actos procesales consentidos por la actora –sobre los que, en virtud del principio de preclusión procesal no puede, ahora, pretender volver a efectos que se atiendan intempestivos cuestionamientos–, el presente proceso judicial ha sido declarado y tramitado como una “acción de amparo individual”.



En esta ineludible perspectiva, se impone recordar a la parte actora que, el principio procesal invocado impide volver sobre cuestiones decididas en forma expresa o implícita (CSJN, *Fallos*: 296:643; 320:1670; 324:1301; 327:4252, etc.), o respecto a las que no han sido articulados los medios pertinentes en el momento oportuno y respecto de los cuales se ha operado la consumación de la respectiva facultad procesal (conf. esta Cámara, Sala III, *in rebus*: “SMSV- Institución Mutualista y otros c/ EN- M° Economía- Dto 739/03 y otro s/ amparo ley 16.986”, del 28/12/2010; “Pampa Energía Sociedad Anónima c/ EN- AFIP- DGI s/ Dirección General Impositiva”, del 30/9/2013; “EN -PNA- 858/11 961/11 371/10 c/ ANTONIO BARILARI SA s/ proceso de ejecución”, del 26/04/2016, “EN- M Desarrollo Productivo c/ AMX Argentina SA s/ proceso de conocimiento”, del 09/05/2023, entre otros).

De forma que, como se ha dicho en otras ocasiones, resulta vano todo intento de reeditar una cuestión que ha quedado agotada al amparo del principio procesal de preclusión (CSJN, *Fallos* 329:2916; 323:1250; 322: 3084, etc.; esta Cámara, Sala III, “Aguas Argentinas SA c/ ERAS- Resol N° 90/06 ETOSS (Expte15-640/06) s/ proceso de conocimiento”, del 12/10/2023; “EN -DNV c/ AEC SA y otro s/ proceso de conocimiento”, del 15/11/2023, entre otros).

Siendo ello así, como bien ha sido puesto de resalto –en autos– por el Sr. Fiscal Federal (en su bien fundado dictamen del 21/01/2024), la circunstancia que la actora haya pretendido venir “...en defensa de los derechos colectivos de la ciudadanía a la participación en la dirección de los asuntos públicos directamente o a través de sus representantes...”, cuando este proceso quedó calificado y tramitado como “amparo individual” mediante resolución firme del 04/01/2024, constituye un óbice para la determinación de la existencia de “caso”, “causa” o “controversia” en los términos art. 116 y 117 de la Constitución Nacional.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

Por lo demás, tampoco obsta a lo expuesto la invocación del precedente “Colegio de Abogados de Tucumán” (cfr. CSJN, Fallos 338:249) efectuada por la actora. En efecto, como ha sido advertido en el dictamen fiscal, en atención a la declaración de inadmisibilidad formal del amparo colectivo y por haber tramitado el proceso como una acción de amparo individual, la situación resuelta por el Máximo Tribunal en la referida causa colectiva no guarda ninguna analogía con la examinada en la especie.

De modo que, en suma, se impone concluir que la pretensión articulada en esta acción de amparo individual no surge vinculada ni preordenada a la resolución de una “causa”, “caso” o “controversia” concreta entre partes adversas o una colisión efectiva de derechos, en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional. Por lo que, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto desestimó –con este fundamento– la presente acción de amparo.

VIII- Que, por lo expuesto y toda vez que –como consecuencia de la ausencia de “causa” o “caso”– resulta inoficioso que este Tribunal se pronuncie sobre los diversos aspectos y planteos comprendidos en la pretensión articulada en autos, cabe dejar sentado que lo que –por el presente– se decide a los fines de la confirmación del rechazo de esta acción de amparo, no importa sentar opinión –en sentido alguno– sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del DNU N° 70/23.

Ello es así, pues –como se ha dicho– **la existencia de un “caso”, “causa” o “controversia” resulta ineludible para habilitar la intervención del Poder Judicial, pues su ausencia o**



desaparición importa la de juzgar (CSJN, *Fallos*: 308:1489; 325:2982; 334:326, 342:853, entre otros).

En particular, en el *sub examine*, cabe estar al criterio que el Alto Tribunal ha mantenido en sus precedentes, en orden a que **el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requiere inexorablemente que el requisito de la existencia de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de los poderes** (*Fallos*: 310:2342; 317:1224; 320:1556; 322:678; 325:474; 326:2931; 330:3777; 340:1015; 346:1387, entre otros).

IX- Que, por último, corresponde desestimar el agravio vertido en lo concerniente a la imposición de las costas del proceso.

Ello es así, toda vez que en la acción de amparo las costas “... se impondrán al vencido” (conf. artículo 14 de la Ley 16.986); sin que –en el caso– se advierta situación de excepción alguna, habida cuenta del resultado del proceso.

En este orden de ideas, corresponde poner de relieve que –como se ha dicho en reiteradas oportunidades– no basta la simple creencia o, incluso, convicción de que se tiene derecho para litigar, sino que todo ello debe asentarse en sólidas y objetivas razones que lo avalen. Es que, la sola creencia subjetiva del litigante de la razón probable para litigar no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdidoso, pues es indudable que todo aquél que somete una cuestión a los tribunales de justicia, es porque cree tener razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario, si el resultado del juicio no le es favorable. Y, siendo ello así, el haber activado el mecanismo jurisdiccional generó gastos al oponente obligado a litigar, los cuales en virtud del principio de la derrota adoptado por nuestro ordenamiento procesal, deben ser soportados por el perdidoso (conf. esta Cámara, Sala III, *in rebus*: “Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN -Honorable Cámara de Diputados de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA FERIA A

CAUSA N° 48013/2023: “ASOCIACION CIVIL OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA CIUDAD Y OTROS c/ EN-DNU 70/23 s/ AMPARO LEY 16.986”

Nación y otro s/ amparo ley 16.986”, del 27/08/2019; “Agropecuaria San Andrés SA c/ EN s/ amparo ley 16.986”, del 8/07/2020; “THX MEDIOS SA c/ EN -Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ amparo ley 16.986”, del 09/06/2022; “Al Ameri, O. c/ EN- M RREE Comercio Internacional y Culto s/ amparo ley 16.986”, del 04/07/2023, entre otros).

Las costas de Alzada, también deben ser soportadas por la actora vencida, en atención a lo que por el presente se decide (conf. art. 68 del C.P.C.C.N.).

Por ello y de conformidad con los fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal Federal (en el dictamen del 21/01/2024), **se RESUELVE:** desestimar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó –con costas– esta acción de amparo, con fundamento en que no se halla configurada –en la presente– la existencia de una “causa”, “caso” o “controversia” que corresponda al Poder Judicial de la Nación resolver en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Las costas de la Alzada se imponen a la apelante vencida (conf. art. 68 del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal Federal, mediante correo electrónico dirigido al representante del Ministerio Público ante esta Alzada. Cumplido que sea, devuélvase a primera instancia.



A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional
se hace constar que suscriben la presente dos vocales, en virtud de lo
dispuesto en la Acordada nro. 7/2023.

SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ CARLOS MANUEL GRECCO





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 1

1794/2024

GIL DOMINGUEZ, ANDRES c/ EN s/PROCESO DE CONOCIMIENTO

Buenos Aires, de febrero de 2024.- AL

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1º) Que el actor promueve un proceso autosatisfactivo, en los términos previstos por los arts. 18, 43 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, contra el Congreso de la Nación, a fin de que se ordene a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 19 y 20 de la ley 26.122 y en el marco del control político ulterior de los decretos de necesidad y urgencia previsto por el art. 99 inciso 3 párrafo cuarto de la Constitución argentina, se aboquen al expreso e inmediato tratamiento en el plazo de treinta (30) días hábiles del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023, a efectos de su rechazo o aprobación.

Refiere que, el 20 de diciembre de 2023, el Señor Presidente de la Nación dictó dicho decreto, el que fue publicado en el Boletín Oficial N° 35.326 el 21 de diciembre de 2023 y, conforme lo dispone el art. 5 del Código Civil y Comercial, comenzó a regir el 29 de diciembre de 2023. Menciona que dicha norma deroga totalmente 41 leyes y decretos-ley, deroga parcialmente 7 leyes y modifica 33 leyes. De esta manera, señala que interviene en un total de 81 leyes que abarcan materias diversas como: reforma del Estado, desregulación económica, trabajo, comercio exterior, bioeconomía, minería, energía, aerocomercial, justicia, código civil y comercial, salud, comunicación, deportes, sociedades, etc. Por lo que realiza una transformación total del sistema normativo que regula las relaciones de las personas con el Estado y de las personas entre sí.

Agrega que, el 5 de enero de 2024, la Jefatura de Gabinete de Ministros -mediante nota NO-2024-01817155-APN-SRPYSC/JGM- le comunicó a la Comisión Bicameral Permanente el dictado del decreto, en virtud de lo dispuesto por los artículos 99 inciso 3 y 100 inciso 13 de la Constitución argentina. Nota que fue recibida por la Dirección de Mesa de Entradas del Senado de la Nación y que tramita a través del expediente PE N° 203/2023.



En este orden de ideas, destaca que han transcurrido 33 días hábiles desde entonces, por lo que se encuentra vencido el plazo de 10 días hábiles previsto por la normativa aplicable para que la Comisión Bicameral Permanente dictamine, y consecuentemente, corresponde que se expida el Congreso de la Nación respecto de la validez o invalidez del decreto.

Manifiesta que los artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, de la Constitución argentina y la ley 26.122 regulan el procedimiento de control político ulterior por parte del Congreso de la Nación ante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo Nacional y detalla las distintas etapas del procedimiento que debe seguirse.

En este punto, precisa que, cuando arriba un decreto de necesidad y urgencia a conocimiento de la Comisión Bicameral Permanente, se pueden concretar dos situaciones. La primera consiste en que la Comisión Bicameral Permanente emite el despacho o dictamen y el DNU es elevado al plenario de ambas Cámaras para su inmediato y expreso tratamiento (art. 21 de la ley 26.122). La segunda radica en que, cumplido el plazo de 10 días sin que la Comisión Bicameral Permanente eleve el pertinente despacho o dictamen, las Cámaras deben abocarse de oficio al expreso e inmediato tratamiento del DNU respectivo (arts. 19 y 20 de 26.122). Así, menciona que, habiendo dictaminado la Comisión Bicameral Permanente en un plazo de 10 días hábiles o pasado dicho lapso sin que emita el pertinente dictamen, el DNU es elevado al plenario de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores para que concreten la etapa final del control político ulterior respecto de la validez o invalidez formal y sustancial del mismo (art. 10 de la ley 26.122).

En lo concerniente al proceso autosatisfactivo, afirma que configura un proceso judicial autónomo que genera una cosa juzgada autosatisfactiva como primer despacho y una amplia sustanciación, con la posibilidad de revisión posterior instrumentada mediante la apertura de un procedimiento sumario de impugnación.

Sostiene que la intensa verosimilitud del derecho se funda en lo dispuesto por artículos 19 y 20 de la ley 26.122 en el marco del control político ulterior de los decretos de necesidad y urgencia previsto por el art. 99 inciso 3, párrafo cuarto de la Constitución argentina. Resalta que se trata de hacer cumplir la fuerza normativa de la Constitución, como así también, de una ley especial orgánica, que funcionan como un límite normativo republicano al





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 1

ejercicio de la potestad legislativa excepcional otorgada por la Constitución argentina al Presidente de la Nación, mediante la cual suplanta al Congreso y al trámite previsto para la sanción de las leyes. Su sanción, en caso de incumplimiento de los requisitos constitucionales de habilitación, consiste en la nulidad absoluta e insanable.

Por lo demás, expresa que la concurrencia de una situación objetiva urgente se acredita en la medida que el Congreso de la Nación no concrete la etapa final del control político ulterior.

En cuanto a su legitimación, señala que, en su condición de integrante del pueblo argentino como sujeto colectivo titular de la soberanía popular, acredita un interés directo, inmediato y personal respecto de que los miembros de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, en su carácter de representantes del pueblo, cumplan con la obligación constitucional y legal de expedirse sobre la validez o invalidez formal y sustancial del DNU N° 70/2023. En este sentido, menciona que se trata sencillamente de ejercer la porción de la soberanía popular que titulariza para que sus representantes cumplan una obligación vinculada directamente con el sistema republicano y la fuerza normativa de la Constitución argentina. A lo que añade que no se pretende que el Poder Judicial realice un control abstracto de normas secundarias respecto de la regla de reconocimiento constitucional y convencional argentina, ni tampoco que realice una depuración del ordenamiento jurídico mediante una acción popular no prevista en el orden federal; sino que, por el contrario, se peticiona que se garantice a un integrante del cuerpo soberano, en la respectiva porción de soberanía popular que titulariza, que el Congreso de la Nación ejerza el control político ulterior del DNU N° 70/2023.

2°) Que, dados los términos en que la demanda ha sido planteada, corresponde comenzar por recodar que la presente causa no ha sido iniciada como un proceso cautelar autónomo, sino como uno autosatisfactivo. Por consiguiente, debe repararse en que, si bien ambos se inscriben dentro de las tutelas urgentes, la medida autosatisfactiva se agota con la resolución judicial que la otorga, no siendo necesaria la promoción de una acción principal para evitar su caducidad o decaimiento (Cassagne, Juan Carlos, [“Sobre el control judicial a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad y de otras instituciones procesales protectoras de los derechos fundamentales”](#), en Alonso Regueira, Enrique, (dir.), *El Control de la Actividad Estatal II*, 1° ed., Buenos Aires, ADD, 2016, pp. 90).



Este tipo de medida llamada "autosatisfactiva" surgió como una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Camacho Acosta, M c/ Grafi Graf SRL” (Excma. Cámara del Fuero, Sala V, Causa 8471/2016/1/CA1 “Inc de Medida Cautelar en ‘AFIP c/ Oil Combustibles SA y otros s/ Medida Cautelar (Autónoma)’”, del 24/08/2017, con cita de Fallos: 320:1634) y ha sido admitida por parte de la doctrina como un proceso urgente -no cautelar-, despachable “in extremis”, que carece de regulación específica (Sala III, Causa 4.581/2014, “Arcadi SA c/ EDESUR SA s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, del 4/11/2014).

Constituyen remedios que sólo deben ser concedidos en casos excepcionales, en tanto implican el dictado de una decisión no provisoria sin la intervención de la contraria (Sala IV, Causa 11159/2013, “Supercanal SA Dr. Ángel Julio Figueredo c/ EN-AFSCA (Expte 211 422/11) s/Medida Cautelar (Autónoma)”, del 11/3/2014), en desmedro del derecho de defensa en juicio y del principio de igualdad de las partes (Sala II, Causa 10106/2015 De León, Alejandra Beatriz y otros c/ EN-M Defensa-EMGA y otro s/Medida Cautelar (Autónoma), del 16/07/2015).

Ante este escenario, el principal problema "al tener que resolver un requerimiento autosatisfactivo será poder diferenciar lo que es una urgencia de extrema gravedad e impostergable tutela, de lo que lo no es, así como discernir entre un reclamo que necesariamente se autoabastece y un requerimiento que intenta ocultar cuestiones de fondo a efectos de eludir el trámite judicial correspondiente" (Etcheverrigaray, Pedro M., "Las medidas autosatisfactivas y la jurisdicción contencioso administrativa", El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Tomo 2008, 605).

3º) Que, en tales condiciones, ha de enfocarse el análisis en la legitimación procesal de la parte actora, toda vez que, de consuno con inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, su existencia concreta constituye un presupuesto necesario para que exista “caso o controversia”. La justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (Fallos: 330:2800, entre otros).

Desde esta perspectiva, el citado tribunal ha señalado, de manera reiterada, que el Poder Judicial conferido por los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución se define como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2º de la ley 27 y que tales causas son únicamente aquellas en las que se persigue





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 1

en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible al litigante (Fallos: 324:2381; 326:4931; entre otros); así como que el control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un "caso o controversia" sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes (Fallos: 326:2931; entre otros). En tales condiciones, dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal de la actora constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto (Fallos: 322: 528; 323:4098).

De esta manera, se evidencia que, "bajo el ropaje de una cuestión meramente procesal y a primera vista inofensiva, late una de los dilemas esenciales del sistema republicano: deslindar la órbita de actuación del Poder Judicial, lo cual implica nada menos que definir los contornos de la actuación de los otros dos órganos del Estado" (Caputi, Claudia, "La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales - Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino", El Derecho - Diario, Tomo 185, 805).

4°) Que, esto sentado, debo decir que el actor no brinda argumento alguno que permita apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el precedente "Ianuzzi Mario", en tanto la condición de persona ciudadana no confiere legitimación suficiente para ocurrir a la jurisdicción (CSJN, Fallos: 331:2287).

Allí, el Máximo Tribunal explicó que "al decidir sobre legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer", el cual "resulta esencial para garantizar que [aquel] sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal" ("Flast v. Cohen", 392 U.S. 83), y, en definitiva, como fue señalado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, a fin de preservar al Poder Judicial de "la sobrejudicialización de los procesos de gobierno" ("The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers", 17 Suffolk Univ. Law Review, 1983, pág. 881). En síntesis, la "parte" debe demostrar la existencia de un "interés especial" en el proceso ("Sierra Club v. Morton", 405 U.S. 727) o, como ha expresado esta Corte (Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147; 310:606, entre muchos otros), que los agravios alegados la afecten de forma "suficientemente directa", o "sustancial", esto es, que posean "suficiente concreción e



inmediatez" para poder procurar dicho proceso (Fallos: 322:528, considerando 91).

Asimismo, estableció que el demandante debe justificar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y que no puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (arg. Fallos: 321:1352). Pues, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno...", "...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" ("Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War", 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974; Fallos: 321:1252; causa Z.54.XLIV "Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Producción- s/ amparo", sentencia del 28 de mayo de 2008).

5º) Que, en consecuencia, importa resaltar que en el caso de autos el accionante no ha acreditado, o siquiera alegado, ser titular de un gravamen diferenciado, o un perjuicio actual y concreto, razón que sella la suerte de su pretensión, en atención a su manifiesta falta de legitimación activa que, como se ha explicitado precedentemente, redundando en la inexistencia de un caso o causa contenciosa respecto de la cual pueda fallar el Poder Judicial.

Por consiguiente, en la medida que el actor no demuestra la existencia de un interés concreto, inmediato y sustancial propio, corresponde rechazar la acción autosatisfactiva intentada. Este factor opera como límite negativo. No basta cualquier interés, sino que se torna indispensable un interés calificado (Excm. Cámara del Fuero, Sala I, Causa 47961/2018, "Abrevaya Sergio Fernando c/ EN y otros s/ amparo ley 16.986", del 09/10/18; Sala II, Causa 29/2021, "Traboulsi Carlos Lionel y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo ley 16.986", del 06/08/21; Sala III, Causa 20.821/2021, "Rubio Matías Adolfo y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986", del 22/02/22; Sala IV, Causa 6366/2021 "Caceres, Luis Alberto (MC) y otros c/ EN ANMAT y otro s/ amparo ley 16.986", del 18/11/2021, Consid. 6º; Sala V, Causa 75121/2016/CA1, "Caso Daniel Heriberto c/ EN-Mº Transporte y otro s/ amparo ley 16.986", del 23/06/17).

A mayor abundamiento, cabe precisar que, aun cuando pudiera llegar a interpretarse que el accionante invoca tácitamente un interés público cualificado, no puede soslayarse que, en el caso, se ha





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 1

limitado a evocar su condición de ciudadano, o, más precisamente, de "integrante del pueblo argentino como sujeto colectivo titular de la soberanía popular". Por consiguiente, solo cabe concluir que "no puede actuar en defensa del interés público sin un marco jurídico e institucional donde su actuación resulte facilitada" (Gambier, Beltrán, ["Una revolución jurídica en marcha: la acción de amparo en defensa del principio de legalidad y del interés público. Un replanteo en torno a la legitimación de los ciudadanos y una reflexión sobre la noción de afectación y perjuicio"](#), en Alonso Regueira, Enrique, (dir.), *El Control de la Actividad Estatal II*, 1° ed., Buenos Aires, ADD, 2016, pp. 124 y 131).

Por las razones expuestas, RESUELVO:
Rechazar la acción intentada.
Regístrese, notifíquese y archívese.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

1407/2024

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PCIA DE BS AS Y OTRO c/
ESTADO NACIONAL -PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ ACCION
MERE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Plata, (fechado digitalmente en SISTEMA LEX 100PJN).- JL

AUTOS Y VISTOS:

1.- Que, Bienvenido Rodríguez Basalo (DNI 17.153.735), en su caracter de Presidente, y en representación del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA), y Mario Daniel Burke (DNI 13.711.039), en su caracter de Presidente, y en representación de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, con el patrocinio letrado del Doctor Andrés Gil Domínguez, se presentaron para promover una "acción declarativa de nulidad constitucional", en los términos previstos por los artículos 322 y 498 del CPCCN, contra el Estado Nacional. Solicitan que se declare la nulidad absoluta e insanable del decreto de necesidad y urgencia 70/2023, publicado el 21 de diciembre de 2023, y asimismo se declare la inconstitucionalidad e inconveniencia de los artículos 21, 23 y 24 de la ley 26.122 .

Plantearon, ante todo, la recusación sin expresión de causa contra el suscripto y pidieron que pasaran las actuaciones al juez o jueza que siga en el orden del turno.

En cuanto a la legitimación para promover la presente demanda, se señaló que la jurisprudencia de la Corte estableció que, en el orden federal, como regla, sólo tiene legitimación procesal activa la persona que, titularizando un derecho subjetivo o colectivo, demuestre tener un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" y acredite la existencia de un caso o controversia; y que en el marco de esa regla no está admitida la legitimación procesal popular de quien, sin ostentar un derecho subjetivo o colectivo, sin ser afectado o sufrir algún perjuicio, en su solo carácter de ciudadano, pretenda promover una acción popular con el objeto de garantizar, en abstracto, la fuerza normativa de las normas constitucionales y convencionales.

Afirmaron que, no obstante la regla expuesta, la jurisprudencia de la Corte comenzó a admitir excepciones. Citaron los precedentes “Gascón Cotti” y “Polino Héctor” (Fallos: 313:594 y 317:335) en los cuales –indicaron- el Dr. Fayt en minoría



#38653251#400470011#20240220130627927

sostuvo que, estando en juego las propias reglas constitucionales, no está en discusión si un ciudadano titulariza o no titulariza un derecho porque lo que pretende la persona en su condición de ciudadano es que se preserve la fuente de todo derecho por cuanto "así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, también están igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé".

Mencionaron que posteriormente, los doctores Lorenzetti y Maqueda en el caso "Colegio de Abogados de Tucumán" (Fallos: 338:249), tomando como base los argumentos de Fayt, sostuvieron que, cuando se invoca la afectación de la fuente misma de toda legitimidad existe una legitimación procesal excepcional y la configuración del "caso" adquiere un matiz especial; que se trata de situaciones excepcionalísimas en las que se denuncia la lesión de disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno poniendo en jaque los pilares de la organización del poder diagramada por la Constitución, y que por ende, habilitan a que la simple condición de ciudadano resulte suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés "especial" o "directo"; que la legitimación procesal excepcional presupone que el derecho o el interés que se alega debe presentar un nexo suficiente con la situación del sujeto pasivo. Aclararon que, en el caso mencionado, el Colegio de Abogados de Tucumán estaba alcanzado, en su carácter de persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia -art. 17 de la ley 5233- por las disposiciones incorporadas por la reforma a la Constitución de la provincia de Tucumán realizada en 2006.

Señalaron que, más recientemente, en el caso "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 344:3636) la Corte consideró que debía habilitarse la legitimación procesal excepcional de una asociación civil sin fines de lucro para cuestionar la constitucionalidad de la ley 26.080 (ley orgánica del Consejo de la Magistratura) con fundamento en que dichas normas no respetaban el "equilibrio" en la representación exigido por los arts. 114 y 115 CN para la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación, fallo que tuvo como antecedente el caso "Rizzo " (Fallos: 336:760) en el cual se había habilitado la legitimación procesal excepcional de la "Agrupación Gente de Derecho" integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de selección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura para cuestionar la constitucionalidad de la ley 26.855 (ley orgánica del Consejo de la Magistratura) y el Decreto 577/2013.

Postularon que, en consecuencia, en el sistema federal argentino hay una regla que determina la legitimación procesal común u ordinaria (que habilita a accionar a una persona, titular de un derecho subjetivo o colectivo, que acredite un agravio





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

concreto) y una excepción a dicha regla que admite una la legitimación procesal extraordinaria (cuando se trata de la preservación de la existencia de la forma republicana de gobierno y de la organización del poder prevista por la Constitución, otorgada a quienes en base a su sola condición de ciudadanos demuestren un interés "especial" y "directo" en la defensa de la regla de reconocimiento constitucional).

Sentado ello, indicaron que, en el presente caso, se verifica la existencia de un acto (DNU) que pretende realizar una reforma constitucional indirecta o encubierta por fuera del mecanismo previsto por la Constitución, así como sustituir integralmente la función legislativa a través del abuso de derecho público y el desvío de poder, de modo tal que vulnera el principio republicano de gobierno, la división de poderes y la interdicción constitucional de la suma del poder público.

En tal orden de ideas, confrontaron la antes referida jurisprudencia de la Corte sobre la validez de los DNU con consideraciones en sentido diferente efectuadas por el actual Procurador General del Tesoro de la Nación, Doctor Rodolfo Barra, en un artículo publicado junto con Miguel Licht, en La Ley (2016-B660) así como en recientes declaraciones públicas. De lo expuesto por la actora se infiere que, a su juicio, esas opiniones revelan la posición de la demandada sobre la validez de los DNU. Tales consideraciones pueden resumirse en que, para este doctrinario,¹⁾ la excepcionalidad establecida en el art. 99 CN no se refiere exclusivamente a situaciones de emergencia, sino simplemente a circunstancias ajenas a lo habitual que no aconsejan aguardar el trámite ordinario del Congreso, no porque éste no se pueda reunir, sino porque el procedimiento legislativo es más lento; 2) que las circunstancias de necesidad y urgencia deben ser objeto de una apreciación política del Presidente con el control posterior del Congreso, pero que, en tanto valoración política, no debería ser objeto de control judicial; 3) que se trata de normas vigentes desde su dictado que fuerzan al Congreso a expedirse sobre su validez so pena de que el decreto continúe vigente como si fuera una ley sancionada por el mismo Legislativo.

La actora consideró a tales declaraciones como una prueba, en el caso, acerca del ejercicio abusivo por parte del Ejecutivo del mecanismo excepcional establecido por el art. 99 CN, dando a entender que el Presidente ha actuado sobre la base de una interpretación de la validez de las disposiciones decretadas de la manera descripta por el Procurador del Tesoro.

Sostuvo la actora que, por lo expuesto, se encuentra en riesgo la existencia misma del Estado constitucional y convencional, y que existe una objetiva necesidad de evitar que los DNU se transformen en una facultad de legislar que dependa del arbitrio del Poder Ejecutivo; ello, para preservar la forma republicana de gobierno, la organización del poder prevista por la Constitución y la plena vigencia del Estado constitucional y convencional de derecho. Así, estimó que debe interpretarse habilitada



su legitimación extraordinaria para promover la acción intentada. Agregó que es pacífica la jurisprudencia de la Corte que sostiene que el sistema republicano adoptado por la Constitución (que incluye la división de poderes) y las reglas institucionales derivadas se tornaría "inútil" si no se reconocieran acciones para su protección efectiva (citó Fallos: 327:3677, 330: 1989, 338: 249, entre otros).

Por otra parte, la actora puso énfasis en que la Constitución, en el art. 99.3 introducido por la reforma de 1994, consagra la sanción de nulidad absoluta e insanable para las disposiciones de carácter legislativo emitidas por el Ejecutivo que no cumplan con las exigencias del texto constitucional, tanto como lo hace el art. 29 CN al prohibir la concesión de facultades extraordinarias, la suma del poder público o el otorgamiento de sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quedasen a merced de algún gobierno o persona.

En ese sentido, indicó que el control de constitucionalidad difuso argentino se basó históricamente en la idea de la existencia de un caso o controversia que refleje la violación de un derecho fundamental o un derecho humano subjetivo o colectivo concreto para reconocer la legitimación procesal de la persona que requiera dicho control, pero que esa construcción normativa, jurisprudencial y académica se torna desenfocada e irrazonable para garantizar los efectos emergentes de las nulidades constitucionales absolutas e insanables, puesto que el foco no puede estar puesto en "los derechos individuales o colectivos que titularizan las personas", sino en los efectos fulminantes que produce la nulidad constitucional absoluta e insanable sobre la disposición normativa que viola los arts. 76 y 99.3 CN.

Aseguró que, en consecuencia, frente a dicha situación debe reconocerse a cualquier persona la facultad de promover una acción judicial de nulidad constitucional titularizando una legitimación procesal activa sostenida por la nulidad constitucional absoluta e insanable, puesto que de lo contrario, esta clase de nulidades no podría ser declarada si de forma conjunta una persona no planteara, junto a la nulidad, la afectación de un derecho subjetivo o colectivo en el campo de la inconstitucionalidad, y que aún en ese caso, teniendo una recepción judicial favorable, la norma dictada por el Ejecutivo seguiría vigente en el resto de su articulado, obturando la nulidad constitucional como si ésta no existiese.

Al desarrollar su agravio constitucional, la actora plantea que el Poder Ejecutivo Nacional, sin que se verifiquen los presupuestos constitucionales de habilitación para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia (art. 99.3 CN) pretende, mediante el uso de esa facultad excepcional (a través de un DNU bajo el formato "ómnibus", "mega", "universal") realizar una reformulación legislativa integral sin que intervenga el Congreso e imponer un modelo de sustitución del Poder Legislativo (titular de la función de legislar), de acumulación de las funciones





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2**

Secretaria N° 5

administrativa y legislativa subsumible en la figura de la suma del poder público, y de reforma constitucional indirecta o encubierta al modificar integralmente el sistema socioeconómico o Constitución socioeconómica previsto por las normas constitucionales y convencionales. Expuso que el DNU 70/2023, entre derogaciones totales, parciales y modificaciones, interviene un total de 81 leyes de las más diversas materias (reforma del Estado, desregulación económica, trabajo, comercio exterior, bioeconomía, minería, energía, aerocomercial, justicia, código civil y comercial, salud, comunicación, deportes, sociedades, etc.) que en su conjunto realizan una transformación total del sistema normativo que regula las relaciones de las personas con el Estado y de las personas entre sí.

Argumentó que también realiza una reforma constitucional indirecta o encubierta, ello por cuanto el art. 2 (desregulación) contraría el modelo socioeconómico previsto por la Constitución, que otorga al Estado la función de sujeto regulador del mercado respecto de la oferta de bienes y servicios a efectos de proteger los niveles mínimos y esenciales de vida de los demandantes (especialmente los más vulnerables). Mencionó que el rol regulador del Estado surge del art. 42 CN, del art. 75 inc. 19 CN, del art. 2 del PIDESC con los alcances atribuidos por el Comité (DESC); y que el decreto va en contra del principio de progresividad y no regresividad en materia de DESCA.

Señaló que la reforma constitucional de 1994 delimitó un paradigma de economía de mercado orientada a la satisfacción del sistema de derechos previstos en la Constitución que incluye de manera indivisible e interdependiente tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, lo cual –aseguró– descarta la idea de un mercado autosuficiente y un Estado mínimo que deje librado todo a las fuerzas del mercado, dejando atrás el modelo liberal de la Constitución de 1853-60 que consagraba un orden socioeconómico de protección de la propiedad privada y garantía de libertad y comercio con ausencia de regulación estatal.

Sostuvo que con el cuestionado DNU se pretende sustituir al Congreso y legislar integralmente imponiendo un nuevo sistema jurídico donde la fuerza normativa de la Constitución quede subordinada al paradigma así instaurado, provocando un cambio de modelo constitucional sin reforma de la Constitución, el desconocimiento de la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, generando responsabilidad internacional del Estado.

Planteó que el DNU viola el principio republicano de la división de poderes. Citó en tal sentido el precedente de la Corte de “Consumidores argentinos” (Fallos: 333 :633) en cuanto establece que el Ejecutivo no puede sustituir libremente la actividad del Congreso ni que se halle al margen del control judicial, que la reforma de 1994 vino a atenuar el sistema presidencialista, y que es en base a ese criterio que debe



interpretarse la norma del art. 99 inc. 3 CN, concluyendo que, así, la regla es la prohibición del Ejecutivo de dictar normas legislativas bajo pena de nulidad absoluta e insanable, y que la excepción a dicha regla requiere de la configuración de los requisitos de habilitación exigidos por la citada norma. Que en consecuencia cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general.

En ese orden de ideas, sostuvo que la excepción prevista por el art. 99 inc. 3 CN se compone de un entramado de presupuestos habilitantes que deben ser interpretados y aplicados de forma restrictiva a efectos de que la excepción no se transforme en regla. Indicó que tales presupuestos habilitantes implican que, además de no versar el decreto sobre la materia excluida, debe acreditarse la situación extraordinaria dada por la necesidad (calificada como requerimiento de una intervención en defensa del interés social para disminuir o anular efectos negativos o perjudiciales) y la urgencia, que impida seguir con los trámites para la formación y sanción de las leyes (un obstáculo real que le impida al Congreso poder sesionar, o que, aún funcionado, las medidas se deban adoptar de forma súbita). Afirmó que si no se presenta una situación que compromete la existencia misma del Estado, no se presentaría lo que denominó un "estado de necesidad cierto" sino uno "espurio".

Planteó que la Corte desarrolló una constante jurisprudencia en relación a la interpretación y alcance del art. 99 inc. 3 CN y que de los precedentes "Verrocchi", "Consumidores Argentinos", "Pino, Seberino " y "Morales, Blanca Azucena" surgen los estándares que a continuación se sintetizan: Que entre los objetivos de la reforma constitucional de 1994 se hallan "atenuar el presidencialismo", "modernizar y fortalecer el Congreso" y "fortalecer los mecanismos de control", "perfeccionar el equilibrio de poderes". Que los DNU deben ajustarse a los principios del estado constitucional. Que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad. Que el Poder Judicial debe evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables. Que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto. Que la imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, refiere a que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión, o que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

normal de las leyes. Que los DNU deben constituir una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional, pero no pueden revestir el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional. Que no proceden los DNU cuando por esa vía excepcional se deroga o modifica una ley recientemente sancionada, luego de un amplio debate llevado a cabo en el Congreso.

En base a lo expuesto, aseguró que el DNU no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 99.3 CN, en tanto, en sus considerandos se afirma de modo impreciso la situación de excepcionalidad sin invocar ningún indicador descriptivo o comparativo que justifique la existencia de una situación tan excepcional que permita soslayar al Congreso; que carece de adecuada motivación –se pregunta, por ejemplo, en qué mejora la situación a paliar que una asociación civil deba transformarse en una sociedad anónima deportiva- indicando que la Corte, en Fallos: 344:809 (“Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional”), puso énfasis en que la adecuada motivación del acto adquiere especial importancia en el caso de los DNU, dado el contenido concreto de su regulación, y estableció que es obligación de la Administración explicar los antecedentes que la llevaron a ejercer la competencia invocada, la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad, y su correspondencia con la de las normas competenciales invocadas.

Indicó que, en contraposición a la orientación de los fallos de la Corte mencionados, en los fundamentos del decreto se sostiene que la "situación excepcional" que se intenta superar comenzó cuando se terminó con el superávit fiscal y externo existente en 2003 y se profundizó con el correr de los años, considerando que ello evidencia que no se está ante una situación inesperada e imprevisible. Agregó, por otro lado, que la circunstancia de que el Presidente haya convocado al Congreso a tratar su proyecto de ley Omnibus, descarta la imposibilidad de su funcionamiento.

Expuso que cuando una autoridad pública en ejercicio de una competencia constitucional asignada como facultad o excepción la ejerce de forma tal que desvirtúa la atribución conferida y se apropia irregularmente de facultades que no le son propias se configura un abuso de derecho público, un desvío de poder; y concluyó que, en ese sentido, el DNU desvirtúa las facultades excepcionales para reformular, con una simple firma, gran parte del ordenamiento legal argentino y realizar una reforma constitucional indirecta o encubierta. Afirmó que el Poder Ejecutivo a través del DNU intenta apropiarse de la función legislativa del Congreso, consumando la suma del poder público, de forma parcial, y vulnerando así la prohibición del art. 29 CN.

Por otra parte, objetó la constitucionalidad de la ley 26.122 que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en materia de DNU (así como de decretos delegados y de promulgación parcial de leyes), sosteniendo que los artículos 21, 23 y 24 de esa ley contrarían las normas del procedimiento de formación y sanción



de las leyes establecido en los arts. 77 a 84 de la Constitución, así como a la regla de prohibición de legislar impuesta al Poder Ejecutivo bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Mencionó que el art. 21 no estableció plazo expreso para el tratamiento del DNU ni los efectos que acarrearía su incumplimiento; que el art. 23 prohíbe introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo y que el art. 24, al establecer como condición de validación legislativa del DNU la aprobación de una sola Cámara, dado que para el rechazo requiere el pronunciamiento de ambas Cámaras, le otorga a la validación parlamentaria del decreto un trámite más lábil que a la aprobación de una ley sin ningún fundamento que lo justifique. Citó el precedente de la Corte Suprema en "Binotti (Fallos 330:2222) y la Opinión Consultiva 6/1986 de la Corte IDH, respecto a lo que debe entenderse por ley, y en base a esos antecedentes, y a lo dispuesto por el art. 82 CN (que no admite la sanción ficta), afirmó que la aprobación de una norma de carácter legislativo debe contar con la voluntad expresa de ambas Cámaras. Finalmente, sostuvo que, si el art. 99.3 CN fulmina con la nulidad absoluta e insanable las disposiciones legislativas emitidas por el Poder Ejecutivo Nacional, entonces el rechazo del Congreso de un DNU jamás puede generar derechos adquiridos por cuanto a dicha norma se la considera inexistente.

Solicitó el dictado de una medida cautelar de suspensión de los efectos del DNU N° 70/2023 hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa.

También ofreció prueba documental, hizo reserva del caso federal y concedió autorizaciones, las que cabe tener presente.

Y CONSIDERANDO:

I.- La recusación sin causa.

Corresponde dar tratamiento, ante todo, a la recusación sin causa articulada contra el suscripto.

Cabe recordar que el instituto está previsto en los arts. 14 a 16 del C.P.C.C.N., estableciendo el primero de ellos que: “Los jueces de primera instancia podrán ser recusados sin expresión de causa. El actor podrá ejercer esta facultad al entablar la demanda o en su primera presentación... No procederá la recusación sin expresión de causa en el proceso sumarísimo, en las tercerías, en el juicio de desalojo y en los procesos de ejecución”.-

Así, se faculta a los litigantes a recusar sin expresión de causa en ciertas oportunidades y una vez en cada proceso (art. 15 CPCCN), excepto en los específicamente mencionados.

En tal sentido debe tenerse en cuenta que conforme el escrito de demanda, se acciona “en los términos previstos por los artículos 322 y 498 del Código Procesal”, es





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

decir que la parte actora expresamente pide que la acción declarativa tramite por el procedimiento sumarísimo (el que, cabe aclarar, resulta procedente, dado que la actora no requiere de más prueba que la documental acompañada, a lo que se suma que, en el petitorio final, pide que se declare la cuestión como de puro derecho).

De tal manera, la recusación sin causa formulada por los recurrentes deviene formalmente improcedente pues teniendo en cuenta la naturaleza del proceso incoado –sumarísimo- resulta de aplicación lo prescripto en el art. 14, última parte, del CPCCN que veda expresamente acudir a dicho instituto procesal en este tipo de trámite.

II.- La legitimación activa.

A) Sentado ello, a los fines de considerar los planteos de la demanda ha de examinarse, en primer término, la cuestión referida a la legitimación procesal de las entidades actoras para iniciar la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

Ello, en tanto la legitimación constituye un presupuesto necesario para que exista *caso o controversia*, lo que resulta imprescindible para habilitar la intervención del poder judicial, conforme inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este sentido, cabe señalar que, tal como surge de la jurisprudencia de la Corte, para que exista una *causa o controversia* se debe perseguir en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas, y debe estar fundado en un interés específico, concreto, directo o inmediato atribuible al litigante (*Fallos* 322:528; 324:2381 y 2408; 3226 :3007; 340:1084; 342:853; entre muchos otros), no resultando posible pronunciarse fuera de un caso contencioso que pueda autorizar la intervención del Poder Judicial (art. 116 de la Constitución Nacional y art. 2° de la ley 27).

Al respecto, se explica que el control constitucional debe desarrollarse dentro de la atmósfera natural en la cual actúan los jueces, es decir, el caso o controversia judicial. Ello constituye una jurisprudencia clásica de la Corte Suprema que se repite en las decisiones actuales y está indicado además desde la Constitución misma. El art. 116 de la Constitución, dice que la Corte y los tribunales inferiores actúan en todas las “causas” que versen sobre puntos regidos por la Constitución o las leyes del Congreso. La ley 27, en su artículo 2°, al reglamentar esta norma dispuso que la justicia federal nunca procede de oficio ejerciendo su jurisdicción solamente en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (Alberto B. Bianchi, *Control de Constitucionalidad*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, CABA, 2° edición, 2002.T.1, pág. 276/277).

La existencia de “caso” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso.



Se ha dicho que no hay causa cuando se procura satisfacer un interés meramente especulativo de la actora (Fallos 337:1540) o cuando la pretensión intentada se encamina hacia la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (Fallos 307:2384; 322:528, entre otros).

B) En el caso bajo estudio, los Presidentes de las entidades accionantes han iniciado la presente demanda invocando de un modo genérico y amplio el interés de la defensa de la Constitución Nacional y de la forma republicana de gobierno.

En su presentación reconocen que carecen de la titularidad de un derecho subjetivo o colectivo así como de ostentar un interés de la índole aludida afectado por el acto que atacan, pero plantean que, si bien la citada jurisprudencia de la Corte constituye la regla en materia de legitimación, les asiste derecho a demandar en la presente por vía de la legitimación excepcional -más arriba referida- reconocida por la Corte en el precedente “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro” (Fallos: 338:249) y demás antecedentes que citó, así como en virtud de la legitimación que entienden les corresponde emanada del sistema de la nulidad constitucional establecida en los arts. 29 y 99 CN.

Sobre el particular afirmaron que “el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA), conforme lo establece la ley 5.177 de la Provincia de Buenos Aires, es una persona jurídica de derecho público no estatal (art. 18) que representa a la totalidad de los Colegios de Abogados Departamentales de la Provincia de Buenos Aires en todo lo atinente al ejercicio de la abogacía y procuración considerado como problema provincial o nacional, con la institución de la justicia, con el estudio y progreso de la legislación y la jurisprudencia su actualización, perfeccionamiento y especialización de los conocimientos científico-jurídicos de los profesionales (art. 19), como así también, en la relación con los poderes públicos (art. 50 inciso a)”. En base a ello, sostuvieron que “tanto en el ámbito de la legitimación procesal extraordinaria o de la legitimación procesal basada en la nulidad constitucional, COLPROBA acredita un interés directo e inmediato como sostén de la legitimación procesal invocada. Respecto de la primera exhibe una naturaleza jurídica —persona de derecho público no estatal- que implica un estatus normativo y de representación superador al que acreditó oportunamente el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. En torno a la segunda, las facultades legalmente reconocidas prueban la aptitud procesal necesaria para realizar el planteo de nulidad constitucional”.

Por su parte, mencionaron que la Caja de Previsión Social para Abogados y Procuradores de la Provincia de Buenos Aires, conforme lo establece la ley 6.716 de la Provincia de Buenos Aires, es una persona jurídica de derecho público no estatal (art.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

1) que tiene por objeto realizar un sistema de asistencia y previsión fundado en los principios de la solidaridad profesional, cuyos beneficios alcanzan a los abogados que actúan en la Provincia de Buenos Aires, los Colegios que estos componen y los jubilados y causahabientes (art. 2). Y conforme a ello, aseguraron que así también titulariza, conforme a los argumentos expuestos respecto de COLPOBA, la legitimación procesal extraordinaria y la aptitud necesaria para realizar el planteo de nulidad constitucional.

En ese carácter impugnan el Decreto de necesidad y urgencia n° 70/2023, titulado "Bases par la Reconstrucción de la Economía Argentina", publicado el 20 de diciembre de 2023, el que consta de 336 artículos, agrupados en 16 Títulos referidos a la desregulación económica, reforma del Estado, trabajo, comercio exterior, bioeconomía, minería, energía, aerocomercial, justicia, salud, comunicación, deportes, ley general de sociedades, turismo y registro automotor.

C) En este marco cabe resaltar que son numerosos los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que ha declarado la falta de legitimación activa de quien invoca genéricamente su carácter de *ciudadano* (Fallos: 321:1252; 322:528; 324:2048; 345:191).

El Máximo Tribunal sostuvo que "la mera condición de ciudadano, sin otro interés concreto jurídicamente protegido, no otorga legitimación suficiente para demandar" (Fallos 323:1432).

Ha expresado también que "el de ciudadano es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés especial, directo o inmediato, concreto o sustancial, criterio que resulta extensible a la alegada condición de abogado y de usuario del sistema de justicia" (Fallos 337:166).

Explica Bianchi que: "Son varios los casos resueltos por la Corte Suprema argentina que han ido diseñando las reglas que rigen en materia de legitimación para requerir el control constitucional. La primera regla, y la más frecuente, es la siguiente: el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución nacional, causándole de ese modo un gravamen. Para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición, pues la invocación de agravios meramente conjeturales resulta inhábil. Como puede verse, la regla tiene dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero consiste en la demostración clara de la inconstitucionalidad de la norma (...). El segundo, que es el que aquí interesa, se refiere a la probanza efectiva de la existencia de un perjuicio causado por la inconstitucionalidad de la norma" (Alberto B. Bianchi, Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, CABA, 2° edición, 2002.T.2, pág. 30/31).



En este sentido, en el presente los accionantes no invocan la afectación de un derecho o interés especial, sino la lesión a disposiciones constitucionales de un modo genérico, y con cita de precedentes que trataron supuestos distintos.

D) Así, en el precedente de Fallos: 338:249 (“Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán”, sentencia del 14/04/2015), la Corte tuvo oportunidad de analizar la legitimación de un Colegio de Abogados de la provincia de Tucumán, al promover una acción declarativa de inconstitucionalidad y certeza por la cual impugnó la validez de ciertas disposiciones incorporadas a la Constitución provincial por la convención reformadora de 2006. Allí se hizo especial hincapié que “en este caso no está en debate la interpretación de las normas de la Constitución, sino las mismas reglas que permiten modificarla. En el marco de su acción, el demandante sostiene que la asamblea constituyente violó los principios de la organización republicana del poder al modificar las reglas que enmarcaban el alcance de sus tareas. Si efectivamente se incumplieron las normas que constituían el presupuesto para que la decisión mayoritaria fuese válida, entonces no está en juego la pretensión de utilizar el texto constitucional para fundamento de alguno de los derechos que de él se derivan, sino que peligra el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga (Fallos: 313:594 y 317:335, disidencias del juez Fayt) (considerando 8°). Agregó que “en consecuencia, en supuestos como el examinado no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del 'caso' resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos”.

En estas situaciones excepcionadísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés “especial” o “directo”. Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales “no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt)” –considerando 9°-.

Concluye el Máximo Tribunal de la República que **“esta interpretación no debe equipararse a la admisión de la acción popular que legitima a cualquier**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio. En abierta contradicción a ella, la legitimación en este caso presupone que el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción presentan un nexo suficiente con la situación del demandante, y aunque no se requiere que sea suyo exclusivo, resulta evidente que el Colegio -en su carácter de persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia (art. 17 de la ley 5233)- será alcanzado por las disposiciones impugnadas a menos que por medio del recurso extraordinario federal se evite el eventual perjuicio denunciado”- considerando 12°, énfasis agregado-.

Cabe añadir que los votos del doctor Fayt a los que se remite el citado precedente, emitidos en minoría en Fallos: 313:594 y 317:335, refieren a casos en los cuales: 1) (Gascón Cotti) los actores habían promovido una demanda de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires contra la ley local 10.859 -y su decreto de promulgación- que dispusieron seguir el trámite de la reforma constitucional, afirmando que dichas normas contrariaban al sistema representativo y republicano de gobierno establecido por los arts. 1 y 5 de la Constitución Nacional cuya supremacía invocaban; voto en el cual el doctor Fayt consideró que bastaba con ser ciudadano argentino, vecino de una provincia, para tener derecho a reclamar de los jueces el cumplimiento de la Constitución de esa provincia si encuentra que ella se halla en trance de ser alterada de un modo que considera contrario a sus propias disposiciones; 2) (Polino) los demandantes, invocando su condición de ciudadanos (además de diputados) cuestionaron la ley 24.309 que declaró la necesidad de reformar la Constitución Nacional, y al decreto que fijó la fecha para celebrar el acto de elección de los convencionales constituyentes por considerar que se habían infringido las normas de los artículos 68 y sigs. CN durante el procedimiento de formación y sanción de dicha ley, y solicitaron en consecuencia la declaración de nulidad del proceso preconstituyente.

E) De los precedentes mencionados se desprende que la legitimación extraordinaria sobre la base de la simple calidad de ciudadano ha sido reconocida por la Corte, tanto en sus decisiones mayoritarias como en opiniones en minoría, en casos en los cuales se encontró involucrada la afectación *formal y directa* de las normas de las constituciones provinciales o de la Constitución de la Nación.

En el caso bajo análisis, en cambio, no encuentro que esos presupuestos fácticos se presenten. No se desconoce que la actora ha planteado que las normas del decreto 70 /2023 consisten en una reforma constitucional, puesto que –afirmó- su art. 2 establece pautas generales tendientes a una amplia desregulación de la economía -norma acompañada de una abundante modificación de normas legales en ese sentido-, poniendo en cabeza del Estado Nacional la obligación de promover y asegurar la



vigencia efectiva, en todo el territorio nacional, de un sistema económico basado en lo que la actora mencionó como un paradigma de economía de mercado contrario al establecido por la Constitución Nacional reformada en 1994, y aseguró que mediante el DNU objetado se pretende imponer ese modelo económico por encima de las normas constitucionales. No obstante, la actora no plantea en su presentación que el supuesto bajo examen consista en una modificación del texto constitucional, sino que afirma que la reforma constitucional que -según denuncia- ocasionará el decreto cuestionado se produce como un resultado “encubierto” (y de hecho) del dispositivo regulatorio establecido mediante el DNU en crisis.

Ahora bien, más allá del esfuerzo argumentativo, no se advierte que se trate de un supuesto semejante. En el caso se impugna un decreto de necesidad y urgencia, es decir un instrumento que está previsto en la Constitución -si bien con carácter excepcional-. El decreto de necesidad y urgencia objetado por las demandantes contiene normas cuya jerarquía en ningún caso podría superar a la de las leyes del Congreso y por lo tanto no pasar de constituir, desde el punto de vista formal, normas infraconstitucionales, pasibles de ser cuestionadas por su desacuerdo con la Constitución Nacional -cuyo texto no se encuentra sujeto a modificación- por quien ostente legitimación para ello.

De ahí que, de la comparación del supuesto de autos con los tenidos en cuenta por la Corte Suprema en los precedentes citados, y atento el carácter extremadamente restrictivo que plantean dichos precedentes, no encuentro que el caso analizado guarde suficiente semejanza con aquellos considerados por la Corte Suprema al evaluar la admisibilidad de la legitimación extraordinaria que las entidades actoras invocan.

F) He de agregar, por otra parte, que tampoco encuentro asimilable el caso de autos a los otros precedentes de la Corte invocados por las actoras para justificar su legitimación. En efecto, en el precedente “Rizzo” (Fallos: 336:760) la Corte consideró legitimado al actor, quien había invocado el carácter de apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participaba en los procesos de selección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura y había señalado que las disposiciones de la ley 26.855, además de establecer un sistema de selección de representantes que no respetaba lo establecido en el art. 114 CN, imponía requisitos para la participación en los comicios a celebrarse que proscribían a su agrupación. Así, la Corte estimó acreditada la existencia de un interés “concreto”, “directo” e “inmediato” de su parte en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones.

Asimismo, en “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” la Corte se remitió a “Rizzo” y en el voto parcialmente disidente del doctor Lorenzetti se expresa que en el expediente analizado “existe un —caso, porque hay un interés





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2

Secretaria N° 5

suficientemente directo y concreto en el resultado del pleito (Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 322:528; 326:3007 y 333:1023, entre muchos otros)”, agregando que “El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra legitimado porque se cuestiona la reforma al Consejo de la Magistratura introducida por la ley 26.080 que, según la actora, alteró la naturaleza, autonomía funcional e independencia de dicho órgano”.

De lo expuesto se desprende que estos precedentes no habilitaron la legitimación extraordinaria a que hace alusión la parte actora en el escrito que se provee, referida a la que se le reconoce al simple ciudadano para la defensa de la Constitución cuando, estando en juego las propias reglas constitucionales, pretende la preservación de la fuente de todo derecho; sino que dichos fallos han considerado legitimadas a las mencionadas entidades en supuestos especiales en los que se hallaba en juego el diseño legislativo de un órgano -Consejo de la Magistratura- en cuyo funcionamiento ostentaban un interés que la Corte entendió suficientemente directo y concreto.

Añádase a lo consignado que en el citado voto del doctor Lorenzetti en Fallos: 344:3636 (“Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”), además, se expresa “Que, el demandante tiene legitimación porque los colegios de abogados cumplen una función importantísima en la defensa de la Constitución, y en particular del sistema republicano, de la división de poderes y la independencia del Poder Judicial. La historia argentina revela el coraje y el patriotismo que tuvieron numerosos integrantes de los colegios de abogados en todo el país, en la defensa de los derechos humanos en tiempos en que imperaba el terrorismo de Estado, en la tutela de los derechos sociales, y en particular, del sistema republicano. Decisiones relevantes de esta Corte Suprema que afirmaron grandes principios constitucionales se basaron en casos promovidos directa o indirectamente por colegios de abogados. La causa “Rizzo” (Fallos: 336:760), vinculada a la ley que es materia de análisis en esta sentencia; la causa “Halabi” (Fallos: 332:111) que habilitó los procesos colectivos y numerosos pedidos de acceso a la información, son muestras cabales del valor que tiene la amplia legitimación de los colegios profesionales en el proceso de construcción democrática y republicana”.

Suscribo esas consideraciones. Sin embargo, si bien parecen dar una amplitud mayor a la legitimación de los Colegios de Abogados, lo cierto es que, no pueden ser consideradas como guardando íntima relación con el caso en examen. Incluso, ha de señalarse que han sido expuestas por el citado magistrado en un voto que representa una disidencia parcial (en minoría) que no podría ser considerada con carácter de doctrina judicial establecida por la Corte.

G) A propósito, cabe recordar que la propia Corte ha establecido la necesidad institucional de respeto y acatamiento de sus decisiones por los tribunales inferiores,



conforme doctrina que surge de numerosos precedentes (Fallos: 301:169, 306:1698, 307:108 entre muchos otros).

En un reciente fallo emitido en la causa “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ avocación en autos: Casaretto, Marcelo Pablo c/ Cámara de Diputados Nacionales y otro s/ amparo ley 16.986*” del 18/04/2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso: “...finalmente, este Tribunal no puede dejar de advertir que el magistrado actuante -con una notoria ignorancia del derecho vigente y de los precedentes de este Tribunal ha dado trámite a una acción promovida por quien manifiestamente carece de legitimación activa tanto en su carácter de ciudadano (arg. de Fallos: 321:1252, con cita de “Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War”, 418 U.S. 208, especialmente págs. 222, 226/227; Fallos: 322:528; 324:2048, entre otros) como en el de diputado nacional (Fallos: 313:863; 317:335; 322:528; 323:1432; 324:2381; 333:1023; 339:1223, entre otros) y, en consecuencia, se ha pronunciado fuera de un caso contencioso que pueda autorizar la intervención del Poder Judicial (artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2º de la ley 27 y Fallos: 322:528; 326:3007; 340:1084; 342:853, entre muchos otros)”, declarando la nulidad de todo lo actuado (*Fallos 345 :191*).

En este contexto, atento que las circunstancias del caso no se identifican con los supuestos previstos por el Alto Tribunal en los mencionados precedentes, no se advierten razones para apartarse de la regla general establecida por la jurisprudencia de la Corte respecto a la falta de legitimación de quien invoca genéricamente la calidad de ciudadano y la defensa de la legalidad.

Ello, teniendo en cuenta que lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe inspirar decisivamente los pronunciamientos del resto de los tribunales. En efecto, conforme ha resuelto dicho Tribunal en la causa “*Cerámica San Lorenzo*” registrada en “Fallos” 307:1094, “no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (conf. doc. de “Fallos” 25:364). De esta doctrina y de la de “Fallos” 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”.

De tal manera, por razones de economía procesal y seguridad jurídica, cabe hacer aplicación de dicha doctrina en el presente caso, por lo que en consecuencia ha de entenderse que la calidad invocada por las entidades demandantes resulta insuficiente para investirles de la condición de parte legitimada.





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO EN LO CIVIL, COM. Y CONT. ADM. FEDERAL
DE LA PLATA 2**

Secretaria N° 5

Si bien se reconoce la trascendencia de las entidades actoras y el alto compromiso y especialidad en la representación legal, considero que ello no alcanza para admitir, en el caso, la invocada legitimación en defensa de la legalidad general de las normas que sancionan los poderes políticos. Máxime cuando se trata en el presente de un instrumento que, si bien es excepcional, está regulado en la Constitución Nacional y se prevé un trámite de revisión parlamentaria que se encuentra en curso.

Por tanto, y sin que lo expuesto signifique pronunciamiento alguno respecto a la legalidad del decreto de necesidad y urgencia en cuestión,

RESUELVO:

- 1) Rechazar la recusación sin causa planteada contra el suscripto.
 - 2) Rechazar in limine la demanda declarativa de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA) y la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires contra el Estado Nacional.
 - 3) Imponer las costas a las actoras en su carácter de vencidas (art. 68 CPCCN).
 - 4) Regular los honorarios del Dr. Andrés Gil Domínguez en la suma de \$687.640.- correspondiente a 20 UMA (art. 48, ley 23.423; Resolución SGA CSJN 12 /2024), con más el 10% de aportes y la alícuota de IVA en caso de corresponder, quien deberá acreditar en autos, en el plazo de cinco días de percibido el honorario, el pago de los aportes previsionales conforme lo dispuesto por la Res. 484/10 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.
 - 5) Intégrese la tasa de justicia (conf. Art. 6 de la ley 23.898).
- Protocolícese, notifíquese y oportunamente archívese.

ALBERTO OSVALDO RECONDO

JUEZ FEDERAL





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 7

EXPTE. N° CAF 48.057/2023

“GIL DOMINGUEZ, ANDRES
c/ EN-DNU 70/23 s/
PROCESO DE
CONOCIMIENTO”

Buenos Aires, fecha de firma electrónica.-

Proveyendo el escrito digital de fecha 26/12/2023,
titulados “PLANTEA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DNU 70/23.
MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR. CASO FEDERAL. GRAVEDAD
INCONSTITUCIONAL” y “CORRIGE ERROR. ACOMPAÑA
CARATULA” (presentados por la parte actora):

AUTOS; VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Con fecha 26/12/2023, resulto desinsaculado este Tribunal, habida cuenta la recusación sin causa vertida por el accionista a fojas 1/18.

II.- Sentado ello, cabe señalar que, en el *sub lite*, se presenta el Dr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ —por derecho propio y en su carácter de ciudadano— y, promueve acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 322 del CPCCN, contra el Estado Nacional — Poder Ejecutivo Nacional, (en adelante, PEN) a fin de se declare “la inconstitucionalidad y la nulidad absoluta e insanable del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023” (*sic*), por cuanto comporta —a su entender— una inexcusable violación del orden jurídico constitucional, vulnerando lo dispuesto por los artículos artículos 1°, 29, 30, 77 a 84 y 99 inciso 3 de la Constitución argentina.

En dicho contexto, requiere cautelarmente que se dicte una medida cautelar de no innovar ordenando se suspenda la aplicación del Decreto N° 70/23, manteniendo el régimen vigente hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

Puntualiza, que se encuentra legitimado para iniciar la presente acción, en tanto que “[a]l estar en juego las propias reglas de existencia del modelo constitucional y del sistema democrático, la sola



condición de ciudadano habilita la legitimación procesal activa para promover un proceso judicial que tiene por objeto invalidar la norma en cuestión mediante el ejercicio del control de constitucionalidad a efectos de preservar la plena vigencia del Estado constitucional y convencional de derecho argentino” (*sic*).

Para fundamentar su petición, subraya que el PEN mediante el ejercicio de una facultad legislativa excepcional, como lo es un decreto de necesidad y urgencia, sustituye al Poder Legislativo Nacional, y se arroga —a su criterio— la suma del poder público y encubiertamente modifica integralmente el sistema socioeconómico.

Destaca, que el decreto dictado incumple con los presupuestos formales y materiales que habilitan el dictado de un decreto de necesidad y urgencia en los términos previstos por el artículo 99, inciso 3° de la Constitución argentina.

Manifiesta, que —a su juicio— no existen las condiciones de fuerza mayor y/o urgencia que justifiquen la emisión del decreto atacado, ya que no habría motivos para soslayar el trámite legislativo prescripto en la Ley Fundamental.

Asegura, que los antecedentes de hecho del decreto reflejan una “típica situación de necesidad y urgencia espuria”, ya que esta relacionada con “los intereses políticos del gobierno de turno y no una objetiva situación de emergencia que habilite el ejercicio excepcional”, basado en su mero interés o conveniencia.

Remarca, que el decreto impugnado tampoco supera los controles formales y materiales dispuestos en el artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional y en la Ley N° 26.122.

En este contexto, requiere la nulidad absoluta del Decreto N° 70/23, toda vez que constitucionalmente le esta expresamente vedado al Departamento Ejecutivo el dictado de disposiciones de carácter legislativo, salvo circunstancias excepcionales, que —en su opinión— no se configuran en el caso.

Por otro lado, solicita ejercer el derecho de exclusión de clase del juicio caratulado: “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, en trámite ante el Juzgado N° 2 del fuero, debido a que la acción que entabla “es un proceso constitucional totalmente distinto a la





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

acción de amparo colectivo y el objeto de la presente (...) es más amplio respecto de la normativa constitucionalmente impugnada que el objeto de la acción de amparo colectivo”.

Finalmente, cita jurisprudencia en apoyo de su postura, hace reserva del caso federal y ofrece prueba documental.

III.- Ahora bien, a esta altura, es importante destacar lo resuelto por el Magistrado Titular del Juzgado N° 2 del fuero, en los autos caratulados: “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, con fecha 22 de diciembre de 2023.

En dicha causa, “el Presidente de la Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad como así también –a título propio- los Sres. Claudio Raúl Lozano, Hugo Ernesto Godoy y Rodolfo Ariel Aguiar y promueven una acción de amparo –en los términos de la ley 16.986- contra el Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 dictado el 20 de diciembre próximo pasado –al que reputan contrario a diversas normas de la Constitución Nacional, y también del artículo 24 de la ley 26.122 por violar los principios constitucionales de división de poderes y bicameralismo; entre otros” (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

En prieta síntesis, “argumentan que: (i) no se han observado para su dictado las exigencias y limitaciones impuestas por el artículo 99 inc. 3 C.N. –lo que entienden resulta susceptible de revisión judicial-; (ii) conlleva a una suma del poder público y al ejercicio de facultades extraordinarias por fuera de la norma fundamental; (iii) trasunta una forma de desviación de poder; y (iv) supone una violación al derecho a la participación en los asuntos públicos. Paralelamente, esgrimen también sus agravios en torno al artículo 24 de la ley 26.122” (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”,



expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

Allí, el juez a cargo del mencionado Tribunal resolvió “[a]dmitir que la presente acción tramite como amparo colectivo en los términos del artículo 43 C.N.” y, en consecuencia, “[o]rdenar su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos de conformidad con lo previsto en el punto III de la acordada CSJN 12/2016, a cuyo fin cabe precisar –según lo indicado en el punto V del mismo dispositivo- que: (a) **El colectivo está integrado por todos los habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad** con base en que –aunque no exclusivamente- fue dictado en violación del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional y de las demás normas y principios federales que regulan la sanción de normas de sustancia legislativa a nivel nacional; (b) **El objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/2023** y del artículo 24 de la ley 26.122;(c) **El sujeto demandado es el Poder Ejecutivo Nacional (PEN)**” (el destacado no resulta del original) (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

Para así decidir, sostuvo que en el precedente caratulado “Halabi” (Fallos: 332:111), la Corte Suprema de Justicia de la Nación “en ausencia de una regulación procesal acabada, estableció los principales lineamientos en materia de procesos colectivos; por lo menos, como los conocemos hasta ahora (...) sostuvo que (...) ‘[h]ay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño’ (cons. 12, segundo párrafo, énfasis añadido). (...) Esa visión se concilia con la finalidad de evitar el dictado de sentencias contradictorias y/o que queden en ocasión de anularse entre sí; aspecto que ha sido decisivo para que la Corte Suprema encarara -cuanto menos por vía pretoriana- la regulación de esta clase de procesos tan peculiares” (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 7

c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

Agregó, que “las acordadas CSJN 32/2014 y 12/2016 estuvieron llamadas, en lo principal, a preservar la estabilidad de la cosa juzgada y evitar situaciones de escándalo jurídico suscitadas por el dictado de sentencias contradictorias, en el marco de procesos de características colectivas referentes a distintas categorías de derechos (...) organizando –al efecto- el Registro de Procesos Colectivos de alcance nacional” (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

Concluyó, que “con miras a coadyuvar a esos mismos objetivos, y teniendo especialmente en cuenta las características subjetivas de la parte actora como el modo en que ha sido propuesta la demanda, (...) el presente proceso debe ser inscripto en el aludido registro” y, estableció que “-al solo efecto registral y para un mejor desenvolvimiento de la controversia en la Justicia Federal- que la acción *prima facie* aparece referida a la categoría de los ya aludidos intereses individuales homogéneos como modalidad específica de los llamados derechos de incidencia colectiva, en cuanto está llamada a precaver los efectos de una norma que se dice irregularmente dictada desde el punto de vista formal (...) corresponde proceder con arreglo a lo previsto en las acordadas 32/2014 y 12/2016 dentro ese espectro, a cuyo efecto se hace saber que se ha efectuado la consulta de causas inscriptas en el Registro Público de Procesos Colectivos en el sitio web www.csjn.gov.ar no encontrándose pretensiones que guarden sustancial analogía con la presente” (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

A continuación, con fecha 26/12/23, el Tribunal fijó que “[d]e conformidad con lo solicitado en la fecha vía LEX100 por el Registro de Procesos Colectivos, se procede a publicar en el mismo la interlocutoria dictada el 22/12/2023” (v. fs. 110, de la causa caratulada



“Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

Ulteriormente, con fecha 27/12/23, el Juzgado inscribió la causa en el registro de procesos colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “**Materia/s:** DNU 70/2023 - Violación del art 99 inciso 3° de la CN y del sistema de formación y sanción de las leyes (...) **Objeto de la pretensión:** Declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 y del artículo 24 de la ley 26.122 /// **Alcance:** Nacional /// **Composición de la clase:** Habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad con base en que –aunque no exclusivamente- fue dictado en violación del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional y de las demás normas y principios federales que regulan la sanción de normas de sustancia legislativa a nivel nacional. (consultado en , <https://servicios.csjn.gov.ar/ConsultaCausasColectivas/colectiva/buscar.html>, último acceso el 28/12/23).

IV.- Apuntado los objetos de la presente acción y de la acción colectiva caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, previo a todo trámite, corresponde analizar sí, en el caso en concreto, se dan por configurados los elementos establecidos por el Máximo Tribunal para tener por desplazado el conocimiento de las presentes actuaciones a favor del juicio colectivo en trámite ante el Juzgado N° 2 del fuero.

IV.1.- Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el “*Leadíng Case*” “Halabi” (Fallos: 332:111) fijó dispuso pautas o conceptos definitorios, luego reiterados en su progenie (Fallos: 338:1492; 342:1747; 343:1259; 344:575; entre otros) para la admisión formal de toda acción colectiva:

- (i) Precisa identificación del grupo afectado,
- (ii) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación;





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 7

(iii) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo;

(iv) que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Sin perjuicio de ello, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (Fallos: 332:111; 336:1236; 338:29).

IV.2.- En este sentido, del Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos (Ac. CSJN N° 32/14), surge que en el mismo deben inscribirse todos los procesos colectivos, “tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las concordes definiciones dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Halabi” (Fallos: 332:111) y “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21 de agosto de 2013”.

En este orden de ideas, de lo previsto en el artículo 3° del reglamento citado resulta que la obligación de proporcionar la información relativa a la inscripción corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado “la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante”.

Por otra parte, en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, aprobado por Acordada CSJN N° 12/16, en el punto IV prescribe que “[s]i del informe del Registro surge la existencia de un



juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requirente deberá remitir, sin otra dilación, el expediente al juez ante el cual tramita el proceso inscripto. De lo contrario, si considera que, de manera manifiesta, no se verifican las condiciones para la tramitación de las causas ante el mismo tribunal, deberá hacer constar dicha circunstancia por resolución fundada y comunicarla al tribunal que hubiese inscripto la otra acción y al Registro”.

IV.3.- Bajo estos parámetros, cabe recordar que el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, en el marco de los autos titulados “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, resolvió “[o]rdenar su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos” y precisar que:

“(a) **El colectivo está integrado por todos los habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad** con base en que –aunque no exclusivamente- fue dictado en violación del artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional y de las demás normas y principios federales que regulan la sanción de normas de sustancia legislativa a nivel nacional”;

“(b) **El objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/2023** y del artículo 24 de la ley 26.122;”

“(c) **El sujeto demandado es el Poder Ejecutivo Nacional (PEN)**” (el destacado no resulta del original) (v. fs. 105/109, de la causa caratulada “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, según consulta pública del sistema informático Lex 100).

IV.4.- En función en de lo expuesto, se advierte que en la *sub examine, prima facie* se configuran los supuestos para desplazar el conocimiento de las presentes actuaciones a favor del magistrado titular del Juzgado N° 2 del fuero, toda vez que, se dan provisoriamente los elementos materia; objeto de la pretensión y composición de la clase, según la consulta en el registro de procesos colectivos del Alto Tribunal, en los términos de la Acordada CSJN N° 32/14 y 12/16, en tanto que:





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 7

(a) el Dr. GIL DOMINGUEZ litiga en su carácter de ciudadano —y la composición de la clase son todos los habitantes alcanzados por y/o sujetos al DNU 70/2023 que afirmen su inconstitucionalidad—

(b) El objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 70/2023.

(c) El sujeto demandado es el Poder Ejecutivo Nacional”.

En otros términos, como el objeto de la pretensión actoral estriba en examinar si el Decreto N° 70/23 supera el *test* de validez constitucional fundado en el examen de la concurrencia de los aspectos formales y materiales para su dictado (condiciones materiales de estricta exigibilidad: —vgr. (i) la preexistencia de una situación de extrema de necesidad; (ii) la existencia de la debida y ponderada razonabilidad entre el fin perseguido y las medidas adoptadas, para conjugar la crisis que dispone el decreto y; (iii) imposibilidad de reunión del Congreso Nacional—; y formales: la etapa ejecutiva y la etapa legislativa) (Fallos: 322:1726; 325:2394; 326:3180; 334:799; 338:1048; entre otros y conf. Convencional constituyente Ortiz Pellegrini, “Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente”, T. II, Santa Fe – Paraná, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, 1994, pág. 2451), es posible ordenar el reenvío de la causa al Juzgado N° 2 del fuero.

IV.5.- No altera la solución propiciada, el planteo de la parte actora de ejercer su derecho a la exclusión del colectivo, toda vez que una favorable acogida de la pretensión actoral conllevaría soslayar lo dispuesto por el Máximo Tribunal en la Acordada N° 12/16, esto es en la finalidad de reglamentar los procesos colectivos.

En efecto, el Alto Tribunal ha dicho que “en múltiples casos se ha mantenido la radicación ante distintos tribunales de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones idénticas o similares. Y esta problemática, (...) **podría conllevar a situaciones de gravedad institucional**, (...) [toda vez que, el] Tribunal advirtió la existencia de un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos en diferentes tribunales del país y destacó que esta circunstancia, además de acarrear un evidente dispendio jurisdiccional, **genera el riesgo cierto**



de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. Asimismo, se señaló que esta problemática también favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución —cautelar o definitiva— favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente (confr. en igual sentido, considerando 8° del fallo C.1074.XLVI “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”, sentencia del 24 de junio de 2014 y su cita)” (v. especialmente considerando 4° de la Ac. CSJN N° 12/16) (el destacado no resulta del original).

Por tal motivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó la necesidad de **“la existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas** y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia (Considerando 7° del voto de la mayoría y 10°, en lo pertinente, del voto de la doctora Highton de Nolasco del citado fallo “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A.”) (v. especialmente considerando 5° de la Ac. CSJN N° 12/16) (el destacado no resulta del original).

Es que, una postura favorable implicaría generar un posible conflicto de decisiones contradictorias entre el *sub examine* y la causa del Juzgado N° 2 referida, dado que en el caso en concreto, el pleito individual impetrado por el Dr. GIL DOMINGUEZ coincide, sin hesitaciones, con el pleito colectivo mencionado, superponiéndose ambas causas al corroborarse un idéntico planteo y sujeto demandando (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Justicia Colectiva”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, págs. 242/245).

Todo lo expuesto, sella negativamente la suerte del planteo actoral y, como consecuencia de ello, corresponde desestimar el ejercicio de exclusión del colectivo.

IV.6.- En definitiva, —y sin que implique un adelanto de jurisdicción, así como tampoco suponga abrir juicio a esta altura sobre la admisibilidad formal de la acción declarativa sobre su procedencia—





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 7

entiendo que se dan preliminarmente las circunstancias previstas en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (v. Ac. CSJN Nros. 32/24 y 12/16) y, en consecuencia, corresponde remitir, sin otra dilación, las presentes actuaciones al Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Secretaría N° 3, que previno en el marco de los autos caratulados “Asociación Civil Observatorio del Derecho a la Ciudad y otros c/ EN-DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986”, expediente CAF N° 48013/2023, en los términos del punto IV.- de la Acordada CSJN N° 12/2016. Sirva la presente de atenta nota de envío, a cuyo fin líbrese oficio DEO (por Secretaría) al Juzgado N° 2 del fuero.

Todo lo cual, **ASÍ SE DECIDE.-**

Regístrese, notifíquese —y al Ministerio Público Fiscal—, cúmplase el DEO ordenado y, remítase sin más trámite.

Walter LARA CORREA
Juez Federal (PRS)





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

66317/2019

ARIAS, GERARDO ENRIQUE c/ EN - M TRANSPORTE s
/AMPARO LEY 16.986

Buenos Aires, de diciembre de 2023.-

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I.- Que mediante la sentencia de [fojas 356](#) (conf. constancias digitales, a las que se aludirá en lo sucesivo), la jueza de la instancia anterior hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. Gerardo Enrique ARIAS, por sí y en representación de todas las personas con discapacidad certificada por la Ley N° 24.901; y en consecuencia, ordenó al Ministerio de Transporte que –en el término de 90 días– adopte las medidas pertinentes a fin de garantizar la inclusión de todas las personas con discapacidad al Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE), manteniendo la gratuidad establecida en la Ley N° 22.431. Impuso las costas a la vencida (art. 68, primer párrafo del CPCCN) y reguló los honorarios de la dirección letrada de la parte actora.

Dejó aclarado que la decisión alcanzaba a la Ciudad de Buenos Aires y a los siguientes municipios de la provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López y Zárate.

Para así decidir, luego de reseñar el marco normativo aplicable al caso de autos, sostuvo que el Estado Nacional “...no garantizaba la igualdad real de oportunidades y de trato, ni el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la norma fundamental y los tratados con jerarquía constitucional en favor de las personas con discapacidad, pues no es dable soslayar que la exclusión de aquellos respecto del Sistema Único de Boleto Electrónico, no es más que una injustificada restricción que, en los hechos, obstaculiza el ejercicio –en



igualdad de condiciones— de sus derechos, al mismo tiempo que coarta y /o afecta su autonomía al utilizar medios de transporte públicos de pasajeros”.

Concluyó que en el caso de autos se verificaba una distinción, exclusión o restricción que obstaculizaba el goce y ejercicio de las derechos y libertades de las personas con discapacidad.

II.- Que contra dicha sentencia, el Estado Nacional- Ministerio de Transporte apeló y expresó agravios a [fojas 366/377](#), que fueron contestados a [fojas 381/383](#).

En su memorial, sostuvo que el objeto de la presente acción de amparo se había tornado abstracto, atento a que el actor contaba con acceso gratuito a la totalidad de los servicios de transporte público con la presentación del certificado único de discapacidad. En tal sentido, expresó que “...el juez de grado no busca amparar un derecho que en definitiva ya está amparado, sino que está en desacuerdo con la modalidad en que lo hace mi mandante, siendo en definitiva dicha decisión arbitraria y una intromisión en las facultades del Poder Ejecutivo”. Además, se refirió a la inexistencia de la lesión alegada, toda vez que el agravio debía ser manifiesto y grave, lo cual no había sido probado en estas actuaciones.

Por otro lado, en relación con la interpretación efectuada del principio de igualdad, afirmó que “...el Estado Nacional viene reconociendo los derechos de las personas con discapacidad, permitiendo que su acceso al transporte público sea sin costo alguno, por lo que el hecho de no contar con la tarjeta SUBE no representa para ellos un impedimento para gozar de los beneficios obtenidos, ni tampoco implica el desconocimiento de los derechos que como usuarios del servicio público tienen a su favor”.

También consideró que la sentencia era arbitraria por no estar debidamente fundada y omitir los argumentos vertidos por el Estado Nacional. Añadió que existían razones técnicas que requerían la confluencia de decisiones políticas consensuadas entre las distintas jurisdicciones. Acerca de la cobertura del seguro pretendida por el actor, consignó que la Resolución N° 38218/14 de la Superintendencia de Seguros de la Nación abarcaba a las personas que abonaban el boleto, como así también a aquellas personas con discapacidad y a sus acompañantes.

En consecuencia, solicitó que se revocara la sentencia apelada, con costas.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

III.- Que a [fojas 385/405](#) tomó intervención el Sr. Fiscal General. En su dictamen, opinó –de acuerdo con los fundamentos allí vertidos– que correspondía rechazar el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y confirmar la sentencia de primera instancia, que hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. ARIAS, por sí y en representación de todas las personas con discapacidad certificada por la Ley N° 24.901.

IV.- Que en este estado de las actuaciones, corresponde analizar la apelación deducida por la parte demandada, la cual exige determinar si existe una omisión estatal en garantizar la inclusión de todas las personas con discapacidad certificada a través de la Ley N° 24.901 al Sistema Único de Boleto Electrónico. Específicamente, se trata de establecer si los integrantes de ese colectivo pueden acceder sin restricciones al servicio de transporte público y al seguro de viaje, respetando además la gratuidad establecida en la Ley N° 22.431.

Resulta oportuno aclarar que no se encuentra controvertido que el accionante fue diagnosticado con “Retraso mental, no especificado Epilepsia” (v. certificado de discapacidad agregado a fojas 25/29). Además, las presentes actuaciones fueron admitidas como acción colectiva, de conformidad con el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (conf. Ac. CSJN N° 12/169), en tanto el promotor de la acción lo hizo en calidad de “afectado” (art. 43, segundo párrafo CN), y también como representante de la clase que involucraba a todas las personas con discapacidad certificada por medio de la Ley N° 24.901 (v. resolución de fs. 87).

Ahora bien, los términos de la pretensión articulada en autos permiten descartar la solicitud del Estado Nacional de que se declare abstracta la cuestión en debate, atento a que –según alegó el actor– la presentación del certificado único de discapacidad para acceder al servicio de transporte público no es suficiente para la protección de sus derechos. En tales condiciones, aun cuando no puede afirmarse que la acción estatal sea inexistente, no es suficiente para cumplir con el mandato de plena igualdad de trato en los términos del artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

IV.1.- Así las cosas, cabe recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional dispone que “[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y



garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". Asimismo, establece que "[p]odrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

De conformidad con el segundo párrafo de dicho artículo, corresponde calificar en los términos de la causa "Halabi" (Fallos: 332:111) a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a intereses individuales homogéneos (Fallos: 336:1236; 337:762; 338:29; 340:1346; 340:1973). En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resaltó la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia y dar plena efectividad a la tutela constitucional frente a los actos estatales lesivos de los derechos y garantías de las personas (Fallos: 339:1077).

La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común; una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y la constatación de que el ejercicio individual del derecho no aparece plenamente justificado, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia (Fallos: 332:111).

En efecto, en el caso de autos existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la obligatoriedad de presentar el certificado único de discapacidad para acceder al servicio de transporte público y la consiguiente exclusión del Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE). Además, la pretensión de autos está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada, dado que se ha puesto en cuestión la conducta estatal que perjudicaría por igual a todas las personas con discapacidad. También es importante poner de resalto que la promoción de esta acción de amparo busca garantizar el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se asumió en autos.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema ha señalado que este tipo de acciones también procederán cuando exista un *fuerte interés estatal* en la protección de los derechos, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

Esto ocurre en el caso de autos, tratándose de las condiciones de acceso al transporte público por parte de las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 CN), como grupo que tradicionalmente ha sido postergado o débilmente protegido (Fallos: 332:111; 336:1236; 338:29; 345:905).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó el *deber de tutela reforzada* que recae sobre los jueces en los procedimientos judiciales que involucran derechos de los grupos en situación vulnerable (Fallos: 345:84; 345:251; y sus citas), entre los que se encuentran los mencionados en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

IV.2.- Atento al encuadre procesal indicado, corresponde reseñar la normativa constitucional, convencional y legal aplicable a las personas con discapacidad, en la medida en que inciden en la solución del caso de autos.

IV.2.1.- Al respecto, el artículo 16 de la Constitución Nacional estableció el *principio de igualdad formal* ante la ley, mientras que el artículo 75, inciso 23 consagró la *igualdad real de oportunidades y trato*, en virtud del cual emerge la obligación estatal de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos; en particular y en lo que aquí interesa, respecto de las personas con discapacidad.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional (art. 2º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y art. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), normas que complementan las disposiciones constitucionales en la materia (art. 75, inc. 22 CN).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el derecho a una protección igualitaria ante la ley se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. Asimismo, afirmó que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. En concordancia con ello, dicho Tribunal consideró que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo



ordenamiento jurídico (OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003; párrafos 100 y 101).

Asimismo, expresó que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, del 31 de agosto de 2012, párrafo 267).

IV.2.2.- Sentado ello, cabe señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como órgano de supervisión del PIDESC, se ha ocupado de las personas con discapacidad y el acceso efectivo al ejercicio de sus derechos sin discriminación. En tal sentido, expresó que los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, *el transporte*, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos (v. Observación General N° 5, párrafo 15).

En particular, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada a través de la Ley N° 26.378), que goza de jerarquía constitucional otorgada por la Ley N° 27.044, tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, incluyendo a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1°).

Dicha Convención define en su artículo 2° a la “discriminación por motivos de discapacidad” como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Asimismo, establece como obligaciones generales que “[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; y e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad” (art. 4º).

Además, el artículo 9º dispone que los Estados Partes “...adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al [...] transporte [...] tanto en zonas urbanas como rurales”

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sostuvo que la *accesibilidad* es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso al *transporte* las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades. El acceso de esas personas al entorno físico y al transporte público es una condición previa para que ejerzan su libertad de circulación, garantizada en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (v. Observación General Nº 2, párrafo 1º).

En igual sentido, dicho Comité expresó que vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente, incluido el *acceso al transporte* (v. Observación General Nº 5, párrafo 16).

IV.2.3.- En el ámbito interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), aprobado por la Ley Nº 24.658, establece que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o



mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; [...] c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo...” (art.18).

También es oportuno recordar la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley N° 25.280, cuyos objetivos son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (art. 2º). En tal sentido, los Estados se comprometieron a “1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; [...] c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad...” (art. 3º).

IV.2.4.- Desde el punto de vista del derecho interno, cabe poner de resalto que el artículo 1º de la Ley N° 25.635, modificatorio del artículo 22 de la Ley N° 22.431 que instituyó el Sistema de protección integral de las personas con discapacidad, establece que “[l]as empresas de transporte colectivo terrestre sometidas al contralor de autoridad nacional deberán transportar gratuitamente a las personas con discapacidad en el trayecto que medie entre el domicilio de las mismas y cualquier destino al que deban concurrir por razones familiares, asistenciales, educacionales, laborales o de cualquier otra índole que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V

tiendan a favorecer su plena integración social”. La reglamentación de dicho artículo fue efectuada por medio del Decreto N° 38/04, que dispuso que el certificado de discapacidad será documento válido para acceder al derecho de gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo terrestre.

En otro orden de consideraciones, cabe señalar que el Sistema Único de Boleto Electrónico fue implementado a través del Decreto N° 84/09, como un medio de percepción de la tarifa para el acceso a la totalidad de los servicios de transporte público automotor, ferroviario de superficie y subterráneo de pasajeros de carácter urbano y suburbano y fluvial regular de pasajeros (art. 1º), siendo la autoridad de aplicación de dicho sistema la Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (art. 2º).

IV.3.- Ahora bien, en el caso de autos se cuestiona la conducta estatal que omite incluir en el Sistema Único de Boleto Electrónico –de manera gratuita y con el seguro de viaje– a las personas con discapacidad. Si bien el Estado garantiza la gratuidad –mediante la exhibición del certificado de discapacidad correspondiente– no ha previsto que los integrantes del colectivo afectado puedan utilizar la tarjeta SUBE. Esta omisión constituye una *acción insuficiente* por parte del Estado Nacional, el cual asumió obligaciones positivas en cuanto a asegurar la *igualdad real* de trato y oportunidades para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad (arg. art. 75, inc. 23 CN y tratados internacionales citados).

Específicamente, la medida estatal restrictiva (o insuficiente) debe ser *necesaria* en el sentido de que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto de los derechos de las personas; para lo cual, los Estados deben contemplar medidas alternativas (OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, párrafo 277).

Por lo tanto, aun cuando el medio que emplea la parte demandada –exigiendo la exhibición del certificado único de discapacidad para usufructuar la franquicia– fuera considerado adecuado, el Estado Nacional debe además procurar utilizar el medio menos restrictivo de los derechos involucrados o bien el que mejor favorezca la plena inclusión de las personas afectadas. En efecto, se debe facilitar la integración de las personas con discapacidad, lo cual puede lograrse asegurando que estas cuenten con el mismo medio que utilizan las demás personas para acceder al servicio de transporte público de pasajeros.



Asimismo, cabe destacar que la medida debe ser *proporcionada en sentido estricto*, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo (OC-21/14 cit., párrafo 278). En el caso de autos, las razones alegadas por el Estado Nacional no son válidas para reconocer en modo diferente los derechos de las personas con discapacidad. En tal sentido, si bien el demandado invoca razones técnicas vinculadas con la coordinación de la implementación del Sistema Único de Boleto Electrónico con las demás jurisdicciones, ello –como se verá– no posee entidad suficiente para justificar la conducta estatal impugnada.

En efecto, tal como fuera advertido por el Sr. Fiscal General en el dictamen de fojas 385/405, la parte demandada no ha demostrado que la implementación del Sistema Único de Boleto Electrónico revista en la actualidad el grado de complejidad técnica que alega. Ello es así, debido a que ha sido posible adecuar dicho sistema para los casos de jubilados y pensionados, del personal de trabajo doméstico, de los Veteranos de la Guerra de Malvinas, de los monotributistas sociales y de los demás beneficiarios de la denominada tarifa social. En todos estos casos, fue técnicamente factible realizar adaptaciones razonables del sistema, a fin de posibilitar su uso sin dificultades por los sujetos afectados. No se advierte –ni se han explicitado– razones que impidan realizar tal adecuación también respecto de las personas con discapacidad.

En este orden de consideraciones, el representante del Ministerio Público Fiscal puso de resalto que existían distintas jurisdicciones que habían implementado la tarjeta SUBE para el acceso al servicio de transporte público por parte de las personas con discapacidad y no se advertían los obstáculos que se le presentaban al Estado Nacional para coordinar dicha implementación con la ciudad de Buenos Aires y con los municipios correspondientes de la provincia de Buenos Aires.

IV.4.- En consecuencia, la procedencia de la presente acción colectiva de amparo se funda en la acción insuficiente de la parte demandada al instrumentar las políticas públicas necesarias a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso libre y gratuito de las personas con discapacidad al servicio público de transporte, sin incurrir en diferencias de trato. De este modo, se configura una conducta estatal que adolece de una ilegalidad y arbitrariedad manifiesta (art. 43 CN). Ello así, en tanto es obligación de los Estados, como se dijo, garantizar la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA V

sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones derivadas de su condición de discapacidad sean desmanteladas (caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, cit., párrafo 134).

Lo expuesto sella la suerte del recurso interpuesto por el Estado Nacional.

V.- Que, por las consideraciones vertidas, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General a fojas 385/405, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional y confirmar la sentencia de fojas 356, con costas (art. 14 de la Ley N° 16.986).

Respecto de las apelaciones deducidas contra la regulación de honorarios fijados en 20 UMAS (fs. 357 y 378), en función de la naturaleza, del resultado obtenido y de la extensión, calidad y eficacia del trabajo profesional cumplido por los letrados de la parte actora, corresponde confirmarla por resultar ajustada a derecho (conf. arts. 16, 20, 21, 58 de la Ley N° 27.423 y Resolución SGA N° 3369 /2023).

Asimismo, por el trabajo realizado ante esta alzada, se fijan los honorarios de dicha dirección letrada en la suma de 6 UMAS –equivalentes a \$ 183.372–, a cargo de la parte demandada (conf. arts. 16, 20, 21, 58 de la Ley N° 27.423 y Resolución SGA N° 3369/2023).

Cabe dejar aclarado que en los importes establecidos no se encuentra incluida suma alguna en concepto de Impuesto al Valor Agregado, por lo que –frente a la acreditación de la condición de responsable inscripto en dicho tributo que oportunamente realice el beneficiario– la obligada respecto de dichos emolumentos deberá depositar el importe correspondiente a dicho tributo, juntamente con el monto del pago.

Por las consideraciones vertidas, y de conformidad con el Sr. Fiscal General, el Tribunal **RESUELVE:** 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional y confirmar la sentencia de fojas 356, con costas (art. 14 de la Ley N° 16.986). 2) Desestimar las apelaciones de fojas 357 y 378 contra la regulación de honorarios efectuada en la instancia anterior; y fijar los de esta Alzada en la suma de 6 UMAS -equivalentes a \$ 183.372-, a cargo de la parte demandada (conf. arts. 16, 20, 21, 58 de la Ley N° 27.423 y Resolución SGA N° 3369 /2023).



Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal General y oportunamente, devuélvase.

Guillermo F. TREACY

Pablo GALLEGOS FEDRIANI

Jorge F. ALEMANY





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2023.- JPR

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que el juez admitió la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó "a la Gendarmería Nacional que disponga el inmediato traslado de la señora R.E.S.^[1] a alguna unidad en la ciudad de Orán, provincia de Salta" (pronunciamiento del 14 de julio de 2023). Impuso las costas a la parte demandada.

Para decidir de ese modo, tras reseñar los presupuestos de admisibilidad para este tipo de proceso, expresó los siguientes fundamentos:

i. "[L]a amparista no cuestiona la potestad de la Gendarmería Nacional para organizar y estructurar operativa y administrativamente la institución, ni su competencia para decidir el cambio de destino de sus integrantes, sino, por el contrario, el criterio que ésta adoptara frente a su situación particular, al negarle la solicitud del traslado para que pueda convivir con su hija menor de edad, y así restablecer el vínculo presencial entre ambas, necesario para el crecimiento de la infante".

ii. "[P]or lo tanto, se hallan en juego derechos de raigambre constitucional, orientados a la protección de la persona, en su condición de niño, los que están incorporados a nuestro sistema normativo en virtud del artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna".

iii. "[L]a presente demanda fue interpuesta por la señora R.E.S. –quien acreditó oportunamente el vínculo con la menor mediante el respectivo acta de nacimiento obrante en autos– a los efectos de obtener su traslado para poder convivir con su hija de cuatro años, quien padece una 'afectación de unión familiar'".

iv. "[P]uede decirse que el acto administrativo a través del cual se le denegara a la actora la solicitud de cambio de destino exhibe vicios en la causa y la motivación".

1.

La identidad queda resguardada en los términos de los artículos 3º, inciso 'k', y 16, inciso 'h', de la ley 26.485 y del artículo 64, apartado "b", del Reglamento para la Justicia Nacional.)



v. "[F]rente a la solicitud de la accionante, en la cual se hallaban involucrados derechos fundamentales de la niña, no bastaba una mera alusión a “razones de oportunidad, mérito y conveniencia”, o a “las necesidades del servicio” para fundar el rechazo, pues, aquel temperamento exigía, en todo caso, una exposición concreta de los motivos y las razones por las cuales la institución se inclinaba por su denegatoria”.

vi. “[A] propósito de lo que marcara la accionada respecto del acuerdo que celebrara la actora con el padre de la niña, cabe destacar que, dicha circunstancia, lejos de abonar a una fundamentación de la denegatoria, exigía a la institución un mayor grado de compromiso al momento abordar la temática, toda vez que el interés superior radicaba en el bienestar de la infante, máxime, si se repara en que la propia institución, a través de la Junta Médica Regional Especial de “TARTAGAL”, había dado cuenta de la patología que presentaba la menor”.

II. Que la parte demandada interpuso recurso de apelación y expresó agravios que fueron contestados únicamente por la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (presentaciones del 2 agosto de 2023 y del 23 de agosto de 2023, respectivamente).

Sostuvo las siguientes críticas:

i. “[L]a sentencia avasalla el principio de división de poderes, toda vez que aquí el sentenciante de primera instancia adelantando jurisdicción se ha inmiscuido en una facultad exclusiva y excluyente de la Administración (Gendarmería Nacional), es decir que aquí el a quo ha realizado una actividad de gestión de los recursos humanos y de política de gestión de personal que solo es facultativa para que sea desplegada por parte de Gendarmería Nacional, más precisamente a través de su Dirección de Recursos Humanos”.

ii. “[E]l sentenciante de grado ha obviado valorar acabadamente que en materia de solicitud de pases por parte de sus subordinados, la Fuerza de Seguridad demandada se ajusta estrictamente a su potestad de resolverlos, de conformidad con las normas legales y reglamentarias vigentes, siendo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

ellas la Ley 19.349 y el Reglamento de Asignación de Cargos y Destinos del Personal de Gendarmería con Estado Militar".

iii. "[L]a sentencia del a quo violentó lo expresamente normado en los artículos 2, 3, 7, 11, 27, 30, 35 y 64 de la ley 19.349, estando estos artículos reglamentados por los puntos 1., 2., 4., 5. y ccdtes de la Directiva del Director Nacional de Gendarmería (DNG) Nro 14/68, habiendo en consecuencia ordenar a mi mandate a resolver de manera urgente el expediente de la aquí actora, dejando de lado lo expresamente legislado y reglamentado, configurando ello en una inhibición de la Fuerza en la administración de sus dependientes".

iv. "[C]on la sentencia también se ha desautorizado el actuar legítimo que tiene Gendarmería como autoridad de aplicación de la ley 19.349 y su reglamentación, cabiendo puntualizar que la determinación respecto a la distribución del personal adscripto en el despliegue de que la Institución tiene a lo largo y ancho del país constituye una medida que se funda en necesidades orgánicas y su efectivización es privativa de Gendarmería como la autoridad con competencia en la materia; es decir que Gendarmería tiene una facultad discrecional, otorgada por la ley 19.349, para ser ejercida por razones de mérito, oportunidad y conveniencia, lo cual se configuró en este supuesto, como así también en todos los casos de movimientos por pases por cambios de destino de todo su personal".

v. "[E]l ejercicio del mando, que presupone facultades de gobierno y administración, no puede constituir agravio para el personal militar de la Fuerza, atento a que ello significaría una limitación a procedimientos operativos imprescindibles para el servicio público que brinda la Institución y un detrimento para la seguridad ciudadana".

vi. "[N]o existió ilegalidad ni arbitrariedad manifiesta en el accionar de mi mandante y no se lesionaron, restringieron o alteraron derechos o garantías propias de la actora, requisito este ineludible para la procedencia de la acción de amparo. Asimismo, la arbitrariedad invocada no surge de un modo que el juzgador pueda captarla a simple vista, por lo que no resulta factible la utilización de la vía del amparo. Como se expuso, el



procedimiento seguido en su tratamiento se ajusta estrictamente a las normas legales y reglamentarias vigentes, no habiendo en ello nada de arbitrario ni de irrazonable".

vii. "[E]l a quo no puede valorar positivamente los argumentos de la actora, toda vez que el servicio público que Gendarmería presta a la ciudadanía se realiza necesariamente a través del personal que le depende, estando en consecuencia el interés general de la ciudadanía por sobre el mero interés individual del amparista".

viii. "[E]l ejercicio razonable de la potestad dispositiva militar resulta un acto discrecional de competencia exclusiva de la Administración y de sus agentes investidos de mando militar, por lo que constituye una cuestión ajena al examen judicial".

ix. "[L]a acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios normalmente instituidos para la decisión de las controversias jurídicas (conf. Fallos 250:154, entre otros) y la existencia de procedimientos aptos para la tutela del derecho que se repute vulnerado basta para sustentar su rechazo".

x. "[L]a revisión judicial y por ende su eventual sentencia, debe encararse con criterio excepcional o restrictivo, constituyendo la actual sentencia definitiva dictada una flagrante alteración y limitación en la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público esencial y necesario".

III. Que acerca de la importancia de la acción de amparo —como proceso judicial de protección constitucional y convencional—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —según ha dicho esta sala en la causa *“Zanolla, Jorge Livio c/ Banco Central de la República Argentina s/ amparo ley 16.986”*, pronunciamiento del 12 de mayo de 2022— ha expresado consistentemente:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

—“Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas” (Fallos: 239:459).

—Si los tribunales tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos “nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la [...] quiebra de los grandes objetivos de la Constitución” (Fallos: 241:291).

—La acción de amparo, en el artículo 43 de la Constitución Nacional, “ha sido diseñada como la vía expedita y rápida —siempre que no exista otro medio judicial más idóneo— contra tod[a] (...) omisión de autoridad pública (...) que en forma actual lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución Federal, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva” (Fallos: 337:1564; 344:3011, voto del juez Rosatti).

—“[D]esde la reforma constitucional de 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto en la Carta Fundamental para la tutela de derechos fundamentales contra todo acto o también, tal su propia letra, contra toda omisión que ‘en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...’ (artículo 43 de la Constitución Nacional)” (Fallos: 344:3011, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

—No hay una intromisión indebida del Poder Judicial en el ámbito de actuación de los otros poderes del Estado cuando tutela los derechos —o se suple las omisiones— que están lesionados (Fallos: 328:1146; 341:39; 344:301, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

—Existe una “obligación jurisdiccional de remediar por vía de amparo la privación de un derecho” (Fallos: 337:1564).



—La acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de los derechos (Fallos: 311:208; 320:1339; 325:1744; 327:2920; 327:2955; 330:1635; 343:1457, voto del juez Rosenkrantz).

IV. Que la adecuada solución del caso no puede prescindir de los estándares interpretativos que la Corte Suprema estableció en torno al procedimiento administrativo, al empleo público, a la perspectiva de género y a la niñez, que esta sala ha recordado y aplicado reiteradamente (causas *“Caro, Julio Eduardo c/ EN -DNM y otros s/ empleo público”*, pronunciamiento del 18 de septiembre de 2015, *“R.W., N.V. c/ EN –Mº Defensa –Armada s/ empleo público”*, pronunciamiento del 22 de septiembre de 2020, *“C. C. y otro c/ EN- Mº Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”*, pronunciamiento del 5 de noviembre de 2020, *“L. H. V. c/ EN s/ empleo público”*, pronunciamiento del 8 de julio de 2021, *“Pennetti, Ángela María c/ UBA –RSL 2774/11- Facultad de Ciencias E y N –CD-RSL 493/12 s/ empleo público”*, pronunciamiento del 16 de diciembre de 2022, *“R.A.M. c/ EN s/ amparo”*, pronunciamiento del 10 de julio de 2022 y *“R.,C.C. c/ EN s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg”*, pronunciamiento del 15 de noviembre de 2023).

V. Que en ese marco jurídico debe retenerse diversas circunstancias relevantes que no están controvertidas:

1. El 15 de marzo de 2022 la actora, que desempeña sus tareas en el Escuadrón "Santa Fe Norte Uno", petitionó con arreglo a la Reglamentación de Asignación de Cargos y Destinos del Personal de Gendarmería Nacional, capítulo II, sección II y III, artículos 2003 y 2004, el cambio de destino a una unidad cercana a la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, Provincia de Salta, donde se encuentra residiendo su hija de cuatro años de edad con su padre.

En esa presentación explicó:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

—"[L]a existencia de conflictos familiares personales que afectan de manera directa a [su] persona como mujer en el marco de una situación de violencia de Género (Ley 26485) y que a su vez impactan en la vida y desarrollo de la salud psico-física de mi hija menor D.M^[2] de tan sólo 4 años de edad, en la medida que me he visto en la obligación en los términos de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, niñas y adolescentes de realizar acciones tendientes a resguardar su interés superior y mantener el vínculo familiar".

—"[E]n ocasión de trasladarme a la ciudad de Orán - Salta, para que mi hija pueda tener contacto con su padre en cumplimiento con lo que verbalmente se había acordado, de repente el progenitor decidió que no podía volverme con mi hija, ya que el apego -según lo expresado por él-, y con sustento en el dictamen técnico de la Psicóloga María Eugenia Bres (MP 726), hace que sea dañino para la salud física y psíquica de la menor el abandono del padre".

—Luego de varias reuniones, acordaron, en un acta de mediación, que su "hija, D.M. de 4 años de edad, quedaba con el cuidado compartido de ambos progenitores, pero con la residencia habitual en el domicilio paterno. Así, se estableció un régimen de comunicación amplio a favor de mi persona para que el vínculo con mi hija no se pierda. Es que claramente, todo éste hecho sobreviniente, desde mi ingreso a la fuerza, no fue previsto. Sin embargo, llegado al extremo, como madre debo garantizar siempre la protección del interés superior de mi hija, así lo iba a hacer la justicia en caso de judicializarlo, pero no quise debido a que no nos recomendaron tener que andar llevando a una menor a tribunales constantemente y además porque presto servicios a casi 12 horas de viaje de Orán".

Con esa presentación, la actora acompañó el convenio firmado con el padre de su hija en el que convinieron que "el cuidado personal de la niña D.A. lo ejercen ambos padres de manera compartida indistinta, manteniendo la niña el domicilio paterno como lugar de residencia".

2.

La identidad queda resguardada en los términos de los artículos 3º, inciso 'k', y 16, inciso 'h', de la ley 26.485 y del artículo 64, apartado "b", del Reglamento para la Justicia Nacional.



2. El 17 de marzo de 2022, la Gendarmería Nacional, por medio de una trabajadora social perteneciente a esa institución, realizó un informe socio ambiental en el que concluyó en que "A partir de la intervención profesional (...) se infiere que [la hija de la actora] amerita la presencia de familiares cercanos de manera permanente para la asistencia y así proporcionar un vínculo paterno-filial mediante el acompañamiento, de esta manera obtener un desarrollo emocional próspero".

3. El 3 de mayo de 2022 la Junta Médica Regional Especial Tartagal elaboró un informe en el que indicó que "Acorde a la patalogía que presenta la niña M. S. es necesario el acompañamiento familiar para la realización de la terapéutica abordada (...) Paciente de 3 años de edad, se encuentra bajo tratamiento psicológico con profesional en Psicología (...) quien conforme el informe psicológico actual refiere, la menor presenta un apego inseguro condicionado por el contexto: falta de constancia de la presencia de ambos padres, condicionando el despliegue emocional que se vuelve acorde con la presencia real de los padres (...)". Concluyó que "(...) esta Junta Médica Regional considera que la menor M.S. debe continuar con tratamiento Psicológico iniciado y contención familiar de ambos padres". Advirtió que la menor puede ser tratada en el destino donde presta servicios la actora.

4. El 29 de Junio de 2022 la Gendarmería Nacional comunicó a la actora que "por el momento no es factible hacer lugar a lo solicitado, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, sumado a ello las necesidades del servicio, que también son tenidas en cuenta a la hora de tomar una decisión".

VI. Que los procedimientos que se realizan ante la administración, y especialmente los trámites que involucran derechos como el que está en juego en esta causa, no pueden quedar reducidos a una pura formalidad (esta sala, causas "R.W.", "L.,H.V.", "Penetti", "R.A.M." y "R., C.C.").





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

VII. Que la declaración de voluntad que se expresa en el acto administrativo se forma en un procedimiento que refleja un conjunto de formalidades arbitradas en garantía de las personas particulares, cuya finalidad es conseguir el acierto en las decisiones que toma la administración, por lo que el procedimiento administrativo posee una evidente significación axiológica constitucional (esta sala, causas “Karpeliowski Laureano Eric c/ Resolución 113/09- CNRT (Expte s01 :1008913/09)”, pronunciamiento del 8 de mayo de 2014, y “*R.W.*”, “*L.H.V.*”, “*Penetti*”, “*R.A.M.*” y “*R., C.C.*”).

VIII. Que resulta imprescindible tener en cuenta diversas reglas cardinales del procedimiento administrativo explicitadas, y empleadas, por la Corte Suprema y por esta sala:

i. Los principios del derecho administrativo integran el ordenamiento jurídico argentino como conceptos generales de la legislación específica sobre la materia (Fallos: 253:101; esta sala, causas “*R.W.*”, “*L.H.V.*”, “*Penetti*”, “*R.A.M.*” y “*R., C.C.*”).

ii. De conformidad con los principios generales que rigen la materia, en el procedimiento administrativo predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio, la buena fe, la lealtad y la probidad (Fallos: 308 :633; esta sala, causa “*R.W.*”, “*L.H.V.*”, “*Penetti*”, “*R.A.M.*” y “*R., C.C.*”).

iii. La búsqueda de la verdad jurídica objetiva es el norte de todo procedimiento administrativo (esta sala, causas “*Krai SA c/ AFIP DGI - resols 29 a 39/02 s/ Direccion General Impositiva*”, pronunciamiento del 1º de febrero de 2012, y “*R.W.*”, “*L.H.V.*”, “*Penetti*”, “*R.A.M.*” y “*R., C.C.*”).

iv. Las personas particulares ostentan la condición de colaboradoras de la administración en la elaboración de las decisiones, aun cuando defienden sus derechos subjetivos, y en la realización de un fin público (Fallos: 308:633; 325:1787), pero no son litigantes en sede administrativa (esta sala, causas “*R.W.*”, “*L.H.V.*”, “*Penetti*”, “*R.A.M.*” y “*R., C.C.*”).



IX. Que es indudable que la administración demandada cuenta con un amplio margen para tomar decisiones respecto de la ubicación y distribución de su personal, en el ejercicio autónomo de las competencias discrecionales derivadas de la subordinación jerárquica y disciplinaria del personal, con prevalencia de los criterios técnicos adecuados a los fines del servicio y a su eficiencia (esta sala, causas “*R.W.*” y “*Desimoni, Luis María c/ EN M Seguridad PFA s/ personal militar y civil de las FFAA*”, pronunciamiento del 13 de junio de 2023).

X. Que, empero, aun dentro de ese margen amplio, las decisiones deben estar motivadas y sustentadas en el régimen legal aplicable (esta sala, causa “*Caro*”), ya que uno los recaudos elementales que exige nuestro sistema constitucional para que toda conducta estatal sea legítima es la motivación (esta sala, causa “*Florentin, Francisco Javier c/ EN -M Seguridad GN s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg*”, pronunciamiento del 14 de febrero de 2023 y “*R.A.M.*”).

XI. Que la Corte Suprema ha considerado, acerca de la motivación de los actos administrativos, que la mención expresa de las razones y los antecedentes —fácticos y jurídicos— determinantes de la emisión del acto tiende a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que las personas particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de los motivos y los fundamentos que llevaron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 322:3066, voto en disidencia; 327:4943; esta sala, causas “*R.W.*” y “*Zizzeta Vicente c/ EN M Seguridad PFA s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 2 de mayo de 2023).

En esa orientación, esta sala ha dicho, por un lado, que el acto administrativo, como una manifestación de la conducta estatal, debe responder “en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada en la promoción del interés público y sometida a ineludibles imperativos de moralidad” (causa “*Aristizábal María Eugenia*”).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

Teresita c/ EN- CSJN- Resol 1954/08 (Expte 477/07) s/ empleo público”, pronunciamiento del 23 de marzo de 2017), y, por otro lado, que “la declaración de voluntad que se expresa en el acto administrativo se forma en un procedimiento que refleja un conjunto de formalidades arbitradas en garantía de los particulares, cuya finalidad es la de conseguir el acierto en las decisiones administrativas”, de manera que el procedimiento administrativo posee una evidente significación axiológica constitucional (causas “Karpeliowski”, “R.W.” y “Zizetta”).

Y también ha recordado que existen diversos fundamentos constitucionales de la motivación como exigencia esencial de los actos administrativos: la forma republicana de gobierno, el régimen democrático, la juridicidad y la razonabilidad de las relaciones jurídicas (causas “R.W.” y “Zizetta”).

XII. Que el Máximo Tribunal ha señalado que “si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos” (Fallos: 314:625 y 334:1909; esta sala, causa “Caro”).

XIII. Que, desde esa perspectiva, los agravios ofrecidos por la parte demandada no son idóneos para revertir la decisión apelada.

La parte demandada no refutó ninguno de los argumentos desarrollados por el juez en la sentencia apelada.

Ciertamente, no controversió las consideraciones relativas a que “frente a la solicitud de la accionante, en la cual se hallaban involucrados derechos fundamentales de la niña, no bastaba una mera alusión a “razones de oportunidad, mérito y conveniencia” o a “las necesidades del servicio”



para fundar la decisión denegatoria, que exigía una exposición concreta de los motivos y las razones que la fundaron.

XIV. Que la Gendarmería Nacional no cumplió su obligación convencional, constitucional, legal y moral que tiene, en términos generales, la administración (como una parte del Estado) de fundar y explicar sus decisiones y, en particular, como ocurre en este caso, aquellas que tienen incidencia en el ámbito de los derechos relativos a la función pública. Es el deber estatal que se origina, como anverso y reverso, en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades enunciado en el artículo 14 de la Ley Fundamental (esta sala, causas "*Caro*" y "*R.A.M.*").

En efecto, a pesar de que las especiales circunstancias que denunció la parte actora fueron reconocidas por la Junta Médica Regional Especial Tartagal, la Gendarmería Nacional no ponderó ni en sede administrativa, ni en el trámite de este juicio —es decir en el informe presentado en los términos del artículo 8° de la ley 16.986 y en el memorial de agravios— las normas constitucionales y supranacionales que brindan protección a la niñez y a las mujeres trabajadoras.

XV. Que debe recordarse, con firmeza, ante la invocación de las “necesidades del servicio”, que de acuerdo con una pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema la circunstancia de que la administración obre en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir una justificación de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que deben ser cumplidos en el dictado de los actos administrativos (esta sala, causa "*R.A.M.*").

Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos estatales y que permite a los tribunales, ante planteos concretos efectuados por la parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (Fallos: 307:639; 320:2509; 331:735; 334:1909; y esta sala, causa "*Caro*").





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

XVI. Que no es admisible pasar por alto que la Junta Médica Regional Especial Tartagal reconoció que la "menor presenta un apego inseguro condicionado por el contexto: falta de constancia de la presencia de ambos padres, condicionando el despliegue emocional que se vuelve acorde con la presencia real de los padres (...) debe continuar con tratamiento Psicológico iniciado y contención familiar de ambos padres". Y si bien esa Junta destacó que la menor puede seguir su tratamiento en la provincia de Santa Fe, de acuerdo con el convenio que acompañó la actora en sede administrativa no puede modificar su lugar de residencia en la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, Provincia de Salta.

Por tanto, al denegar la solicitud de cambio de destino la administración relegó el interés superior de la niñez, que encuentra una tutela explícita en la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y en el artículo 706, inciso 'c', del Código Civil y Comercial.

Esa relegación contrasta con el criterio que estableció la Corte Suprema en el sentido de que ese interés "debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucren en todas las instancias", que existe un "deber inexcusable" que tienen los tribunales "de garantizar a los infantes", como "sujetos de tutela preferente", "situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan impredecibles, y que "los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el citado principio estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los niños, niñas y adolescentes se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten" (Fallos: 346:265; esta sala, causa "R.A.M").



XVII. Que, al mismo tiempo, dicha conducta revela un ostensible desapego por parte de la PSA a la perspectiva de género.

Como ha expresado esta sala, no puede soslayarse la protección de las mujeres trabajadoras, que ha sido incluida en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, ni, tampoco, puede obviarse la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que fue ratificada mediante la ley 23.179, y tiene jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75 inciso 22, de la Ley Fundamental, ni la ley 26.485 de protección integral a las mujeres, en el ámbito laboral (causas “*R.W.*” y “*R.A.M.*”).

XVIII. Que, en suma, la decisión de la Gendarmería Nacional desconoció, pues, los principios y las reglas que presiden, en el ordenamiento jurídico de los derechos humanos, tanto nacional cuanto internacional, la protección de la madre trabajadora, pues le generó a la actora la disyuntiva en decidir continuar trabajando o cuidar la salud de su hija.

XIX. Que las costas de primera instancia deben ser impuestas a la parte demandada en tanto resulta vencida (artículo 14 de la ley 16.986).

XX. Que corresponde que la secretaría de este tribunal caratule nuevamente la causa según el considerando I.

En mérito de las razones expuestas, de conformidad con los fundamentos desarrollados por el fiscal coadyuvante en el [dictamen](#) del 6 de octubre de 2023, el tribunal **RESUELVE**: 1. Confirmar el pronunciamiento apelado; 2. Distribuir las costas de esta instancia por su orden, dado que no medió intervención de la parte contraria (artículo 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y 3. Cumplir por secretaría con la modificación ordenada en el considerando XX.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I

**42939/2022 S., R. E. c/ EN - M SEGURIDAD - GN - EX 24703936/22 s
/AMPARO LEY 16.986 Juzg.nº1**

Regístrese, notifíquese —al fiscal mediante correo electrónico— y devuélvase.

Se hace constar que la jueza Liliana María Heiland no suscribe el presente pronunciamiento por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.).

Fecha de firma: 21/12/2023

Firmado por: RODOLFO FACIO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: CLARA MARIA DO PICO, JUEZA DE CAMARA

Firmado por: HERNAN GERDING, SECRETARIO DE CAMARA



#36824164#393276617#20231220133816805



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
Causa n° 5.765/2021, “METEO SA c/ EN-M° SEGURIDAD- GN s/ PROCESO DE
CONOCIMIENTO” – Juzgado n° 6

En Buenos Aires, a los 26 días del mes de diciembre de 2023,
reunida en acuerdo la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo
Contencioso Administrativo Federal, para dictar sentencia en los autos
“**Meteo SA c/ EN-M° Seguridad s/proceso de conocimiento**”,

La Dra. Liliana María Heiland dijo:

I. La firma Meteo SA demandó al Estado Nacional (EN) -
Ministerio de Seguridad - Gendarmería Nacional (GN) por nulidad de la
disp. DI-2019-2143-APN-DINALGEN#GNA (del 19/12/19) que le
rechazó un segundo reconocimiento en la diferencia del tipo de
cotización del dólar estadounidense en el pago de la Orden de Compra
19/15. Ello, en el marco de la Licitación Pública 13/14 (adquisición de
equipamiento para el personal de la agrupación aviación de la fuerza).

Solicitó, en consecuencia, se ordene a GN que realice un segundo
reconocimiento en la diferencia del tipo de cambio entre el monto
aprobado por la disp. DI-2019-396-APNDINALGEN#GNA y la
cotización de la moneda extranjera al momento del pago. Ello, con más
intereses moratorios, los que estipuló en \$6.266.09,24 “...a los que se
deberá añadir intereses... a la tasa pasiva promedio que publica el...”
BCRA, “...desde la fecha de notificación de la demanda, en que se
capitalizarán (art. 770, inc. “b” del Código Civil y Comercial); y, sobre el
nuevo capital... hasta su efectivo pago (salvo lo dispuesto en el artículo
770, inc. “c” del CCC)”.

II. Por **sentencia** del 6/06/23, el Juez de primera instancia: (i)
admitió parcialmente la demanda y, en su consecuencia, **condenó a la**
GN al pago de intereses moratorios, con costas; y (ii) **rechazó la**
pretensión referida al segundo reconocimiento por la diferencia del
tipo de cambio, “sin especial imposición de costas” por no haber
mediado actividad útil de la contraria.



Para así decidir, luego de aclarar que el silencio guardado por la GN al traslado de demanda, permite tener por auténtica la documentación adjunta y por ciertos los hechos pertinentes y lícitos; así como de detallar lo acontecido en sede administrativa, en esencia, sostuvo que:

(a) No se encuentra controvertido que la moneda de cotización del contrato era en dólares estadounidenses (conf. art. 5° del Pliego de Bases y Condiciones Particulares correspondiente a la Licitación Pública 13/14).

Tampoco, que la actora cumplió sus obligaciones y que emitió las facturas correspondientes, luego de haberse extendido la conformidad definitiva de recepción.

(b) Corresponde desestimar la pretensión de la accionante orientada a obtener una nueva diferencia de cambio (entre el monto aprobado por la disp. DI-2019-396-APNDINALGEN#GNA y la cotización de la moneda extranjera al momento del pago).

La disp. DNG DI-2019-396-APNDINALGEN#GNA hizo lugar parcialmente al reclamo interpuesto por Meteo SA y aprobó la diferencia de cambio por \$6.315.125,20 (conf. art. 73, segundo párrafo, del anexo del dec. 893/12).

Para ello, la GN tomó en cuenta las fechas de presentación de cada la factura (una por el 50% por el anticipo y otra el saldo restante), la fecha de acreditación en la cuenta bancaria de Meteo SA de cada uno de los pagos, el valor de la moneda extranjera al momento de la emisión de la orden de compra, la cotización vigente (BNA) al momento del pago y, en consecuencia, la diferencia de cambio resultante.

Tanto la metodología usada por la Fuerza, como el monto arribado no fue cuestionado por la accionante sino que, por el contrario, lo consintió y emitió la factura correspondiente (n° 00002-00000300) a fin de proceder a su cobro.

Según la normativa entonces aplicable (Pliego de Bases y Condiciones Particulares y el Reglamento del Régimen de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
Causa n° 5.765/2021, “METEO SA c/ EN-M° SEGURIDAD- GN s/ PROCESO DE
CONOCIMIENTO” – Juzgado n° 6

Contrataciones de la Adm. Nac., dec. 893/12), en casos en que la cotización fuera moneda extranjera y el pago en moneda nacional, debía calcularse el desembolso tomando el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente.

Esta última opción fue la empleada por la GNA para el cálculo de las diferencias generadas.

(c) También debe admitirse el reclamo por los intereses por la demora en el pago de la diferencia de cambio reconocida.

La demandada reconoció “...la necesidad de ‘...equilibrar lo cotizado en esa moneda por el oferente con el equivalente de la moneda nacional percibida, a los fines de que, en ese mismo momento el adjudicatario perciba el monto equivalente a lo cotizado’... Por lo que, si el pago del reconocimiento de la diferencia de cambio aconteció más de tres (3) años después del cumplimiento de la orden de compra, no resulta razonable concluir en que dicho equilibrio -que la propia Administración procuró en beneficio del administrado- haya sido alcanzado”.

“Máxime, si se tiene en consideración que la propia actora solicitó el reconocimiento de las diferencias de cambio en tiempo y sin demora alguna (el 24/07/2015 respecto del 50% de anticipo y el 15/03/2016 respecto del saldo restante...)”. Lo que recién tuvo resolución favorable el 22/03/19 y el pago se materializó en junio de 2019.

“Los accesorios reconocidos, deberán calcularse tomando como capital base la suma establecida mediante DI-2019-396-APNDINALGEN#GNA, a partir del 21/01/2016 (fecha desde la cual se encontraba cumplido el plazo de 30 días establecido en el art. 20 del Pliego) y hasta la fecha en que la demandada abonó la diferencia de cambio, a la tasa pasiva promedio que publica...” el BCRA.

La suma resultante devengará intereses a esa misma tasa desde la fecha de notificación de la demanda y hasta su efectivo pago.



III. Disconformes, **ambas partes apelaron** (v. escritos digitales del 7/06/23 y 8/06/23).

(A) La firma **Meteo SA expresó agravios** que fueron contestados (presentaciones del 14/07/23 y 15/08/23).

Se quejó del rechazo al reconocimiento de una nueva diferencia de cambio. Señaló que:

(a) Es “...irrazonable y contraintuitivo, en el marco de un contrato que se estableció en dólares estadounidenses, no reconocer[le]... un segundo reconocimiento...” en tanto “...recibió una suma de dinero que en equivalencia según el tipo de cambio, resultó ostensiblemente menor a la establecida en la orden de compra y en la adjudicación”.

(b) La causa que le generó esa sustancial diferencia en la cotización fue “...el tremendo y grosero incumplimiento de la demandada... con el pago del primer reconocimiento dentro de los treinta días corridos de presentada la factura...”, realizándolo “...después de tres años y cinco meses”. Lo que no resulta saldado con los intereses moratorios reconocidos en la sentencia, generando un enriquecimiento sin causa para el Estado.

(B) A su turno, el **EN-GN también expresó agravios**, que fueron replicados (v. escritos del 7/08/23 y 11/08/23).

Criticó el pago de intereses moratorios desde el 21/01/16, hasta la fecha en que canceló la diferencia. Sostuvo que:

(a) La sentencia omitió ponderar que ninguna normativa prevé el pago de intereses por pagos fuera de término (Régimen de Contrataciones de la Adm. Nac. -dec. 1023/01-, Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Adm. Nac. -dec. 1030/16-, Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Adm. Nac. -disp. ONC 62/16-).

Lo que se funda en el art. 117 del anexo del dec. 893/12: “...los pagos se atenderán, considerando el programa mensual de caja y prioridades de gastos contenidas en la normativa vigente”.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
Causa n° 5.765/2021, “METEO SA c/ EN-M° SEGURIDAD- GN s/ PROCESO DE
CONOCIMIENTO” – Juzgado n° 6

“Esto es así, porque la distribución presupuestaria para la adquisición de bienes y servicios es global sobre un Plan Anual de Contrataciones, y las prioridades pueden estar dadas en otras causas. A eso sumamos que los pagos... se realizan por intermedio del Ministerio de Economía”.

(b) Meteo SA no reservó su derecho de reclamar los intereses por mora en oportunidad de extender el recibo del capital; recaudo exigido por el art. 624 del Código Civil. La reserva debe ser hecha coetánea o simultáneamente con la acción de recibir el pago, lo que no ocurrió.

(c) La sentencia no tuvo en cuenta que le reconoció a Meteo SA la diferencia de cambio al momento de la acreditación bancaria tanto del anticipo del 50%, como del 50% restante; cancelando la obligación a su cargo (conf. art. 73 dec. 893/12).

Todo lo demás resulta alcanzado por el riesgo empresario, y no por un presunto riesgo compartido, en tanto el reconocimiento de la diferencia cambiaria viene a constituir la recomposición del contrato.

(d) La obligación que se establece en la orden de compra, tiene una fecha de pago, que una vez cumplida, efectúa el corte sobre el momento en que debe realizarse la actualización del tipo de cambio.

En la práctica, dicha actualización quedaría sujeta al requerimiento del propio proveedor, al momento en que se efectivizó la acreditación del pago porque la normativa no prevé un plazo para solicitar la diferencia del tipo de cambio.

(e) El Juez tampoco valoró que la actora no interpuso reclamo previo en sede administrativa a fin de solicitar el reconocimiento y liquidación de intereses moratorios. Lo que imposibilita su procedencia.

IV. En tales condiciones y más allá de lo confuso, genérico y hasta dogmático del escrito de expresión de agravios de Meteo SA, limitándose aquí a manifestar una mera disconformidad con lo decidido en la



sentencia de grado, lo cierto es que corresponde declarar la deserción de su recurso (conf. art. 265 y 266 del C.P.C.C.N.).

Es que omite dar fundamento razonado alguno que demuestre las supuestas incorrecciones que atribuye al pronunciamiento apelado; abundando, insisto, en consideraciones genéricas, sin sustento específico, ni respaldo en las constancias de la causa.

La actora centró sus críticas en punto al rechazo de una nueva diferencia de cambio (entre el monto aprobado por la disp. DI-2019-396-APNDINALGEN#GNA y la cotización del dólar estadounidense al momento del pago), sin ofrecer argumentos de suficiente entidad para reputar equivocada la decisión recurrida; que, por lo demás, se sustentó en detallada normativa, la que la actora no cuestionó en su aplicación al caso, ni en su legitimidad.

Máxime de cara a lo prescripto por el art. 73, segundo párrafo, del Régimen de Contrataciones de la Adm. Nac. (dec. 893/12). El que, con claridad, dispone: “En aquellos casos en que la cotización se hiciere en moneda extranjera y el pago en moneda nacional, deberá calcularse el monto del desembolso tomando en cuenta el tipo de cambio vigente al momento de liberar la orden de pago, o bien, al momento de la acreditación bancaria correspondiente”.

La norma, insisto, es clara: para practicar la conversión a pesos argentinos, debe estarse al tipo de cotización según la fecha efectiva de pago de la obligación principal, y no a la de actualización, como pretende la recurrente.

De esa forma, como se vio, procedió GNA para el cómputo de las diferencias generadas y reconocidas mediante la disp. DI-2019-396-APN-DINALGEN#GNA. Metodología de cálculo y monto que, además, como bien lo indicó el Juez de la instancia anterior, no fue cuestionado por Meteo SA; sino que, por el contrario, consintió dicha decisión y emitió la factura correspondiente (nº 00002-00000300) a fin de proceder a su cobro.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
Causa n° 5.765/2021, “METEO SA c/ EN-M° SEGURIDAD- GN s/ PROCESO DE
CONOCIMIENTO” – Juzgado n° 6

V. Aclarado lo anterior, toca ahora examinar el recurso de apelación interpuesto por el EN-GN, el que, adelanto, no puede prosperar. En efecto:

(A) Los agravios referidos a la falta de formulación de reservas por los intereses y ausencia de reclamo administrativo previo, no proceden.

Es que, de las constancias administrativas agregadas a la causa se desprende que: (a) Meteo SA, al solicitar el reconocimiento de la diferencia del tipo de cambio en el pago de la orden de compra en la licitación pública 13/2014, requirió a la GN el pago de intereses moratorios; y (b) el director de la GN, por medio de la disp. DI-2019-396-APNDINALGEN#GNA, aprobó “la Diferencia de Cambio a favor de la firma comercial ‘METEO S.A.’” y rechazó “la solicitud de intereses por la demora en el pago de la diferencia cambiaria”.

En tales condiciones, Meteo SA exteriorizó, en sede administrativa, su voluntad de percibir los intereses moratorios. Petición que, además, como se vio, fue denegada por la GN.

(B) Las quejas que giran en torno a la supuesta inexistencia de normas que prevean el cómputo de intereses moratorios cuando el pago por parte del EN se realiza fuera de término, con sustento en el art. 117¹ del anexo del dec. 893/12, tampoco pueden prosperar.

Ello es así porque ese precepto normativo no tiene los alcances que la GN pretende asignarle. De su texto pues, no se lee, ni es posible concluir que el EN se encuentre exento de los efectos que normalmente se derivan del cumplimiento fuera de término de sus obligaciones; esto es, de la mora imputable (conf. arts. 508 y 622 del C. Civil y arts. 768 y 1747 C.C.C.N.; doc. CSJN, Fallos: 343:1894 y de esta Sala, causas n°s 125/2001 “Ruiz Vargas Cesar Omar”, del 7/06/12; 35.389/2010 “Alba

¹ Art. 117 del dec. 893/12: “El plazo para el pago de las facturas será de TREINTA (30) días corridos, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se establezca uno distinto. Sin perjuicio de ello, los pagos se atenderán, considerando el programa mensual de caja y prioridades de gastos contenidas en la normativa vigente”.



Cia. Argentina de Seguros SA (TF 24815-A)”, del 11/09/18; 140/2011 “*Finning Argentina*”, del 14/03/19; 5905/2014 “*Saporiti SA c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*”, del 18/11/21; entre muchas otras).

VI. Por último, en atención a la forma en que se resuelve, las costas de esta instancia se distribuyen por su orden (conf. arts. 68, segundo párrafo y 71, del C.P.C.C.N.).

VII. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: (i) declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por Meteo SA; (ii) rechazar los agravios del EN-GN; (iii) distribuir las costas de alzada por su orden.

El juez Rodolfo Eduardo Facio y la jueza Clara María do Pico adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal **RESUELVE**: (i) declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por Meteo SA; (ii) rechazar los agravios del Estado Nacional (Gendarmería Nacional); (iii) distribuir las costas de esta instancia por su orden.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Liliana María Heiland

Rodolfo Eduardo Facio

Clara María do Pico



Expte. n° EXP 198051/2022-0 “TOKER,
CARINA MIRYAM CONTRA Aerolíneas
Argentina S.A. SOBRE CONTRATOS
Y DAÑOS - RC - TURISMO Y
HOTELERÍA”

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta:

1. Llegan las actuaciones al Tribunal con motivo del recurso de inconstitucionalidad de la parte actora, parcialmente concedido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo (en adelante Cámara CATyRC), a cargo de la Secretaría de Cámara de la Oficina de Gestión Judicial en Relaciones de Consumo, contra la sentencia que rechazó su recurso de apelación y confirmó la decisión de la jueza de primera instancia que se declaró incompetente para entender en las actuaciones y ordenó remitir la causa al Fuero Nacional en lo Civil y Comercial Federal.

2. Las actuaciones se suscitaron con la demanda que interpuso la actora contra Aerolíneas Argentinas SA, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios que habría sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual imputable a la demandada por falta de reintegro de “millas”. Solicitó el resarcimiento contemplado en la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240 (en adelante LDC), puntualmente el reintegro de millas o su equivalente en dólares, el daño punitivo y la reparación por daño no patrimonial.

Relató que su madre y ella tenían millas del programa Aerolíneas Plus, que su madre se las había cedido y que la demandada había aceptado esa cesión. Expuso que a principios de 2020 decidió hacer uso de ellas y canjearlas por 5 pasajes de Buenos Aires a Mendoza para su familia en abril de 2020, pero debido a la crisis sanitaria global por COVID19, el vuelo se había cancelado. Continuó relatando que, a fines del 2021, la demandada le informó que si no se utilizaban los pasajes antes del 15 de diciembre del 2021, los perdería. Explicó que no podía viajar antes de esa fecha, por lo que había solicitado la devolución de las millas que su madre —luego fallecida— le había cedido, lo que le fue negado.

Adujo que la empresa había decidido ilícitamente quitarle todas las millas haciendo uso de una cláusula del contrato —que establece que ante el fallecimiento del titular, las millas caducan automáticamente— que calificó de abusiva y contraria a la LDC. Planteó que resultaba aplicable lo dispuesto en el art. 37 de la LDC que especialmente prevé que sin perjuicio de la validez del

contrato se tienen por no convenidas aquellas cláusulas que importen la renuncia o restricción de derechos del consumidor.

3. La jueza a cargo de la Secretaría de Consumo 2 —Oficina de Gestión Judicial D— se declaró incompetente para entender en las actuaciones y dispuso remitirlas al fuero en lo Civil y Comercial Federal haciendo suyos los argumentos de la Fiscal de Primera Instancia quien sostuvo que la cuestión debatida involucraba asuntos relacionados con el servicio de transporte aéreo comercial (sentencia de fecha 6 de julio de 2022).

4. Frente a la apelación de la parte actora, la Sala II de la Cámara CATyRC resolvió, por mayoría, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmar la decisión de grado. Para así decidir, remitió a los argumentos brindados por la misma Sala —por mayoría— en los autos “Giletta, Norberto Nicolás y otros contra Aerolíneas Argentinas S.A. sobre relación de consumo”, expte. N°110094/2021-0 (sentencia de fecha 29 de agosto de 2022).

5. Contra tal pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad. Adujo principalmente que la sentencia era arbitraria por carecer de fundamentos y apartarse de lo establecido en materia de competencia en el nuevo Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo (CPJRC), en particular los artículos 5º inciso 1 y 7. Alegó que la Cámara había asignado erróneamente al contrato de millas un carácter de transporte aéreo cuando se trataba de un “programa promocional” en el que se le concedía a los usuarios premios o beneficios canjeables por otros diversos bienes y que esa especie de contrato no existe en el Código Aeronáutico. Insistió en que se solicitaba expresamente la nulidad de cláusulas del contrato de millaje por considerarlas abusivas en el marco del artículo 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 1 de la LDC. Por último, manifestó que no hubo ejecución o principio de ejecución del contrato de transporte aéreo y que tampoco se reclamaba nada vinculado a los billetes aéreos que no se habían podido utilizar, por lo que no sería aplicable el Derecho Aeronáutico.

La referida Sala II concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora (sentencia de fecha 27 de octubre de 2022).

6. Requerido su dictamen, el Fiscal General propició rechazar el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la resolución recurrida (dictamen del 27 de febrero de 2023).

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

Corresponde equiparar a definitiva la decisión recurrida porque sustrae el pleito del conocimiento de los tribunales de la CABA de modo definitivo (cf. la doctrina de las sentencias dictadas en: [Expte. n° 17510/2019-0 “GCBA s/ incidente de inhibitoria - impugnación de actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”](#), sentencia del 10/3/2021, [Expte. n° 14629/17 “GCBA s/ inhibitoria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”](#), sentencia del 14/8/2019, [Expte. n° 13070/16 “De Amorrortu, Francisco Javier c/ GCBA s/ otras demandas contra la aut. administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”](#), sentencia del 3/03/2017, entre muchas otras).

Se discuten los alcances de un contrato de transporte aéreo que, como tal, está regido por la ley federal 17.285; por la cual, en razón de la materia, la justicia local resulta incompetente para entender en él.

Que el pago de los pasajes, cuya devolución por parte de la aerolínea la parte actora pretende, hubiera sido pagado en especie no varía la materia en debate. Ello así, porque la devolución requerida depende, sustancialmente, de establecer cuáles son las obligaciones que surgen en cabeza de la aerolínea frente a la cancelación de los vuelos denunciada por la parte actora. Dicho en otros términos, el fuero competente para entender en el pleito no viene definido por el medio de pago, sino por la materia de cuyo tratamiento pende la resolución del pleito.

Por ello, voto por rechazar el recurso concedido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo, forma y por quien se encuentra legitimado para ello. A los efectos del presente recurso cabe equiparar a la sentencia cuestionada como definitiva dado que dispone la incompetencia de los tribunales locales para entender en esta causa (Expte. n° TSJ 17510/2019-0 “GCBA s/ incidente de inhibitoria - impugnación de actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 10/3/2021, Expte. n° 14629/17 “GCBA s/ inhibitoria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 14/8/2019, Expte. n° 13070/16 “De Amorrortu, Francisco Javier c/ GCBA s/ otras demandas contra la aut. administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 3/03/2017 entre muchos otros).

2. La parte actora demanda a Aerolíneas Argentinas por un incumplimiento contractual motivado por la falta de reintegro del programa de millas (o su equivalente en dólares) en ocasión al pago de pasajes que fueron emitidos y que no pudieron ser utilizados por haber sido cancelado el vuelo indicado por aquella.

Por los términos en que la actora desarrolla los hechos y puntualiza su pretensión, considero corresponde declarar la competencia federal porque se discuten los términos contractuales de una política aerocomercial que entra bajo el dominio de la expresión “comercio aéreo en general”, a la que hace referencia el art. 198 del Código Aeronáutico cuando define el tema de la jurisdicción y la competencia. Debe recordarse que el art. 63 de la ley 24240 remite primariamente a las normas del Código Aeronáutico para resolver cuestiones relacionadas con el contrato de transporte aéreo, luego a los tratados internacionales y supletoriamente a la ley 24240.

Los argumentos que presenta la accionante en su recurso no logran revertir los criterios considerados por la Sala del fuero para disponer en estas actuaciones la competencia federal.

3. Por lo antes expuesto, voto por rechazar el recurso concedido.

La jueza Marcela De Langhe dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad de la parte actora ha sido correctamente concedido.

Este Tribunal tiene dicho que si bien las cuestiones de competencia por regla no resultan equiparables a sentencia definitiva a los efectos del recurso intentado, sí lo son cuando el pronunciamiento cuestionado implica el desprendimiento de la competencia local ([Expte. n° TSJ 17510/2019-0 “GCBA s/ incidente de inhibitoria - impugnación de actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”](#), sentencia del 10/3/2021, [Expte. n° 14629/17 “GCBA s/ inhibitoria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”](#), sentencia del 14/8/2019, [Expte. n° 13070/16 “De Amorrortu, Francisco Javier c/ GCBA s/ otras demandas contra la aut. administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”](#), sentencia del 3/03/2017 entre muchos otros).

2. Reiteradamente se ha sostenido que para dirimir cuestiones de competencia deben examinarse los hechos que se relatan en el escrito de la demanda y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como fundamento de la pretensión (cf. CSJN Fallos: 340:82, 328:1979, 330:628 y sus citas entre muchos otros; TSJ Expte. 18093/2020-0 “Frigorífico Penta SA y otros c/ Administración Gubernamental de Ingresos Públicos s/ impugnación de actos administrativos s/ conflicto de competencia I” del 8/9/2021, Exp.18286/2020-0 “Mar de Hércules SA contra Sud Inversiones y Análisis S.A. y otros s/ordinario s/ conflicto de competencia” del 5/5/2021, entre otros).

La presente acción contra una aerolínea tiene por objeto obtener el reintegro de millas y/o su equivalente en dólares estadounidenses –US\$ 33.715,44–, y el resarcimiento de los daños y perjuicios que la actora sostiene

haber sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual y de las normas de defensa del consumidor que le endilga a la demandada.

El Código Aeronáutico atribuye competencia federal para conocer y decidir en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general (art. 198, [Código Aeronáutico](#)). En el mismo sentido, la [ley 13998](#) había mantenido la competencia de los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Especial de la Capital Federal (hoy juzgados federales) para conocer en las causas que versen sobre hechos, actos y contratos “regidos por el derecho de la navegación y el derecho aeronáutico” (artículo 42, inciso b de la citada ley).

En esa línea, resulta aplicable la vasta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para casos relativos al transporte aerocomercial en cuanto sostiene que el fuero competente es el Civil y Comercial Federal, en tanto los asuntos estén “relacionados principalmente con el servicio de transporte aéreo comercial, entendido como la serie de actos destinados al traslado en aeronave de personas o de cosas, de un aeródromo a otro, y sujetas a los preceptos del Código Aeronáutico, su reglamentación y disposiciones operativas de la autoridad aeronáutica” (Fallos: 329:2819, “[Triaca](#)”, y CSJ 0055/2019/CS1, “[Mac Gaul, Marcia Ivonne c/ LAN Airlines S.A. s/ acciones Ley de Defensa del Consumidor](#)”, del 11/07/19, y CCF 7794/2019/CS1– CSJ 854/2022/CS1 “[Alonso, Jorge Javier c/ Aerovías del Continente Americano S.A. y otro s/ incidente de incompetencia](#)”; “[Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Trombino, Oscar Fernando s/ cobro de sumas de dinero](#)”; del 16/07/20, entre otros).

La circunstancia de que la actora adquiriera los pasajes mediante canje de millas –cuyo reintegro procura– y que impugne cláusulas del programa mediante el cual las obtuvo no logra conmover lo establecido, toda vez que su pretensión deriva de las consecuencias asignadas por la frustración de un contrato de transporte aéreo, sujeta a las prescripciones del Código Aeronáutico.

3. En virtud de lo expuesto, los agravios vertidos por la accionante no logran conmover los fundamentos de la sentencia de la Cámara que confirmó el pronunciamiento de la jueza de primera instancia que decidió remitir las actuaciones a la justicia Civil y Comercial Federal.

Los jueces Santiago Otamendi e Inés M. Weinberg dijeron:

Compartimos la solución propuesta por nuestros colegas preopinantes, por los fundamentos concordantes de sus respectivos votos, a los que adherimos en lo sustancial.

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

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Carina Myriam Toker.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo a cargo de la Secretaría de Cámara de la Oficina de Gestión Judicial en Relaciones de Consumo.

La sentencia se dicta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



Inés Mónica Weinberg
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



Luis Francisco LOZANO
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



Santiago Otamendi
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



**Alicia Enriqueta Carmen
Ruiz**
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



**Marcela Vivian de
Langhe**
JUEZ/A
TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

1983-2023. 40 Años de Democracia

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA IV

TAMBASCIO WAINE, IRLANDA Y OTROS CONTRA TEATRO COLON MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE
BUENOS AIRES SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MEDICA)

Número: EXP 201969/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00201969-4/2021-0

Actuación Nro: 2624329/2023

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos reunimos el juez y las juezas que integramos la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para resolver el recurso planteado por los letrados apoderados de Irlanda Tambascio Waine y Bruno Tambascio Waine (en adelante, la parte actora), contra la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2022 (Actuación n° 3872140/2022) que rechazó la demanda promovida en las actuaciones “*Tambascio Waine Irlanda y otros contra GCBA sobre daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)*” EXP 201969/2021-0. Realizado el sorteo, nuestra decisión se expresa en el siguiente orden: Lisandro Fastman, Nieves Macchiavelli y Laura Perugini.

A la cuestión planteada, el juez Lisandro Fastman dijo:

Antecedentes:

1. Por medio de sus letrados apoderados, se presentaron la Sra. Irlanda Tambascio Waine y el Sr. Bruno Tambascio Waine, en calidad de hijos y herederos del Sr. Gustavo Adolfo Tambascio Levy (en adelante, la actora) e interpusieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) y/o Ente autárquico Teatro Colón (en adelante EATC), por incumplimiento contractual y por los daños y perjuicios derivados en consecuencia.

Relataron que en octubre de 2017, y en el marco de una contratación directa, el Sr. Tambascio Levy suscribió un contrato con el EATC para prestar servicios en calidad de “Artista” –Director de escena- en la obra “Pelleas el Melisande” de C. Debussy, perteneciente a la temporada 2018.

Manifestaron que a pesar de que la obra se realizó con éxito durante el período del 30 de julio al 1 de septiembre del año 2018, nunca se pagó la contraprestación convenida en el contrato. Indicaron al respecto, que en el programa del Teatro se incluyó

que la “idea, conceptualización y director original del proyecto” correspondía al Sr. Gustavo Tambascio. Describieron el objeto del contrato de locación de servicios del que surge que a él le correspondía realizar el montaje, la idea, la conceptualización y la dirección original del proyecto mencionado, y a la otra parte le correspondía abonar el precio pactado de doce mil (12.000) euros -equivalentes en ese entonces a (\$297431,25) doscientos noventa y siete mil cuatrocientos treinta y un pesos con veinticinco centavos, el cual afirman nunca fue abonado.

Señalaron que el trabajo fue exclusivamente realizado por Tambascio, y que formaron parte de su equipo, la Sra. Susana Gómez, Nicolás Boni y Jesús Díaz, a quienes ofrecieron como testigos.

Describieron en detalle la amplia y reconocida trayectoria del artista.

Finalmente, indicaron que quienes se presentan lo hacen en calidad de hijos y herederos, toda vez que su padre falleció en el mes de febrero de 2018, cuando ya había concluido y cumplido con la totalidad del proyecto encomendado por el EATC.

Acerca de los daños y perjuicios ocasionados, expusieron que correspondía al GCBA resarcirlos en los términos del artículo 1082 del Código Civil y Comercial de la Nación. Sostuvieron que la conducta de la demandada ha lesionado el derecho de propiedad de la actora al impedirle disponer del dinero por la obra que se realizó y fue un éxito. En virtud de ello, reclamaron la suma de quinientos mil pesos (\$500.000). Asimismo, invocaron la existencia de un daño moral el que estimaron en la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000).

En definitiva, reclamaron la suma de doce mil (12000) euros más setecientos cincuenta mil (\$750.000) pesos en concepto de daños y perjuicios, con sus respectivos intereses, con aplicación de lo estipulado en el art. 770 inc. B y C del CCyCN.

Por último, fundaron en derecho y ofrecieron prueba.

2. Corrido el traslado de la demanda, se presentó el GCBA, la contestó y solicitó su rechazo.

Luego de negar cada uno de los hechos afirmados por la parte actora, desconoció la autenticidad del contrato, a la vez que afirmó que la Directora del EATC no tenía competencia para suscribirlo, y agregó que correspondía su análisis en la órbita de la Ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires.

Respecto al contrato, su contenido y modalidad de pago, describió que a los efectos de acreditar el pago de los honorarios pactados, el teatro gestionaría la transferencia bancaria correspondiente a los veinte (20) días posteriores a la fecha de finalización del contrato. Manifestó que el contrato nunca pudo llevarse a cabo por el fallecimiento del artista, y nada se le adeudaba ya que no tuvo principio de ejecución, lo que surge expresamente de la Resolución 2018-788-EATC de fecha 12/09/2018, suscripta por Directora General del EATC que deja sin efecto la aprobación de la contratación.

Reiteró que el trabajo para el que fue contratado no pudo ser realizado, ya que debía tener comienzo el 30/07/2018, y el Sr. Tambascio falleció el 03/02/2018. A raíz de ello, el servicio fue prestado por la Sra. Susana Gómez conforme contrato aprobado por Resolución N 2018-538-EATC de fecha 04/07/2018. Asimismo, indicó que el Sr. Tambascio no estuvo en Buenos Aires, por lo que no se originaron gastos de pasaje, alojamiento y viáticos.

Detalló que no realizó el objeto del contrato que consistía en la dirección escénica durante los ensayos y funciones por el período comprendido entre el 30 de junio de 2018 y el 1 de setiembre de 2018, tarea que fue llevada a cabo por la Sra. Gómez a quien se contrató y se le abonó por su trabajo.

Luego, cuestionó el rubro reclamado como daños y perjuicios toda vez que del contrato surgía que el valor de los servicios a prestarse los abonaría el teatro veinte (20) días después de la fecha de finalización del contrato, el cual nunca tuvo principio de ejecución por el temprano fallecimiento del artista. Lo propio expuso respecto del daño moral reclamado.

Finalmente, ofreció prueba y planteó el caso federal.

2.1. Luego, previa intimación, –y por tratarse de sujetos distintos-, se tuvo presente la representación asumida por la Procuración General del GCBA en tanto manifestó que el GCBA contestaba por sí y por el EATC (actuación n° 434193/2022).

3. El día 27 de diciembre de 2022, el juez rechazó la demanda.

Para así decidir, luego de analizar la legitimación de los coactores, el contrato y su contenido, afirmó que *“no quedó demostrado en la causa que el Sr. Gustavo Tambascio Levy previo a su fallecimiento hubiera realizado alguna actividad en pos del cumplimiento de los deberes a su cargo conforme el contrato suscripto con el EATC”* (v. considerando IV, pág.18 de la sentencia en actuación n° 3872140/2022).

Indicó que no se encontraba acreditado que el contrato hubiera tenido principio de ejecución. Destacó que nada se dijo en la demanda acerca de qué hizo concretamente el Sr. Tambascio Levy, lo que derribó toda aspiración resarcitoria.

En definitiva, consideró que no existían elementos concretos aportados en la causa que probaran que se hubiera efectuado algún servicio o cumplido con alguna de las tareas asignadas.

Dijo estar convencido de que la “idea” aportada por Tambascio se dio en el marco de un vínculo personal con Gómez, y no por un vínculo previo a través del contrato celebrado con el EATC, lo que entendió reafirmaba su postura acerca de lo endeble de la demanda y de la ausencia de prueba al menos convincente que demostrara que hubo principio de ejecución.

Destacó que la prueba ofrecida –de testigos- contenía deficiencias técnicas notorias y se frustró por tales falencias. Agregó además, que no había impugnado ningún acto administrativo, el contrato ni el acto que lo dejó sin efecto por falta de ejecución.

Finalmente le impuso las costas del proceso en virtud del principio objetivo de la derrota y reguló los honorarios profesionales.

4. La sentencia fue apelada por la parte actora (v. actuación n° 91545/2023), cuyo recurso fue concedido libremente y los fundamentos presentados en actuación n° 597462/2023.

4.1 En su escrito de expresión de agravios, insistió en el incumplimiento del contrato por parte de la demandada. Se agravió por entender que del propio programa del EATC entregado al público que asistió a la obra, surgía que la idea, conceptualización y Dirección original del Proyecto pertenecen a Gustavo Tambascio. Sostuvo en ese sentido, que la demandada se valió de la figura del artista para presentar, exhibir y facturar por la exitosa obra, y luego anuló el contrato, lo que señaló que revela que se ejecutó y perfeccionó en todas sus partes.

Afirmó que hubo principio de ejecución del contrato, que operó desde el momento de su firma, en el entendimiento de la complejidad de una obra lírica que no admitía una puesta realizada en pocos días. Hizo hincapié en que al momento del fallecimiento del Sr. Tambascio, la puesta en escena ya estaba concebida y transmitida a sus colaboradores, entre los que se encontraba la Sra. Gómez.

Se agravió también del hecho que no se pagaran los gastos y viáticos por el fallecimiento de Tambascio, cuando se presentó una obra sin que el director esté físicamente en la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, otro de sus agravios se dirigió a cuestionar lo decidido por el juez que entendió que no se cumplió la condición de finalización del contrato, que no existieron pruebas, que no se probó el principio de ejecución y que no se acompañaron documentos *“prefigurando requisitos de la puesta de escena, directivas sobre clase y número del plantel humano a incorporar a la obra, ni del número de coreutas y figurantes que se requerirían, y su relación con la partitura, cantidad de metros escénicos para desarrollar el montaje, no se cuenta ni siquiera con un borrador de proyecto de escena elaborado por el Sr. Tambascio Levy”*, lo que sostuvo que se contradice con el principio general que indica que los contratos pueden ser probados por todos los medios. Al respecto destacó que el propio programa del Teatro, que expresamente dice: *“IDEA, CONCEPTUALIZACIÓN Y DIRECTOR ORIGINAL DEL PROYECTO: Gustavo Tambascio 1948- 2018”*, y que fue entregado a todo el público que compareció a ver la obra, resulta la prueba fundamental en apoyo a los hechos afirmados.

En definitiva, reafirmó que el contrato comenzó a cumplirse desde que se suscribió por parte del Sr. Tambascio, hasta que falleció en febrero de 2018, que las ideas fueron transmitidas a su equipo de trabajo, quienes terminaron de ejecutarlas, que la obra se presentó exitosamente, y que la envergadura de su puesta fue lo que originó las buenas críticas que recibió, principalmente por la actuación de Gustavo Tambascio Levy, motivo por el que se valieron de su nombre en el programa del EATC.

5. Corrido el traslado de los fundamentos, el GCBA los contestó, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad (v. actuación n° 794158/2023)

5.1. Luego, se ordenó el pase del expediente a sentencia y se procedió al sorteo (v. actuaciones N° 1117997/2023 y N° 1362917/2023, respectivamente).

Fundamentos:

6. De manera preliminar, resulta adecuado aclarar que todas las cuestiones de la sentencia que no formaron parte de los agravios se encuentran firmes y, en consecuencia, no compete a esta Cámara su revisión.

Asimismo, cabe recordar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todas y en cada una de las cuestiones y argumentaciones que

proponen a su consideración, sino tan solo a aquellas que son conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (CSJN, Fallos: 258:304; 265:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; entre muchos otros).

Que en virtud del principio que informa que el juez conoce el derecho, se faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (Fallos 329:3879).

Asimismo, en el art. 312 del CCAyT (t.c. Ley N° 6588) se establece que los jueces forman su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo.

7. Que conforme lo resuelto en la sentencia recurrida y los términos del escrito de expresión de agravios presentado por la parte actora, cabe señalar que no se encuentra en discusión en esta instancia lo relativo a la existencia y validez del contrato y su marco legal -tanto para la contratación directa como para la suscripción de un contrato de locación de servicios-, así como tampoco del acto administrativo que lo dejó sin efecto, y que no fue impugnado por la parte actora, circunstancias que fueron tratadas y se encuentran firmes.

7.1 Ahora bien, la cuestión a analizar en lo que resulta materia de agravio, consiste en determinar si existió un incumplimiento contractual por parte del GCBA – EATC, y si de ello se derivaron los daños y perjuicios invocados por la parte actora.

7.2. En esta línea, cabe destacar, que según se desprende de los términos del contrato, el trabajo encomendado al locador lo fue por el período que abarca desde el 30/07/2018 hasta el 01/09/2018, en calidad de “Director de escena”, y cuyas labores consistían en desarrollar el proyecto de puesta en escena, coordinar los diferentes departamentos para lograr la correcta puesta en escena, participar durante la selección, los ensayos y la preparación del elenco, y llevar a cabo la supervisión del plan de trabajo de producción (conf. punto 2 del anexo).

Asimismo, de la prueba producida en la causa surge que mediante la resolución n° 788/EATC/2018, se dejó sin efecto el contrato celebrado con el Sr. Tambascio Levy, con fundamento en que “no tuvo principio de ejecución” por su

fallecimiento anterior, que se produjo el 3 de febrero de 2018 (v. adjunto a la actuación n° 1501381/2022), acto que no fue impugnado por la parte actora.

Por otra parte, es oportuno recordar que en materia de contratos administrativos “todo lo relativo a la ‘competencia del órgano’ y la ‘expresión de la voluntad’ de la Administración, al momento de celebrar cualquier contratación estatal, constituye —en principio— una materia regulada por el derecho público y no por el derecho privado, lo que es aplicable tanto a contratos administrativos como también a contratos de derecho común de la Administración” (Tribunal Superior de Justicia – en adelante TSJCABA- in re “Peña, Walter s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en ‘Peña, Walter c/ GCBA s/cobro de pesos’, expte. n° 7401/10, del 24/03/12).

8. Expuesto esto, corresponde adelantar que los agravios esgrimidos por la parte actora no logran desvirtuar las conclusiones a las que arriba el juez de primera instancia, que luego de analizar y ponderar las circunstancias del caso, concluye en la falta de acreditación del incumplimiento contractual alegado.

En resumen, del expediente no surge la existencia de pruebas que acrediten lo manifestado por la parte actora. En esta línea, lo argumentado acerca de que el contrato habría sido cumplido por el Sr. Tambascio, no viene acompañado del debido respaldo probatorio. Lo propio ocurre con el alegado principio de ejecución que afirman, habría tenido el contrato hasta el momento de su muerte.

Al respecto, cabe señalar que no pueden tenerse por acreditados los hechos basados en presunciones de lo que podría haber realizado el Sr. Tambascio en torno al contrato celebrado solamente teniendo en cuenta la envergadura de la obra, cuando no se ha arrimado al expediente ningún elemento que acredite la realización de dichos actos, ni se ha explicado en qué habrían consistido.

Más aun, teniendo en cuenta que el fallecimiento del artista se produjo el día 03/02/2018, casi seis (6) meses antes de la fecha establecida en el contrato para prestar sus tareas -30/07/2018-, resultaba definitorio para la suerte de su pretensión, -y más allá de las cláusulas exorbitantes del contrato- acreditar en el expediente que el contrato haya tenido principio de ejecución, circunstancia que no se ha verificado.

En este entendimiento, los agravios de la parte actora no logran desvirtuar lo afirmado por el juez de primera instancia respecto a que no existen pruebas

que corroboren el incumplimiento del contrato, ni que el Sr. Tambascio hubiera llevado a cabo actos concretos que denoten un principio de ejecución del acuerdo.

En esta línea, el recurso debe ser desestimado, dado que si bien el contrato no tuvo finalización –lo que constituía un requisito para el pago-, tampoco ha tenido principio de ejecución.

Es de destacar que el propio contrato refiere a la aprobación por parte del EATC de las obras cumplidas por el locador, y que se encontraba a cargo del Ente certificar su cumplimiento, lo que constituía requisito para el pago de los honorarios (v. cláusula tercera del contrato). Ahora bien, nada de esto ha sido acreditado en la causa.

En consecuencia, el planteo dirigido a cuestionar la interpretación de la prueba hecha por el sentenciante, será desestimado. Es que, más allá de las alegaciones genéricas formuladas en su recurso, en la sentencia recurrida el juez analizó pormenorizadamente los distintos informes y documentos obrantes en la causa, los que no fueron impugnados por la parte actora.

Basta con reseñar que de la prueba informativa producida surge que mediante la resolución n° 788/EATC/2018, se dejó sin efecto el contrato celebrado con el Sr. Tambascio Levy, con fundamento en que “no tuvo principio de ejecución” por su fallecimiento anterior, que se produjo el 3 de febrero de 2018 (v. adjunto a la actuación n° 1501381/2022), acto que no fue impugnado por la parte actora. Por otra parte, la contratación se estableció desde el 30 de julio de 2018 hasta el 1 de septiembre de 2018 y el artista falleció el 3 de febrero de 2018.

De los términos del contrato surge además, que para el “ensamble”, el artista debía “requerir a la dirección general de EL TEATRO, con la mayor antelación posible, pero en ningún caso con una anticipación menor a los seis (6) meses del estreno de LA OBRA, la aprobación expresa de los coreautas y figurantes propuestos” (punto 1.1.4 del anexo). No obstante, ninguna constancia de solicitud de aprobación se encuentra en la causa.

A su vez, en el anexo del contrato se describen los distintos servicios a los que se obligaba el locador, y en los que destaca la activa labor en forma conjunta con el Teatro, en especial al “Desarrollar el proyecto de puesta en escena de LA OBRA, actuando als directivas y efectuando los ajustes que reciba por parte de EL TEATRO” (punto 2 i del anexo).

Asimismo, la DGAYP del EATC, informó que “los ensayos para la obra se llevaron adelante entre el 30 de julio y el 30 de agosto, y las funciones entre el 31 de agosto y el 7 de septiembre de 2018 en el Teatro Colón, bajo la dirección escénica de la Sra. Susana Gómez” (v. adjunto en la actuación n° 2926428/2021), lo que denota a las claras que el trabajo fue realizado por otra persona. Aquí lo manifestado por la parte actora respecto del precio inferior del contrato celebrado posteriormente con la Sra. Gómez, tampoco prueba que el Sr. Tambascio haya efectuado tareas en el marco de su acuerdo con el EATC. En esa tesitura, la diferencia de honorarios pactados no puede por sí probar la ejecución del contrato bajo análisis, toda vez que se trata de contrataciones efectuadas teniendo en miras las cualidades personales, artísticas y de trayectoria del cocontratante que no pueden ser objeto de comparación. Aquí vale destacar la prohibición de “ceder ni transferir derechos y obligaciones” previstas en el contrato (v. cláusula décima).

8.1 Ahora bien, la parte actora en su afán de demostrar que el Sr. Tambascio cumplió con su parte del acuerdo, centra su agravio en el hecho de que en el Programa de la obra exhibida (v. págs. 50/70 de la documental en actuación n° 1902216/2021) que llevó finalmente a cabo la Sra. Gómez (v. contrato adjunto en la actuación n° 2926428/2021) se incluyó el nombre del artista, y que eso da cuenta del cumplimiento de su parte del contrato.

En la sentencia recurrida, el juez aludió a que se trató de un homenaje al Sr. Tambascio Levy, lo que “*no permite inferir más que un reconocimiento a ideas de aquél que pudieron haber inspirado la puesta en escena de la obra, donde el homenaje oficia como una forma de cortesía para reconocer una trayectoria artística*” advirtiendo que de ello “*no se derivan actos de ejecución contractual*” (v. considerando IV de la sentencia).

En este aspecto del recurso, lo manifestado por la parte actora sin el debido respaldo probatorio, de ningún modo implica que Tambascio haya cumplido con el acuerdo celebrado. En este sentido, la idea o conceptualización que pudiera aportar y transmitir a su equipo no evidencia que el contratado haya efectuado tareas vinculadas al objeto del contrato, y de las que reitero, no se ha acompañado prueba alguna.

En definitiva, y en contraposición de lo señalado, la parte actora no ha siquiera explicado ni detallado las tareas que dice que Tambascio llevó a cabo, ni ha

acreditado con ningún medio probatorio sus dichos, y tampoco ha aportado elementos ni argumentos que permitan una solución distinta a la propuesta en la instancia anterior, lo que no hace más que sellar la suerte de su recurso y cualquier pretensión resarcitoria por parte de sus herederos

8.2 Como corolario de lo expuesto, el agravio por los viáticos, también será desestimado, dado que si bien se encontraba acordado en el contrato (cláusula quinta), todos los gastos de traslado y alojamiento (cláusulas quinta y sexta del contrato) previstos lo fueron en relación al período en que el artista debía prestar sus tareas, las que como se dijo no han sido acreditadas en la causa. En este sentido, cabe destacar que la DGaYP del EATC, informó que el Sr. Tambascio no estuvo en Buenos Aires, por lo cual no hubo gastos de pasajes, alojamientos y viáticos (v. NO-2021-35300039-GCABA-DGAPEATC.pdf” adjunto en la actuación n° 2926428/2021).

8.3. A mayor abundamiento, las manifestaciones que realiza la parte actora sin elementos concretos que avalen su postura, se enmarcarían en el ámbito del derecho de autor y la propiedad intelectual, ajeno a la materia propuesta en la presente causa que se basa en el alegado incumplimiento contractual -que no ha sido probado- y los daños que hubieran podido derivarse de ello.

9. A esta altura, cabe recordar que es sobre los accionantes que pesa la carga de aportar los elementos que el juez evaluará y no éste quien debe pedirlos a las partes. El principio dispositivo ritual que emana del art. 303 del CCAyT pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión.

Cabe recordar que en la citada norma legal se establece que las partes tienen la carga de probar los hechos a los que atribuyen la producción del efecto jurídico pretendido, ya que esta actividad probatoria constituye un imperativo del propio interés, como así también de esta depende producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, a riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso (conf. CSJN “Kopex Sudamericana SA”, Fallos 318:2555; esta Cámara, sala 1, “Montani”, Expte. N° 1625/0, del 10/11/09).

En este sentido, “la valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia o

inexistencia de los hechos controvertidos del proceso. En el ámbito local, las pautas que deben seguirse en lo tocante a este punto se encuentran en el artículo 310 del Código Contencioso Administrativo y Tributario. Las citadas reglas de la “sana crítica”, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las “máximas de experiencia”, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad (conf. Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, Tº IV, núm. 421, págs. 414 y sigtes)” (conf. esta Cám. CayT, Sala II, “Ottolenghi”, sentencia del 03-10-2013).

Asimismo, tiene dicho el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad (en adelante TSJCABA) que "la eficacia de la prueba de presunciones exige una valoración conjunta que tome en cuenta la diversidad, correlación y concordancia de las presunciones acumuladas, pues según la jurisprudencia, 'por su misma naturaleza cada una de ellas no puede llegar a fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que este deriva precisamente de su pluralidad (...)' por ello analizar 'individualmente la fuerza probatoria de las presunciones alegadas descartándolas progresivamente (...) desvirtúa la esencia del medio probatorio de que se trata [e] introduce en el pronunciamiento un vicio que también lo invalida'" (TSJCABA, en "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Baladrón, María Consuelo c/ GCBA s/ Impugnación de actos administrativos' “, expte. n° 3287/04, sentencia del 16/03/2005).

En definitiva, sabido es que si quien debió probar los hechos controvertidos no lo hizo, tendrá que soportar los perjuicios que provoca su omisión. Y ello no es un derecho de la otra parte, sino un imperativo de su propio interés, pues se trata del riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis (conf. Carlos Eduardo Fenochietto, CPCCN, Comentado, Anotado y Concordado, t. 2, Astrea, p.468).

Así las cosas, cabe concluir que el recurso de la parte actora no hace más que reflejar lo que sostuvo en su demanda, que no estuvo acompañada del debido respaldo probatorio para que pueda prosperar, carencia que tampoco ha logrado ser

revertida durante la tramitación del proceso, y que no se modifica con el recurso propuesto ante esta instancia.

En este sentido, cabe estar a lo resuelto por el juez de grado que concluyó que de la compulsa del expediente no se puede constatar que el Sr. Tambascio haya realizado actos que acrediten el cumplimiento del contrato ni que aquél haya tenido principio de ejecución. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

10. En atención al modo en que se resuelve, corresponde imponer las costas de esta instancia a la parte actora vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. art. 64 CCAyT).

En virtud de lo expuesto, en caso de que mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo: **1)** Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia de primera instancia **2)** Imponer las costas de esta instancia a la parte actora vencida (conf. art. 64 CCAyT).

A la cuestión planteada la jueza Nieves Macchiavelli dijo:

Adhiero a los antecedentes, fundamentos y solución expuesta por el juez Lisandro Fastman en sus considerandos 1 a 8 y 10 de su voto.

En virtud de lo expuesto, el tribunal **RESUELVE:** **1)** Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia de primera instancia **2)** Imponer las costas de esta instancia a la parte actora vencida (conf. art. 64 CCAyT).

Se deja constancia que la jueza Laura Perugini no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

Cúmplase con el registro (Res. CM N° 19/2.019).

Notifíquese electrónicamente a las partes por Secretaría y al MPF.

Oportunamente, devuélvase al juzgado de origen.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

JUZGADO N°15|EXP:201969/2021-0 CUIJ J-01-00201969-4/2021-0|ACT 2624329/2023

Protocolo N° 1579/2023

FIRMADO DIGITALMENTE 09/11/2023 14:46



**Lisandro Ezequiel
Fastman**
JUEZ/A DE CAMARA
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CATyRC - SALA IV



**MACCHIAVELLI
AGRELO María De Las
Nieves Veronica**
JUEZ/A DE CAMARA
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CATyRC - SALA IV



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

1983-2023. 40 Años de Democracia

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA
N°29

BARBATELLI, MARTIN HERNAN CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 131926/2023-0

CUIJ: EXP J-01-00131926-0/2023-0

Actuación Nro: 2922425/2023

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 05 de diciembre de 2023.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Mediante la actuación n° 2466709/2023, se presentó el Sr. Martín Hernán Barbatelli -abogado en causa propia- e interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fin de que se ordene a la demandada a “(...) *hacer cesar su omisión ejecutar las intimaciones cursadas por la Agencia Gubernamental de Control (en adelante llamada ‘AGC’) para el retiro de las plataformas citas en MERCEDES 4146, MERCEDES 3987 y BAHIA BLANCA 4073 de esta ciudad*” y, asimismo, “(...) *se ordene dar cumplimiento a la RS-2023-19514358-GCABA-COMUNA11 que rechazó de manera expresa la instalación de una plataforma de esparcimiento en la calzada contigua a la acera de la calle Mercedes para el local comercial sito en la calle Mercedes N° 4146 (en adelante llamado ‘DECK’)*” (cfr. pág. 1 del escrito de demanda).

En el apartado “2. ANTECEDENTES:” del escrito de inicio, relató que es vecino del barrio Villa Devoto y que ante la advertencia de diferentes “DECK” en locales gastronómicos frente a la plaza “Arenales” y teniendo en cuenta que para la habilitación de los mismos se requiere -por motivos de seguridad pública- que “(...) *circule como máximo una (1) línea de colectivos (...) y que no sea una vía de alta velocidad (mayor a los 50 KM/H) ni tránsito pesado*” es que solicitó, en el marco de la ley n° 104, que se informe si “(...) *los locales gastronómicos de las calles MERCEDES 4146, MERCEDES 3987 y BAHIA BLANCA 4073 de esta ciudad [contaban] con permiso para la instalación del DECK*”.

Refirió que el mencionado pedido fue contestado por medio del informe “IF2023-28177131-GCABA-COMUNA11”, suscripto por el jefe comunal, en donde se le hizo saber que “(...) *dos de los locales no contaban con permiso vigente mientras que al tercero se le había denegado el permiso*”. Indicó que la resolución que denegaba el permiso en cuestión databa del mes de mayo del corriente año y que para “*finales de julio*” el “DECK” continuaba allí.

En este contexto, efectuó un nuevo pedido de acceso a la información pública, que tramitó bajo el número de expediente EX2023-31312777-GCABA-DGSOCAI¹.

Agregó que la precitada solicitud fue respondida a través del informe IF-2023-34211244-GCBA-COMUNA11, en donde le hicieron saber que: “(...) el control y la fiscalización de las áreas gastronómicas, así como el de sus equipamientos e instalaciones, será efectuado por la Agencia Gubernamental de Control, mediante el área que ésta última designe a tal fin (...)”.

Refirió que el día 27 de septiembre del corriente año, recibió un correo electrónico en el marco del mismo expediente remitido por el “(...) Sr. VELA, Carlos Maximiliano que dando luz a mi consulta acompañó actas de inspección de fecha 14/SEP/2023 (MERCEDES 4146), 14/ENE/2023 (MERCEDES 3987) y 12/JUL/2023 (BAHIA BLANCA 4073). En los tres casos se intimó a retirar los DECK BAJO APERCIBIMIENTO”.

Remarcó que a la fecha de interposición de la demanda (23/10/2023), “(...) las plataformas siguen ahí sin que medie intervención alguna del GCBA, eso más allá del riesgo de que esas plataformas se encuentren en ese lugar a la fecha, o que funcionarios públicos que conocen de la orden de retiro no habrían formulado las denuncias pertinentes ya sea por la contravención o por la posible comisión del delito de acción pública de desobediencia (Con. Art. 239 CP)”.

En el apartado “**2.1.- SITUACIONES DE EMERGENCIA**” señaló que “(...) el DECK ubicado en la calle Mercedes 3987 de esta ciudad angostó en exceso la calzada, tornando dificultoso el tránsito de los colectivos y haciendo imposible el paso de un camión de bomberos. Evitando así que puedan acudir a una emergencia los bomberos por esa calle”.

Fundó en derecho su pretensión, se expidió en relación al agotamiento de la vía elegida, argumentó sobre la admisibilidad de la vía del amparo escogida y sobre la competencia del juzgado, ofreció prueba, efectuó reserva del caso federal y culminó con el petitorio de rito.

¹ Allí peticionó que: “[t]eniendo en cuenta que por el Inc. C del Art. 11 de la ley 1177 de la ciudad las comunas tienen poder de policía sobre las normas sobre usos de los espacios públicos, y que en el IF-2023- 28177131-GCABA-COMUNA11 que me fuera notificado el 23 de julio de 2023 se me pone en conocimiento la existencia de locales gastronómicos que hacen uso indebido del espacio público quiero que se me informe:// • Si la comuna llevó adelante alguna acción para hacer cesar esta flagrante contravención (Conf. Art. 99 código contravencional).// • En caso que la respuesta sea positiva solicito se me informe cuales.// • En subsidio, y para el caso que por cuestiones de interpretación normativa las autoridades comunales entiendan que la normativa citada de la ley 1177 no los enviste con poder de policía para controlar estas conductas, toda vez que por su condición de funcionarios públicos tienen obligación de denunciar ante el órgano que corresponda las infracciones producidas en el espacio público quiero consultar: Si se realizaron denuncias relacionadas con las infracciones cometidas por parte de los emprendimientos gastronómicos enumerados supra. En concreto me refiero a colocar DECKS sobre la acera sin contar con autorización para ello o con una solicitud de autorización rechazada” (el resaltado pertenece al original).



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA
N°29

BARBATELLI, MARTIN HERNAN CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 131926/2023-0

CUIJ: EXP J-01-00131926-0/2023-0

Actuación Nro: 2922425/2023

II. Luego de que el Juzgado de Primera Instancia en lo CATyRC n° 8 decidiera la inexistencia de una doble iniciación con un expediente en trámite por ante el referido tribunal, el día 25 de octubre del corriente año fue recibida la presente causa remitida por la Secretaría General del fuero.

A través de la actuación n° 2492050/2023 se confirió vista al Ministerio Público Fiscal, quien dictaminó -entre otras cuestiones- de manera favorable respecto de la competencia del suscripto (cfr. actuación n° 2530489/2023).

Por medio de la actuación n° 2531181/2023 ordené correr el traslado de la demanda, siendo contestada por el GCBA mediante la actuación n° 2735300/2023.

En primer término, detalló lo que entiende que es la pretensión del amparista y efectuó las negativas de rigor.

Planteó la falta de legitimación activa del actor. Al respecto, señaló que de acuerdo con la información brindada por la Dirección General de Escribanía General (cfr. documento "NO-2023-41561729-GCABA-DGEGRAL" acompañado a su contestación de demanda), el actor invoca personería sin ser frentista de los inmuebles en cuestión, ni justificar un derecho subjetivo que habilite la presente acción judicial.

Así, expresó que el domicilio real del actor se ubica en Pedro Morán 4520, *"lo que de ninguna manera puede significar el paso necesario y obligatorio por la acera señalada por la parte actora"*, por lo que el accionante *"(...) solamente se arroga la representación de la comunidad toda invocando de manera genérica el derecho a la seguridad vial y peatonal"*.

Añadió que *"(...) la parte actora carece de legitimación activa para revestir el carácter de parte en el proceso judicial y, en consecuencia, no existe caso, causa o controversia judicial en los términos de lo prescripto por los artículos 2 de la Ley N° 27, 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 116 de la Constitución Nacional"*.

Alegó que *"(...) la parte actora refiere un supuesto riesgo de lesión de particulares, sin esbozar mínimamente, de manera individual, el interés jurídico que judicialmente se le estaría afectado y, por otro lado, arrogándose la representación de la comunidad toda. Mucho menos demuestra lesión constitucional tutelable por la vía del amparo"* (el resaltado pertenece al original).

Concluyó este apartado de la contestación de la demanda afirmando que *“la parte actora no cuenta con legitimación procesal activa para arrogarse la representación procesal de toda la población en general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tampoco demostró tener un derecho subjetivo afectado que la habilitara para iniciar el presente amparo”* (la negrita pertenece al original).

A continuación, manifestó que *“no existe en autos un caso o causa judicial en razón que la parte actora no se halla legitimada para promover la presente acción de amparo”*.

Seguidamente, impugnó la vía elegida por el accionante, se explayó acerca de la legalidad del accionar de la Administración respecto de los tres (3) locales objeto del presente proceso², ofreció prueba, hizo reserva de cuestión constitucional y de caso federal y, finalmente, culminó con el petitorio de forma.

III. A través de la actuación n° 2763083/2023, tuve por contestada la demanda y ordené, de manera previa a todo trámite, conferir vista al Ministerio Público Fiscal.

Mediante la actuación n° 2831841/2023, el GCBA acompañó documentación relativa a *“NO-2023-43720764-GCABA-DGFYC, los Informes de Inspección efectuados en Mercedes 3987, Mercedes 4146 y Bahía Blanca 4073, así como también las Actas de Secuestro mencionadas en los informes referenciados”*³.

Por su lado, a través de la actuación n° 2849224/2023 la Sra. Fiscala -Dra. Catalina Lagarre- produjo su dictamen. En lo que aquí respecta, dictaminó que las

² Para lo cual, citó actuaciones administrativas y jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

³ En el cuerpo de tal presentación, la parte demandada efectuó la transcripción del siguiente contenido: *“Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de ampliar la información ya remitida respecto a los autos caratulados ‘Barbatelli Martin Hernan C/ CABA s/ amparo’.- Se adjuntan los informes de inspección llevados a cabo en los inmuebles sitios en las calles Mercedes N° 4146, Mercedes N° 3987 y Bahía Blanca N° 4073, de esta Ciudad, de fecha 24 de noviembre de 2023, como las actas de secuestro labradas, donde se informa lo actuado por esta Dirección General.// El Informe de Inspección efectuado en Mercedes 3987 informa que ‘En el día de la fecha 24/11/2023 nos encontramos con policías de la ciudad a cargo del oficial de la dirección comunal N°11 B, para el acompañamiento de la fiscalización en el local ‘Almacén de pizzas’ con domicilio Mercedes N° 3987. Se constata que el local cuenta con una intimación de retiro por la comuna, una vez fiscalizado dicho local se procede al retiro del deck ya que no cuenta con la habilitación de área gastronómica, se realiza acta de secuestro N° 18294 y acta de comprobación N° 4- 00707059.’ (el subrayado me pertenece).// El Informe de Inspección efectuado en Mercedes 4146 indica que: ‘En el día de la fecha 24/11/2023 nos encontramos con policías de la ciudad a cargo del oficial de la dirección comunal N°11 B, para el acompañamiento de la fiscalización en el local ‘Dandy’ con domicilio Mercedes N° 4146. Se constata que el local cuenta con un rechazo de retiro por la comuna RS-2023-19514358-GCABA-COMUNA11 , una vez fiscalizado dicho local se procede al retiro de las macetas ya que no cuenta con la habilitación de área gastronómica, se realiza acta de secuestro N° 10182 y acta de comprobación N° 4-00653651’ (el subrayado me pertenece).// Finalmente, el Informe de Inspección efectuado en Bahía Blanca 4073 indica que ‘En el día de la fecha 24/11/2023 nos encontramos con policías de la ciudad a cargo del oficial de la dirección comunal N°11 B, para el acompañamiento de la fiscalización en el local ‘Cuccina Paradisso’ con domicilio Bahía Blanca N° 4073. Se constata que el local cuenta con una intimación de retiro por la comuna hecho el 23/09/2023 con numero de acta de comprobación 4-00527354, una vez fiscalizado dicho local se procede al retiro del deck ya que no cuenta con la habilitación de área gastronómica, se realiza acta de secuestro N° 22069 y acta de comprobación N° 4-00790922’ (el subrayado me pertenece)”*.



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA
N°29

BARBATELLI, MARTIN HERNAN CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 131926/2023-0

CUIJ: EXP J-01-00131926-0/2023-0

Actuación Nro: 2922425/2023

sentencias “... deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas (Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros), a la vez que ha subrayado que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la de poder juzgar (Fallos: 315:466) y que, entre tales extremos, se halla la inexistencia de gravamen cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inoficiosa la decisión pendiente (Fallos: 313:1081)’ (Fallos 333:244, entre otros)”;

que si bien la demandada había planteado la falta de legitimación activa del actor para interponer la presente acción “—y sin perjuicio de que las cuestiones de hecho y prueba resultan de exclusivo resorte del Tribunal—, es dable mencionar que este Equipo Fiscal informalmente ha constatado que se habrían retirado los decks de los tres locales comerciales en cuestión”; y, consideró que “correspondería que se dé traslado a las partes para que realicen las manifestaciones que estimen pertinentes, a fin de evaluar la prosecución de la presente acción.”.

IV. Por medio de la actuación n° 2865942/2023, ordené agregar y tener presente la documentación acompañada por el GCBA en la actuación n° 2763083/2023 junto con lo informado por el demandado en tal escrito, tuve presente lo dictaminado por la Sra. Fiscal y pasé el expediente a resolver.

V. Descripto el escenario de la cuestión traída a mi conocimiento y decisión, ante todo debo señalar que el amparo, como todo proceso judicial, se desarrolla sobre la existencia de un caso o causa que es el marco necesario para la actuación del Poder Judicial (cfr. art. 106, CCABA). Y este proceso no contuvo ni contiene un caso. Antes por falta de elementos constitutivos de índole subjetivo y ahora se suma la ausencia de conflicto.

Resulta conveniente decir que un caso refleja o debe reflejar un conflicto intersubjetivo con relevancia jurídica entre partes adversas y esas partes deben estar específicamente habilitadas para pretender y ser pretendidas, es decir, contar con legitimación para obrar, lo que constituye un presupuesto procesal, es decir, una condición para que un proceso se desarrolle y pueda ser válidamente decidido.

Este fuero contencioso administrativo, por su especial habilitación constitucional (art. 106, CCABA) conoce y decide sobre casos o causas.

Lo dicho precedente, en forma muy resumida y sin desarrollar todos los aspectos, porque no se trata de formular una tesis sino una sentencia, me lleva a señalar que el actor, Martín Hernán Barbatelli, carece de legitimación para obrar.

Si bien he sostenido en otras oportunidades que la acción de amparo no es un remedio heroico, no es excepcional y, además, debe ser sencilla y libre de obstáculos, ello no se traduce en que se convierta en un salvoconducto para **que quien no ostenta una posición jurídica concreta protegida**, una afectación directa o siquiera tangencial, pero razonable sobre sus derechos, a fin de que traiga un asunto a conocimiento y decisión.

En efecto: el actor no resulta directamente interferido en sus aspectos más vitales y ordinarios de la vida urbana por las cuestiones que denuncia. Por ello resulta improcedente que en el rol de paladín abstracto de la defensa de la pura eficacia de la legalidad pueda constituirse en legítimo contradictor. Y sin tal condición, no hay posibilidad de que se configure un caso o causa. En todo caso, sus anhelos pueden habilitar una denuncia administrativa, una carta de lectores o una columna de opinión, pero ello no se traduce en legitimación para pretender en juicio. Esto no es un reproche, pues no dejo de observar la nobleza de sus propósitos, pero ello no se traduce en que tales aspiraciones resulten jurídicamente relevantes desde el campo procesal.

Pues aun cuando pueda resultar plausible la preocupación del actor para que los controles en el uso del espacio público urbano se satisfagan, ello no deriva ni autoriza un amparo individual, cuando en todo caso, aquél puede formular las denuncias que considere por incumplimiento de los deberes de funcionario público o por las contravenciones y faltas que advierta, más no, insisto, a deducir un amparo cuando no resulta afectado, no más allá que la de cualquier otro vecino, transeúnte, etc. que circula por la Ciudad y por las circunstancias que describe.

La existencia de una “causa” o “caso judicial” se verifica entonces cuando se persigue **en concreto** la determinación de un derecho debatido entre partes (Fallos: 243:176, 306:1125, 333:1023, entre otros), y esto les exige a éstas últimas -como presupuesto- la acreditación de una afectación “suficientemente directa”, o “substancial”, “inmediata”, “interés especial”, de “suficiente concreción e inmediatez”, o bien de un “perjuicio concreto”-en los términos de la Suprema Corte- respecto de los derechos que se invocan como conculcados (Fallos 326:3007 y sus citas entre otros). En otras palabras, también tiene dicho la Corte que “[l]a existencia de “caso judicial” presupone la de “parte”, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Es decir, para que exista un caso es imprescindible que quien reclama tenga un interés suficientemente directo, concreto y personal —diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos— en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial” (Fallos: 306:1125; 308:2147;



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA
N°29

BARBATELLI, MARTIN HERNAN CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 131926/2023-0

CUIJ: EXP J-01-00131926-0/2023-0

Actuación Nro: 2922425/2023

310:606; 326:3007; 333:1023 y 342:853, entre muchos otros). En ese mismo orden de ideas, esta Corte ha señalado que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben —aun de oficio— la existencia de un “caso”, pues no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición (Fallos: 332:111; 333:1023; 338:1492; 339:1223; 343:1259)” (Fallos 346:970).

La posición jurídica del actor es en este asunto indiferenciada del resto de los habitantes de la Ciudad. Y eso la sustrae de la posibilidad de tener “su” caso y de justificar una legitimación para obrar activa.

Tampoco ostenta una legitimación extraordinaria -que ni siquiera insinúa- ya que no estamos ante la defensa de cuestiones predominantemente comunes que afecten a una clase o en la defensa de bienes de incidencia colectiva.

Tampoco basta para ello la invocación de afectación de la comunidad, en tanto la legitimación amplia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 de la CCABA que concede a cualquier habitante de la ciudad “...no debe entenderse como sinónimo de una tutela abstracta, ni genérica. La aptitud para ejercer acciones judiciales en defensa de derechos o intereses colectivos que, generosamente, prevé el art. 14 CCABA es para ejercer una tutela concreta que tenga por objeto exclusivo y directo la protección de los bienes amparados, sin que quepa la posibilidad de sobrepasar ese fin, propiciando el indebido control de la actividad de otros de los poderes de la Ciudad. Esta demarcación es rigurosa y, en mi concepto, requiere de extrema prudencia judicial para resguardar las competencias establecidas en el diseño constitucional de los poderes” (Tribunal Superior de Justicia in re “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Vera, Gustavo Javier c/GCBA y otros s/amparo – genérico”, Expte. 15101/18, sentencia del 26/08/2018; voto de la Dra. Ana María Conde).

En este sentido, bajo los presupuestos que ostenta la demanda, podría solicitarse desde la poda de árboles en una calle de la Boca por un vecino residente en Núñez, la colocación de bolsas de residuos para mascotas en Plaza Mafalda por vecinos de Parque Chas, la supresión de cartelería indebida en Almagro por un ocasional transeúnte residente en Sarandí, o el respeto a la prohibición de fumar en la Sucursal del Banco Ciudad de Av. Roca por quien tenga intenciones de ser cliente de ese banco. Con lo que los ciudadanos y habitantes, de potenciales denunciantes, quedarían habilitados a

convertirse de litigantes a justicieros urbanos. Ya contamos con una Defensoría del Pueblo (art. 137, CCABA).

Al tratar el amparo individual de posiciones subjetivas concretas, debe establecerse una relación específica y justificada del actor con los aspectos que se traen a debate. Un juicio hipotético, de acuerdo a los términos del presente amparo, puede permitir inferir que la posición del actor podría ser sustituida por cualquier otro vecino: lo que demuestra, por lo tanto, la ausencia de caso (**conflicto intersubjetivo con relevancia jurídica**). La única excepción al razonamiento precedente se presentaría en el caso de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o cuestiones de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, aspecto que está claramente ausente en el presente amparo.

Resumiendo, como surge claramente de la demanda y contestación, las cuestiones inherentes al control del espacio público que no interfieren con la concreta vida del actor, y que tampoco se encarga o esfuerza en explicármelo, son de resorte y control de las agencias específicas y, en su caso, ante incumplimiento de los deberes de los agentes competentes, tales cuestiones son propias del derecho administrativo sancionador o del derecho penal.

Por fin, a la ausencia de falta de legitimación para obrar se agrega un aspecto ontológico: la ausencia de una materialidad sobre la que predicar algún percance pues todo el asunto se ha esfumado como señala el Ministerio Público Fiscal, toda vez que aquel Ministerio habría constatado que se han retirado los decks de los tres locales comerciales.

Así las cosas, atento la ausencia de legitimación activa del amparista, presupuesto necesario para la existencia de un caso, causa o controversia judicial -en los términos previsto por el art. 106 CCABA- sumado a que la pretensión ha perdido actualidad, debo rechazar el amparo por improcedente.

Por lo expuesto, **RESUELVO**:

1. Desestimar la acción de amparo interpuesta por Martín Hernán Barbatelli contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ausencia de caso, sin costas en atención al principio de gratuidad del proceso de amparo contenido en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad.

Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y, previa vista al Ministerio Público Fiscal, archívese.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires



Victor Rodolfo Trionfetti

JUEZ/A
JUZGADO DE 1RA
INSTANCIA EN LO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y
TRIBUTARIO N° 15



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

1983-2023. 40 Años de Democracia

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que la Sra. jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo colectivo incoada por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), en los términos explicitados en el apartado II de la sentencia, y en consecuencia declaró la inconstitucionalidad e inconveniencia de los artículos 6° y 7° de la Ley 6035. En tales condiciones, impuso al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta tanto sea suplida la omisión inconstitucional de la inclusión de los profesionales involucrados en el frente actor en el sistema de la Ley 6035, que en el plazo de 60 días hábiles judiciales aplicase “... el régimen previsto en la Carrera de Profesionales de la Salud. Es decir, EQUIPARAR en cuanto a las condiciones laborales previstas en dicha carrera (vg. salario, antigüedad, licencias, etc.) a la persona que:

1) cuente con el título de Licenciatura en Enfermería, Producción de Bioimágenes y Psicomotricidad;

2) se encuentre en planta permanente encasillada en la categoría profesional del escalafón general (CEETPS o Agrupamiento de Actividades de Asistencia a la Salud y Apoyo Social);

3) preste actualmente o quienes así lo hagan en el futuro servicios en el Sistema Público de Salud” (v. página digital 99 de la Actuación N°3186266/2022); sin que ello importase burlar el requisito del concurso dado que no se ordenó la incorporación a la carrera con reencasillamiento alguno sino la equiparación de las condiciones laborales a la luz de la omisión y exclusión inconstitucional apuntada, violatoria de los derechos de la clase afectada.

Agregó que quienes cumplieren con tales requerimientos y contasen con antigüedad en su cargo, se les debería reconocer la que poseían en el régimen general, al momento de aplicarles el régimen establecido en la Carrera de Profesionales de la Salud.

De ese modo resolvió la cuestión planteada vinculada con los efectos comunes perseguidos para la clase afectada; considerando la causa fáctica homogénea generadora del daño “la omisión y exclusión establecidas en el artículo 6 y 7 de la ley n° 6035”. Sin embargo, advirtiendo que la decisión de aplicar el régimen general a las licenciaturas involucradas podría suscitar cuestiones particulares entre cada integrante de la clase y el GCBA, aclaró que ello debería tramitarse a través de las pertinentes acciones individuales.

Por otro lado, desestimó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley 6035. A su vez, ordenó agregar copia de las presentes actuaciones en las siguientes causas conexas:

1) “Sindicato De Trabajadores de Enfermería (SITRE) c/ GCBA s/ Amparo - Empleo Público-Escalafonamiento”, Expediente n° 74.506/2018-0, iniciada el 21/12/2018;

2) “Sotomayor, Iván Ernesto y otros c/ GCBA s/ Amparo –Empleo Público – Escalafonamiento”, Expediente n° 87.899/2018-0, iniciada el 27/12/2018;

3) “Quispe Flores, Delia Gregoria y otros c/ GCBA s/ Amparo – Empleo Público –Escalafonamiento”, Expediente n° 100.514/2018-0, iniciada el 28/12/2018;

4) “Montecino Luna, Cecilia Elisa y otros c/ GCBA s/ Amparo – Empleo Público –Escalafonamiento”, Expediente n° 110/2019-0, iniciada el 04/02/2019;

5) “Acosta, Christian Manuel y otros c/ GCBA s/ Amparo –Empleo Público – Escalafonamiento”, Expediente n° 470/2019-0, iniciada el 20/02/2019;

6) “Cruz, Erminio y otros c/ GCBA s/ Amparo - Empleo Público – Escalafonamiento”, Expediente n° 574/2019-0, iniciada el 22/02/2019;

7) “Alvarez Mayta, Sonia Felicidad y otros c/ GCBA s/ Amparo – Empleo Público –Escalafonamiento”, Expediente n° 748/2019-0, iniciada el 06/03/2019;

8) “Flores Toro, Maylea Sharom y otros c/ GCBA s/ Amparo – Empleo Público – Escalafonamiento”, Expediente n° 821/2019-0, iniciada el 07/03/2019;

9) “Parra Vera Máxima c/ GCBA s/ Amparo –Empleo Público – Escalafonamiento”, Expediente n° 1.012/2019-0, iniciada el 15/03/2019.

10) “Contin, Graciela Rosa y otros c/ GCBA s/ Amparo - Empleo Público - Escalafonamiento”, Expediente n° 1.473/2019-0, iniciada el 01/04/2019;

11) “Fernández, Carlos Javier y otros c/ GCBA s/ Amparo - Empleo Público - Escalafonamiento”, Expediente n° 1.477/2019-0, iniciada el 01/04/2019;

12) “Gerónimo, Mario Rolando c/ GCBA s/ Amparo - Empleo Público - Escalafonamiento”, Expediente n° 1.747/2019-0, iniciada el 11/04/2019;

13) “Tejerina, Noemí Elizabeth c/ GCBA s/ Amparo - Empleo Público - Escalafonamiento”, Expediente n° 3.062/2019-0, iniciada el 31/05/2019.

Finalmente reguló los honorarios de la representación letrada del frente actor del siguiente modo: a) Patrocinio de ATE, en la suma de un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000); los que distribuyó entre los letrados de siguiente forma: a Lucas Adrián Arakaki, la suma de setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000), Eliana Elizabeth Bagnera, la suma de setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000) y Matías Francisco Lanchini, la suma de trescientos mil pesos (\$300.000); b) Maximiliano Marcucci, en su calidad de abogado apoderado de un grupo de licenciados en enfermería, en la suma de un millón de pesos (\$1.000.000); c) Laura Teresa Lamas, en su calidad de abogada patrocinante de SITRE y de otro grupo de licenciados en enfermería en la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000); d) Raúl Enrique Ferrara, en su calidad de abogado patrocinante de SITRE, en la suma de trescientos mil pesos (\$300.000); e) Pablo Gustavo Lapenda, en su calidad de abogado patrocinante de la Asociación Argentina de Psicomotricidad, en la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000); f) Paulina Maria Ricardi, en su calidad de abogada patrocinante de “las



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

terceras personas licenciadas en enfermería” en la suma de trescientos mil pesos (\$300.000). En todos los casos estableció que, de corresponder, debería adicionarse el IVA a tales emolumentos.

2. Que contra tal pronunciamiento el GCBA interpuso y fundó recurso de apelación (v. Actuación N° 3281493).

2.1. Sostuvo la improcedencia de la vía del amparo para tramitar la presente acción, dado que no se encontraban reunidos los requisitos previstos en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad.

Esgrimió la falta de acreditación de la inexistencia de otras vías idóneas para el tratamiento del asunto, que no podía considerarse al amparo como el cauce sustitutivo de los otros procesos y que debió integrarse la *litis* con la Legislatura porque se planteó la inconstitucionalidad de la ley no la invalidez de un acto administrativo.

Puntualizó que el frente actor no había acreditado que su derecho encontrase mejor tutela por esta vía que por un proceso ordinario o la acción prevista en el artículo 113 de la CCABA. Enfatizó que, según su criterio, debía tramitar este debate a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Recordó que el amparo era un proceso para delicadas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligrase la salvaguarda de derechos fundamentales y por tal razón su apertura exigía la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas frente a los cuales los procedimientos ordinarios resultasen ineficaces.

Siguiendo su argumentación, afirmó que en atención a que objeto de la pretensión está acotado a la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de una ley, sin que se hubiesen identificado actos administrativos lesivos, no se verificaba la urgencia propia de este tipo de proceso.

Adujo que “... ***los actores utilizan este cauce constitucional para impugnar decisiones vinculadas con la aplicación de una ley que ha sido fruto de la deliberación democrática...***”; mientras que la ley no desconocería profesiones sino que consagraría carreras diferentes desde el momento en que tanto los títulos como las incumbencias serían diversas (v. página digital 23 de la actuación referida, el destacado corresponde al original).

En otro orden, planteó la inexistencia caso, en atención a que no podría interpretarse cumplidas las condiciones fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi”, por cuanto para que resulte viable una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos debía estar comprometido el acceso a la justicia, situación que aquí no se configuraría, por el alcance económico de la equiparación que se deriva de la sentencia apelada. Continuó su razonamiento, alegando que, de seguirse el criterio de la magistrada, cualquier

pretensión de encasillamiento o equiparación salarial podría tramitar por amparo y eludir la ley adjetiva.

Señaló que ATE había utilizado este litigio, en sustitución de los medios negociales establecidos en la Ley de Asociaciones Sindicales y la propia Ley 471. Afirmó que ha sostenido una inexistente exclusión en sede judicial, cuando había sido convocada y tenido una conducta omisa, en acudir a la negociación colectiva para la defensa del colectivo de autos.

Postuló que la referida entidad había empleado de manera abusiva las vías procesales, ya que se violaban los acuerdos de la comisión negociadora y se eludían los mecanismos de negociación reglamentados en la ley 471.

2.2. Planteó, asimismo, la improcedencia sustancial de la acción y la arbitrariedad de la decisión de la jueza de primera instancia.

En esa senda, esgrimió que el razonamiento de la sentencia de primera instancia parte de la premisa de que con el dictado de la Ley 6035 se habría tenido la oportunidad de subsanar lo que se interpretó como una omisión, esto es la falta de incorporación de las Licenciaturas en Enfermería, Producción de Bioimágenes y Psicomotricidad, cuando tal como la propia jueza había sostenido, tales profesiones tenían un reconocimiento diferenciado; sin que de ello pueda predicarse una discriminación.

Apuntó que, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 6035, era posible incluir otras profesiones, a propuesta del Ministerio de Salud, en consulta con las asociaciones sindicales y de acuerdo con las prioridades fijadas por la política sanitaria para el sistema público de Salud de la Ciudad. Sin embargo, adujo que no se analizó en la causa que la posición de las partes, en las actas de negociación sindical, había sido la de diferenciar las profesiones y no de incluirlas en la misma carrera.

Agregó que dicha distinción entre las profesiones motivó la creación de la nueva carrera de enfermería y especialidades técnico profesionales de la salud aprobada mediante el Acta N°16/19, de acuerdo con las asociaciones sindicales legitimadas, en plena juridicidad. Puntualizó que tanto las Actas Paritarias N°3/19 y 16/19 como la resolución N°2675/MEFGC/2019 (por la que se implementó esta nueva carrera) había sido suscriptas por SUTECBA y el GCBA, en el marco de la Comisión Paritaria Central, en razón de un criterio de conveniencia. Por su parte, recordó que la entidad ATE se abstuvo de participar, a pesar de haber integrado la Mesa de Negociación. Destacó la inhabilidad del amparo, cuando hay un procedimiento específico para impugnar las actas paritarias y su implementación (conf. arts. 93 y 94 de la Ley 471).

En definitiva, concluyó en que la Sra. jueza había sustituido al Ministerio de Salud y a las asociaciones sindicales para resolver judicialmente la incorporación de los profesionales involucrados en autos.

Alegó la ausencia de inconstitucionalidad por omisión, por no haberse configurado un supuesto de un incumplimiento de una obligación expresa de desarrollar una disposición o precepto constitucional.

En esa línea argumental, sostuvo que la igualdad ante la ley importa la prohibición de la discriminación pero no excluye la posibilidad de que el poder público establezca tratamientos diferenciados a situaciones distintas, sobre bases objetivas, menos aún cuando se ejercen potestades constitucionales de consagrar leyes de empleo público con impacto presupuestario.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA UNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

Explicó que resultaba legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho; mientras que resultaría lesionado el principio de igualdad cuando se trate diferenciadamente a los iguales.

Así para contrarrestar las afirmaciones efectuadas por la magistrada de grado adjuntó un informe IF-2022-40507531- GCBA- SSPSGER, en que se puntualizaron algunas características de la Carrera Profesional de Enfermería (CAPE), que habría tenido en miras contemplar la realidad de la enfermería, en su totalidad, compuesta por integrantes que habían recibido diversos niveles de educación en una misma disciplina. Ello, postulando que no se había subdividido entre quienes poseían formación universitaria y técnica, a fin de promover condiciones más favorables para la capacitación.

Por otro lado, en dicho instrumento, se formularon una serie de observaciones que centralmente se refieren: a) el diverso sistema de ingreso a las carreras aquí involucradas, ya que *“pretender que a los profesionales de las mentadas licenciaturas se los equipare en todo aquello relacionado a las condiciones laborales (...) implicaría de hecho una incorporación encubierta a dicho régimen obviando el requisito ineludible del concurso público y abierto específicamente concebido para dicho universo, el cual no se encuentra saldado por el solo hecho de haber ingresado por una vía similar, en otro régimen”* (v. página digital 4 del archivo adjunto a la referida actuación); b) la justificación de las diferencias del régimen laboral basada en que se trata de distintas disciplinas; c) el impacto presupuestario que podría tener el pronunciamiento de grado, en razón de que el universo de los licenciados en enfermería conformaría un total de cuatro mil quinientos (4500); mientras que los licenciados en producción de bioimágenes serían 332. A su vez, aclaró que no se registraban en el sistema público licenciados en psicomotricidad, por lo que esgrimió la falta de actualidad del fallo, respecto de tal clase.

Continuando esta línea argumental, el GCBA ponderó que la CAPE (conf. acta de Negociación Colectiva N°19/22) se encontraba pendiente de implementación por lo que resultaba prematuro concluir en su irrazonabilidad, como lo había hecho la jueza.

Reafirmó que, en definitiva, no se había demostrado diferencia de trato injustificada, en tanto no había sido controvertido que mediaban diversas incumbencias profesionales; así como que los trabajadores que resultaban involucrados en la demanda percibían diferentes emolumentos, en virtud de integrar carreras o escalafones diferenciales. Lo que resultaba corroborado por la nueva carrera en implementación, de la que no podría derivarse un criterio de identidad.

Coligió que *“... [e]stablecer un pie de igualdad entre trabajadores de diversas funciones implica desconocer absolutamente la normas escalafonarias, el nivel de capacitación adquirido, el servicio asistencial que puede brindar cada uno de*

ellos y las limitaciones que puede tener un profesional respecto de otro, por las implicancias que sus títulos les otorgan y las normas que regulan su ejercicio profesional” (v. página digital 59 de la actuación referida).

Resaltó que el tribunal no identificó en qué norma se previó la obligación de consagrar una completa igualdad regulatoria para las profesiones que representan rasgos distintos, ámbitos de estudios y planes aprobados también diferenciados.

Agregó que se había violado el principio de congruencia en función de que la equiparación dispuesta por el tribunal de grado sorteaba el requisito del concurso público de rango constitucional, creando en cabeza del colectivo un indebido privilegio. Así, propugnó que no sería factible el reconocimiento de diferencias salariales sin una comprobación de igualdad de condiciones que no podría, a su juicio, interpretarse como existente frente a la necesidad de cumplir con un concurso legalmente impuesto.

Finalmente, adujo que proponer una sustitución, a través de una sentencia judicial, de un escalafón, carrera e incumbencias consagradas a través de la Ley y de las negociaciones colectivas, importaba una violación del principio de división de poderes. En el caso, subrayó que las decisiones relativas a la política salarial del personal, o su situación de revista en una determinada designación, son cuestiones vinculadas con la organización de los planteles administrativos sujetos a los criterios de la autoridad competente.

Cerró su apelación manifestando que “... *el Tribunal a quo res[olvió] una inconstitucionalidad inexistente, a través de la interpretación irracional de decisiones legales razonables, sin poder demostrar las palpables irregularidades que requiere el supuesto que predica, menos aun cuando se ha reconocido la especificidad de las profesiones técnicas de la Salud, voluntariamente a través del Acta destacada, debidamente implementada, fruto de una negociación de buena fe...*” (v. página digital 73 de la misma actuación).

2.3. Finalmente, ATE replicó el memorial (v. Actuación N° 3374137/2022).

3. Que, a su vez contra la regulación de honorarios interpusieron recursos de apelación los Dres. Raúl Ferrara y Teresa Laura Lamas, por considerarlos bajos (v. Actuación N° 3274304/2022), la que fue replicada por el GCBA (v. Actuación 3353704/2022).

4. Que, a su turno dictaminó la Sra. fiscal propiciando la admisión del recurso (v. Actuación N° 454451/2023).

5. Que este tribunal convocó a audiencia a los actores junto con su representación letrada; a los Sres. Procurador General y Ministro de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –y/o a los funcionarios que éstos designaran– y a la Sra. Fiscal ante la Cámara, a los efectos de escuchar a las partes e interesados.

La audiencia se celebró el 10/05/23 (v. acta de audiencia que obra adjunta a la Actuación N°1214564/2023), y a su contenido puede accederse a través del siguiente enlace: <https://drive.juscaba.gob.ar/s/Sz7CziB379igLX2>.

5.1. Asimismo, se ordenó correr traslado de las manifestaciones vertidas en tal acto (v. Actuación N°1248125/2023).



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

5.2. Mediante Actuación N°1238969/2023, se presentó el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la CABA (SUTECBA) solicitando que se fijase una nueva audiencia, toda vez que no habían sido convocados a la celebrada en fecha 10/05/23.

De dicha presentación se ordenó correr traslado a las partes (v. Actuación N°1248125/2023).

5.3. Seguidamente, ATE ratificó lo manifestado por su parte en la mentada audiencia. No obstante, agregó respecto a los argumentos formulados por el GCBA sobre preservar la profesión de enfermería como un colectivo, que “... ***tanto en el ámbito nacional como en el de la Provincia de Buenos Aires, existe normativa con las mismas características en lo que respecta a los distintos niveles de formación de la Enfermería y ello no se constituye en un obstáculo para que la Licenciatura de Enfermería este incluida en la Carrera de Profesionales de la Salud***” (conf. página digital 5 de la Actuación N°1398113/2023, el destacado pertenece a su original).

Así, concluyó que ello evidencia cómo la inclusión de la Licenciatura de Enfermería en la carrera de profesionales de la salud no divide al colectivo, no atenta contra la división de tareas acorde con la formación de cada trabajador/a, ni alguna otra de las cuestiones que se alegaron en la audiencia para justificar la omisión inconstitucional de incorporarla en la Ley 6035.

Asimismo, señaló que no se esbozó ningún argumento para negar la incorporación de las Licenciaturas de Psicomotricidad y Producción de Bioimágenes en la carrera de profesionales de la salud.

También criticó el planteo en cuanto a la existencia de un impedimento presupuestario.

Por otro lado, se refirió al alcance de la función judicial cuestionada en el marco de la audiencia. Al respecto, indicó que el control de constitucionalidad y el de convencionalidad por parte del Poder Judicial deben incluir imposiciones concretas y no limitarse a sentencias meramente declarativas.

Por último, señaló que la presentación de SUTECBA resultaba extemporánea y pidió que se rechazara la solicitud de nueva audiencia.

5.4. Por su parte, mediante Actuación N°1401784/2023, el Dr. Maximiliano Marcucci contestó los traslados conferidos. Allí ratificó lo ya expuesto en autos, como también agregó que correspondía rechazar el supuesto igualamiento que se habría logrado con la implementación de la CAPE, entre otras cuestiones. Además, impugnó la pretendida igualdad de labores y funciones por parte de los licenciados en enfermería con los técnicos y auxiliares.

En síntesis, señaló que al excluirlos como profesionales de la salud en el marco de la Ley 6035 se les obstaculiza el crecimiento profesional y se les impide acceder a cargos jerárquicos. A su vez, destacó las diferencias en materia salarial y

jornada laboral. En otro orden, argumentó sobre la falta de reconocimiento y de pago de desempeño laboral en área crítica y, en esa oportunidad, hizo mención a lo decidido en el fallo plenario “Paz, Héctor Damián c/GCBA s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones)”, Expte. N°21844/2018-0, dictado por esta Cámara el 25/10/22.

De esa manera, expuso que “... ***los profesionales de la salud incluidos en la ley 6035, no solo perciben una mayor suma salarial desde la cantidad, sino que trabajan 20 horas menos al mes, resultando de esta manera que la diferencia salarial es aún mayor si tomamos salario percibido dividido en la cantidad de horas trabajadas...***” (conf. página digital 7 de la aludida actuación, el destacado pertenece a su original).

Esgrimió un trato discriminatorio entre las licenciaturas, al incluir algunas como profesionales de la salud y excluir a la Licenciatura en Enfermería, bajo el argumento de que “con la inclusión, dividirían a esas profesiones”; destacando que entre las profesiones reconocidas por la Ley 6035 se encuentran tecnicaturas.

Además tildó de arbitrarias a las evaluaciones de desempeño.

Finalmente, se opuso a la nueva audiencia solicitada y requirió el desglose de la presentación de SUTECBA por extemporánea e improcedente.

5.5. En sus presentaciones, el Sr. Christian Manuel Acosta y el Sindicato de Trabajadores de Enfermería (SITRE) ratificaron lo previamente expuesto, como también adhirieron a lo dicho por ATE (v. Actuaciones N°1405308/2023 y 1405364/2023).

A su vez criticaron el argumento esgrimido por la Sra. fiscal en cuanto a las consecuencias de orden presupuestario que ocasionaría hacer lugar a la acción. Luego, respecto a lo esgrimido sobre que no se habían planteado diferencias salariales, expusieron que “[t]anto en la demanda instaurada por ATE, como en las adhesiones a esos argumentos y en los aportes de nuevos fundamentos efectuados por el resto de los integrantes de la parte actora, se plantean esas diferencias salariales, puesto que son una de las principales consecuencias de la discriminación cuya reparación aquí se reclama. Se adiciona a ello, las diferencias salariales que surgen de los varios cuadros comparativos –agregados en autos- entre las distintas carreras, los cuales han sido efectuados por cada parte integrante del frente actor” (conf. págs. digit. 3 de ambas actuaciones citadas).

También añadieron que la nueva carrera de enfermería elaborada por el GCBA no es objeto de debate en el marco del presente amparo.

Por otro lado, argumentaron que existía diferencia en las tareas que realizan los profesionales de enfermería entre ellos dependiendo su grado de formación. Inclusive señalaron el marco normativo que prevé funciones excluyentes que corresponden a la licenciatura en enfermería. Asimismo, cuestionaron el sentido o razón de que se fomente una capacitación a los técnicos si no hace diferencia en materia de derechos o reconocimientos, ni en cuanto a tarea sello así, siguiendo lo esgrimido por el GCBA respecto a que en la práctica cotidiana no hay diferenciación de roles.

Reafirmaron la inequidad salarial que suscita a raíz de la exclusión de la Ley 6035.

En síntesis, concluyeron en que “... *los licenciados y licenciadas en enfermería so[n] iguales a los licenciados y licenciadas de las especialidades incluidas en la ley 6035, por eso reclama[n], igualdad entre iguales*” (conf. página digital 10 de las mismas actuaciones) y agregan que el GCBA no ha podido proporcionar fundamentos que justifiquen el trato discriminatorio.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA UNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

5.6. La Asociación Argentina de Psicomotricidad contestó los traslados conferidos a través de la Actuación N°1405697/2023. Allí resaltó que la presentación de SUTECBA era extemporánea y solicitó el rechazo del pedido de nueva audiencia.

Con relación a lo manifestado durante la audiencia, en resumen reseñó el marco normativo que regula la profesión y esgrimió que “... *da cuenta tanto del carácter de formación de grado universitario como de su pertenencia al campo de la salud y efectivo ejercicio (art. 8 Ley 6.035)*” (conf. página digital 3 de la mencionada actuación).

Finalmente, “[r]especto de la manifestación efectuada en la Audiencia por la representación del Ministerio de Salud del GCBA en relación con el colectivo psicomotricista, afirmando textualmente que: “...*el Ministerio de Salud no tiene psicomotricistas contratados en las plantas, con lo cual entendemos que el reclamo tendría que ser en otro espacio, no esta demanda...*”; el Ministerio de Salud “...*no tiene...ningún psicomotricista...no como licenciados en psicomotricidad...*” (Sra. Cecilia María Klappenbach, en 01:31:30 del registro filmico) señal[ó] entonces y sost[iene] nuevamente ahora que ***tal afirmación constituye la prueba cabal de la flagrante violación de sus derechos profesionales y laborales, que unida a la relación laboral fraudulenta, distorsionada y devaluada establecida por el GCBA con la psicomotricista MARINI, CELINA EMILCE - CUIL 27-12274492-8, acreditada en las Actuaciones N° 1308623/2022 y 2105542/2022 que NO fue desconocida por su empleadora y a las que también remito a V.E. configuran el cuadro completo de la grave vulneración de derechos planteada en la demanda que este amparo propicia enmendar*** (conf. página digital 4 de la citada actuación, el resaltado corresponde al original).

5.7. Por su parte, el GCBA contestó los traslados conferidos conforme surge de la Actuación N°1405752/2023, a cuyos términos cabe remitirse.

5.8. A su turno, este tribunal rechazó lo solicitado por SUTECBA, toda vez que no revestía carácter de parte en las presentes actuaciones y contemplando la oposición manifestada por ATE y demás integrantes del frente actor (v. Actuación N°1399923/2023).

5.9. El GCBA puso en conocimiento la NO-2023-40679908-GCBA-DGLTMSGC en la que se detalló que mediante el Acta Paritaria N° 31/23 se reglamentaron diversos aspectos de la Carrera de Profesionales de la Enfermería (CAPE). Entre los principales aspectos regulados se encuentran: a) la modificación del sistema de evaluación de desempeño considerando “... *evaluar la idoneidad funcional, comportamiento y aptitud laboral de las y los enfermeros acorde el perfil de puesto específico, así como el grado de cumplimiento de los objetivos sanitarios y detectar las necesidades de capacitación y de desarrollo profesional que redunde en un beneficio*

actual o futuro para el área específica de trabajo...” (v. página digital 3 del archivo adjunto a la Actuación N° 2551392/2023); b) se acordó que el régimen de concursos fuese establecido mediante una resolución ministerial considerando las particularidades de la CAPE (v. página digital 4 del archivo adjunto a la misma actuación), c) se disminuyeron los años de antigüedad requeridos para acceder a los cargos de jefatura; d) se acordaron licencias por estrés para todo el colectivo perteneciente a la CAPE; e) se adelantaron al mes de abril de 2024 “... los aumentos estipulados para los licenciados/as en enfermería del 6,5% previstos para los meses de abril y septiembre de 2024 y del 9,80% previsto para abril y septiembre de 2025 ...” (v. páginas digitales 3 / 4 del archivo adjunto a la actuación referenciada).

Se apuntó en el mismo instrumento que el GCBA está realizando una inversión y un esfuerzo presupuestario muy considerable para poder adelantar los aumentos previstos en la CAPE a abril de 2024.

Se adjuntaron, en esa oportunidad, las Actas de Negociación Colectiva N° 31/23, cuyo anexo I contiene la referida reglamentación de la CAPE y N° 32/23 que establece la modificación de la grilla salarial de la cláusula cuarta con relación a los licenciados en enfermería de la Carrera de Profesionales de la Enfermería (CAPE), en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, creada por Acta de Negociación Colectiva N° 19/22, instrumentada por Resolución N° 5620-GCBA-MHFGC/22, adelantando los aumentos de sueldo como se ha descripto.

Asimismo, la demandada agregó información referida a que UPCN había suscripto las actas 10/23 y 11/23 el día 31/10/23 y que la entidad gremial ATE, había hecho lo propio con relación a las Actas “10/23 ATE” referidas a la regulación de aspectos generales de la CAPE y “11/23 ATE” vinculados con la modificación de la grilla salarial de la cláusula 4° de creación de la CAPE (v. Actuación N° 2599539/2023). Sobre el particular vale resaltar que ATE manifestó que “... *sin perjuicio de lo suscripto, desde la Asociación Trabajadores/as del Estado manifestamos que lo mismo no resuelve la situación de los/as licenciados en Enfermería, Producción de Bioimágenes y Psicomotricidad y por tanto ratificamos nuestra solicitud de que debe incorporarse a la Carrera de Profesionales de Salud Ley 6035 a las licenciaturas de Enfermería, Producción de Bioimágenes y Psicomotricidad, conforme lo hemos sostenido en el expediente judicial...*” (v. página digital 3 del archivo adjunto a la Actuación N° 2599539/2023).

5.10. Corrido el pertinente traslado, fue respondido por Christian Manuel Acosta, SITRE, la Asociación Argentina de Sicomotricidad, Maximiliano Marcucci y ATE, en los términos que surgen de las Actuaciones N°2641819/2023, 2641834/2023, 2643420/2023, 2682739/2023 y 2690569/2023.

6. Que, en el artículo 43 de la Constitución Nacional se establece que “... *toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

En la misma senda, en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se establece, en lo que aquí interesa, que *“toda persona puede ejercer acción expedida, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.*

Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”.

De ese modo, cuadra recordar que desde el nacimiento del amparo la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que su misión constitucional se encuentra en la efectiva e inmediata protección de los derechos. Así, desde sus inicios se consagró una doctrina jurisprudencial vigente en sus líneas estructurales hasta nuestros días, según la cual siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción a cualquiera de los derechos constitucionales de las personas así como el daño que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo (conf. Fallos: 241:291; 307:444; 306:400; 310:324).

Pues bien, en el marco del artículo 43 de la CN (y en la misma línea puede leerse la Constitución local), el amparo es una herramienta cuyo núcleo es la defensa de los derechos frente a manifiestas violaciones que, al ofender de tal modo los valores constitucionales, imponen una respuesta urgente. Por ello el carácter expedito y la celeridad no obedece a una consagración de la formalidad, sino al imperativo constitucional de resolver sin dilaciones este tipo de pretensiones. Asimismo, no por evidente puede dejar de resaltarse que, a partir del año 1994, el amparo es sustancialmente una garantía y con esta perspectiva la mera existencia de otros remedios judiciales no bastará para descartarlo puesto que el estándar constitucional para valorar su procedencia consiste en determinar si dicha vía es la que posee más idoneidad tuitiva, en términos de celeridad, profundidad y definitividad de respuesta (conf. CSJN,

“Alpacor Asociados SRL c. AFIP s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 3/12/2019, voto del Dr. Rosatti).

7. Que, la presente acción tal como ha sido planteada por el frente actor, tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 6 y 7 de la Ley 6035 y se ordene incluir a los licenciados en enfermería, producción de bioimágenes y/o psicomotricidad en la Carrera de los Profesionales de la Salud. Tal pretensión se funda en la aducida desigualdad de trato que reflejaría que ciertas profesiones universitarias que cumplen las mismas funciones sanitarias y sociales que los reclamantes, se verían beneficiados sólo por haber sido señaladas y determinadas en un listado enunciativo.

Así, se invocó la violación del derecho a una remuneración justa, el derecho a la igualdad y de igual remuneración por igual tarea puesto que -según adujeron- se encontraban discriminados frente a quienes gozaban de los beneficios de la Carrera de Profesionales de la Salud. En la misma senda, se esgrimió la ausencia de razonabilidad de la Ley 6035 en tanto se había postulado que la finalidad de su sanción era la de jerarquización de los trabajadores de la salud pública mientras que no se vislumbraba cuál era la utilidad de excluir ciertas profesiones que diariamente laboraban en pos del beneficio de la salud de la población.

Por lo tanto, en el caso, la vía resulta apta para tramitar esta acción en la medida en que se interpretan lesionados los derechos a la igualdad de trato, a la remuneración justa y a igual remuneración por igual tarea que poseen raigambre constitucional (conf. artículos 16 y 14 bis de la Constitución Nacional, 11 de la Constitución de la Ciudad), y se alegó que la violación de tales derechos habría acaecido en virtud de una omisión ilegítima y manifiesta de las autoridades locales.

Asimismo, cabe precisar que tal como ha señalado la magistrada de grado, en el caso se debaten derechos colectivos que recaen sobre intereses individuales homogéneos que se identifican con los derechos de cada uno de los trabajadores incluidos en el frente actor (licenciados en enfermería, licenciados en producción de bioimágenes, licenciados en psicomotricidad) a obtener un trato igualitario y remuneración justa. Se trata de intereses divisibles, claro está. Pero como nos encontramos frente a la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos (en el caso la omisión ilegítima imputada a la demandada) y la pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada resulta admisible el presente litigio.

Se verifica aquí también una causa fáctica homogénea circunscripta a que la omisión ilegítima que se le atribuye a la demandada generaría para todo el colectivo una misma afectación: una menor retribución salarial y condiciones más exigentes de labor frente a quienes se encuentran incluidas en la Carrera de Profesionales de la Salud. Puede concluirse entonces que el proceso se ha focalizado en los efectos comunes para toda la clase afectada, persiguiendo la inclusión o la aplicación del régimen de Profesionales de la Salud para los licenciados en enfermería, en producción de bioimágenes y en psicomotricidad.

En cuanto a la entidad que representa al frente actor, cabe recordar que la Asociación Trabajadores del Estado, de acuerdo con sus estatutos: “*propenderá ... al mejoramiento de las condiciones laborales, sociales, económicas, técnicas, culturales y deportivas de sus afiliados y afiliadas, a cuyo fin son sus propósitos inmediatos y mediatos:*
a) garantizar la defensa de los intereses profesionales de las personas afiliadas; b)



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

*propiciar la sanción de leyes y reglamentos que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo, garantizando la erradicación de la violencia tanto en el ámbito laboral como en el ámbito interno de la asociación, la promoción del trabajo de las personas con discapacidad, de las mujeres y diversidades sexuales, la previsión social del trabajador/a estatal y la aprobación y consecuente participación gremial en convenciones colectivas de trabajo, estatutos y escalafones que garanticen la democratización de las relaciones laborales y la permanente y efectiva vigencia de la estabilidad, la carrera administrativa, sueldos y salarios dignos adoptando a tal fin los medios que estime convenientes... (...); j) Defender y representar a sus afiliados/as en forma individual o colectiva; y k) **Velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos de trabajo y seguridad social, denunciando sus infracciones**” (conf. artículo 3 del estatuto, anejado a la causa en las páginas digitales 140/147 del archivo “ATE fs. 1-805 (fs. faltantes ver aparte).pdf” incluido en la unidad drive que surge de la Actuación N° 97306/2021; y disponible on line <https://ate.org.ar/estatuto/>).*

Por lo tanto, a partir de las facultades descriptas, y dado que agrupa a todos los trabajadores estatales en relación de dependencia perteneciente a los poderes públicos del Estado Nacional, Provincial y Municipal, y cuenta con la respectiva personería gremial (v. *páginas digitales citadas precedentemente*), se entiende adecuado reconocer su legitimación para instar la presente acción para tutelar el derecho al trabajo del colectivo involucrado (conf. arts. 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad), en la medida en que puede “*defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores*” (conf. art. 31, inciso a) de la Ley 23551).

A su vez, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, inclusive un sindicato que carezca de personería gremial, simplemente inscripto, posee facultades para representar a los trabajadores en la defensa de sus intereses (conf. Fallos 331:2499; 332:2715 y 336:672).

Por tanto, cabe rechazar el recurso del GCBA en cuanto a la procedencia de la vía y la configuración del caso. En línea con los argumentos ya planteados, carece de asidero por los planteos relacionados con remisión a la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad (conf. Artículo 113 inciso 2° de la Constitución de la Ciudad) propugnada por el GCBA.

Es que tal proceso de competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior, “... *tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y provoca, si se acoge la pretensión, la pérdida de vigencia de la norma cuestionada. La sentencia que pueda dictarse no comprendería el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas...*” (conf. TSJCABA, in re “Massalin Particulares S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de

Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, resolución del 5/5/99).

En efecto, la acción de inconstitucionalidad procede exclusivamente ante un conflicto entre normas de diferente nivel y solo admite del Tribunal una decisión que, con carácter abstracto, resuelva la validez o invalidez de la norma impugnada.

Se trata de una acción en la que no resulta posible resolver una controversia concreta, un caso determinado en el que estén en juego intereses o derechos entre las partes, es decir la defensa de un derecho autoafirmado en cabeza de uno de los litigantes y la consecuente obligación de dar efectividad o respetar tal derecho en cabeza del otro, ni posibilitaría la ejecución del fallo. En el mismo sentido, se ha dicho, especificando los contornos de esa acción, que el control abstracto de inconstitucionalidad requiere un planteo vigoroso de defensa de la legalidad y no una vigorosa defensa de derechos individuales con relaciones jurídicas concretas (conf. TSJCABA, “Club Hípico Argentino c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. n° 3417/04, pronunciamiento del 22/12/04, voto del Dr. Lozano).

Así pues, las razones por las que el frente actor impugna la omisión de su inclusión en la carrera de profesionales de la salud determinan la improcedencia del planteo de la demandada; ya que ninguna de las afectaciones a la igualdad y no discriminación invocadas son independientes de los derechos de los trabajadores que son representados por ATE. Es decir que no puede interpretarse como configurada una hipótesis de control de constitucionalidad abstracto cuando la petición formulada se fundamenta en objeciones constitucionales exclusivamente vinculadas con la esfera de derechos de los promotores del juicio. Aquí la inconstitucionalidad es instrumental o accesoria al restablecimiento de derechos individuales.

Finalmente, a esta altura, tampoco puede predicarse del proceso hasta aquí cumplido que haya mediado la lesión al derecho de defensa a la que aludió el GCBA, en tanto se produjo la debida sustanciación de los planteos de las partes intervinientes (v. páginas digitales 1271/1316 de la Actuación N° 97306/2021, 383984/2021, 655946/2021, 712892/2021, 2332935/2021, 2414894/2021, 1331025/2022, 665458/2022, 800024/2022, 2367258/2022, 2374106/2022, 2351105/2022, 2360531/2022, 2363212/2022, 258399/2022, 3274304/2022, 896368/2023, 1248125/2023, 1405752/2023). Se tuvo, además, acceso al control de toda la prueba producida en el expediente e intervención en todas las oportunidades pertinentes (traslado de demanda, apertura a prueba, audiencias testimoniales, alegato, traslado de los planteos efectuados por el frente actor). Por tanto, no se advierte que el proceso instado pueda calificarse como improcedente o inadecuado para el debate planteado, más allá de que en oportunidad de definirse el resultado del pleito, eventualmente, queden establecidos los puntos en los que se haya podido acreditarse la arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta del proceder del demandado.

8. Que corresponde, entonces, analizar los agravios vinculados con la arbitrariedad que se imputa a la sentencia de primera instancia, centrada en que no se habría incurrido en una desigualdad de tratamiento entre los licenciados en enfermería, los licenciados en psicomotricidad y en producción de bioimágenes, dado que se trataría de trabajadores de diversas funciones, con distintos niveles de capacitación e incumbencias profesionales (por lo que no habría mediado una omisión inconstitucional



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

en su falta de regulación en el Régimen de la Carrera de Profesionales de la Salud). En el caso, puntualmente, se impugna la inconstitucionalidad por omisión de los artículos 6 y 7 de la Ley 6035.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que en esta hipótesis la inconstitucionalidad se configura ante “... una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional (“Villarreal”, Fallos: 337:1564, considerando 11).

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad interpretó que la inconstitucionalidad por omisión está sujeta: (a) *la falta de cumplimiento o desarrollo de la Constitución —de un tratado internacional— (que implican la existencia de un deber previo de actuación) derive de la violación de una norma específica;* (b) *dicha norma no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática;* (c) *en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas;* (d) *la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía (y al demostrarse la relación causal entre la inactividad y el perjuicio), entonces la omisión inconstitucional se habrá configurado prima facie, puesto que, además de los extremos mencionados en (a) a (d), debe verificarse (e) la inexistencia de un factor cancelatorio del deber de obrar, cual es la imposibilidad (material, técnica o jurídica) de cumplir con el deber jurídico predeterminado (cf. Sagüés, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial”, en Ius Et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 5, pp. 38 y ss.; Bidart Campos, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, ED, T. 78, pp. 785 y ss.; Nino, Carlos S., Ética y Derechos Humanos, Paidós, Studio Básica, p. 195; y Bazán, Víctor, La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas, citado)” (conf. voto del Dr. Maier in re “Usabel, Héctor y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recursos de inconstitucionalidad concedidos”, del 22/06/2005).*

9. Que, expuesto lo anterior cabe recordar que en el caso se hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad por omisión de los artículos 6 y 7 de la Ley 6035. En ellos se dispone: “*PROFESIONALES INCLUIDOS. Quedarán incluidos en la presente Ley las siguientes profesiones universitarias: 6.1) Médicos, 6.2) Odontólogos, 6.3) Lic. En Obstetricia y Obstétricas, 6.4) Bioquímicos, 6.5) Licenciados en Bioquímica, 6.6) Farmacéuticos, 6.7) Licenciados en Física Médica, 6.8) Licenciados en Psicología, 6.9) Licenciados en Psicopedagogía, 6.10) Licenciados en Musicoterapia y Musicoterapeutas, 6.11) Licenciados en Terapia Ocupacional, 6.12) Licenciados en*

Fonoaudiología, 6.13) Licenciados en Kinesiología, 6.14) Fisioterapeutas, 6.15) Licenciados en Nutrición, 6.16) Licenciados en Trabajo Social y Lic. En Servicio Social, 6.17) Veterinarios, 6.18) Licenciados en Ciencias Antropológicas y/o Antropólogos. 6.19) Licenciados en Sociología, 6.20) Licenciados en Biología, 6.21) Licenciados en Ciencias de la Educación, 6.22) Licenciados en Sistemas de Información para la Salud, 6.23) Licenciados en Estadísticas para la Salud 6.24) Licenciados en Comunicación Social y/o en Ciencias de la Comunicación. Art. 7°. - EXCLUSIONES. Se excluye de la aplicación del presente régimen a los profesionales comprendidos en el Escalafón General de la Ley 471 y a aquellas profesiones que no estén expresamente incluidas en la presente”.

Así, el debate del pleito se ha centrado en que de acuerdo con el artículo 5 es aplicable el régimen de profesionales de la salud a quienes “... *desarrollen servicios con carácter permanente, de planificación, ejecución, coordinación, fiscalización, investigación y docencia, y control y gestión de planes, programas y acciones destinados a la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población en el Sistema Público de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A los efectos de la presente Ley, se entiende al “Sistema Público de Salud” con los mismos alcances establecidos para lo que la Ley 153 entiende como “Subsector Estatal de Salud”.*

En tal contexto en la sentencia cuya apelación suscita la competencia de esta cámara se concluyó en que esa exclusión resulta arbitraria. Ese es el meollo del asunto que corresponde examinar.

10. Que en primer término, de modo concordante con lo reseñado en la sentencia impugnada, resultaría inapropiado soslayar el recorrido y la evolución que ha registrado la enfermería como actividad. Al respecto, cabe recordar que en sus inicios constituyó una tarea desarrollada mayoritariamente por mujeres vinculado con el cuidado de los enfermos. Ello así, con base en la idea de que como eran madres, poseían atributos físicos y emocionales como la paciencia o la ternura. Fue la Dra. Grierson (primera mujer graduada como médica en la Universidad de Buenos Aires) quien propuso la creación de la Escuela de Enfermeras, Enfermeros y Masajistas de la Ciudad de Buenos Aires, bajo la influencia de las ideas de Florence Nightingale y elaboró una propuesta innovadora sobre tres pilares: a) la dirección de las escuelas sería ejercida por una enfermera y no por un médico; b) las candidatas para ser enfermeras serían elegidas teniendo en cuenta aspectos físicos, morales, intelectuales y profesionales; y c) implementación de una enseñanza metódica y constante, con actividades prácticas y teóricas (conf. Rodríguez, Roberto Ramón, “La enfermería en Argentina: una mirada histórica”, incluida en la Revista Electrónica “Humanas, Enfermería en red”, Año 1, N° 1, diciembre de 2019, Ediciones UNPAedita, Universidad Nacional de la Patagonia Austral, disponible on line en <https://publicaciones.unpa.edu.ar/index.php/boletindeenfermeria/article/view/360/335>).

Tras una larga evolución, a partir del desarrollo de la salud pública se complejizó la estructura institucional, se demandaron más cantidad de puestos laborales vinculados a la enfermería que se estimuló por la expansión hospitalaria y el incremento de campañas sanitarias a partir de los años 40 (Ramacciotti, Karina Inés y Valobra, Adriana María, “El dilema de Nightingale: controversias sobre la profesionalización de la enfermería en Argentina 1949-1967”, artículo incluido en la Revista Dynamis, publicada en 10/2017, Ediciones de la Universidad de Granada, disponible *on line* en el



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

Repositorio Institucional del Conicet). Así, y en el marco de la necesidad de personal capacitado, la carrera de enfermería comenzó a ser dictada en diversas universidades del país y finalmente se convirtió en una licenciatura en enfermería, declarada de interés público (conf. art. 43 de la Ley 24521), cuyos contenidos básicos, carga horaria mínima, criterio de intensidad de la formación práctica y los estándares para la acreditación de carrera se encuentran regulados por el Ministerio de Educación y el Consejo de Universidades (conf. artículo 1º y Anexo de la Resolución del Ministerio de Educación N°2721/2015).

Ahora bien, el régimen legal de la enfermería inicialmente fue incluido como una disciplina auxiliar de la medicina y odontología (Ley 17132); habiéndose establecido que solo actuaban bajo indicación y supervisión del médico o del odontólogo. Recién con la sanción de la Ley 24004 la disciplina adquirió autonomía ya que se estableció que *“el ejercicio de la enfermería comprende las funciones de promoción, recuperación y rehabilitación de la salud, así como la de prevención de enfermedades, realizadas en forma autónoma dentro de los límites de competencia que deriva de las incumbencias de los respectivos títulos habilitantes”* y *“... será considerado ejercicio de la enfermería la docencia, investigación y asesoramiento sobre temas de su incumbencia y la administración de servicios, cuando sean realizados por personas autorizadas ...”* (conf. artículo 1 de la referida ley).

A posteriori, se sancionó en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 298 en la que de forma análoga a ley nacional previa, se esclareció que el ejercicio de la enfermería comprende: ***“a. El cuidado de la salud en todo el ciclo vital de la persona, familia y comunidad y su entorno, en las funciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, a través de intervenciones libres, autónomas, independientes, interdependientes en la modalidad de atención existente y de las que se habiliten en el área sectorial e intersectorial relacionada directa e indirectamente con la salud. b. La gestión, administración, docencia, investigación, auditoría y asesoramiento en el sistema de salud y en la del sistema formal educativo y en todos los demás sistemas, sobre temas de sus incumbencias. c. La dirección y administración de servicios de salud, la presidencia e integración de tribunales o jurados en los concursos para el ingreso y cobertura de cargos en el sistema asistencial y educativo, la realización de actividades jurídico periciales, y la dirección de establecimientos educativos en el área de incumbencia. d. La integración y participación en los organismos que regulen y controlen el ejercicio de la enfermería en todos sus niveles”***.

Asimismo, se reconoció el ejercicio de la enfermería en niveles tanto profesional, como auxiliar. Sin embargo, el ejercicio de la enfermería a nivel profesional está reservado, exclusivamente, a quienes poseían título de licenciado enfermería (conf. artículo 9).

Entre las incumbencias de tales profesionales se encuentran las de: “...

1) Planear, implementar, ejecutar, dirigir, supervisar y evaluar la atención de enfermería en la prevención, recuperación y rehabilitación de la salud; 2) Brindar cuidados de enfermería a las personas con problemas de salud de mayor complejidad asignando al personal a su cargo acciones de enfermería de acuerdo a la situación de las personas y al nivel de preparación y experiencia del personal; 3) Realizar la consulta de enfermería y la prescripción de la atención de enfermería; 4) Administrar servicios de enfermería en los diferentes niveles del sistema de servicios de salud utilizando criterios tendientes a garantizar una atención de enfermería personalizada y libre de riesgos; 5) Organizar y controlar el sistema de informes o registros pertinentes a enfermería; 6) Establecer normas de previsión y control de materiales y equipos para la atención de enfermería; 7) Planificar, implementar y evaluar programas de salud juntamente con el equipo interdisciplinario y en los niveles nacional y local; 8) Participar en la programación de actividades de educación sanitaria tendientes a mantener y mejorar la salud del individuo, familia y comunidad (...) 18) Realizar todos los cuidados de enfermería encaminados a satisfacer las necesidades de las personas en las distintas etapas del ciclo vital, según lo siguiente: A) Valorar el estado de salud del individuo sano o enfermo y diagnosticar sus necesidades o problemas en el área de su competencia e implementar acciones tendientes a satisfacer las mismas; B) Participar en la supervisión de las condiciones del medio ambiente que requieren los pacientes de acuerdo a su condición; C) Controlar las condiciones de uso de los recursos materiales y equipos para la prestación de cuidados de enfermería; D) Supervisar y realizar las acciones que favorezcan el bienestar de los pacientes; E) Colocar sondas y controlar su funcionamiento; F) Control de drenajes; G) Realizar control de signos vitales; H) Observar, evaluar y registrar signos y síntomas que presentan los pacientes, decidiendo las acciones de enfermería a seguir; I) Colaborar en los procedimientos especiales de diagnósticos y tratamientos; J) Planificar, preparar, administrar y registrar la administración de medicamentos por vía enteral, parental, mucosa, cutánea y respiratoria, natural y artificial, de acuerdo con la orden médica escrita, completa, firmada y actualizada; K) Realizar curaciones simples y complejas, que no demanden tratamiento quirúrgico; L) Realizar punciones venosas periféricas; LL) Controlar a los pacientes con Respiración y Alimentación Asistidas y catéteres centrales y otros; M) Participar en los tratamientos quimioterápicos, en diálisis peritoneal y hemodiálisis; N) Brindar cuidados de enfermería a pacientes críticos con o sin aislamiento; Ñ) Realizar y participar en actividades relacionadas con el control de infecciones; O) Realizar el control y el registro de ingresos y egresos del paciente” (conf. artículo 3° del Decreto PEN 2497/1993).

10.1. En sentido análogo, las carreras de licenciatura en producción de bioimágenes y de psicomotricidad cuentan respectivamente con acreditación como carrera universitaria (conf. Actuación N°1070135/2021).

En el caso de la primera, el Ministerio de Salud creó la matrícula respectiva y entre las incumbencias profesionales se encuentran las de “la obtención de imágenes con equipamiento de alta complejidad en las diversas áreas del Diagnóstico por Imágenes, integrar los equipos interdisciplinarios de investigación científica, las funciones de asesoramiento y auditoría en las áreas técnicas de Diagnóstico por Imágenes, las funciones jerárquicas de jefatura del personal técnico y de organización y gestión administrativa en las áreas de su incumbencia” (conf. Resolución 1078/2006). Asimismo, de conformidad con el decreto 1003/2003 sólo podrán ejercer su actividad



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

exclusivamente en establecimientos asistenciales oficiales o privados debidamente habilitados y como personal de colaboración de médico y/o de odontólogo habilitado.

Las competencias profesionales de los licenciados en psicomotricidad han sido consideradas dentro de las prestaciones que brinda el sistema de salud a las personas con discapacidad. Así se ha establecido que deberán conformar el equipo mínimo de profesionales que se desempeñan en el proceso terapéutico educativo que se desarrolla en los ciclos de estimulación temprana, educación inicial y educación general básica, así como los procesos de rehabilitación que se llevan a cabo en centros de día y centros de educación terapéuticos (conf. Ley 24091 y Resolución N°1328/2006 del Ministerio de Salud de la Nación). Del mismo modo, prestación de psicomotricidad se halla incluida en el Plan Médico Obligatorio (conf. resolución 201/2002 del Ministerio de Salud, Anexo I).

11. Que, en ese contexto, no se advierte que el GCBA hubiese desarrollado en ninguna instancia del proceso argumento alguno que respalde la exclusión del ámbito de la carrera de la Salud de la clase involucrada en el frente actor. Por el contrario, la amplitud que poseen los términos del artículo 5° de la Ley 6035, en principio, no requieren de mayores esfuerzos para entender que abarcan las competencias e incumbencias de las profesiones involucradas.

En efecto, no puede negarse que son incluidos como profesionales de la salud quienes desarrollan servicios con carácter permanente de planificación, ejecución, coordinación, fiscalización, investigación y docencia y control y gestión de planes, programas y acciones, dirigidos a la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población, en el marco del sistema público de la salud y tal como surge de la reseña de las competencias e incumbencias señaladas, y de las probanzas cumplidas en el expediente (conf. declaraciones testimoniales incluidas en las Actuaciones N°712892/2021; 655946/2021), los profesionales aquí involucrados podrían insertarse en tal definición normativa.

Así la argumentación del GCBA de que los profesionales que constituyen el frente actor poseen diversas incumbencias en relación con los incluidos en la carrera de Profesionales de la Salud no logra sustentar, por sí sola, la validez de la exclusión.

Adviértase que tampoco media identidad de competencias profesionales entre quienes se encuentran incluidos: verbigracia no resulta predicable tal similitud de incumbencias entre odontólogos, licenciados en obstetricia y obstetras, bioquímicos, licenciados en bioquímica, farmacéuticos, licenciados en física médica, licenciados en psicología, licenciados en psicopedagogía, licenciados en musicoterapia y musicoterapeutas, licenciados en terapia ocupacional, licenciados en fonoaudiología, licenciados en kinesiología, fisioterapeutas, licenciados en nutrición, licenciados en

trabajo social y licenciados en servicio social, veterinarios, licenciados en ciencias antropológicas y/o antropólogos, licenciados en sociología, licenciados en biología, licenciados en ciencias de la educación, licenciados en sistemas de información para la salud, licenciados en estadísticas para la salud, licenciados en comunicación social y/o ciencias de la comunicación.

Es que no puede justificarse de qué forma se admite, simultáneamente, que en razón de que median diferencias entre las disciplinas y competencias de los licenciados en enfermería, psicomotricidad y bioimágenes es legítima su exclusión de los profesionales de la salud cuando, si se efectúa la misma comparación entre aquellos que conforman el listado de quienes están incluidos (conf. artículo 6 de la Ley 6035), tales diferencias son igualmente notorias.

Yerra el GCBA en su postura porque omite lo evidente, esto es que el legislador, seleccionando una entre las diversas opciones que pudo adoptar en el ejercicio de sus amplias facultades, no empleó como fórmula para incluir o excluir a profesionales dentro de la carrera de salud la identidad o equivalencia de las tareas o experticias de quienes la componen. En cambio, eligió determinar la pertinencia a partir de la conjunción de las siguientes condiciones: ser profesional y desempeñarse, con carácter permanente, en el ámbito de las incumbencias dedicadas a la ***planificación, ejecución, coordinación, fiscalización, investigación y docencia, y control y gestión de planes, programas y acciones destinados a la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población en el Sistema Público de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*** (art. 5 ya citado).

Justamente la definición incluye a quienes conceptualmente estén implicados en sus términos y no excluye a los profesionales por la diversa tarea que realizan respecto de los médicos, por ejemplificar sobre la base de quienes, incuestionadamente, a tenor de las posiciones de las partes, deberían conformar aquella carrera. Cualquiera sea la opinión que ese método merezca, no corresponde al Poder Judicial valorar su idoneidad ni reemplazar con criterios propios los adoptados por la ley. Ciertamente, este pleito, ha puesto en evidencia las dificultades que presenta el mecanismo legal analizado, el desorden en la determinación de las pautas para incorporar o excluir profesiones de la ley 6035 y sus beneficios. Empero, la función judicial instada no tendrá límites para ordenar proteger los derechos que deban ser restablecidos en el ámbito de un juicio de amparo sin que pueda la sentencia, ni las partes, especialmente el demandado (en particular en su rol de colegislador), desconocer el esquema legal aplicable mientras conserve vigencia.

En consecuencia, como ya se ha dicho, en virtud de los términos de los artículos 1º de la Ley 24004, 3º de la Ley 298, resolución 1078/2006 del Ministerio de Salud, Decreto 1003/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, la Ley 24091 y la Resolución N°1328/2006 del Ministerio de Salud, los profesionales que se desempeñan dentro del subsector estatal de Salud, ejerciendo las labores allí descriptas, no podrían encontrarse excluidos, bajo el régimen vigente, sin vulneración de los principios de razonabilidad e igualdad. Adviértase que en el caso de los licenciados en enfermería, se emplean casi exactamente los mismos vocablos para describir sus tareas (en las normas de incumbencias), que los utilizados en el artículo 5º para establecer quiénes constituyen los profesionales alcanzados.

Siendo esto así, este tribunal no puede soslayar que “*el principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales y exige que sus conductas (en lo que se hace y en lo que se deja de hacer) estén primariamente*



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA UNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

fundadas en las exigencias constitucionales, antes que en el capricho o el libre arbitrio y la nuda voluntad de las autoridades nacionales” (Fallos: 345:951) y que [l]a reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino razonable, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella” (Fallos: 345:951).

De ese modo, si bien —conforme quedó dicho— el Poder Judicial debe respetar los límites de su propia competencia y la órbita de actuación de las otras ramas del gobierno constituido, no puede dejar de señalarse que fue el propio legislador quien estableció unos parámetros que tornan, cuanto menos respecto de algunos aspectos previstos en la ley 6035, irrazonable y arbitraria la exclusión de los licenciados en enfermería, psicomotricidad y bioimágenes de ese régimen.

Finalmente, a la luz de la exposición de motivos de la Ley 6035 tampoco puede respaldarse la exclusión referida porque la fundamentación del despacho de mayoría sostiene que la finalidad de la norma es “*contribuir al desarrollo y actualización de la carrera de los profesionales de la salud, así como generar mayor transparencia en los mecanismos de selección e ingreso de profesionales al Sistema Público de Salud, mejorar los mecanismos de promoción vertical y acceso a cargos de conducción que otorguen mayor dinamismo e intercambio dentro del mismo, todo ello en consonancia con lo establecido en el artículo 37 de la Ley Básica de Salud N° 153 (texto consolidado por Ley 5666) y los principios que rigen en la materia en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*” (conf. página 104 de la versión taquigráfica de la sesión ordinaria de la Legislatura del 1/11/18; archivo adjunto a la actuación N° 1092713/2021 “VT 34-2018.pdf”, inserto en “RV_Secretaría_N11_EXPTE 44965_2018_0 LEGISLATURA_CABA_CONTESTA_OFICIOS.zip”) Luego, el despacho de minoría sí asume la cuestión y considera disvaliosa la ausencia de incorporación de las licenciaturas en enfermería, en bioimágenes e instrumentistas, a pesar de tratarse de carreras universitarias. En aquel marco, los diputados intervinientes subrayaron el reclamo de los licenciados en enfermería para ser incluidos en la carrera; como también que el carácter interdisciplinario de la carrera en el ámbito de la medicina actual y futura (conf. páginas 145 y siguientes del archivo ya referenciado).

Por tanto, no puede derivarse de las motivaciones y finalidades consideradas que se ponderasen argumentos para validar la discriminación aquí analizada.

12. Que, asimismo, en el marco detallado, cabe recordar que el principio de igualdad ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra ley suprema, 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 concurrentes 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 (Fallos: 101:401).

En sentido concordante, esta sala ha sostenido que la garantía de igualdad debe aplicarse a quienes se encuentren en iguales circunstancias, de manera que, cuando éstas son distintas, nada impide un trato diferente, siempre que el distingo no sea arbitrario o persecutorio (*in re* “Cisterna, Roberto Carlos c/ GCBA s/ empleo público [no cesantía ni exoneración]”, Expte. N°43464/2011-0, del 02/03/17; “Cortez, Andrea Karina c/ GCBA s/ empleo público [no cesantía ni exoneración]”, del 19/02/08).

A su vez, no puede soslayarse que la CSJN ha definido el concepto de discriminación al sostener que el artículo 16 de la Constitución no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que ella no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio de persona o grupo (Fallos: 243:98; 244:491 y 510; 246:350; 247:185, 293 y 414; 249:596, entre muchos otros).

En este contexto, corresponde recordar que la CSJN ha señalado en reiteradas ocasiones que “... *la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas*” (Fallos: 238:60); pero, a su vez, el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí solo para declarar que una ley no ha violado la garantía del artículo 16, es indispensable, además, demostrar que aquella se ha basado en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria (Fallos: 200:424, 149:417).

Asimismo, es menester subrayar que el derecho a la igualdad exige, entre otras cosas, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos 124:122 entre otros).

Bajo este prisma, en el caso, tal como ha analizado la Sra. juez de grado, no puede soslayarse las diferencias salariales notorias que surgen de la prueba producida por la propia demandada y que también fue reiteradamente reconocido por el GCBA (conf. Actuaciones N° 2340695/2022).

Ello así, aún cuando la demandada anejó a la causa, con posterioridad a su inicio, las Actas 3/19 y 16/19 por las que se creó la Carrera de Enfermería y Especialidades Técnico-Profesionales de la Salud (CEETPS) implementada a través de la Resolución 2675/2019 del Ministerio de Economía y Finanzas abarcando las licenciaturas de enfermería y producción de bioimágenes y finalmente creó una nueva carrera de enfermería (denominada CAPE) mediante las Actas 04/22 y 19/22 (la cual de acuerdo con las constancias acreditadas en el expediente recién se implementó el 31/10/23).

De esa manera, y tal como ya ha sido puntualizado, la diferencia de remuneración entre el régimen que se establece para la Licenciatura de Enfermería y Producción de Bioimágenes y la Carrera de Profesionales de la Salud estaría en el orden del 36% treinta y seis por ciento. La comparación con el escalafón general en que se encuentran los licenciados en psicomotricidad rondaría una diferencia del 36,9%.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

En efecto, de acuerdo con los datos que el GCBA adjuntó el 29/08/2022, de los que surge que a mayo de 2022, los profesionales de la Carrera de Enfermería y Especialidades Técnicas y Profesionales de la Salud (CEETPS) en su categoría inicial (CET, Tramo Inicial, Grado 3) percibirían la suma de \$87.813,43 (ochenta y siete mil ochocientos trece pesos con cuarenta y tres centavos); considerando para ese cálculo el monto “TOTAL ATG”, junto al adicional categoría profesional y la suma variable “NR CAT” para profesionales.

Luego, el nivel inicial de la carrera administrativa en la que en el tramo inicial es AASINI02, se alcanzaba el salario de \$86.515,68 (ochenta y seis mil quinientos quince pesos con sesenta y ocho centavos); sumando al efecto el monto “TOTAL ATG”, más el adicional de categoría profesional y la suma variable “NRCAT” profesional.

Finalmente, si se contrapone con el salario más bajo de la carrera de profesionales de la salud (PS25 30 hs), también para el mismo mes de mayo de 2022 el salario es de \$137.087,68 (ciento treinta y siete mil ochenta y siete pesos con sesenta y ocho centavos).

En suma, esa notoria desigualdad retributiva se intensifica en la medida en que existe una diferencia de jornada horaria. Es que en el caso de quienes prestan tareas en el escalafón general (licenciatura en psicomotricidad) y en la carrera CEETPS (en el que actualmente revisten los licenciados en enfermería y licenciados en producción de bioimágenes) es de siete horas diarias (conf. artículo 53 de la Ley 471), mientras que en la carrera de profesionales de la salud es de seis horas (conf. artículo 107 de la Ley 6035).

Asimismo, la situación persiste aún considerando las pautas de la Carrera Profesional de Enfermería (CAPE) y su reciente implementación en beneficio de los licenciados en enfermería. En esa línea argumental, en el Acta Paritaria 04/2022 se dispuso una mejora salarial, originalmente, en los siguientes términos: “[s]e acuerda asignar una mejora salarial a las/os licenciadas/os en enfermería y a las/os enfermeros profesionales, sustitutiva, progresiva y adicional a los incrementos paritarios que se acuerden. La misma tendrá carácter remunerativo y bonificable de acuerdo con el nivel educativo reconocido en la categoría correspondiente a la grilla salarial, la cual se actualizará de acuerdo a los incrementos salariales que a partir de la firma de la presente se determine mediante Acta de Negociación Colectiva (...) se acuerda una mejora salarial para las/los licenciados en enfermería del VEINTISIETE POR CIENTO (27%) sobre el salario base de febrero 2022” (v. punto cuarto del Acta 04/2022). Además, se previó un incremento anual para los licenciados en enfermería desde octubre de 2022 hasta el año 2025 anual (4%, 3,7%, 4,5% y 7,8%). Luego, en su reciente implementación mediante el Acta Paritaria de negociación colectiva 32/23, suscripta el 31/10/23, se previó modificar la grilla de la cláusula cuarta con relación a

los licenciados en enfermería de la siguiente forma: “... adelantar (...) los aumentos del 6,50% previstos para abril y septiembre de 2024 y el 9.80% previsto para abril y septiembre 2025 [que] serán incorporados al salario en el mes de abril 2024...”.

En síntesis, la postura del GCBA, en los hechos, parece clara. Reconoce la desigualdad y está intentando disminuir sus alcances.

Sin embargo, y más allá de la mejora introducida exclusivamente para una parte del frente actor (los licenciados en enfermería) no se han anejado constancias que permitan afirmar que cesó la desigualdad antes referida, ya que no media ninguna información de las áreas pertinentes respecto del impacto preciso y certero sobre las liquidaciones de haberes de los licenciados en enfermería. Además, ella no tiene impacto sobre el resto de los profesionales que conforman el frente actor (licenciados en bioimágenes y en psicomotricidad). Tampoco se acompañó probanza alguna que pueda constituir la base de una comparación con la situación de los profesionales de la salud ajustando los parámetros a abril de 2024.

De ese modo, las aludidas diferencias de remuneración entre distintos profesionales de la salud, agravada por una mayor carga horaria (sea que se decida regular conjunta o separadamente sus regímenes específicos), configura una situación de hecho que no respeta los parámetros establecidos en la Constitución Nacional en lo que hace al principio de igualdad.

Lo dicho no implica desconocer las facultades del legislador y del Poder Ejecutivo de reglamentación y organización del empleo público y la carrera de sus agentes. Pero ese reconocimiento, respeto y deferencia a las políticas implementadas no puede llevar a avalar situaciones que representen una manifiesta y nítida diferencia que perjudique a un colectivo determinado (en este caso, a los licenciados en enfermería, licenciados en producción de bioimágenes y licenciados en psicomotricidad).

En síntesis, el respeto a las amplias facultades de regulación de los órganos de gobierno no importa sustraerlas del control de constitucionalidad, sino que el análisis que se efectúe se circunscribe a la constatación de que no se lesionen o restrinjan indebidamente las garantías constitucionales. En este caso concreto, el examen a realizar se vincula con un escrutinio específico: determinar si se verifica o no una violación al derecho a la igualdad (conf. artículo 16 de la CN y 11 de la CCABA), al principio de igual remuneración por igual tarea y a la razonabilidad, derivados a esta altura más que de una omisión de regulación lesiva de derechos, de una regulación en detrimento de aquellos.

Sea que la cuestión se analice como una inconstitucionalidad por omisión (respecto de la falta de inclusión en la Carrera de Profesionales de la Salud) o una inconstitucionalidad derivada de los regímenes existentes (creados a través de la CCETPS y el aún incipiente de la CAPE) no se modifica la conclusión de que el frente actor está sometido a una desigualdad de trato que lesiona los principios que emergen de los artículos 16, 14 bis y 28 de la Constitución Nacional. En efecto, aun cuando pudiese interpretarse que no existe una obligación del legislador de organizar a diferentes especialidades dentro de la misma carrera de salud; sí existe una obligación de no efectuar tratos discriminatorios en desmedro de un grupo de trabajadores que se desempeñan en el mismo ámbito de salud y asumiendo funciones que como ya se ha dicho comparten las características contempladas en la conceptualización normativa (conf. artículo 5°).



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

Al margen de todo eufemismo, mientras se mantengan las condiciones de pertenencia a la Carrera de la Salud previstas en la ley 6035, aún cuando las profesiones abarcadas por el frente actor tuvieran regulada otra carrera con normativa específica, su alcance en materia salarial no puede consagrar diferencias arbitrarias a la luz de los parámetros consagrados por la propia ley de Profesionales de la Salud.

En la misma senda argumental, resulta oportuno recordar que la propia Ley 153 (Ley Básica de Salud) estableció que el personal del subsector estatal se encuentra en un régimen sanitario, en el marco de las pautas del artículo 43 de la Constitución de la Ciudad.

Entre las pautas de la norma constitucional, cabe señalar que expresamente se “...*protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo* [...]” //

Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promueve por concurso público abierto [...] El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo...”.

En ese contexto, en la Ley 153 se establecieron lineamientos específicos, entre los que debe destacarse que dicho régimen “*b. Garantiza igualdad de posibilidades para el ingreso, promoción y acceso a los cargos de conducción, reconoce la antigüedad e idoneidad, y asegura un nivel salarial adecuado; c. Los ingresos y ascensos son exclusivamente por concurso; (...) f. Reconoce la necesidad y el derecho a la capacitación permanente, y fija los mecanismos...*” (conf. art. 37, el destacado no corresponde al original).

De forma que la discriminación cuyo resultado es la tan notable divergencia retributiva frente a una dogmática respuesta de la demandada se torna irrazonable. Véase al respecto que, a la hora de presentar su alegato, el GCBA sostuvo que no era controvertido que “... *las diversas incumbencias profesionales y autoridades de aplicación en la materia, así como también que las profesiones y trabajadores que resultan involucrados en la demanda impetrada, perciben determinados emolumentos o integran carreras y escalafones diferenciales (...). Diferencias que en modo alguno afectan el principio de igualdad, que desde la propia prueba de la accionante surge con notoriedad que es histórica...*” (conf. página digital 12 de la Actuación N° 800024/2022. Ello resulta inaceptable por cuanto, de entenderse como válido tal razonamiento, se estaría justificando un trato desigual por el hecho de ser continuado en el tiempo o validando que la ilegitimidad podría cambiar su naturaleza y transformarse en legítima por su perpetuación.

14. Que tampoco puede explicar ni legitimar la desigualdad salarial existente la alegación de que la decisión, ya no del Poder Legislativo, sino producto del acuerdo de las asociaciones gremiales intervinientes y el Poder Ejecutivo, fue regular una carrera, exclusivamente, para todos los enfermeros comprendiendo a los licenciados, técnicos y auxiliares. Ello no torna admisible la violación al principio de la igualdad en la relación que debe existir entre los licenciados en enfermería y los profesionales incluidos en la carrera de la Salud cuando, como se ha sostenido previamente, no se ha verificado que, a la luz de las normas vigentes, fuese razonable la pretendida distinción. Dicho de otro modo, las diferencias al interior de la carrera o divisiones propias de la enfermería no puede, mientras subsista la ley 6035, significar una discriminación arbitraria entre los profesionales de la enfermería y el resto de los profesionales de la salud abarcados por la ley 6035.

Aun cuando, en esa línea, se contemplara un sistema que legítimamente distinguiera las carreras de la salud —nada despreciable en función del cuadro de situación imperante— lo que no resiste el test de razonabilidad e igualdad es que, de acuerdo con los términos ya explicados de la Ley 6035, los licenciados en enfermería reciban una retribución menor por la sola circunstancia de estar incorporados en otro escalafón mientras compartan —según ya ha quedado comprobado— las condiciones para estar incluidos en el régimen general de los profesionales de salud. Respalda aún más esta decisión el hecho de que en el marco legal que se refiere a las incumbencias de profesionales se previó taxativamente que “[e]l ejercicio de la enfermería en el nivel profesional está reservado exclusivamente a aquellas personas que posean: a. Título habilitante de grado de Licenciada/o en Enfermería y los que en el futuro se creen a partir de éste, otorgado por universidades estatales o privadas reconocidas oficialmente por la autoridad competente y ajustado a las reglamentaciones vigentes...” (conf. artículo 9, inciso a) de la Ley 298). Es que ello implica un reconocimiento expreso de que, se legisle del modo que sea el escalafón de los enfermeros; los licenciados en enfermería deben desarrollar las tareas que les competen. Ello los distingue de los restantes miembros del escalafón de enfermería (auxiliares y técnicos) y refuerza la conclusión de que resulta arbitraria la exclusión de su incorporación al régimen de los profesionales de la salud, según los términos ya explicados del artículo 5°. En consecuencia, no mejora la posición del GCBA para defender la notoria desigualdad salarial la argumentación de que los licenciados en enfermería componen la nueva carrera de enfermeros junto con auxiliares y técnicos en enfermería; porque ello no impacta en que las labores propias de la enfermería en el nivel profesional sólo puede ser encomendada a quienes cuentan con la formación académica correspondiente.

15. Que, por otra parte, de la comparación del régimen legal en los aspectos señalados por el frente actor se pueden apreciar también otras diferencias entre quienes están incluidos en los Profesionales de la Carrera de Salud y los licenciados en bioimágenes y licenciados en psicomotricidad. Entre ellas:

i) La imposibilidad de la acumulación de cargos, salvo para el ejercicio de la docencia y mientras no exista superposición horaria (tanto para quienes forman parte de la Carrera Enfermería y Especialidades Técnico-Profesionales de La Salud -CEETPS, acta N° 16/19- como para los licenciados en psicomotricidad; v. arts. 12 y 13 de la Ley 471).



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

ii) La imposibilidad de solicitar licencia extraordinaria por capacitación sin goce de haberes por un plazo mayor a un mes (solo prevista en el artículo 59 de la Ley 6035).

iii) La imposibilidad de solicitar pausa por capacitación prevista para los profesionales que asistan a cursos cuya carga horaria fuese inferior a la jornada laboral diaria y la de requerir licencia con goce de haberes por capacitación cuando los cursos requieran dedicación exclusiva o cuando la asistencia fuere incompatible con el desarrollo habitual de sus tareas (conf. 60 de la Ley 6035).

iv) Imposibilidad de acceder a la capacitación en servicio (conf. artículo 133 de la Ley 6035).

v) Si bien tanto los profesionales incluidos en la Carrera de la Salud como en la CEETPS se encuentra regulada la licencia por stress profesional de diez (10) días hábiles; sólo en el caso de la primera resulta obligatoria; mientras que en el segunda podrá ser denegada la solicitud por razones de servicio (conf. artículo 54 de la Ley 6035 y Anexo II Acta 16/19, cláusulas primera a cuarta).

vi) Frente a la hipótesis de un accidente de trabajo, el GCBA, sólo en el caso de los profesionales de la salud, compensará al agente con un importe mensual equivalente a las sumas percibidas normal y habitualmente como no remunerativas (conf. artículo 64 de la Ley 6035).

vii) Se adquiere estabilidad laboral, en el régimen de los profesionales de la salud, tras prestar seis (6) meses de servicios efectivos; mientras que en el régimen de la CEETPS y en el del escalafón general el plazo es de doce meses (conf. artículo 66 de la Ley 6035 y 52 de la Ley 471).

viii) En cuanto al régimen de los ascensos y progreso en la carrera: se trata de sistemas con diferentes requerimientos de antigüedad para acceder a las jefaturas de sección, división y departamento tanto si se comparara con la CEETPS (conf. arts. 80 de la Ley 6035 y 20 del Acta 16/19) como si se analiza el régimen del escalafón general. A su vez, entre las posibilidades de cese se prevé que frente a la obtención de una evaluación negativa, se cesa en la función de jefatura tanto en el escalafón general como para la CEETPS (conf. art. 23 del Acta 16/19 y en términos análogos en el artículo 50 de la Ley 471).

ix) Por último, la organización es diferente entre las Carreras de los Profesionales de la Salud y la CEETPS y el escalafón general, dado que en el primer caso hay dos categorías y diversos grados; mientras que en los otros casos hay categorías y dentro cada categorías ascensos por tramo y por grados (conf. arts. 74 y 75 de la Ley 6035 y 5 a 10 del Acta 16/19 y 15, 20/22 de la Ley 471).

En cuanto a los Licenciados en Enfermería, a través de la implementación de la nueva carrera (CAPE) habrían cesaron las diferencias señaladas en los puntos iii); iv) y v) ; de modo que allí fueron equiparados en los beneficios a los

profesionales de la Salud; mientras que subsisten respecto del resto de los ítems señalados con la aclaración de que se redujeron la cantidad de años de antigüedad exigidos para acceder a los cargos de jefe de división, sección y departamento (conf. artículo 14 del anexo I del Acta Paritaria 31/23).

Ahora bien, aunque se han acreditado las diferencias señaladas, sin embargo no puede predicarse de ellas, de conformidad con los planteos de las partes y pese a las amplias posibilidades probatorias brindadas así como las sucesivas oportunidades propiciadas al efecto, que resulten manifiestamente ilegítimas o arbitrarias. Aunque han sido reiteradamente enunciadas por el frente actor, no se ha demostrado una lesión a los principios de razonabilidad e igualdad (conf. arts. 28 y 16 de la Constitución Nacional). Simplemente han sido puntualizadas, sin que se hubiese construido en relación con cada uno de estos aspectos una argumentación sólida y concreta de cómo resultan violadas las garantías constitucionales tuteladas en aspectos cuya especificidad no permite descartar que las diversas incumbencias pudieran admitir la regulación de tratos diversos (conf. páginas digitales 84/91, 1003, 1431/1433, 1579/1581 del archivo “ATE fs. 1-805 (fs. faltantes ver aparte).pdf” incluido en la unidad drive que surge de la Actuación N° 97306/2021; Actuaciones N° 1272952/2022, 1274566/2022, 1282532/2022, 1284949/2022, 2029604/2022).

16. Que, finalmente, cabe recordar que la Constitución protege las libertades y los derechos de las personas, y no es correcto interpretar que son meras declaraciones abstractas. Como dijo Joaquín V. González, las “declaraciones, derechos y garantías” no son “simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación” (González, Joaquín V. “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Editorial La Ley, 2001, n° 82, página 49).

En consecuencia, verificada la desigualdad de trato denunciada, resta señalar cómo se debería restablecer el derecho lesionado. Y está claro que la cuestión reviste una complejidad fáctica y jurídica cuyos alcances y particularidades requieren de múltiples acciones (que, merece destacarse, en parte se están estudiando o adoptando). Es por ello que a través del presente pronunciamiento se habrá de disponer el cese de las conductas que importan un agravio concreto, manifiesto y directo a la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente, sin perjuicio de señalar que existe una evidente necesidad de examinar el funcionamiento del sistema en su conjunto.

En efecto, y tal como se ha adelantado, los cambios a implementar podrían darse a través de la inclusión de todos los profesionales en el mismo régimen o, incluso, conservando la distinción de regímenes (ello así, según se ponga el foco en los elementos comunes o en los factores diferenciales, que por cierto existen y no sólo respecto de los licenciados que conforman el frente actor). Lo que no puede es tratarse de manera diversa situaciones que son sustancialmente análogas acorde a los términos de la legislación vigente.

Así, no puede dejar de advertirse que existen entre distintos profesionales de la salud (más allá de que se los regule a todos conjuntamente o se haga algún distingo) soluciones diversas que no cumplen con el standard básico que hace a la igualdad consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA ÚNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Número: EXP 44965/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0

Actuación Nro: 3163325/2023

En este sentido, las diferencias salariales reseñadas (que resultan acentuadas por una mayor carga horario establecida para el frente actor), dan cuenta de una diversidad que desnuda una discriminación a todas luces inaceptable.

Este proceso ha puesto en evidencia la necesidad de que las autoridades competentes emprendan, de manera urgente, el trabajo que requiere la adecuación de la regulación relativa a la actuación de los profesionales que conforman el frente actor a la indiscutida circunstancia de que se trata, efectivamente, de profesionales de la salud. Y si no se avanza en mayores especificidades al respecto es porque este tribunal entiende que no corresponde intervenir en cuestiones que tienen que ver con el diseño de políticas públicas y cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Pero lo expuesto no puede implicar aceptar sin más discriminaciones inconstitucionales. Es por ello que, a fin de no avanzar en lo que podría interpretarse como una intromisión en las atribuciones de las autoridades competentes en el diseño de un régimen que respete adecuadamente los parámetros establecidos en el sistema constitucional vigente, el dispositivo en este caso habrá de concentrarse exclusivamente en la discriminación salarial existente.

Así, sin perjuicio de que la compleja situación en análisis requiere del estudio e implementación de un proceso de cambio que tiene que producirse al mismo tiempo que se presta adecuadamente el servicio, no puede arribarse al resultado de que el Poder Judicial acepte sin más lo que aparece como una patente y clara discriminación.

En suma, teniendo en cuenta el impacto de la cuestión debatida en el sistema de salud y su prestación se impone una especial prudencia al momento de establecer el dispositivo de la presente sentencia.

Así, si bien no puede por la presente modificarse el sistema todo, sí debe ponerse fin a la discriminación más evidente. Una solución que, en su caso, efectivamente tendrá una repercusión presupuestaria, más no avanza sobre el funcionamiento y lógica del sistema.

Es por ello que, sin perjuicio de reiterar la necesidad de establecer medidas vinculadas con el estudio y adopción de un cambio que contemple en su conjunto el funcionamiento del sistema, se ordena que, en el término de 90 días se adopten las medidas necesarias para el cese de las diferencias salariales existentes entre los profesionales de la salud involucrados en el frente actor y aquellos alcanzados por la Ley 6035.

Por lo tanto, debe fijarse un esquema de equiparación salarial que atienda a la situación escalafonaria de los licenciados del frente actor, considerando el salario básico de los profesionales incorporados a la carrera de la salud y todo suplemento que sea incluido en la remuneración habitual por la sola condición de

pertenencia a tal carrera (contemplando pautas objetivas para establecer la analogía al efecto: capacitación, jerarquía, antigüedad, etc.).

De este modo, no se avanza en la implementación de cambios que podrían afectar el funcionamiento del sistema pero se restituye la igualdad afectada a través del reconocimiento de una retribución acorde no sólo al carácter profesional sino a la situación particular de prestación del servicio.

Entonces, la referida equiparación salarial deberá abarcar el porcentaje correspondiente a la mayor jornada laboral (un equivalente a 20 horas mensuales, si se considera una hora diaria, en días hábiles), en beneficio del frente actor.

Finalmente, cabe aclarar que el plazo establecido se dispone a los efectos de tomar las medidas necesarias para de la ejecución de la presente, pero las diferencias que correspondieren deberán calcularse desde la fecha de notificación de la sentencia.

17. Que, por último, cabe rechazar el planteo de falta de actualidad del pronunciamiento apelado, en relación con los licenciados en psicomotricidad.

En efecto, surge del cotejo de las actuaciones que entre las probanzas de la causa han sido incorporados los recibos de sueldo correspondientes a la empleada del GCBA Celina Emilce Marini (CUIL 27-12274492-8), quien se desempeñaría como licenciada en psicomotricidad en el Hospital Infanto-Juvenil Tobar García en una jornada de 30 horas (v. Actuaciones N° 1308623/2022 y 2105542/2022). Ello, a instancias de la parte actora, a fin de acreditar la comparación del salario entre quienes forman parte de los profesionales de la Carrera de la Salud y quienes se encuentran en el régimen escalafonario de la carrera administrativa, agrupamiento: “Actividades de Asistencia a la Salud y Apoyo Social” (Acta de Negociación Colectiva N° 14/14, instrumentada por Resolución N° 2020/MHGC/14). Tales constancias no han sido ni desconocidas ni impugnadas por la demandada; por lo que la posición de la demanda no puede prosperar.

18. Que, finalmente, corresponde analizar el recurso de apelación interpuesto por los Dres. Ferrara y Lamas contra la regulación de honorarios practicada en su favor.

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3°, 15, 17, 51, 56, 60, 62 y concordantes de la Ley 5134 y teniendo en cuenta el valor, motivo y complejidad de la cuestión planteada, la extensión y calidad jurídica de sus actuaciones y la trascendencia, entidad y resultado de esas tareas en el proceso, corresponde —toda vez que sólo fueron apelados por bajos— confirmar la regulación practicada en la instancia de grado.

Por lo tanto, habiendo dictaminado la Sra. fiscal ante la Cámara, el tribunal **RESUELVE: 1)** Admitir parcialmente el recurso del GCBA y modificar la sentencia de fondo en los términos del considerando **16. 2)** Imponer las costas al GCBA por resultar sustancialmente vencido (conf. artículo 64 del CCaYT —texto consolidado según Ley 6588—). **3)** Rechazar la apelación de los honorarios establecidos en favor de los Dres. Ferrara y Lamas.

Registro cumplido —conf. art. 11 Res. CM 42/2017, Anexo I (reemplazado por Res. CM 19/2019)—.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

1983-2023. 40 Años de Democracia

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA II SECRETARÍA UNICA
ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS
Número: EXP 44965/2018-0
CUIJ: EXP J-01-00080121-2/2018-0
Actuación Nro: 3163325/2023

Notifíquese a las partes por secretaría. Asimismo, al Ministerio Público Fiscal, por la vía correspondiente.
Oportunamente, devuélvase al juzgado de origen.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires



**JUAN LIMA Fernando
Enrique**
JUEZ/A DE CAMARA
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CATyRC - SALA II



DÍAZ Mariana
JUEZ/A DE CAMARA
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CATyRC - SALA II



**LÓPEZ ALFONSÍN
Marcelo Alberto**
JUEZ/A DE CAMARA
CÁMARA DE
APELACIONES EN LO
CATyRC - SALA II



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2022-21746018- -APN-DS#MT

SEÑORA DIRECTORA NACIONAL
DE LA OFICINA NACIONAL DE EMPLEO PÚBLICO
DE LA SUBSECRETARÍA DE EMPLEO PÚBLICO
DE LA SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO
DE LA JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS:

Esa Dirección Nacional solicitó la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación, en su carácter de autoridad de interpretación del Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el Decreto N.º 456/22 (en adelante, el *RIA*), en relación a la consulta que le realizó la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Gestión Administrativa del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (en adelante, el *MTEySS*) respecto de la interpretación de la frase “*comisión de la falta*” como inicio de los plazos de prescripción de las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 37 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional aprobada como Anexo a la Ley N.º 25.164 (B.O. 8-10-99; en adelante, la *Ley Marco*).

- I -

ANTECEDENTES

1. En ese sentido, mediante la Disposición N.º DI-2022-42-APN-SSGA#MT del 5 de abril de 2022 de la citada Subsecretaría de Gestión Administrativa, se ordenó instruir un *...sumario administrativo a fin de investigar los hechos y deslindar eventuales responsabilidades*

administrativo disciplinarias y el perjuicio fiscal, si lo hubiere, en orden al presunto otorgamiento de un título terciario apócrifo de Técnico Superior en Interpretación de Lengua de Señas Argentinas (LSA), expedido a favor de la agente R. P. F., presentado como antecedente profesional para acceder a un cargo en la Administración Pública Nacional (v. orden 43).

Al respecto, en su Considerando, esa Disposición refirió que tiene como antecedente el requerimiento efectuado por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (en adelante, la PIA) con motivo de la denuncia realizada en ese Organismo por la señora E. T. I. d. M. .

Asimismo, mencionó que la agente F. habría usado un *...título terciario apócrifo - Técnico Superior en Interpretación de Lengua de Señas Argentinas – LSA -, presentado como antecedente profesional para acceder a un cargo en la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, y que aquella ...se encuentra vinculada a este Organismo de Estado bajo la modalidad Planta Permanente desde el 2 de setiembre de 2019, por Resolución del ex MINISTERIO DE PRODUCCION Y TRABAJO N° 729/19, Nivel B Grado 4, agrupamiento General, Tramo General, actualmente se encuentra usufructuando Licencia por Mayor cargo-horas cátedra.*

2. La Dirección de Sumarios del MTEySS informó el inicio de las actuaciones sumariales a la PIA (v. orden 46 y 47), quien, si bien decidió no intervenir como parte acusadora, solicitó que, oportunamente, se le remitan las copias del informe previsto en el artículo 108 del RIA (v. orden 58).

3. El instructor sumariante, luego de clausurar la etapa investigativa (v. orden 117), emitió el informe previsto en el artículo 108 del RIA (v. orden 118) en el cual concluyó que correspondía aplicar a la agente F. *...la sanción de CESANTÍA prevista en el artículo 30 inc. c) de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164, por haber incurrido en la causal prevista por el art. 32 inc. e) en función del art. 23 inc a) y d) de dicha norma y similar de la Reglamentación aprobada por Decreto N° 1421/02...*, y consideró que se había producido un *...perjuicio fiscal al erario por la suma de Pesos Un Millón Cinco Mil Seiscientos Cuarenta con 54/100 (\$ 1.005.640,54).*

En ese sentido, tuvo por acreditado que la sumariada nunca cursó ni aprobó la Tecnicatura Superior en Interpretación de Lengua de Señas Argentina, y que la certificación de titulación que acompañó en el concurso por el que ingresó a la planta permanente era falsa.

Asimismo, afirmó que la situación antes referida *...indujo a esta Administración a error, ya que valoró documentación que resultó ser apócrifa, destacándose que el requisito exigido para el cargo concursado era excluyente, y consistía en tener título terciario.*

Por otra parte, refirió que *...la existencia de causa penal, en trámite por ante la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12, causa CFP 494/22 (coirón 7455/22), caratulada "F. , P. R. ... s/averiguación de delito", del Registro del Juzgado Nacional en lo*

Criminal y Correccional Federal Nº 7, Secretaría Nº 14, no limita las facultades disciplinarias de la administración en el caso.

4. La Sindicatura General de la Nación estimó que el perjuicio fiscal, al día 7 de noviembre de 2022, ascendió a \$ 2.455.722,16 (pesos dos millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil setecientos veintidós con dieciséis centavos), ya que debían tomarse en consideración los salarios brutos percibidos por la sumariada, monto que resulta de relevante significación económica, así como también *...las previsiones imperantes en materia de prescripción liberatoria para el deudor, establecidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, como por ejemplo el artículo 2561 segundo párrafo, y demás concordantes* (v. orden 123 y 124).

5. La sumariada presentó su descargo (v. orden 2 del expediente N.º EX-2022-134282980-APN-DGD#MT) y manifestó que a la fecha de inicio del sumario habían transcurrido más de siete años desde el hecho que se le reprochó, por lo cual operó la prescripción.

Asimismo, señaló que cuando se presentó al concurso en el año 2015 revistaba como personal contratado sin estabilidad por lo que, según el criterio vigente en aquel entonces, no le resultaba aplicable el régimen disciplinario y que su participación en un proceso de selección fue a los efectos de regularizar su situación de revista y no un ingreso a la Administración Pública.

Por otra parte, mencionó que la sanción disciplinaria propuesta no guardaba razonabilidad con los hechos que se le reprocharon y que no existió perjuicio fiscal ya que prestó servicios en forma efectiva, por lo que pretender el reintegro de los salarios percibidos implicaría un enriquecimiento sin causa para su empleador.

6. El instructor sumariante difirió el tratamiento de los planteos de prescripción, falta de legitimación pasiva y nulidad para la oportunidad en que tuviere que intervenir la autoridad competente, por ser ello ajeno a su competencia, y ordenó la producción de la prueba que estimó conducente (v. orden 136).

Posteriormente, dispuso la clausura definitiva de las actuaciones (v. orden 146) y emitió el informe previsto en el artículo 115 del RIA (v. orden 147) en el que ratificó el temperamento que propuso en anterior oportunidad y, en atención a las pruebas producidas durante la instrucción, desestimó los argumentos esgrimidos por la sumariada en su defensa.

7. La sumariada presentó su alegato (v. orden 2 del expediente N.º EX-2023-27208744-APN-DGD#MT) ratificando lo argumentado en su descargo.

8. La Dirección de Sumarios, previo compartir los términos del informe previsto en el artículo

108 del RIA, requirió que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MTEySS se manifestase (v. orden 152), según lo establece dicho cuerpo normativo en su artículo 120.

9. El servicio jurídico permanente del organismo de origen solicitó la intervención de la Oficina Nacional de Empleo Público (en adelante, la *ONEP*) a fin que *...aclare el término “comisión de la falta” como inicio de los plazos de prescripción de las sanciones disciplinarias, en los términos del artículo 37 de la Ley N.º 25.164; toda vez que una interpretación literal de dicha norma llevaría a concluir que la sanción que se imponga se encuentra prescripta, teniendo en cuenta que el sumario se instruyó en el 2022 (v. DI-2022-42-APN-SSGA#MT) y que la sumariada se presentó al concurso para acceder al cargo en el 2015 (v. RESOL-2019-729-APN-MPYT) (v. orden 155).*

10. La *ONEP* y la Dirección de Interpretación y Asistencia Normativa, ambas de la Jefatura de Gabinete de Ministros, solicitaron la intervención de esta Casa a fin que se analice *...si corresponde que este Órgano Rector interprete el último párrafo del artículo 37 del Anexo a la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25164, o la alocución en cuestión ya fue interpretada, o corresponde a ese alto órgano asesor su interpretación en virtud de tratarse del Régimen Disciplinario de la Administración Pública Nacional (v. orden 159).*

Asimismo, consultó *...si, correspondería aplicar la nulidad de la RESOL-2019-729-APN-MPYT, por la cual se designó a la trabajadora en el cargo de planta permanente, dado que la titulación que le permitía el cumplimiento de los requisitos mínimos carece de validez.*

11. La Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas de esta Casa, luego de reseñar reiterada doctrina sentada por este Organismo Asesor, señaló que el artículo 37 de la Ley Marco, en tanto prevé que los plazos de prescripción se computan desde la comisión de la falta, es claro y *...no da lugar a dudas interpretativas (v. orden 162).*

En ese sentido, afirmó que *...la acción disciplinaria se encontraría prescripta; sin perjuicio de tener en cuenta lo establecido en el artículo 34 del Decreto N° 1421/2002, reglamentario de la Ley N° 25.164, en cuanto a que: “estando pendiente la causa criminal, el sumariado no podrá ser declarado exento de responsabilidad”.*

12. En este estado corresponde que me expida.

ANÁLISIS

1. Preliminarmente, resulta menester señalar que en esta etapa del procedimiento sumarial no corresponde la intervención de terceros ajenos a las respectivas áreas del Organismo de origen según lo establece el RIA.

Asimismo, con relación a la incertidumbre respecto de la inteligencia de la expresión contenida en el último párrafo del artículo 37 de la Ley Marco que refiere el servicio jurídico permanente del MTEySS, este Organismo Asesor ya abordó la cuestión en reiteradas oportunidades, tal como lo adelantó la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas.

En este sentido, toda vez que la redacción del artículo 37 de la Ley Marco no sufrió modificaciones desde su sanción y la cuestión fue tratada por esta Casa en diversos dictámenes, debe tenerse presente que dichos asesoramientos otorgan un pronunciamiento definitivo no sujeto a debate o revisión posterior, salvo que concurran nuevas circunstancias de hecho, o que el contexto legal tenido en cuenta haya sufrido modificaciones (v. Dictámenes, 323:145).

Al respecto, el Decreto N.º 34.952/47 (B.O. 13-11-47) por el que se aprobó la Reglamentación del Cuerpo de Abogados del Estado, en su artículo 6, establece que *El Procurador del Tesoro, en su carácter de director general del Cuerpo, sienta normas de interpretación, y aplicación de las leyes y sus reglamentos, las que serán obligatorias para los abogados que forman el Cuerpo (Art. 6º de la Ley Nº 12.954)*; la competencia de la Procuración del Tesoro es última en el orden del procedimiento y máxima en lo jurídico; por tal motivo, la opinión que emite resulta vinculante para todos los servicios jurídicos permanentes (v. Dictámenes, 244:495).

No obstante, lo expuesto, a modo de colaboración, es que me expediré respecto de la consulta.

2. A ese fin, recuerdo que **...quienes se desempeñan en la función pública se encuentran obligados a cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten** (cf.: Código de Ética de la Función Pública, aprobado mediante Decreto N.º 41/99 (B.O. 3-2-99), art. 16; Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N.º 25.188 (B.O. 1-11-99), art. 2, inc. a; Ley Marco de Regulación del Empleo Público N.º 25.164, (B.O. 8-10-99) art. 23, inc. d).

Esta Casa señaló que *...cuando la ley es clara debe respetarse su letra, ya que ésta revela de ordinario la voluntad legislativa (...)* **De ahí también que contra el texto expreso de la ley no pueda prevalecer** ni la opinión contraria del codificador, ni motivos de equidad, o de posibles perjuicios, ni **los sentimientos generosos en que pudiera fundarse una doctrina opuesta**, ni las fuentes de la disposición... (Busso, Eduardo B.: Código Civil Anotado; T. I, pág. 144, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires).... **si la escritura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimiento disímiles la única conducta posible es aceptar su acatamiento "ad pedem literae"**... Sólo en aquellos casos en que la interpretación literal de las

normas pueda acarrear un resultado desatinado, -no previsto ni querido por el legislador-, cobrarán relevancia otras herramientas de hermenéutica, tales como la indagación de la significación jurídica de la norma, la relevancia de la intención de su autor, la armonización con las demás disposiciones del ordenamiento reglamentario bajo examen y la obtención del mejor resultado, criterios hermenéuticos que han sido admitidos por la Corte Suprema en diversos pronunciamientos (v. Fallos 265:256; 272:219; 298:180 y 301:67....**Al no plantearse en este caso dudas interpretativas acerca del alcance (...) de la Ley (...) considero que corresponde atenerse a los claros términos literales en que ese precepto se encuentra redactado...** (v. Dictámenes, 313:560, lo resaltado es del original).

En igual sentido, se señaló que ...la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene destacando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (v. Fallos, 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (v. Fallos 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286).

Por ello es que, para esta Casa no resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que la ley no dice o de dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena. De allí que, si la lectura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles, la única conducta aceptable es su acatamiento ad pedem literae (v. Dictámenes, 177:117; 253:156, entre otros). De esta forma, cuando el texto de la ley es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos y corresponde aplicarlo estrictamente, pues no resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que la ley no dice o dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena... (v. Dictámenes, 317:546).

3. Ahora bien, en el último párrafo de su artículo 37, la Ley Marco establece que Los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias se contarán ...a partir del momento de la comisión de la falta.

En ese orden, la palabra ...comisión... alude a la acción de cometer -incurrir, realizar, hacer- la conducta que se reprocha por ser irregular.

En tal sentido, esta Casa ha señalado que ...el tiempo de la comisión de la falta disciplinaria reviste suma importancia en el trámite disciplinario puesto que, a partir de su perpetración, comienza a correr el plazo de la prescripción de la acción disciplinaria (v. Dictámenes 267:632). Al respecto, se ha indicado que, si desde la ocurrencia del hecho hasta el momento en que se ordenó el pertinente sumario administrativo disciplinario, transcurrió el plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no corresponde, en principio, disponer su sustanciación (v. Dictámenes 240:274 y 267:632).

Desde esta perspectiva, cuando se verifica que la acción disciplinaria por el transcurso del tiempo se encuentra prescripta, no corresponde ingresar a ponderar sobre la existencia o inexistencia de la falta disciplinaria y cuál sería la sanción disciplinaria a aplicar, y sólo cabe declarar la extinción de la acción disciplinaria por hallarse prescripta, decretando por dicha razón, la exención de responsabilidad del agente sumariado (v. Dictámenes 261:166)

Debe recordarse que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N.º 25.164 (B.O. 8-10-99) prevé en el artículo 37 los plazos de prescripción según los tipos de sanción

disciplinaria en juego.

Por ello teniendo en cuenta que el orden legal le otorga al órgano administrativo un plazo dentro del cual podrá decidir sobre la existencia o no de la falta disciplinaria investigada ...transcurrido el cual el órgano pierde su competencia al respecto y la resolución que dicte padecerá de un vicio en la competencia en razón del tiempo... (v. Dictámenes, 313:492).

Por lo expuesto, ...no debe confundirse el plazo que debe tomarse en consideración a los efectos de evaluar la procedencia de ordenar el inicio de actuaciones sumariales, con aquél que rige a los efectos de valorar la procedencia de aplicar una sanción disciplinaria determinada.

En relación al primer aspecto se ha dicho que, ante ...la imposibilidad de determinar de antemano cuál podría ser la sanción disciplinaria que correspondiere aplicar, a los efectos de evaluar la procedencia de iniciar un sumario administrativo ha de tomarse en consideración al plazo más largo previsto normativamente, es decir, dos años (v. Dictamen PTN N.º IF-2020-71549301-APN-DND#PTN). Ello, ante la previsión del artículo 37 de la LMREP, que prevé plazos de prescripción distintos según que los hechos dieran lugar a la aplicación de apercibimiento o suspensión -seis (6) meses-, cesantía -un (1) año- o exoneración -dos (2) años-, computados en todos los casos desde el momento de la comisión de la falta.

Con relación al segundo aspecto, lo cierto es que la norma citada establece que el plazo de prescripción para la aplicación de la sanción de cesantía será de un (1) año, contado –como ya se dijo- a partir de la comisión de la falta.

Por otra parte y según la reglamentación del referido precepto, aprobada como Anexo al Decreto N.º 1421/02, el curso de dicho plazo se suspende en los supuestos allí previstos: la iniciación de la información sumaria o del sumario y hasta la finalización de éste; en los supuestos de iniciación de sumarios por hechos que puedan configurar delitos, hasta la resolución de la causa penal; y la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 35 de esa reglamentación y hasta su finalización (v. Dictámenes, 317:250).

Así las cosas, dada la claridad de la redacción del artículo 37 de la Ley Marco, pretender asignarle un alcance distinto excede las facultades de interpretación e importaría asumir otras propias de política o incumbencia legislativa ajenas a este ámbito.

*Al respecto, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos “DOMINGO, Miguel Eladio c/DNM s/Empleo Público”, expediente N.º 39488/2013, el 7 de agosto de 2018, luego de reseñar el artículo 37 de la Ley Marco y de su Decreto Reglamentario afirmó que **...el legislador se ha inclinado, en la especie, por un punto de partida específico: aquél en que se produce “la comisión de la falta”** (art. 37, ley 25.164, último párrafo. Subrayado agregado). Y **si bien esta elección podría resultar pasible de crítica técnico jurídica** considerando, siquiera someramente, la necesidad de conocer la ocurrencia del hecho para poder ejercer y hacer valer en debida forma los derechos y deberes consecuentes (cfr. mi voto en el plenario “Navarrine Roberto Héctor y Otros c/ BCRA – Resol 208/05”, al que adhirieron los Dres. Grecco y Do Pico), **tal observación —a tenor de la sanción dada por el Congreso de la Nación— sólo podría formularse “de lege ferenda” en el caso, más nunca “de lege lata”**, fallo que se encuentra firme (lo resaltado me pertenece).*

4.1. Finalmente, en relación a la consulta realizada por la ONEP respecto de ...si,

correspondería aplicar la nulidad de la RESOL-2019-729-APN-MPYT, por la cual se designó a la trabajadora en el cargo de planta permanente, dado que la titulación que le permitía el cumplimiento de los requisitos mínimos carece de validez, tengo presente que, con carácter previo al dictamen de esta Casa, correspondería la intervención de los servicios jurídicos permanentes del ministerio u organismo en donde se origina la consulta ya que la competencia asignada a esta Procuración del Tesoro ...por revestir el carácter de máxima autoridad en el orden jurídico administrativo, debe ser vertida en último lugar en el procedimiento, lo cual no sólo se impone por razones de índole legal, sino también porque hace a una mejor dilucidación de las cuestiones planteadas e impide que este Organismo Asesor se convierta en una asesoría jurídica más, supliendo el cometido específico de sus delegaciones (v. Dictámenes, 285:38, entre muchos otros).

Sin embargo, estimo conducente realizar algunas consideraciones sobre el particular a modo de colaboración.

4.2. En ese sentido, del legajo de la agente F. surge que originalmente se encontraba contratada en los términos del artículo 9.º de la Ley Marco, y su Decreto Reglamentario N.º 1.421/02 (B.O. 9-8-02), equiparada a un Nivel B, Grado 4, del régimen establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP) homologado por el Decreto N.º 2098/08 (v. págs. 290/293 del archivo de trabajo agregado al orden 69).

La sumariada renunció al referido contrato el 2 de septiembre de 2019 (v. págs. 305 del archivo de trabajo agregado al orden 69), con motivo de su designación en la planta permanente por la Resolución del MTEySS N.º RESOL-2019-729-APN-MPYT del 23 de agosto de 2019 (v. págs. 308/314 del archivo de trabajo agregado al orden 69), en un cargo nivel B, grado 3, agrupamiento general, de la planta permanente, en el cual se le asignó el suplemento por capacitación terciaria previsto en el artículo 88 del SINEP, consistente *...en una suma equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de la Asignación Básica del Nivel Escalafonario del trabajador.*

Asimismo, el 26 de mayo de 2022, la agente F. presentó su renuncia a partir del 7 de mayo de 2022 al cargo de planta permanente (v. págs. 331 del archivo de trabajo agregado al orden 69), el cual ejerció hasta el 1 de octubre de 2020 en atención a la licencia por cargo de mayor jerarquía en el Ministerio de Transporte que el MTEySS le concedió.

4.3. La Dirección de Administración de Recursos Humanos del MTEySS informó que la agente F. fue notificada con relación a que la aceptación de su renuncia quedó en suspenso por ciento ochenta días corridos, por hallarse involucrada en una investigación sumarial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 22 de la Ley Marco (v. orden 11).

Por su parte, la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de Transporte informó que el 27 de mayo de 2022 se dio de baja la designación de la agente F. en el cargo de mayor jerarquía (v. archivo embebido al orden 17).

La Dirección General de Asuntos Jurídicos del MTEySS señaló que la relación de empleo público de la sumariada no se encontraba extinguida, ya que su renuncia aún no había sido aceptada, ni se había cumplido el mencionado plazo de ciento ochenta días (v. orden 18).

En función de ello, el 26 de septiembre de 2022 la agente F. retomó sus tareas en el MTEySS (v. orden 36), previa intimación cursada a tales efectos y el 14 de noviembre de 2022

solicitó se dejara sin efecto la renuncia presentada y el pago de *...los salarios correspondientes desde la fecha del cese al Cargo de Directora de Estrategias Inclusivas del Transporte hasta el 25 de septiembre del 2022* (v. orden 43).

La Dirección de Sumarios del MTEySS, en atención a la doctrina de este Organismo Asesor (v. Dictámenes, 241:279), consideró que, no habiéndose dictado el acto administrativo de aceptación de la renuncia, la retractación era válida (v. orden 44).

Dicho criterio fue compartido por el servicio jurídico, quien agregó que no correspondía el pago de haberes por los períodos que la agente no hubiere prestado servicios en forma efectiva (v. orden 49).

La ONEP concluyó que *...el reclamo por el pago de los haberes correspondientes desde el 27 de mayo al 26 de septiembre del año 2022, periodo en que la agente de marras no ha prestado servicios en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social no puede prosperar, toda vez que no se verifican los extremos exigidos por la normativa aplicable al caso, ello a efectos de dar nacimiento al derecho a la percepción de los haberes, y siendo este el Principio general que impone no reconocer el pago de haberes por períodos en que no se hayan prestado efectivamente servicios* (v. orden 61).

Finalmente, mediante Resolución del MTEySS N.º RESOL-2023-472-APN-MT del 9 de mayo de 2023 (v. orden 71), se rechazó el reclamo de la agente F. respecto del *...pago de los salarios caídos por el período comprendido entre el 27 de mayo y el 25 de septiembre de 2022*.

4.4. Ahora bien, para el ingreso a la Administración Pública Nacional, la Ley Marco establece que es necesario acreditar condiciones de conducta e idoneidad para el ejercicio del cargo mediante los regímenes de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función pública (v. artículo 4.º, inciso b), con lo que concuerda el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional homologado por el Decreto N.º 214/06 (B.O. 1-3-06), en su artículo 11.

Al respecto, el artículo 6.º de la ya referida Ley Marco prevé que *Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 4º y 5º o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido...*; en tanto que el artículo 13 del mencionado Convenio Colectivo estipula, en términos similares, que *Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto por los dos artículos anteriores o por cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido ...*

El Decreto N.º 1421/02 (B.O. 9-8-02), Reglamentario de la Ley Marco, prevé que la nulidad de la designación será resuelta por la autoridad que dispuso el nombramiento y que, en todos los casos, deberá aplicarse el correspondiente procedimiento de investigación para determinar las eventuales responsabilidades a que diere lugar dicha situación (v. artículo 6.º), tal como ha sucedido en este caso.

En ese orden de ideas, el artículo 14 del SINEP establece diversos requisitos mínimos para acceder al nivel B, entre los que cabe mencionar: a) *Título universitario de grado correspondiente a carrera de duración no inferior a CUATRO (4) años, y a la función o puesto a desarrollar. Para la cobertura de funciones o puestos del Agrupamiento General, se puede prescindir de las exigencias del presente inciso siempre que se acredite título atinente de nivel universitario o terciario de carreras de duración no inferior a TRES (3) años y una experiencia laboral correspondiente a la función o puesto a desempeñar no inferior a SEIS (6) años; y c)*

Especialización en los campos profesionales correspondientes a la función o puesto a desarrollar, acreditable mediante estudios o cursos en entidades de reconocido prestigio y solvencia académica y/o profesional y/o mediante publicaciones o investigaciones avaladas por ese tipo de entidades.

Al respecto, en el informe previsto en el artículo 108 del RIA, el instructor sumariante afirmó que en función de *...la prueba reunida ha quedado plenamente acreditado...* que el cargo que ostenta la agente *...F.* en esta Administración de “Técnica Especialista en Promoción de la Empleabilidad de Personas con Discapacidad”, y para el cual fuera designada por Resolución n° RESOL-2019-729-APN-MPYT (...), al que accediera por concurso, exigía como requisito mínimo excluyente, conforme surge de la convocatoria general cuya copia obra en orden nro. 112, “Título atinente de nivel universitario o terciario de carreras de duración no inferior a tres (3) años correspondiente a Terapia Ocupacional, Intérprete Técnico Superior en lengua de Señas Argentinas, Profesorado de educación Especial, Analista en Relaciones Laborales”, requisitos que no cumplía al momento de dicho concurso, habiendo presentado una certificación (...) que resultó ser falsa...

Por consiguiente, siendo un requisito excluyente la titulación de grado requerida para acceder al cargo concursado, el documento falso presentado a ese fin por la agente F. indujo a error a la Administración en tanto le permitió participar del proceso de selección, para el que no estaba efectivamente habilitada, y generó un vicio grave en uno de los requisitos esenciales del acto administrativo de su designación -la Resolución N.° RESOL-2019-729-APN-MPYT-, esto es, la causa, lo que no era ajeno al conocimiento de la sumariada.

Esta Casa ha dicho que *...El inciso b) del artículo 7.° de la LNPA establece la causa como otro de los elementos esenciales del acto administrativo y dice que éste: b) Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.*

La ausencia de antecedentes de hecho y de derecho que precedan y justifiquen el dictado del acto, así como la falsedad de aquéllos, determinan su nulidad absoluta (v. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Bs. As., 3a. edición, t. II, pág. 226; HUTCHINSON, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, págs. 152 y siguientes; COMADIRA, Julio R., Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, 2002, t. I, pág. 301; CASSAGNE, Juan C., El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico, La Ley, Buenos Aires, 1.a. edición, 2012, pág. 325).

Esta Casa tiene dicho que la LNPA se enrola en una concepción objetivista que considera causa del acto administrativo a los antecedentes de hecho o de derecho que, en cada caso, justifican su dictado (v. Dictámenes 191:182; 275:31).

Es por ello que La falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados... determina, pues, la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo de que se trate, como lo prevé el artículo 14, inciso b), de la LNPA (v. Dictámenes, 323:547).

Sobre el particular, ...el referido ordenamiento brinda una doble directiva.

Por un lado, al contemplar en su artículo 7.°, inciso b), como requisito esencial del acto, que el mismo ... deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa.

Por el otro, al sancionar con nulidad absoluta e insanable, en el artículo 14, inciso b), a los actos

viciados por ... falta de causa por no existir o ser falsos los hechos y o el derecho invocados (v. Dictámenes 322:597).

Pero, además, ...ese vicio en la causa se proyecta hacia el elemento "motivación" (previsto en el artículo 7.º inc. e) de la LNPA) entendido este como la expresión o exteriorización concreta de los antecedentes de hecho y derecho que le sirven de causa al acto... (v. Dictámenes, 312:227). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó ...que el artículo 17 de la ley 19.549 establece expresamente la obligación de la Administración Pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara "firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", supuesto en el cual "sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad" (Fallos: 314:322).

Por lo tanto, supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que concurra la excepción señalada en el párrafo anterior. Esa potestad administrativa —como se adelantó, de ejercicio inexcusable cuando es procedente— encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de Fallos: 250:491, considerando 6º y sus citas; 302:545; 304:898; 314:322).

...la limitación impuesta a la potestad revocatoria de la Administración es una excepción establecida en protección de los "derechos subjetivos" generados por el propio acto irregular cuya extinción lleva a cabo la autoridad administrativa.

Por consiguiente, el facultado para solicitar la declaración de nulidad de un acto revocatorio de un beneficio es, exclusivamente, el destinatario del acto revocado que, por lo mismo, sería el sujeto legitimado para ser demandado en una eventual acción de lesividad de la Administración para obtener la declaración de nulidad del acto irregular, en tanto son sus "derechos subjetivos" los que protege la norma en examen al limitar la facultad extintiva de la Administración. Por idéntica razón (...) es también el titular de esos mismos derechos —que la norma reseñada protege— el que, al haber conocido el vicio que afectaba al acto irregular, hace renacer la facultad extintiva de la autoridad administrativa (Fallos: 321:169), limitada, como se ha dicho, exclusivamente en salvaguarda de sus derechos (Fallos: 341:1679).

Para así decidir, el Máximo Tribunal tuvo en consideración su doctrina sentada en anterior oportunidad según la cual ...el art. 17 de la ley 19.549 establece expresamente la obligación de la administración pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara "firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", supuesto en el cual "sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad". Por su parte, el art. 18 de esa misma ley dispone que el acto regular del que hubieren nacido derechos a favor de los administrados no podrá ser revocado en sede administrativa una vez notificado, salvo -entre otras circunstancias- cuando el interesado hubiera conocido el vicio, en consecuencia ...una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio

por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave (Fallos: 321:169), criterio receptado por este Organismo Asesor (v. Dictámenes, 324:188). En ese mismo orden se afirmó que El art. 18 establece excepciones a la regla de la estabilidad, que, si bien trata dentro de la estabilidad del acto regular, se aplican con mayor razón al acto nulo cuando éste tiene estabilidad (art. 17, 2ª parte), siendo que La primera excepción que trae el art. 18 al principio de la estabilidad se da cuando el interesado “hubiere tenido conocimiento” del vicio del acto. Se trata, desde luego, del caso en que el vicio haya afectado la validez del acto, transformándolo en anulable o nulo (v. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 10ª edición, 2011, Tomo III, Capítulo VI, pág. VI-18; https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf).

Asimismo, se ha dicho que ...pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular... (v. Dictámenes, 305:514).

Pero no debe soslayarse que ...previo a la revocación de un acto, debe darse intervención al interesado, a fin de que éste tenga la posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos y que, su omisión, constituye un vicio de procedimiento, aun cuando resulte subsanable con posterioridad...

La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N.º 19.549 (B.O. 27-4-72), en su artículo 1.º, inciso f), garantiza a los interesados el derecho al debido proceso adjetivo el cual resulta comprensivo del derecho a ser oído entendido como la oportunidad De exponer las razones de sus (...) defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...; la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso, prevista en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, exige que toda persona tenga la oportunidad de ser oído, ofrecer y producir la prueba que creyere conducente a su descargo... (v. Dictámenes, 317:554).

Por otro lado, no se me escapa que las designaciones efectuadas en violación a lo previsto en el artículo 5.º de la Ley Marco, así como en el artículo 11 del citado Convenio Colectivo de Trabajo General, de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de sus funciones (v. artículo 6.º y 13 de dichos cuerpos normativos). Ello implica que la declaración de nulidad produce efectos, en principio, hacia el futuro.

En efecto, ante la ...nulidad absoluta de una designación, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia consideran inaplicable la teoría general sobre la retroactividad de la extinción del acto administrativo (extinción ex tunc), y con buen criterio aceptan la validez de los actos administrativos emitidos durante el ejercicio de sus funciones...

Como se puede observar la cancelación de la designación no puede producir efectos ex tunc, como así lo establece la propia norma y lo considera apropiado la doctrina y jurisprudencia que la informa y, por otra parte, aquel acto nulo que originó la designación tampoco producirá más

efectos en atención a que la cesación definitiva de los efectos jurídicos del acto, por cualquier circunstancia, trae también aparejada la extinción del acto en sí.

Por último cabe considerar que sería engorroso para la Administración seguir la suerte de cada designación de aquel acto administrativo de naturaleza pluri-individual (múltiples designaciones) y arbitrar un nuevo proceso administrativo para su nulidad, cuando las consecuencias que derivan de un trámite en tal sentido no serían otras que el resguardo de la juridicidad en el accionar administrativo, lo que ya se ha logrado con la operatividad del mentado artículo 6.º de la Ley Marco, en el caso (v. Dictámenes, 304:92).

En tanto la Resolución N.º RESOL-2019-729-APN-MPYT por la que resultaron promovidos o designados varios agentes en el Organismo de origen, de manera predeterminada e identificable, nos hallamos ante un acto pluri-individual o *plúrimo*.

Se trata, según tiene dicho esta Casa, de actos administrativos ... que juntan varias conductas y sujetos en un solo acto administrativo, que contiene varios actos concretos que, por razones materiales, se instrumentan en uno solo, aunque ello se podría haber hecho en forma separada (Dictámenes, 324:161).

Nos hallamos entonces en presencia de una nulidad *parcial*, en tanto se encuentra gravemente viciada la designación de la agente F. , y es respecto de la cual debe prosperar la revocación, manteniendo su plena validez las restantes promociones o designaciones de agentes que se instrumentaron en dicho acto administrativo.

Ello, teniendo especialmente en cuenta que, en este tipo de actos, antes y después de la sanción del Código Civil y Comercial la categoría de nulidad total y parcial resultaba y resulta mayoritariamente admitida (ver. COMADIRA, Julio Pablo, “El régimen de nulidades del acto administrativo y el nuevo Código civil y Comercial”, El Dial del 6-22-2018, elDialDC2562), en tanto sea posible la separabilidad de las cláusulas del acto (arg. art. 389 Código Civil y Comercial), analógicamente aplicable en la especie).

-IV-

CONCLUSIÓN

En síntesis, estimo que:

- a) El cómputo del plazo de prescripción de la acción disciplinaria, principia en el caso, a partir de la comisión de la falta investigada en las respectivas actuaciones sumariales;
- b) el nombramiento de la agente F. se encuentra viciado de nulidad absoluta, pero tal invalidez no afecta al resto del acto pluri-individual que lo contiene; y
- c) en estas circunstancias, resulta jurídicamente procedente la revocación de su designación en sede administrativa por razones de ilegitimidad (art. 17, LNPA).

Con la opinión vertida se devuelven las presentes actuaciones para la continuación de su trámite en el organismo de origen.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.27 18:03:04 -03:00

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL
ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.11.27 18:03:05 -03:00



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2023-78486285-APN-DCTA#PTN

SEÑOR PRESIDENTE DE LA AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO:

Esa Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) solicitó la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación, para que se expida acerca de los alcances de la nulidad de la Disposición de la entonces Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables N.º DI-2016-97-E-APN-SSPYVN#MTR -B.O. 7-9-16- (en adelante, *la Disposición N.º 97/16*), respecto de los actos que adjudicaron inmuebles del dominio público a adquirentes y subadquirentes de buena fe y a título oneroso.

- I -

ANTECEDENTES

1. En el orden 6, la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de este Organismo Asesor elaboró un informe donde puso de manifiesto que el 27 de junio de 2023 recibió, mediante correo electrónico de la Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), una Solicitud de Arbitraje del 23 de junio de 2023, presentada por BA Desarrollos LLC contra la República Argentina (v. orden 2), en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Dicha solicitud está acompañada de 62 anexos, obrantes

en los órdenes 3 a 5.

2. En el orden 10, la Dirección de Atención al Ciudadano y Gestión Documental de la AABE informó los antecedentes que obran en esa dependencia, vinculados al oficio recibido de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 10, en el que se requirió se informen *...las medidas jurisdiccionales que adoptará AABE en función de la nulidad absoluta declarada mediante la disposición N.º DI-2023-1-APN-SSPVNYMM#MTR de la Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante -que recogió lo expuesto en el dictamen N.º IF-2022-136902078-APN-PTN de la Procuración del Tesoro de la Nación y el dictamen N.º IF-2022-107044538-APN-DGAJ#JGM de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación- y que se proyecta sobre la validez de la resolución N.º RESFC-2016-101-E-APN-AABE#JGM.*

En dicho informe se señalaron diversos antecedentes:

2.1. Nota del Presidente de la AABE por la que se informó a la Oficina Anticorrupción haber instruido el inicio de las actuaciones administrativas a efectos de tramitar una información sumaria *...con el fin de investigar los hechos que dieran origen a los perjuicios indicados y dar cumplimiento a lo requerido por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, así como también, determinar la existencia o no de mérito para ordenar la instrucción de Sumario Administrativo tendiente a investigar la existencia de eventuales irregularidades y/o la comisión de faltas y/o delitos en el ámbito de esta Agencia en la tramitación y dictado de la Disposición N.º DI-2016-97-E-APN-SSPYVN#MTR y sus actos posteriores, deslindando las responsabilidades que correspondan.*

2.2. Nota de la Presidencia de la AABE al instructor sumariante de esa dependencia a los fines de proceder a la formulación de las actuaciones administrativas.

2.3. Nota de la Presidencia de la AABE al Interventor de la Administración General de Puertos S.E. (AGP), con copia a la Oficina Anticorrupción, haciéndole saber que se encontraba abocada al análisis de las medidas a adoptar a consecuencia de la Disposición N.º DI-2023-1-APN-SSPVNYMM#MTR, concordando con dicha Administración General en cuanto a la necesidad de coordinar tareas conjuntas entre ambas jurisdicciones.

2.4. Nota de la Presidencia de la AABE dirigida a los Directores Nacionales de la AABE *...solicitando que cada área tome los recaudos correspondientes respecto de trámites, pedidos y actuaciones que cursen en sus sectores vinculados con la nulidad declarada en la Disposición N.º DI-2023-1-APN-SSPVNYMM#MTR.*

2.5. Nota de la Presidencia de la AABE dirigida al Director Nacional de Servicios Registrales y de Información de esa Agencia ...solicitando los estudios técnicos correspondientes a cada uno de los inmuebles involucrados en la Disposición N° DI-2023-1-APN-SSPVNYMM#MTR, señalándose que dicho informe ya fue elaborado.

2.6. Nota de la Presidencia de la AABE dirigida al Subsecretario de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante informando todas las acciones desarrolladas por la Agencia hasta la fecha.

2.7. Nota de la Presidencia de la AABE dirigida a la Oficina Anticorrupción informado que la Resolución N.° RESFC-2016-101-E-APN-AABE#JGM, del 29 de septiembre de 2016 (por la que se dispuso la desafectación de inmuebles de AGP) no ha sido derogada.

Además, en dicha nota, se informó que el 21 de marzo de 2023 se firmó un Convenio entre el Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el cual se retrotrajeron los derechos y obligaciones derivados del Convenio Marco del 23 de noviembre de 2018, su adenda del 10 de enero de 2019 y el Convenio de Préstamo Subsidiario al Contrato de Préstamo N.° 9710/CAF-0, recuperando el Estado Nacional diversos inmuebles oportunamente transferidos, algunos de los cuales se encuentran en el área objeto de la Disposición N.° DI-2023-1-APN-SSPVNYMM#MTR.

2.8. Nota de la Presidencia de la AABE dirigida a la Oficina Anticorrupción informando que ...la Resolución RESFC-2019-131-APN-AABE#JGM de fecha 10 de abril de 2019 (por la que se dispuso la desafectación de inmuebles de AGP)... no ha sido derogada.

2.9. Nota de la Presidencia de la AABE dirigida al Subsecretario de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante, por la cual se informa la suscripción del convenio entre el Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 21 de marzo de 2023.

2.10. Dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la AABE en el que se concluyó ...previo a cualquier trámite, corresponderá elevar las presentes actuaciones a la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS para que, por su intermedio y con las intervenciones que se estimen correspondan, se eleven las presentes actuaciones en consulta a la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN para que en su ámbito se analice y, en su caso, resuelva si se continúa con la ejecución de las Decisiones Administrativas DA-2018-1486-APN-JGM y DA-2018-1587-APN-JGM, o, por el contrario, disponer su suspensión en los términos del artículo 12 de la Ley 19.549 y declarar las lesividades tanto del Decreto N° 1173/2016 como de los restantes decretos que se hubieren dictado en razón de la nueva delimitación del Puerto de Buenos Aires establecida en la Disposición SSPyVN N° 97/16, así como también, de todas las normas de rango inferior que se hubieren dictado en su consecuencia.

A continuación, se sugirió que intervenga esta Casa *...atento a la trascendencia institucional de la cuestión y relevancia del tema para este Organismo en cuanto a sus competencias...*

3. En el orden 11 se agregó nota de la Dirección de Asuntos Contenciosos de AABE, mediante la cual se consultó al Juzgado Criminal y Correccional Federal N.º 11 acerca de la existencia de alguna medida cautelar que obste continuar el proceso de escrituración del respectivo inmueble, en los autos caratulados *GARCÍA LLORENTE, Ramón y otros s/ negociaciones incompatibles (art. 265 CP), defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública*.

4. En el orden 12 consta la consulta de la referida Dirección de Asuntos Contenciosos a la Fiscalía Federal N.º 10, mediante la cual se informaron distintas cuestiones, y además se consultó sobre la existencia de alguna medida cautelar que impida proseguir con el proceso de escrituración del referido inmueble, en la *Causa N.º CFP 6850/2020 (Coirón N.º 68424/2020)*.

5. En el orden 17, la Dirección de Compras, Contrataciones y Subastas de la AABE detalló los expedientes de subastas llevadas a cabo sobre el inmueble denominado *Catalinas*.

6. En el orden 19 se encuentra la intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la AABE, en la que se hizo un relato de los antecedentes obrantes en las actuaciones, delimitándose la opinión en estos términos *En consideración a la nulidad dispuesta, que en principio se proyectaría respecto de todo otro acto administrativo o acto de la Administración que la haya tenido como sustento jurídico a la Disposición SSPyVN N.º 97/2016, corresponde dilucidar si tales efectos alcanzan también a los inmuebles enajenados por subasta pública (Cap. 3, pto. 3.1)*.

6.1. Al respecto, se señaló que el Dictamen N.º IF-2023-55739276-APN-DGAJ#AABE, del 16 de mayo de 2023, concluyó que corresponde al Poder Ejecutivo Nacional analizar la situación y, eventualmente, resolver el curso de acción; asimismo, que hasta que se dé esa intervención *... existen actos que se encuentran firmes y que por un lado han generado derechos subjetivos que se están cumpliendo, y por el otro no se ha verificado...* que los adquirentes conocieran el vicio de incompetencia de la Disposición SSPyVN N.º 97/16.

Ese servicio jurídico, a continuación, fundamentó su posición en la teoría del *acto aparente*, en los términos de diversa doctrina civilista.

Seguidamente, se argumentó en base al artículo 1919 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) sobre la presunción de *buena fe* del sujeto de la relación de poder.

A su vez, trajo a colación referencias hechas a la *buena fe*, en base a jurisprudencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones Comercial.

Por último, también se señaló otra doctrina iusprivatista, para resolver interrogantes sobre la *buena fe*.

6.2. Asimismo, se indicó que *...no debe soslayarse que, quienes adquirieron tales predios lo hicieron en miras a desarrollar un emprendimiento inmobiliario...*

Siendo ello así, no resulta improbable que los adquirentes hayan ya enajenado o transferido, total o parcialmente sus derechos -como suele ser de práctica en este tipo de desarrollos inmobiliarios- a terceros subadquirentes. Terceros que, de perseguirse la nulidad de las adjudicaciones, necesariamente deberán ser parte del hipotético juicio de lesividad (Cap. III, pto. 3.3.).

Al respecto, se señaló que la situación no puede resolverse prescindiendo de las particularidades de cada caso concreto, ni sin intervención de terceros adquirentes. Para ello, trajo a colación el artículo 392 del CCyCN, donde se prevé que los derechos reales o personales transmitidos a terceros por quien fue adquirente por un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, a excepción del subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

En ese sentido, razonó la Dirección General de Asuntos Jurídicos, acerca de si resultaba posible transferir la propiedad de un inmueble que, en opinión de esta Procuración del Tesoro, es del dominio público.

A dicha cuestión respondió ese servicio jurídico advirtiéndole que los bienes de dominio público son *...inenajenables, inembargables e imprescriptibles, por lo cual, parecería que ello no resulta factible más allá de la buena o mala fe de los adquirentes.*

6.3. Por último, manifestó que en caso de compartirse el criterio de que la desafectación efectuada por la AABE respecto de las parcelas subastadas resultan válidas (desafectación formal) o que el cambio de fisonomía del inmueble y las construcciones de las edificaciones existentes y en marcha han sustraído del uso público tales inmuebles (desafectación de hecho), *...podría considerarse que respecto a tales parcelas han perdido su condición de utilidad pública,*

independientemente de que se mantengan dentro de los límites artificiales del puerto; por lo cual la nulidad de la Disposición SSPyVN N° 97/2016 no afectaría a las adjudicaciones oportunamente efectuadas.

6.4. En esos términos, se requirió la opinión de este Organismo Asesor, a los fines de dilucidar si la nulidad de la mencionada Disposición N.º 97/16 alcanza a los actos que conllevaron a adjudicar los inmuebles en cuestión mediante subasta pública a adquirentes y subadquirentes de buena fe, dada la trascendencia institucional de lo tramitado, tanto por la solicitud de arbitraje planteada, como por los hipotéticos juicios de lesividad que deberían llevarse a cabo.

7. En el orden 27 consta la intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en la que, luego de hacer un relato de los antecedentes del expediente, se anotaron diferentes consideraciones sobre la cuestión sometida a su estudio.

7.1. En primer término, se hizo una referencia a las competencias de la AABE (Cap. II, ptos. II.2.1. y II.2.2.), y se trataron las pautas de la reglamentación de la actividad portuaria en base a la Ley N.º 24.093 (B.O. 26-6-92) y de su Decreto Reglamentario N.º 769/93 -B.O. 22-4-93- (id. ptos. II.2.3. y II.2.4.).

7.2. Además, se trajo a colación una intervención anterior de esa misma Dirección General, el Dictamen N.º IF-2022-107044538-APN-DGAJ#JGM, incorporado al Expediente N.º EX-2017-25954032-APN-MEG#AGP, en el que manifestó *...reseñados los antecedentes, analizada la cuestión de fondo y de conformidad al marco normativo, este Cuerpo Asesor concluyó que –de la lectura integral de lo dispuesto en los Artículos 75 incisos 5º, 10º y 30º de la Constitución Nacional, Artículos 4º, 9º y 11 de la Ley de Actividades Portuarias N° 24.093 y 5º, 11, 12 inciso c) y 22 de su Decreto Reglamentario N° 769/1993, Artículos 6º, 8º incisos 3º, 7º y 19 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1382/2012 y 17, 20, 36 y 37 de su Decreto Reglamentario N° 2670/2015, y Artículos 3º y 4º de la Disposición N° 36/2001 de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario, Fluvial y Marítimo del 25 de septiembre del 2001– tanto la Disposición N° DI-2016-97-E-APN-SSPYVN#MTR como su complementaria la Resolución N° RESFC-2016-101-E-APN-AABE#JGM, al haber procedido a establecer los límites terrestres y acuáticos y la jurisdicción portuaria del PUERTO NUEVO del PUERTO DE BUENOS AIRES, y la desafectación de los inmuebles de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS S.E. de la referencia, en las condiciones allí indicadas (ver Anexos de tales Actos Administrativos), devienen nulas de nulidad absoluta e insanable, por exorbitar la competencia de las autoridades que las han suscripto, y evidenciar una causa y un objeto no apegado a la realidad y al derecho que les resulta aplicable (Cap. II, pto. II.3, segundo párr.).*

7.3. En torno a dilucidar si los efectos alcanzan a los inmuebles enajenados en subasta pública, señala que *...de lo expresado en los Considerandos de la medida que dan cuenta de todos los vicios manifiestos configurados arribando a la nulidad absoluta dispuesta por la Disposición N° DI-2023-1-APN-SSPVNYMM#MTR de la Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante se configura en el acto originario, sus efectos se extienden a la totalidad de los actos emitidos con posterioridad, en tanto éstos resultan consecuencia directa de aquél.*

8. En el orden 33 obra una nueva intervención de la Dirección de Asuntos Contenciosos de AABE, en la que se indicó que *...a la fecha se informa que no se ha recibido notificación alguna por parte de la Fiscalía en lo Criminal Federal N° 10 de la existencia de medida cautelar alguna...* por lo que entendió que correspondía remitir las actuaciones a esta Casa, según lo sugerido en el orden 27.

9. Posteriormente, en el orden 38, consta una nueva intervención de la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, en la que señaló que tomó conocimiento de lo actuado.

10. Con tales antecedentes, corresponde emitir opinión.

- II -

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE FONDO

1. Como se desprende de las constancias obrantes en este expediente, las actuaciones se originan en el ámbito de esta Procuración del Tesoro a partir de la recepción de un reclamo efectuado por BA Desarrollos LLC en su carácter de fiduciante del Fideicomiso BAP, adjudicatario de las Subastas Públicas N.º 3/18 y N.º 4/18, por las que se enajenaron las parcelas 2 y 3 del inmueble sito en Avenida Eduardo Madero S/N.º, entre Boulevard Cecilia Grierson y la calle San Martín, de la Ciudad de Autónoma Buenos Aires, las cuales fueron adjudicadas por las Decisiones Administrativas N.º DA-2018-1486-APN-JGM y N.º DA-2018-1587-APN-JGM, respectivamente.

2. En ese contexto, se consulta a este Organismo Asesor acerca de si la

nulidad de la Disposición N.º 97/16, que acarrearía la nulidad de todos los actos administrativos y de administración subsiguientes que se basasen en aquélla, también implicaría la nulidad los actos de adjudicación de los citados inmuebles, celebrados con adquirentes y eventuales subadquirentes de buena fe.

3. La respuesta a esta consulta obliga a reiterar conceptos ya expuestos por esta Casa a través del Dictamen N.º IF-2022-136902078-APN-PTN, del 21 de diciembre de 2022 (Dictámenes, 323:547).

En efecto, en dicho asesoramiento, esta Procuración del Tesoro examinó la legitimidad de la Disposición N.º 97/16, emitida por la entonces Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables del entonces Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, pronunciándose por su nulidad absoluta e insanable.

4. Ahora bien, es doctrina reiterada de este Organismo Asesor que sus dictámenes *...importan un pronunciamiento definitivo no sujeto a debate o posterior revisión, salvo que concurran nuevas circunstancias de hecho o que el contexto legal tenido en cuenta haya sufrido modificaciones, todo ello con la suficiente relevancia como para determinar la reconsideración de la opinión emitida (v. Dictámenes 177:141; 227:157; 230:188; 238:36; 249:175, entre otros) -Dictámenes 259:177-.*

En este sentido, en el mencionado Dictamen N.º IF-2022-136902078-APN-PTN, esta Casa expresó las razones por las cuales los actos administrativos y de administración coligados con la Disposición N.º 97/16, declarada nula de nulidad absoluta e insanable, deben ser considerados igualmente nulos por encontrar su causa en aquélla.

Siendo así, si bien en rigor no sería necesario emitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo punto, dadas las particularidades del caso, efectuaré algunas consideraciones que juzgo necesarias.

5.1. El marco normativo en el que se dictó la Disposición N.º 97/16, estaba constituido por las siguientes normas:

a) El artículo 11 de la Ley N.º 24.093 dispuso que *A solicitud de las provincias y/o de la **Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires**, en cuyos territorios se sitúen puertos de propiedad y/o administrados por el Estado nacional, y mediante el procedimiento que al respecto determine la reglamentación, el Poder Ejecutivo les transferirá a título gratuito, el dominio y la administración portuaria.*

En caso que las jurisdicciones indicadas en el párrafo anterior no

demostrasen interés por la mencionada transferencia del dominio o administración de esos puertos, el Poder Ejecutivo podrá mantenerlos bajo la órbita del Estado nacional, transferirlos a la actividad privada o bien desafectarlos.

b) Mediante el Decreto N.º 1029/92 (B.O. 26-06-92) el Poder Ejecutivo Nacional observó la mención a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en la disposición transcripta (v. art. 1.º), la que fue promulgada con ese veto parcial.

c) El artículo 22 de la Ley N.º 24.093 estableció que *La autoridad de aplicación de la presente ley, será la que determine el Poder Ejecutivo en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, o en el que en el futuro absorba su competencia..*

d) El artículo 12, inciso c), segundo párrafo, del Anexo I del Decreto N.º 769/93 que reglamenta a la Ley N.º 24.093, establece que *En el caso particular del PUERTO de BUENOS AIRES su gestión y administración se dividirá en TRES (3): 1) PUERTO NUEVO, 2) PUERTO SUR y 3) PUERTO DOCK SUD, cuyos límites jurisdiccionales serán definidos por la Autoridad de Aplicación.*

e) El su artículo 22 establece que *La Autoridad de Aplicación de la presente Ley será la SUBSECRETARÍA de PUERTOS y VÍAS NAVEGABLES, que revistará el carácter de AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL.*

f) La Disposición de la (ex) Subsecretaría de Transporte Ferroviario, Fluvial y Marítimo N.º 36/01 (B.O. 26-11-01) aprobó *...los límites terrestres y acuáticos, y las respectivas jurisdicciones portuarias de PUERTO NUEVO y PUERTO SUR del Puerto de BUENOS AIRES... (art. 1.º).*

El artículo 3.º de esa Disposición indicó que *Las jurisdicciones aprobadas en el Artículo 1.º de la presente disposición, podrán ser ampliadas abarcando zonas o instalaciones adyacentes a los límites fijados, que se incorporen en el futuro a la actividad portuaria, según lo dispuesto por la Ley N° 24.093 y su reglamentación aprobada por el Decreto N° 769/93.*

g) La cuestionada Disposición N.º 97/16 estableció: *Apruébase los límites terrestres y acuáticos y la jurisdicción portuaria de PUERTO NUEVO del Puerto de BUENOS AIRES, que resultan de la delimitación y deslinde que se acompaña en el croquis que, como ANEXO, se integra a la presente disposición (art. 1.º).*

h) La Resolución N.º RESFC-2016-101-E-APN-AABE#JGM desafectó los predios que quedaron fuera de los nuevos límites de Puerto Nuevo aprobados por la Disposición N.º 97/16.

5.2. A consecuencia del análisis de las normas aludidas, esta Procuración del Tesoro, en el asesoramiento ya mencionado, interpretó que la Disposición N.º 97/16 se encontraba viciada en varios de sus

elementos esenciales, lo que la tornaba nula de nulidad absoluta e insanable.

Sin perjuicio de remitirme, en honor a la brevedad, a los demás fundamentos desarrollados en el precedente aludido, encuentro indispensable poner de relieve el vicio que, liminarmente, afectaba la Disposición impugnada por ser éste el que, a la postre, provocó la invalidez de los restantes requisitos esenciales de dicho acto.

Así, el defecto inicial que advertí ha sido el de la incompetencia en razón de la materia y, en tal sentido, dije en el dictamen al que me vengo refiriendo que *...la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, al dictar la Disposición N.º 97/16, se arrogó competencias que materialmente y por expreso mandato constitucional corresponden al Congreso Nacional, lo que acarrea un vicio de incompetencia en razón de la materia, el que, por su gravedad, torna al acto nulo de nulidad absoluta e insanable.*

A ello añadí que *Sentada la conclusión que antecede, y teniendo en cuenta las constancias obrantes en estas actuaciones, resulta claro que la Disposición N.º 97/16 constituyó el requisito esencial de carácter previo que sirvió de causa para el dictado de actos subsecuentes, por parte de otras dependencias estatales, que tuvieron por objeto los terrenos excluidos del Puerto de Buenos Aires.*

Y en lo que a la presente consulta se refiere sostuve que ***En tal sentido, la nulidad absoluta e insanable de la Disposición N.º 97/16 se proyectaría, en principio, respecto de todo otro acto administrativo o acto de la Administración que la haya tenido como sustento jurídico (CSJN, Fallos, 316:2454, en especial considerando 20) -el destaque no es del original-.***

6. Los párrafos transcritos contienen una síntesis de la opinión de este Organismo Asesor acerca de la nulidad de la Disposición N.º 97/16 y de las consecuencias nulificantes que proyectaría sobre todos los actos administrativos o de administración que se sustenten en ella.

7. Ahora bien, en el dictamen obrante en el orden 19 se me consulta concretamente si *...la nulidad de la Disposición SSPyVN N° 97/2016, alcanza a los actos que conllevaron a adjudicar los inmuebles en cuestión mediante subasta pública a adquirentes y subadquirentes de buena fe.*

Al respecto, el servicio jurídico AABE plantea dos cuestiones:

7.1. Por un lado, manifestó que quienes adquirieron tales predios lo hicieron en miras a desarrollar un emprendimiento inmobiliario, de

conformidad con las condiciones establecidas en los Pliegos de Bases y Condiciones aprobados para llevar a cabo los procedimientos de las subastas. Por ello, entendió que *...no resulta improbable que los adquirentes hayan ya enajenado o transferido, total o parcialmente sus derechos -como suele ser de práctica en este tipo de desarrollos inmobiliarios- a terceros subadquirentes. Terceros que, de perseguirse la nulidad de las adjudicaciones, necesariamente deberán ser parte del hipotético juicio de lesividad.*

En este contexto, afirmó que *...no puede descartarse la aplicación (de) la regla contenida en el artículo 392 del Código Civil y Comercial que expresa:*

“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

7.2. Por el otro, planteó como interrogante, si era posible transferir un inmueble del dominio público a adquirentes de buena fe, teniendo en cuenta que el artículo 237 del CCyC establece que los bienes del dominio público del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

Finalmente, expresó que *...un bien del dominio público puede pasar al dominio privado por el acto de “desafectación”, sea esta formal o de hecho.*

En definitiva, sostuvo que *Ante esta situación, de compartirse el criterio de que la desafectación efectuada por la AABE respecto de las parcelas subastadas resultan válidas (desafectación formal) o que el cambio de fisonomía del inmueble y las construcciones de las edificaciones existentes y en marcha han sustraído del uso público tales inmuebles (desafectación de hecho); podría considerarse que respecto a tales parcelas han perdido su condición de utilidad pública, independientemente de que se mantengan dentro de los límites artificiales del puerto; por lo cual la nulidad de la Disposición SSPyVN N° 97/2016 no afectaría a las adjudicaciones oportunamente efectuadas.*

8. Frente a esta nueva consulta, reitero que, a mi juicio, la nulidad de la Disposición N.° 97/16 extiende sus efectos nulificantes a todos los actos administrativos y de administración emitidos con posterioridad y basados en aquella, sin que escapen de esta conclusión

los actos de adjudicación en el marco de los procedimientos de subasta pública.

9. En cuanto a los fundamentos que sostienen la conclusión anotada, nuevamente debo remitirme a lo ya expresado en mi Dictamen N.º IF-2022-136902078-APN-PTN.

Dije, en esa oportunidad, que la Constitución Nacional establece en su artículo 75, inciso 5, que *Corresponde al Congreso (...) Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.*

Por ello, agregué que, en el ámbito del derecho público, la disposición de las tierras nacionales es una manifestación directa e inmediata del ejercicio de la soberanía nacional, que reposa, por mandato de la Ley Fundamental, en el Poder Legislativo Nacional, y no en otras autoridades de la Nación.

Recordé también que esta Casa tuvo oportunidad de señalar que un inmueble sometido al régimen jurídico del dominio público *...se caracteriza por su inalienabilidad, por su imprescriptibilidad y por las reglas de policía de la cosa pública que le son aplicables (Fallos 146:289, 297, 304 y 315) -Dictámenes 235:446-.*

Y que *La inalienabilidad y la imprescriptibilidad son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominicales, y tal protección no sólo va dirigida contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los administrados o particulares, sino también **contra actos inconsultos provenientes de los propios funcionarios públicos** (Waline, Marcel, Manuel Elémentaire de Droit Administratif, París 1946, pág. 445; y Díez, Manuel María, Dominio Público, Buenos Aires, 1940, pág. 263, entre muchos otros) -el destaque no es del original-.*

En similar sentido, que *El dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que de ello se derivan (v. también Duguit, León, Traité de Droit Constitutionnel, tº 3, pág. 346 a 351) (...) para que un bien sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien esté afectado al uso público, directo o indirecto, a la utilidad o comodidad común (v. ob. cit., pág. 26 in fine) Acerca de esto último, no olvidemos que el Código Civil enunciaba, en el inciso 2.º de su artículo 2340, entre los bienes de dominio público *Los mares interiores, bahías, ensenadas, **puertos** y ancladeros* (el destaque me pertenece). Mención que ha mantenido el actual CCyCN en su artículo 235, inciso b), donde menciona *...las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, **puertos**, ancladeros y las playas marítimas* (el destaque no es del original).*

10. En la opinión ya citada (Dictámenes 323:547), se analizó si existe una *opción normativa que faculte positivamente al Poder Administrador a modificar la naturaleza de un bien de dominio público, para así, transformarlo en un bien de dominio privado y, como consecuencia de su cambio de condición, enajenarlo.*

Al respecto, y en base a la necesidad de la existencia de una ley formal del Congreso Nacional, se concluyó que ***...la Administración, en ausencia de una ley específica al efecto, no está facultada para transformar un bien del dominio público en un bien del dominio privado*** (el destaque no es del original).

11. En definitiva, como se afirmó en el asesoramiento al que me vengo refiriendo, para que un bien del dominio público pierda su condición de tal, es presupuesto necesario un acto de desafectación formal (Fallos 323:4046), motivo por el cual, en la especie, la desafectación de los bienes objeto de estas actuaciones exigía el dictado de una norma expresa de rango legal.

Desde esa perspectiva, el acto que dispuso la desafectación de los inmuebles -asi como los que efectuaron la adjudicación de las subastas que nos ocupan-, son nulos de nulidad absoluta e insanable.

Ello así, toda vez que se sustentaron en la Disposición N.º 97/16 que les sirvió de causa, y ésta constituye, como se dijo, un acto nulo de nulidad absoluta.

No modifica esta conclusión el hecho de que se trate de actos de adjudicación en el marco de un procedimiento de subasta pública, y resulta inconducente indagar sobre la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes, toda vez que el artículo 392 del CCyCN no resulta de aplicación en la especie.

En efecto, en primer lugar, el CCyCN, en su artículo 234, establece que *Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:*

a) *por la ley...*

En doctrina se ha dicho, al respecto, que *En atención a la posibilidad o no de ser enajenados los bienes se clasifican en dentro y fuera del comercio (...)* Cuando los bienes no son susceptibles de ser enajenados, están fuera del comercio (Lorenzetti, Ricardo Luís: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*; t. I; págs. 766-767, Ed. Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, 2014).

Y se ha afirmado que *De acuerdo a lo establecido por el Código, la*

*prohibición de enajenar puede provenir: a) de la ley (por ejemplo, los derechos inherentes a la persona humana -art. 1617; **el caso de los bienes de dominio público -art. 235-**... (ob. cit., pág. 767, el destaque me pertenece).*

*Y agrega que, tradicionalmente, se ha distinguido la inenajenabilidad absoluta de la relativa y que **Si la prohibición es absoluta, el bien no podrá ser transmitido, se trata de casos en los que su enajenación está expresamente prohibida por la ley (...)** La prohibición es absoluta también, por ejemplo, en el caso de las cosas de dominio público del Estado conforme lo dispuesto en el artículo 235, etcétera.*

*Como vimos, los puertos se encuentran enumerados entre los bienes del dominio público del Estado (art. 235, inciso b) del CCyCN) caracterizados, pues, como **inenajenables, inembargables e imprescriptibles.***

*En consecuencia, debo concluir que los **puertos** son bienes que se encuentran fuera del comercio por ser del dominio público del Estado y ser su condición la de inenajenabilidad absoluta.*

*Desde esta perspectiva, es indudable que el artículo 392 del CCyCN no resulta aplicable en la especie, puesto que regula la situación de actos de transmisión de derechos sobre inmuebles y bienes muebles registrables **que se encuentran dentro del comercio**, los únicos bienes susceptibles de ser enajenados.*

12. En otro orden, no puede obviarse que, de conformidad con las constancias examinadas oportunamente para la emisión del Dictamen N.º IF-2022-136902078-APN-PTN, habría existido una maniobra que perjudicó el patrimonio del Estado Nacional.

En tal sentido, destaqué que:

a) ...el dictado de la Disposición N.º 97/16 fue el paso previo necesario para que la AABE desafectara luego dichos bienes de la AGP.

b) Esta afirmación se encuentra nítidamente evidenciada con el Acta Acuerdo que dió origen a estos actuados, de cuya lectura resulta que la AGP se comprometió -junto al resto de las partes suscriptoras- a liberar y desocupar los predios destinados a la obra "Paseo del Bajo", que llevaría a cabo la Ciudad de Buenos Aires; mientras que la AABE se obligó a dictar los actos que fuesen necesarios para relocalizar a todas las dependencias gubernamentales nacionales activas radicadas en "El Corredor" y/o en el "Área de Logística de Obra".

c) ...los inmuebles se encontraban ocupados y en uso y (...) las propias autoridades nacionales se comprometieron a desocuparlos y a sustraerlos de la jurisdicción de la AGP.

13. No debe soslayarse que esta última circunstancia dio lugar a la causa caratulada *GARCÍA LLORENTE, Ramón y otros s/negociaciones incompatibles* (art. 265 CP), *defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública*, que tramita por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 11, vinculada con la enajenación del inmueble adjudicado en el marco de la Subasta Pública N.º 3/18; a la sazón, uno de los involucrados en estas actuaciones y en la citación relacionada con un procedimiento arbitral internacional que recibiera esta Procuración del Tesoro (v. orden 2).

14. A todo evento, no puede soslayarse que el escenario cuyo análisis propone el servicio jurídico de la AABE, es decir la posible existencia de actos celebrados con adquirentes y eventuales subadquirentes de buena fe respecto de los inmuebles involucrados, ha sido planteado en términos genéricos y conjeturales.

No pasa de constituir una mera hipótesis, que no aparece respaldada por antecedentes individualizados de manera concreta. Como tal, esa posible situación no es susceptible de la formulación de mayores análisis jurídicos al respecto.

- III -

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, considero que los actos dictados con sustento en la Disposición N.º DI-2016-97-E-APN-SSPYVN#MTR deben considerarse nulos de nulidad absoluta, por ser nulo el acto que les sirvió de causa, aun cuando medien actos de adjudicación por parte de adquirentes y/o subadquirentes de buena fe y a título oneroso.



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2021-05960280-APN-DIYSG#MSG

A LA SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES
DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN:

Esa Subsecretaría solicitó la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 92 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 T.O. 2017* (B.O. 2-11-17), con relación a un proyecto de decreto (IF-2023-05847154-APN-MSG) a través del cual se rechaza el recurso jerárquico interpuesto, en subsidio del de reconsideración, por la firma Vemerkiper Sociedad de Responsabilidad Limitada (en adelante, la *recurrente*) contra la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º RESOL-2019-1208-APN-MSG del 5 de diciembre de 2019 (en adelante, la *Resolución recurrida* o la *Resolución MSG N.º 1208/19*, indistintamente).

- I -

ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN

1. La Resolución recurrida fue emitida en el marco de la Licitación Pública N.º 4/19 del Ministerio de Seguridad, la que tramitó a través del Expediente N.º EX-2019-16134108-APN-DCYC#MSG, por lo que corresponde, en primer lugar, reseñar los antecedentes que de allí surgen.

2. Mediante la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º RESOL-2019-387-APN-MSG, se autorizó la convocatoria a la Licitación Pública N.º 4/19 con el objeto de adquirir vehículos para las Fuerzas de Seguridad Federales (v. orden 48). Asimismo, se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas (PLIEG-2019-21747147-APN-DNE#MSG) -en adelante, *el PByCP*- agregado en el orden 33, en el cual específicamente en el Renglón N.º 7 se requería la provisión de cincuenta *Motocicletas tipo doble propósito 250 cm3, identificables*.

En lo que aquí interesa, el mencionado pliego, establece:

a) **EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS.**

Las Ofertas que se consideren admisibles, en los términos del Pliego y que no estén contenidas dentro de las causales previstas en los artículos 66 y 68 del Anexo al Decreto N.º 1030/16, serán analizadas para la comprobación del total cumplimiento de los requisitos establecidos.

Dicho análisis comprenderá los Factores Legales, es decir que cumplan con la presentación de toda la documentación requerida en los Pliegos; Factores Técnicos, entendiéndose por tales, el cumplimiento de los requerimientos fijados en el anexo respectivo y Factores Económicos, es decir que los valores cotizados resulten convenientes a los intereses del Ministerio (v. art. 11).

b) GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN.

Las garantías de impugnación al Dictamen de Evaluación, se constituirán de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Cuando la impugnación que se realice, esté referida a cuestiones generales o particulares del Dictamen de Evaluación, el monto de la garantía a presentar será de PESOS OCHOCIENTOS MIL CON 00/100 (\$ 800.000,00) -art. 13-.

c) DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN LA OFERTA:

(...)

Folletos, ficha técnica y memoria descriptiva técnica del bien ofrecido (en idioma español), compatible con lo exigido en la presente especificación técnica.- (Anexo I, Especificaciones Técnicas, punto 3).

(...)

No se admitirá acuerdo a pliego” para describir el bien que se oferta y sus equipos adicionales, auxiliares o complementarios.-

La no presentación de esta documentación con la oferta, es causa de desestimación de la misma.-

3. El 24 de mayo de 2019 se llevó a cabo el Acto de Apertura de Ofertas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional -COMPR.AR- en el que se recibieron once ofertas (v. orden 75), entre ellas la correspondiente a la firma Vemerkiper S.R.L. para el Renglón N.º 7, con cuatro opciones (v. orden 83).

4. La Dirección Nacional de Equipamiento del Ministerio de Seguridad elaboró el Informe Técnico correspondiente, expresando, en relación a la firma Vemerkiper S.R.L., que *Se requiere para la Oferta Básica y Alternativa I, Variante I y II, ampliación de la oferta técnica (incorporando folletos y ficha técnicas originales del fabricante del bien ofrecido a fin de proceder a la correspondiente evaluación técnica)* -órdenes 261 y 264-.

5. En el orden 281 luce incorporada la documentación complementaria presentada por la citada firma.

6. En consecuencia, la mencionada Dirección Nacional de Equipamiento agregó, en el orden 290, un nuevo Informe Técnico y analizó los productos ofertados por la empresa Vemerkiper S.R.L., afirmando que:

Oferta Básica: Punto 1.3 TREN MOTRIZ del PByCP, de la documentación presentada (folletos y ficha técnicas originales del fabricante del bien ofrecido), no surge a lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. **NO SE AJUSTA**

Oferta Básica: Punto 1.4 SISTEMA ELECTRICO – Punto 1.4.2 Sistema de iluminación: por batería (luz alta, luz baja y balizas reglamentarias) del PByCP, de la documentación presentada (folletos y ficha técnicas originales del fabricante del bien ofrecido), no surge a lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. **NO SE AJUSTA**

Oferta Alternativa 1: Punto 1.3. TREN MOTRIZ del PByCP, de la documentación presentada (folletos y ficha técnicas originales del fabricante del bien ofrecido), no surge a lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. **NO SE AJUSTA**

Oferta Alternativa 1: Punto 1.4 SISTEMA ELÉCTRICO – Punto 1.4.2 Sistema de iluminación: por batería (luz alta, luz baja y balizas reglamentarias) del PByCP, de la documentación presentada (folletos y ficha técnicas originales del fabricante del bien ofrecido), no surge a lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. **NO SE AJUSTA.**

Oferta Variante 1: **NO SE AJUSTA TÉCNICAMENTE**, Punto 1.2. MOTOR: - 1.2.4. Sistema de enfriamiento: por aire del PByCP. Ofertado: tipo: motor – refrigeración líquida.

Oferta Variante 1: **NO SE AJUSTA TÉCNICAMENTE**, Tipo de motovehículo requerido MOTOCICLETAS TIPO DOBLE PROPÓSITO (ON/OFF) 250 cm3, IDENTIFICABLES. Ofertado: tipo: Naked.

Oferta Variante 2: **NO SE AJUSTA TÉCNICAMENTE**, Punto 1.2. MOTOR: - 1.2.4. Sistema de enfriamiento: por aire del PByCP. Ofertado: tipo: motor – refrigeración líquida.

Oferta Variante 1: NO SE AJUSTA TÉCNICAMENTE, Tipo de motovehículo requerido **MOTOCICLETAS TIPO DOBLE PROPÓSITO (ON/OFF) 250 cm3, IDENTIFICABLES**. Ofertado: tipo: Sport Touring.

7. El 28 de junio de 2019 se emitió el correspondiente Dictamen de Evaluación de Ofertas a través del cual se recomendaron las adjudicaciones allí indicadas y se propuso desestimar -entre otras- la oferta de la recurrente, reproduciendo en dicho dictamen las razones detalladas en el Informe Técnico antes referenciado (v. orden 302). Asimismo, se consignó que el Renglón N.º 7 quedaba fracasado debido a que las ofertas presentadas no cumplieron técnicamente.

8. La empresa Vemerkiper S.R.L. impugnó el citado Dictamen de Evaluación (v. orden 304).

8.1. En tal sentido, expresó que *...hubo un “error de interpretación involuntario de las Especificaciones Técnicas evaluadas” correspondiente a la documentación presentada en la oferta y la complementaria anexada a la misma.*

En consecuencia, solicitó *...“revaluar” la documentación técnica de la oferta y la complementaria anexada en la plataforma COMPR.AR de vuestra solicitud de requerimiento donde se encuentra taxativamente toda la información técnica relativa a la oferta para el Renglón Nro. 7, las cuales contemplan el 100% de los requisitos solicitados.*

Indicó, además, las razones y argumentos técnicos por los cuales los motovehículos ofertados cumplen con lo requerido en el PByCP, a la vez que puso a disposición una motocicleta para que un perito verifique que el motovehículo ofertado se ajusta a todo lo requerido en el pliego.

8.2. Adjuntó, asimismo, la pertinente garantía de impugnación, integrada por una póliza de seguro de caución, por un monto total de \$ 800.000 (ochocientos mil pesos).

9. A raíz de ello, la Dirección Nacional de Equipamiento del Ministerio de Seguridad elaboró un informe denominado **ACTA DE EVALUACION TECNICA DE IMPUGNACION** (v. orden 323).

Tomando como base las argumentaciones esgrimidas por el impugnante, procedió a realizar nuevamente un exhaustivo análisis de toda la documentación presentada al momento de la oferta y sus aclaraciones respectivas, así como de las especificaciones técnicas, folletería, catálogos e información complementaria presentada por dicha firma, a los fines de realizar un cotejo con los requisitos establecidos en el PByCP.

Del nuevo análisis de toda la documentación incorporada y relacionada con la oferta técnica de la firma Vemerkiper S.R.L. para el Renglón N.º 7, concluyó que aquélla no se ajusta a lo solicitado en las especificaciones técnicas del PByCP, ratificando los informes anteriormente agregados.

10. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio Seguridad, en relación a la mencionada impugnación, expresó que *...corresponde que sea desestimada toda vez que no advierto ilegalidad o arbitrariedad manifiesto o la violación de principios o garantías constitucionales en el dictamen de la Comisión Evaluadora...* (orden 320).

Con cita de dictámenes de este Organismo Asesor en cuanto a que la ponderación de las cuestiones técnicas debe efectuarse según los informes de los especialistas de la materia de que se trate, y que los informes técnicos merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor, afirmó que *...no advierto que la valoración hecha por la Comisión Evaluadora del Pliego de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas sobre el cumplimiento de los presupuestos técnicos para la admisibilidad de la oferta de la firma impugnante resulte irrazonable o arbitraria.*

Posteriormente se expidió en relación al proyecto de acto administrativo de conclusión del procedimiento (v. órdenes 400 y 405).

11. Así pues, se dictó la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º RESOL-2019-1208-APN-MSG a través de la cual, en lo que aquí interesa: a) se aprobó lo actuado en la Licitación Pública N.º 4/19, b) se rechazó la impugnación interpuesta por la firma Vemerkiper S.R.L. contra el dictamen de evaluación, con pérdida del monto de la garantía presentada, c) se desestimó su oferta y d) se declaró fracasado el Renglón N.º 7, entre otros aspectos (v. orden 406).

12. La Dirección General de Administración del Ministerio de Seguridad informó que la mencionada empresa no registraba facturas pendientes de cobro (v. orden 431), razón por la cual se intimó a aquélla a abonar la suma de \$ 355.500

(trescientos cincuenta y cinco mil quinientos pesos) en concepto de pérdida de garantía de impugnación del 3% (tres por ciento) del renglón, sobre la base de la oferta del impugnante, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía correspondiente (v. orden 436).

13. La firma Vemerkiper S.R.L. interpuso un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la citada Resolución, solicitando, además, la suspensión de los efectos del acto (v. orden 438).

13.1 Consideró que *...tanto el dictamen de evaluación como así también la resolución de adjudicación, adolecen de defectos que descalifican la legalidad de la recomendación oportunamente cursada, por encontrarse viciada, entre otros defectos, en sus elementos causa y motivación.*

13.1.1. En relación al elemento causa, recordó que junto con la presentación de la oferta brindó un pormenorizado detalle de las especificaciones técnicas de cada motovehículo ofrecido y una declaración jurada en la cual manifestó que la oferta se condice en un todo con la realidad.

Asimismo, indicó que al momento de la impugnación cumplió con la presentación de la folletería y catálogos originales del fabricante, a partir de los cuales la Comisión Evaluadora consideró que las especificaciones técnicas no se ajustaban al pliego.

Consecuentemente, entendió que no se tuvo en cuenta el elemento causa al momento del dictado del acto administrativo. Argumentó que los folletos y catálogos originales de fábrica resultan ser ilustrativos, reglando las características principales del producto y distintivas de los productos de la competencia, pero bajo ningún concepto abarcan todas las especificaciones técnicas en su detalle. Por lo tanto, pretender basarse únicamente en lo que figura en el folleto del fabricante dejando de lado no solo la restante documentación presentada por el oferente, sino además, quitándole valor a la declaración jurada oportunamente presentada, reafirma la invalidez del acto recurrido por carecer de antecedentes de hecho y Derecho que avalen lo resuelto.

13.1.2. Con referencia al elemento motivación expresó que declarar desierto el Renglón N.º 7 sin el debido fundamento presupone un manifiesto vicio en dicho requisito.

Indicó que, del texto del acto recurrido, surge que no se consignó ni se ponderó el ordenamiento legal en la materia.

Recordó que la evidente inexistencia de fundamentación suficiente determina la configuración de un vicio en la motivación del acto aquí recurrido, enfatizando que únicamente se ha expresado *...la trillada frase “NO SE AJUSTA”*.

13.1.3. En base a ello, solicitó que se vuelva a realizar la evaluación técnica, teniendo en cuenta lo expuesto en la declaración jurada, en la oferta presentada y en los folletos originales oportunamente presentados. Asimismo, adjuntó una nueva declaración jurada suscripta por el fabricante, en la cual consta que los vehículos ofertados cumplen en un todo con las especificaciones técnicas según lo requerido por el pliego.

13.1.4. Posteriormente, agregó un acápite dedicado al vicio en la finalidad, invocando que el acto atacado fue dictado cuatro días antes del cambio de gestión, lo cual evidencia -a su juicio- que la autoridad *...podría haber buscado “dejar las cosas firmadas” antes del 10 de diciembre más que resolver apropiadamente mi impugnación y velar por mi derecho a la tutela administrativa efectiva*. Así pues, sostuvo, que el acto se encuentra viciado en su finalidad y resulta nulo de nulidad absoluta.

13.2. Impugnó, además, el artículo 2.º de la Resolución recurrida, en cuanto dispone rechazar la impugnación con pérdida del monto de la garantía presentada.

En tal sentido, manifestó que la obligación de constituir una garantía para impugnar el dictamen de evaluación viola su derecho al debido proceso adjetivo como el derecho a la tutela administrativa efectiva, reconocida en el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con cita de doctrina, jurisprudencia y dictámenes de esta Casa, concluyó que ni el artículo 14 de la Constitución Nacional, ni la Ley N.º 19.549 (B.O. 27-4-72) ni su decreto reglamentario, disponen el previo pago de ningún depósito, ni la constitución de garantías, para petitionar ante las autoridades como tampoco para ejercer el derecho de defensa. El acto impugnado, por tanto, viola -según su criterio- el carácter gratuito que caracteriza al procedimiento administrativo.

13.3. Finalmente, considerando que ha alegado fundadamente la nulidad absoluta del acto en cuestión, solicitó que se disponga su inmediata suspensión.

14. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad entendió que los argumentos ensayados por la impugnante en su recurso no son suficientes para conmovir la validez de la Resolución recurrida (v. orden 450).

14.1. Puntualizó que no advierte ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en el dictamen de la Comisión Evaluadora, ni por ende, de la Resolución puesta en crisis que rechaza la impugnación contra el citado dictamen, formulada por la recurrente. Recordó la doctrina de esta Procuración del Tesoro, citada en su anterior intervención, vinculada con el hecho de que la ponderación de las cuestiones técnicas debe ser realizada por los especialistas de la materia y que tales informes merecen plena fe, mientras no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor.

14.2. En cuanto al argumento de la recurrente en el sentido de que se viola su derecho de defensa cuando el PByCP exige una garantía para poder impugnar, indicó que la licitación en cuestión se rigió por el Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 (B.O. 16-9-16) , en cuyo artículo 52 se establece que *La presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta.*

Señaló que igual previsión contiene el artículo 10 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) N.º 63/16 (B.O. 29-9-16).

Puntualizó que el artículo 13 del PByCP establecía que los oferentes debían constituir una garantía para impugnar el dictamen de evaluación.

Afirmó que el oferente al presentar su oferta declaró “*Confirmando el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rigen el procedimiento de selección, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta*” (RE-2019-49150628-APN-DCYC#MSG en el orden N.º 83).

Por otra parte, manifestó que la conducta de la recurrente cuestionando la validez de la cláusula que establece la garantía para impugnar el dictamen de evaluación es contraria a sus propios actos y viola la buena fe que debe regir en la formación, celebración y ejecución de los contratos administrativos.

14.3. Por los antecedentes de hecho y de Derecho expuestos, concluyó que corresponde rechazar el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto por la firma Vemerkiper S.R.L. por improcedente.

15. Por medio de la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º RESOL-2020-490-APN-MSG se desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por la mencionada empresa contra la *Resolución MSG N.º 1208/19* del 5 de diciembre de 2019 (v. orden 465).

Asimismo, se le hizo saber a la recurrente que contra lo resuelto en dicho acto podrá ampliar o mejorar los fundamentos del recurso de reconsideración, a los fines de la substanciación del recurso jerárquico en subsidio, en los términos del artículo 88 y siguientes del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 T.O. 2017.*

- II -

ANTECEDENTES DEL RECURSO JERÁRQUICO EN SUBSIDIO

Efectuada la reseña que antecede, corresponde ahora detallar las constancias que surgen de las presentes actuaciones.

1. La recurrente amplió los fundamentos de su recurso afirmando que se ha omitido considerar que *...la teoría del sometimiento voluntario no aplica cuando hay una cláusula que manda a constituir una garantía de impugnación, la cual equivale lisa y llanamente a una dispensa el dolo de la administración. Una cláusula así es manifiestamente inconstitucional y limita de modo irrazonable mi derecho de defensa. No puede nunca haber aceptado válidamente un régimen manifiestamente ilícito e inconstitucional* (orden 2).

Cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 175:262) que, por analogía, entiende aplicable al caso, y una referencia doctrinaria que, según sostiene, avala su posición.

Finalmente, solicitó la suspensión de los efectos del acto recurrido, que se resuelva el recurso jerárquico en subsidio y que se deje sin efecto la ejecución de la garantía.

2.1. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad expresó que el recurso no puede prosperar, por las consideraciones y conclusiones vertidas con anterioridad en el dictamen de ese servicio permanente de asesoramiento jurídico (v. orden 9).

No obstante ello, recordó la doctrina de este Organismo Asesor según la cual al no haber formulado el proponente oportunamente, ni observaciones, ni impugnaciones a alguna de sus normas, debe entenderse que las conoce en todos sus términos, las aceptó y consintió.

Precisando tal concepto, recordó que esta Casa tiene dicho que la inclusión de la garantía de impugnación en el Pliego de Bases y Condiciones permite a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose entender que al no haber formulado la oferente oportunamente, ni observaciones, ni impugnaciones a la referida norma, que conocía en todos sus términos, la aceptó y consintió, excluyendo en consecuencia la posibilidad de impugnación posterior.

A mayor abundamiento, indicó que la violación que invoca la recurrente a su derecho al debido proceso carece de entidad real y concreta, habida cuenta de que su disconformidad con lo dictaminado por la Comisión Evaluadora de Ofertas, recibió adecuado tratamiento a través de la referida Resolución N.º RESOL-2020-490-APN-MSG que desestimó por improcedente su recurso de reconsideración.

2.2. Posteriormente, la citada Dirección General manifestó que la causante no aportó nuevos elementos que justifiquen rectificar el temperamento adoptado en la Resolución recurrida, toda vez que la presentación realizada por la quejosa no pasa de ser una mera disconformidad con lo resuelto, la que ha recibido adecuado tratamiento en el dictamen de ese servicio jurídico que luce en el orden 9, a cuyas consideraciones y conclusiones se remitió en aras a la brevedad (v. orden 22).

Así pues, manifestó no tener objeciones que formular al decreto en ciernes, toda vez que goza de motivación suficiente y posee un objeto y una causa lícitos, por lo que entendió que se ajusta a Derecho (v. orden 28).

3. La Secretaría de Coordinación, Bienestar, Control y Transparencia Institucional del Ministerio de Seguridad no formuló objeciones a la continuidad del trámite (v. orden 32).

4. En el orden 36 se agregó el proyecto de decreto sometido a dictamen.

5. La Dirección General de Asuntos Jurídicos de esa Secretaría Legal y Técnica puntualizó que la desestimación de la oferta de la firma Vemerkiper S.R.L. encuentra sustento en consideraciones técnicas que, por revestir tal carácter, exceden al análisis que le compete formular a ese servicio jurídico (v. orden 47).

5.1. Sin perjuicio de ello, respecto del vicio en la causa alegado por la impugnante, indicó que la causa de la *Resolución MSG N.º 1208/19* encuentra sustento en los hechos y antecedentes obrantes en el Expediente N.º EX-2018-16134108-APN-DCYC#MSG -asociado a las presentes actuaciones-, inherentes a la evaluación de la oferta presentada, encontrándose cumplido, por consiguiente, el recaudo previsto por el artículo 7.º, inciso b), de la Ley N.º 19.549.

Destacó que el análisis de su oferta fue efectuado por la Comisión Evaluadora del Ministerio de Seguridad cuyos miembros recomendaron su desestimación por los fundamentos expuestos y en base a la evaluación técnica efectuada por las fuerzas de seguridad destinatarias de los bienes a adquirir.

En ese marco, recordó que, en virtud de las competencias exclusivas y excluyentes que tiene normativamente asignadas la Comisión Evaluadora, le corresponde el análisis no sólo de los requisitos exigidos por la normativa vigente y por los pliegos respectivos y la evaluación de las calidades de los oferentes, sino también -y en forma primordial- evaluar las ofertas y recomendar sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento.

Agregó que la facultad de ponderar las ofertas, los oferentes y las circunstancias específicas (tales como la prestación y su adecuación a las necesidades que motivaron la contratación de marras, reflejadas en el PByCP), competen a los organismos técnicos del licitante, así como también, a la Comisión Evaluadora.

5.2. Con relación a la motivación del acto recurrido recordó que esta Procuración del Tesoro ha sostenido que si bien como regla los considerandos de todo acto administrativo deben referirse a los motivos que llevaron a su dictado, se ha entendido, en determinados supuestos, que la exigencia de motivación se encontraba cumplida con los antecedentes de la causa.

En este marco, concluyó que tampoco puede prosperar el agravio formulado en torno al alegado vicio de motivación –art. 7.º, inc. e), de la Ley N.º 19.549-, toda vez que se declaró fracasado el Renglón N.º 7 en base a la recomendación efectuada por la Comisión Evaluadora, a través del Dictamen de Evaluación de Ofertas, en cuanto consignó –en lo pertinente-, que dicho renglón quedó fracasado debido a que las ofertas presentadas no cumplen lo técnicamente exigido. Agregó en tal sentido que, en forma previa a dicha conclusión, la Comisión Evaluadora había detallado los fundamentos

por los cuales se desestimó la oferta de la recurrente.

5.3. En lo atinente al vicio en la finalidad, sostuvo que la recurrente emite afirmaciones meramente subjetivas, tratándose de opiniones carentes de fundamento jurídico que merezcan un tratamiento específico, motivo por el cual resultan inadmisibles.

5.4. Con relación al cuestionamiento referido a la procedencia de la garantía de impugnación, recordó que el artículo 13 del PByCP expresamente la exigía, en consonancia con lo previsto en el artículo 78, inciso d) del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16, el artículo 29 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición ONC N.º 62/16 (B.O. 29-9-16) y por el artículo 31 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N.º 63/16, y sus modificatorias.

Enfatizó que, en este marco normativo, en todos los supuestos en los que la oferente y/o la interesada decida ejercer la facultad de impugnar el Dictamen de Evaluación deberá presentar, sin excepción, la correspondiente garantía.

En tal sentido recordó que cuando la recurrente impugnó el Dictamen de Evaluación, presentó –en concepto de garantía de impugnación- la póliza emitida por la firma Antártida Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima por el importe de \$800.000 (ochocientos mil pesos).

Concluyó que, en virtud de lo expuesto, resulta intempestivo y contrario a sus propios actos que la firma Vemerkiper S.R.L. cuestione –en esta instancia recursiva- la obligación de constituir garantía para impugnar el dictamen de evaluación, como así también, que pretenda que no se ejecute la garantía de impugnación presentada en su oportunidad.

Reafirmó que bajo el prisma tanto del principio de buena fe como de la teoría de los actos propios, los planteos realizados por la recurrente con relación a la garantía de impugnación del dictamen de evaluación no pueden prosperar, toda vez que la presentación de la oferta por parte de Vemerkiper S.R.L., como así también la propia manifestación efectuada en el orden 320 del expediente que tramita en forma conjunta -oportunidad en la que presentó la garantía de impugnación-, significaron de parte de la oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rigieron el procedimiento de selección en el que participó. Por lo tanto, el cuestionamiento en esta instancia de las normas que regían la relación entre las partes, resulta improcedente habida cuenta de que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejercitando una conducta incompatible con la anterior. A la luz de dicha teoría –derivado del principio de buena fe-, resulta inadmisibles que habiéndose sometido la interesada al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional pretenda ahora impugnarlo.

5.5. Finalmente, en relación con la solicitud de suspensión de los efectos del acto, señaló que el artículo 12 de la Ley N.º 19.549 establece la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto administrativo, sin que los recursos que interpongan los administrados puedan suspender su ejecución y efectos.

Consideró que no se presentaron en el sub examine los supuestos de excepción contemplados por la norma en cita, por consiguiente, estimó que no corresponde hacer lugar a la pretendida solicitud de suspensión.

5.6. Como corolario de lo señalado, analizados los argumentos planteados por la recurrente en el marco normativo aplicable, afirmó que no se habían aportado elementos de hecho, prueba o de Derecho que ameritaran modificar el criterio sustentado en su oportunidad por el acto atacado, el cual cumplía con la totalidad de los recaudos exigidos por el artículo 7.º de la Ley N.º 19.549.

Por consiguiente, atento a que se ha dado cumplimiento al procedimiento que en materia recursiva prevé la normativa vigente, y obrando en autos las intervenciones de los organismos técnicos y jurídicos competentes del Ministerio de Seguridad, esa Dirección General compartió el criterio sostenido por el servicio jurídico preopinante, aconsejando el rechazo del recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración interpuesto por la firma Vemerkiper S.R.L. contra la *Resolución MSG N.º 1208/19*.

6. En este estado fueron remitidas las actuaciones a este Organismo Asesor (v. orden 51).

- III -

EL PROYECTO DE DECRETO

El proyecto de decreto dispone:

- a) Rechazar el recurso jerárquico en subsidio interpuesto por la firma Vemerkiper S.R.L. contra la Resolución MSG N.º 1208/19, por los argumentos expuestos en los considerandos de la Medida.
- b) Hacer saber a la recurrente que el dictado del presente acto agota la vía administrativa, de conformidad con lo establecido por el artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 T.O. 2017*, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el recurso contemplado en su artículo 100.

- IV -
ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. El asesoramiento solicitado se limitará al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no tratará aspectos técnicos ni económicos, ni se referirá a cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser materias ajenas a la competencia de esta Casa (v. Dictámenes 251:541 y 851, entre otros).
2. Preliminarmente, en cuanto a la temporaneidad y admisibilidad de la vía recursiva intentada, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esa Secretaría Legal y Técnica ha efectuado un pormenorizado análisis cuyos términos comparto y a los cuales me remito en honor a la brevedad.
3. En cuanto al fondo de la cuestión, cabe recordar que la recurrente se agravia por entender que en el acto recurrido se han violado los elementos causa, motivación y finalidad. A su vez, cuestiona la procedencia de la garantía de impugnación al Dictamen de Evaluación, aspectos todos estos que serán analizados a continuación.
4. Vicio en la causa.
 - 4.1. El inciso b) del artículo 7.º de la Ley N.º 19.549, establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo que éste *deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable*. Esta Procuración del Tesoro tiene dicho que la Ley N.º 19.549 se enrola en una concepción objetivista que considera causa del acto administrativo a los antecedentes de hecho o de Derecho que, en cada caso, justifican su dictado (v. Dictámenes 275:31).

En tal sentido, es insoslayable que la resolución recurrida encuentra su causa tanto en el Dictamen de Evaluación, como en los Informes Técnicos que preceden a éste.

Ello surge de la mencionada Resolución en tanto expresa, en su Considerando, que *...la COMISIÓN EVALUADORA de OFERTAS mediante Dictamen de Evaluación de fecha 28 de junio de 2019, obrante en orden N° 302 GDE, recomendó (...) DESESTIMAR la Oferta presentada por la firma VEMERKIPER S.R.L. debido a que no cumple con los requisitos técnicos exigidos en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas* (v. párrafo 8.º y 10). Agregó, asimismo, que la citada Comisión *...recomendó declarar fracasado el renglón Nro. 7 (GRUPO IV) por no haberse recibido ofertas admisibles* (párr. 11).

Por otra parte, explícitamente se consignó que *...la DIRECCIÓN NACIONAL DE EQUIPAMIENTO del MINISTERIO DE SEGURIDAD en virtud de la impugnación técnica a lo dictaminado en relación al Renglón Nro. 7 (GRUPO IV) y luego de una nueva evaluación exhaustiva de toda la documentación presentada por el impugnante concluyó que “(...) la oferta no se ajusta a lo solicitado a las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, ratificando los informes anteriormente agregados (...)”* (IF-2019-69800951-APN-DNE#MSG) -v. párr. 16-.

A mayor abundamiento se indicó que *...la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD en fecha 2 de agosto de 2019 dictaminó que “(...) corresponde que sea desestimada toda vez que no advierto ilegalidad o arbitrariedad manifiesta o la violación de principios o garantías constitucionales en el dictamen de la Comisión Evaluadora (...)”*. (IF-2019-69427327-APN-DGAJ#MSG) -v. párr. 17-.
 - 4.2. Es atinente recordar que el PByCP establecía los factores técnicos de los motovehículos (v. art. 11) y la documentación a presentar para acreditar los extremos exigidos (v. Anexo, punto 3), como criterios de evaluación. En el caso se advierte que del Dictamen de la Comisión Evaluadora (v. orden 302) y de los Informes Técnicos (v. órdenes 290 y 323) que le sirven de causa al acto recurrido, surge la falta de adecuación al PByCP de componentes tales como el

tren motriz, el sistema eléctrico, el motor y el tipo de motovehículo ofertado.

4.3. Huelga decir que el análisis de las cuestiones técnicas que se encuentran involucradas en el caso, excede la competencia estrictamente jurídica de este Organismo Asesor.

Baste señalar que esta Casa tiene dicho que la ponderación de cuestiones técnicas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas de la materia de que se trata (v. Dictámenes 169:199 y 200:116).

Por lo demás, esta Procuración del Tesoro ha señalado que los informes técnicos merecen plena fe siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (v. Dictámenes 304:226 y 316:410).

4.4. Así pues, y sin perjuicio de lo expuesto, no advierto vicio alguno en el elemento causa.

5. Vicio en la motivación.

5.1. La Ley N.º 19.549 exige en su artículo 7.º, inciso e), que el acto administrativo *...deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b).*... (que, como se vio, se refiere a la causa).

La motivación es, pues, la exteriorización de los antecedentes de hecho y de Derecho que lo preceden y de las razones o motivos en virtud de los cuales se dicta el acto (v. Dictámenes 304:326).

La distinción entre causa y motivación estriba en que la causa está conformada por los antecedentes de hecho y de Derecho que justifican el dictado del acto, mientras que la motivación comprende la obligación de expresar y consignar tales antecedentes en el texto del acto o contrato (v. Dictámenes 114:376 y 197:182).

En el caso, la reseña efectuada en el punto precedente de los distintos párrafos del Considerando de la Resolución recurrida, dan cuenta de la suficiente motivación que el acto contiene, por lo que el alegado vicio en el elemento motivación no puede prosperar.

5.2. Sin perjuicio de ello, aún cuando no se comparta el criterio expuesto, cabe recordar que este Organismo Asesor ha sostenido que *...si bien, en principio, la motivación debe integrar el texto del acto respectivo, en determinadas circunstancias se ha aceptado la motivación no contextual o in aliunde, es decir aquella que aparece separada del acto que motiva.* Por lo tanto, *...debe considerarse que existe motivación suficiente –pese al defecto técnico que ello importa– si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas debe considerárselas en su totalidad y no aisladamente, porque son parte integrante de un procedimiento y, como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí (...) y que el acto administrativo puede integrarse con los informes y dictámenes que lo preceden* (v. Dictámenes 199:427, 209:248 y 259:42, entre otros) -Dictámenes 304:460-.

En tal sentido, en forma previa al dictado del acto, la Comisión Evaluadora, en base a los Informes Técnicos correspondientes, había detallado los fundamentos por los cuales se desestimó la oferta y se declaró fracasado el Renglón N.º 7.

6. Vicio en la finalidad.

6.1. El acto administrativo debe cumplir siempre los fines establecidos por la ley; y es por eso que el artículo 7.º, inciso f) de la Ley N.º 19.549 prohíbe que el administrador persiga otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y su objeto.

Así, la desviación de poder presupone la actuación de un funcionario con una finalidad distinta de la perseguida por la ley aplicable (Dictámenes 322:597).

6.2. No escapa a mi apreciación que, en forma generalizada, se sostiene que la desviación de poder trasunta un contenido o elemento subjetivo, caracterizado por la voluntad de lograr un determinado objetivo incompatible con los fines de la ley aplicable a una determinada situación jurídica.

De allí su dificultosa constatación. Así, por ejemplo, se ha expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente de Fallos 315:1361, *in re Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos s/ acción de amparo* (aunque morigerando las exigencias probatorias para su acreditación).

Asimismo, ha considerado que, si se ve afectado el elemento *finalidad* del acto, al no ejercerse la competencia de acuerdo a los fines para los cuales fue atribuida, el vicio resultante (desviación de poder) apareja la nulidad del respectivo acto (v. Fallos 321:174 *in re S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado S 1713 XXXII*).

En dicha causa, el Alto Tribunal concluyó que *...la competencia para determinar el precio de las contrataciones que*

celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable; por lo que, de acuerdo con el artículo 7º, inc. f), de la ley 19.549, excede su poder el funcionario que fija aquél con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio, circunstancia que no se verifica en la especie. Por el contrario, en el caso bajo análisis, se observa que la Resolución recurrida no tuvo otra finalidad que concluir el proceso de contratación correspondiente, al amparo de la normativa vigente, con el claro objeto de que los bienes ...*sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible...* (art. 1.º del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Dto. N.º 1023/01, B.O. 16-8-01). Por tanto, no se advierte un vicio en la finalidad ni la configuración de un desvío de poder.

7. Garantía de impugnación.

Finalmente, la recurrente cuestiona la validez de la exigencia de la integración de una garantía como recaudo de admisibilidad para la procedencia de la impugnación al Dictamen de Evaluación de Ofertas. A ello, la recurrente añadió que la exigencia de la garantía de impugnación resulta violatoria del derecho a la tutela administrativa efectiva.

En relación con estos argumentos, es dable realizar las siguientes reflexiones:

7.1. A través de la doctrina de esta Casa sentada en Dictámenes 257:151, se expresó que tanto el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N.º 1023/01, como el reglamento de dicho régimen, regulado por el hoy derogado Decreto N.º 436/00 (B.O. 5-6-00), no contemplaban tal instituto. Se dijo, además, que la aceptación de una cláusula de ese tenor afectaría el carácter gratuito del procedimiento administrativo.

No obstante, la circunstancia invocada por esta Procuración del Tesoro en el referido antecedente, basada en la inexistencia de norma alguna que contemple la garantía de impugnación invocada, se ha visto modificado, por cuanto el marco normativo actual contempla la posibilidad de su procedencia.

En efecto, en el presente dicho instituto se encuentra regulado por:

- a) Los artículos 73 y 78 del reglamento al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N.º 1030/16.
- b) Los artículos 31 y 32 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N.º 63/16.
- c) El artículo 29 del Manual de Procedimiento aprobado por la Disposición de la ONC N.º 62/16; y
- d) El artículo 13 del Manual de Procedimiento para las contrataciones que se gestionen en el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado COMPR.AR aprobado por la Disposición ONC N.º 65/16 (B.O. 29-9-16).

En tal sentido, la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, ha manifestado que tales previsiones tienden a desalentar planteos infundados, meramente dilatorios o esencialmente enderezados a entorpecer el procedimiento de selección de que se trate, en detrimento del fin público comprometido, cuya satisfacción en tiempo y forma interesa a la comunidad toda (v. Dictamen ONC N.º IF-2017-22702545-APN-ONC#MM).

Así pues, la previsión contenida en el artículo 13 del PByCG se ajusta a la normativa vigente.

7.2. Sin perjuicio de ello, en lo que respecta a la afectación de la gratuidad del procedimiento, cabe recordar que el dictamen de evaluación no es un acto administrativo, sino que constituye un acto preparatorio de la adjudicación, una opinión técnica con un juicio de valor que no genera de modo directo e inmediato efectos jurídicos individuales respecto de terceros. Es una mera propuesta, recomendación o asesoramiento al órgano que debe adjudicar, que no constituye una manifestación final de un procedimiento.

Así pues, en cuanto acto preparatorio, la impugnación al dictamen de evaluación es meramente voluntaria y su falta de interposición no afecta derecho alguno. En otros términos, la ausencia de impugnación al dictamen de evaluación no le impide al administrado y/o interesado cuestionar -por la vía correspondiente- la resolución final que se adopte.

Por tal motivo, el debate sobre la procedencia de la garantía de impugnación al dictamen de evaluación es irrelevante, ya que se encuentra superado por la posibilidad de recurrir gratuitamente el acto administrativo de adjudicación.

Desde esta perspectiva, el principio de gratuidad del procedimiento no se encuentra afectado.

7.3. En cuanto el derecho a la tutela administrativa efectiva que la recurrente considera violentado, es dable mencionar que, en el caso bajo análisis, pesaba sobre la Administración la obligación de requerir y producir los informes y dictámenes necesarios, lo que aconteció en tiempo y forma.

Advierto, además, que no se ha conculcado ninguno de los principios rectores del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (v. art. 3.º del Régimen aprobado por el Dto. N.º 1023/01), en especial la transparencia,

publicidad y difusión de los actos realizados, los que posibilitaron el control social y el acceso a la información por parte de la ciudadanía.

7.4. Llegados a este punto, no es posible soslayar dos aspectos relevantes.

a) El voluntario sometimiento al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional por parte de la oferente, ahora recurrente. Sobre el particular, este Organismo Asesor -siguiendo una arraigada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- ha sostenido que el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior, con base constitucional (v. Dictámenes 275:462 y Fallos 305:826, entre otros).

b) La circunstancia de que pese a su queja actual, la recurrente, oportunamente, integró la garantía de impugnación (v. orden 304); este proceder pone a la agraviada en contradicción con sus propios actos, no resultando válidamente aceptable el ejercicio de una conducta incompatible con otra anterior jurídicamente relevante que engendró confianza respecto al comportamiento que se iba a observar en la relación jurídica.

8. En atención a la manera en que ha sido dictaminado el caso bajo análisis, resulta ocioso expedirse sobre la petición consistente en la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido.

-V-
CONCLUSIÓN

Con sustento en el análisis efectuado, compartiendo el criterio expuesto por los servicios jurídicos preopinantes, considero que corresponde rechazar el recurso jerárquico interpuesto, en subsidio del de reconsideración, por la firma Vemerkiper Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Oportunamente, una vez que el acto quede firme, a través del área competente deberá recalcularse el monto de la garantía de impugnación que deberá ejecutarse, toda vez que éste no se corresponde ni con el total de la garantía integrada \$ 800.000 (ochocientos mil pesos), ni con el estimado por la Dirección de Compras y Contrataciones del Ministerio de Seguridad \$ 355.500 (trescientos cincuenta y cinco mil quinientos pesos).



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2022-37070753-APN-DCYC#MSG

A LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS
DE LA SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES
DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN:

Esa Dirección General de Asuntos Jurídicos solicitó la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación, prevista en el artículo 92 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759 T.O. 2017* (B.O. 2-11-17), con relación a un proyecto de Decreto N.º IF-2023-86477642-APN-MSG (en adelante, el *Proyecto*), mediante el cual se desestima el recurso jerárquico interpuesto en subsidio del de reconsideración por la firma Sucesión de Cuppari Francisco, contra la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º 294/23 (en adelante, la *Resolución MS N.º 294/23*), que determinó la rescisión parcial -por culpa del proveedor- de la Orden de Compra N.º 347-0103-OC22.

- I -

ANTECEDENTES

1. Por el expediente de la referencia tramitó la Licitación Pública N.º 347-0010-LPU22, autorizada por la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º RESOL-2022-257-APN-MSG, tendiente a lograr la adquisición de chalecos antibalas para satisfacer las necesidades de protección y seguridad del personal de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales (v. orden 59).

A través de la mencionada Resolución, se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas (PLIEG-2022-44560863-APN-DNLYEF#MSG), mediante el cual se estipuló la adquisición total de treinta mil chalecos de protección balística, mediante renglón

único. Ello con posibilidad de cotizar cantidades parciales no inferiores a seis mil unidades, en cuyo caso, las cantidades restantes se adjudicarían a quien, o quienes le continúen en orden de mérito, hasta completar el total de unidades requeridas.

2. Por su parte, mediante las cláusulas 17 y 21 (v. Circular N.º 1 en el IF-2022-49117069-APN-DCYC#MSG), el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas previó, respectivamente, que *El Adjudicatario deberá hacer entrega de los bienes adjudicados dentro de los SETENTA Y CINCO (75) días hábiles de perfeccionado el instrumento contractual y/o la notificación de curva de talles e identificaciones de las fuerzas policiales y de seguridad destinatarias de las unidades del mencionado documento y/o pago del anticipo financiero si este fuere solicitado, lo último que ocurra... y El MINISTERIO DE SEGURIDAD otorgará un anticipo financiero de un SESENTA PORCIENTO (60%), del monto total adjudicado, sólo a requerimiento del o de los adjudicatario/s. El adjudicatario que solicite el anticipo financiero deberá integrar una contragarantía por el monto total de las sumas a desembolsar, conforme lo establecido por el inciso c) del artículo 78 del Anexo al Decreto N° 1030/16.*

En este punto, es importante aclarar que el Pliego originalmente previó un anticipo financiero de un 40 % (cuarenta por ciento) del monto total adjudicado (v. orden 45, pág. 8).

3. Conforme surge del Acta de Apertura, en la aludida Licitación Pública se presentó, entre otros oferentes, la firma Sucesión de Cuppari Francisco (v. orden 87), la cual ofertó la cantidad de siete mil unidades por \$ 518.000.000 (quinientos dieciocho millones de pesos) -v. orden 88-.

4. En el orden 161 obra la Decisión Administrativa N.º DECAD-2022-739-APN-JGM (B.O. 29-7-22) que aprobó la Licitación Pública en cuestión y adjudicó parcialmente, mediante su artículo 3.º, el renglón N.º 1 a la firma Sucesión de Cuppari Francisco por la cantidad de siete mil unidades, por la suma total de \$ 518.000.000 (quinientos dieciocho millones de pesos).

5. En el orden 169 se encuentra vinculada la Orden de Compra N.º 347-0103-OC22, del 1.º de agosto de 2022.

6. En el orden 190, luce agregado, como archivo embebido, el comprobante de pago del anticipo financiero por \$ 310.000.000 (trescientos diez millones de pesos), el que fue notificado el 29 de agosto de 2022 (v. orden 192).

Tal como allí se menciona, y de acuerdo a lo dispuesto por la Circular N.º 1, el 30 de agosto comenzó a correr el plazo de cumplimiento de la entrega de las unidades acordadas.

Cabe aclarar que la firma Sucesión de Cuppari Francisco optó por solicitar el anticipo financiero

del 60 % (sesenta por ciento) -v. orden 333-.

7. En el orden 349, se informa sobre la vinculación, en tramitación conjunta, del Expediente N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG, por medio del cual tramitó la rescisión contractual y las presentaciones efectuadas por la firma Sucesión de Cuppari Francisco, con el objeto de realizar distintas solicitudes a efectos de dar cumplimiento a lo acordado como, por ejemplo, la prórroga de los plazos, cuyas actuaciones, en la parte que hace al interés del presente análisis, son mencionadas en los apartados siguientes.

8. Se incorporaron las presentaciones realizadas por la firma adjudicataria, mediante las cuales manifestó que las restricciones imperantes en el mercado de divisas extranjeras dificultaron la adquisición de las telas balísticas, como materia prima principal para confeccionar los chalecos y así poder cumplir con la entrega acordada (v. órdenes 2 y 30 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

Así las cosas, expresó que le resultaba imposible cumplir con la Orden de Compra, solicitando la suspensión de plazos, el otorgamiento de una prórroga, la renegociación contractual y la no aplicación de penalidades (v. págs. 12 y 16 del orden 30, del expte. en cita).

9. Obra el Informe elaborado en forma conjunta por la Dirección de Compras y Contrataciones, la Dirección Nacional de Logística y Equipamiento Federal y la Dirección General de Administración, todas del Ministerio de Seguridad, en respuesta a las presentaciones de la firma adjudicataria (v. orden 33 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

Las áreas firmantes concluyeron que no correspondía proceder a la suspensión de plazos, a la renegociación contractual ni a la no aplicación de penalidades.

Finalmente, otorgaron una prórroga por cuarenta días hábiles (v. también, orden 341 del Expte. N.º EX-2022-37070753-APN-DCYC#MSG), a partir del vencimiento del plazo original. Ello así, al entender la importancia que reviste el cumplimiento de la entrega de los bienes contratados.

10. Luce agregada la intimación efectuada a la firma adjudicataria, el 16 de marzo de 2023, por la Comisión de Recepción Definitiva del Ministerio de Seguridad, a fin de dar cumplimiento a la entrega total de las unidades adjudicadas, dentro del plazo de diez días hábiles, bajo apercibimiento de penalidades y de acuerdo a lo previsto por el artículo 98 del Decreto N.º 1030/16 (B.O. 16-09-16) -v. orden 65 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

11. A raíz del vencimiento del plazo de la intimación cursada, la Subsecretaria de Gestión Administrativa solicitó a la Dirección Nacional de Logística y Equipamiento Federal, ambas del Ministerio de Seguridad, que informase si la firma adjudicataria había cumplido con la entrega

de los bienes (v. orden 74 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

En ese sentido, se solicitó a la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) y a la Policía Federal Argentina (PFA) que informasen sobre el cumplimiento en cuestión (v. orden 77 del expediente en cita).

12. Al respecto, la PFA informó que *...sólo recepcionó OCHOCIENTOS TRENTA Y CINCO (835) Chalecos de Protección Balística, Marca Iron Dragon, Modelo ID-31, Nivel de Protección RB3, a la espera de la realización de las pruebas de Longitud, Peso, Flexibilidad y Tormento, NO dando cumplimiento a la entrega al día de la fecha de la totalidad de los Chalecos de Protección Balística adjudicados* (orden 78 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

Por su parte, la PSA dijo *...sólo se han recepcionado CIENTO SESENTA Y UN (161) Chalecos Antibalas, con detalle informado en Nota N.º NO-2023-27768103-APN-PSA#MSG del 14 de marzo de 2023, correspondientes a la Orden de Compra N.º 347-103-OC22, a favor de la firma SUCESION DE CUPPARI FRANCISCO...* (orden 79 del expediente citado).

13. La Dirección General de Administración del Ministerio de Seguridad solicitó a la mencionada Dirección de Compras y Contrataciones que iniciase las gestiones pertinentes a fin de proceder a la rescisión contractual, dadas las consideraciones expuestas en el apartado anterior por las áreas pertinentes -v. orden 82 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

14. En el orden 107 del Expediente N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG, obra la Resolución MS N.º 294/23, del 11 de mayo de 2023, por medio de la cual se decidió, respecto a la firma Sucesión de Cuppari Francisco, lo siguiente:

- a) Rescindir parcialmente, por culpa del proveedor, la Orden de Compra N.º 347-0103-OC22.
- b) Aplicarle la penalidad de pérdida parcial de la garantía de cumplimiento de contrato, por \$ 44.429.600 (cuarenta y cuatro millones cuatrocientos veintinueve mil seiscientos pesos).
- c) Intimarla para que abone \$ 266.577.600 (doscientos sesenta y seis millones quinientos setenta y siete mil seiscientos pesos) en concepto de reintegro del monto proporcional del anticipo financiero percibido oportunamente y no aplicado a la ejecución del contrato.

15. Luce vinculada la notificación efectuada a la firma Sucesión de Cuppari Francisco, el 12 de mayo de 2023 (v. orden 113 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

16. Obra el recurso de reconsideración interpuesto, el 29 de mayo de 2023, por la firma adjudicataria contra la Resolución MS N.º 294/23 -v. orden 119 del Expte. N.º EX-2022-

96423077-APN-DIYSG#MSG).

La recurrente argumentó que el acto cuestionado resulta arbitrario en tanto no consideró los argumentos vertidos en cuanto a la imposibilidad del giro de divisas, la depreciación del dólar y la necesidad de ajustar el precio, suspender y extender los plazos, en tanto el componente importado para la confección de los chalecos era del 65 % (sesenta y cinco por ciento).

Agregó que, desde el momento de la apertura de la licitación hasta el momento de la adjudicación, las condiciones aduaneras y de acceso al mercado de divisas fueron alteradas, situación que la perjudicó, en tanto la restricción no existía al momento de la apertura de ofertas. Destacó que siempre quiso cumplir con lo acordado y que obró en todo momento de buena fe, habiendo realizado todas las gestiones ante las reparticiones del Estado para adquirir las materias primas necesarias para entregar las unidades adjudicadas.

Señaló el quebranto de la ecuación económica, y solicitó el replanteo del contrato.

Manifestó que invirtió \$ 388.560.084,63 (trescientos ochenta y ocho millones quinientos sesenta mil ochenta y cuatro pesos con sesenta y tres centavos) para adquirir insumos, materiales y mano de obra, destinados a cumplir con la entrega, y resaltó la gravedad de la situación de encontrarse endeudados en sumas millonarias de dólares estadounidenses con sus proveedores del exterior.

Así las cosas, entendió razonable aplicar la teoría de la imprevisión y una consecuente renegociación contractual.

En virtud de todo ello, solicitó que se dejase sin efecto la Resolución MS N.º 294/23.

17. Luce la intervención de la Dirección General de Administración del Ministerio de Seguridad, quien realizó un exhaustivo análisis de los puntos planteados en el recurso de reconsideración interpuesto, entre los que se destaca que la firma tiene una trayectoria en comercialización de chalecos antibalas cuyo componente principal es importado, por lo que el giro de divisas resulta ser una actividad conocida y habitual por la recurrente (v. orden 123 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

18. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad expresó que la restricción al acceso de moneda extranjera y el proceso inflacionario del país no pueden ser utilizados para argumentar lo ocurrido como un hecho imprevisible, puesto que el recurrente conocía dicha situación con anterioridad al perfeccionamiento del contrato y de la presentación de su oferta (v. orden 135, pág. 10 del Expte. N.º EX-2022-96423077-APN-DIYSG#MSG).

19. En el orden 359, luce agregada la Resolución N.º RESOL-2023-424-APN-MSG (en adelante, *Resolución MS N.º 424/23*), del 28 de junio de 2023, por medio de la cual se desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por la firma Sucesión de Cuppari Francisco, contra la Resolución MS N.º 294/23.

20. Se agregó la notificación efectuada a la firma recurrente el 30 de junio de 2023 (v. archivo embebido en el orden 363).

21. El 7 de julio de 2023 la firma adjudicataria realizó una nueva presentación, con el objeto de ampliar y mejorar los fundamentos de su recurso (v. orden 365).

Allí, manifestó que la Resolución MS N.º 424/23 que desestimó su recurso resultaba arbitraria, en tanto ignoró cuestiones introducidas por ella en presentaciones anteriores.

Indicó que la imposibilidad de girar divisas por falta de autorización del Banco Central de la República Argentina, y la devaluación de un 100 % (cien por ciento) de la moneda nacional, generó una situación de quiebre en tanto el anticipo financiero fue pagado con pesos y la mercadería que compone el 38 % (treinta y ocho por ciento) del chaleco es importada y valuada en dólares estadounidenses.

Reiteró la buena fe con la que obró, que fue víctima del contexto y de la conducta arbitraria e infundada asumida por el Ministerio de Seguridad e insistió en el quebranto de la ecuación económica financiera y en la necesidad de replantear *ineludiblemente* el contrato, dado el contexto normativo y de política económica y cambiaria que generó una situación imprevista y de fuerza mayor.

En virtud de ello, solicitó que se dejase sin efecto la Resolución objeto del recurso.

22. En el orden 371 intervino la mencionada Dirección General de Administración, y sostuvo que los argumentos de hecho y de Derecho ampliados por la recurrente no modifican el temperamento oportunamente adoptado por conducto de la Resolución MS N.º 294/23 y ratificada por la Resolución MS N.º 424/23.

En esa línea, solicitó a la Dirección de Compras y Contrataciones de esa Jurisdicción que confeccionase el proyecto de acto administrativo de rechazo del recurso jerárquico.

23. En el orden 383 obra la intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Seguridad, quien manifestó no encontrar objeciones jurídicas que formular al proyecto de Resolución que rechaza el recurso jerárquico, por entender que el acto puesto en crisis *...se encuentra ajustado a derecho, fue dictado por la autoridad con competencia en la materia, su objeto es lícito, se encuentra sustentado en antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de causa, se revela como suficientemente motivado y propende al interés general.* Asimismo, agregó que *...la invocación de arbitrariedad de aquella rescisión y de la resolución que desestimó el recurso de reconsideración, resulta de una orfandad fáctica y jurídica indubitable, extremo que impone inexorablemente desestimar la vía jerárquica bajo tratamiento, ello, máxime si se pondere que la ampliación de fundamentos -escasa por cierto- no es más que la reedición de argumentos ya esgrimidos en presentaciones anteriores que no logran conmover el temperamento oportunamente sustentado.*

24. Tal como obra en el orden 400, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica tomó la intervención de su competencia y sostuvo que compartía *...el temperamento sostenido por el servicio jurídico preopinante, aconsejando el rechazo del recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración interpuesto por la firma Sucesión de Cuppari Francisco*.

Además, solicitó la intervención de este Organismo Asesor.

- II -

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. Se consulta a esta Casa acerca de la admisibilidad del recurso jerárquico interpuesto por la firma Sucesión de Cuppari Francisco contra la Resolución MS N.º 294/23.

Precisamente, la recurrente entiende que la decisión tomada mediante el acto impugnado resulta arbitraria, desproporcionada e infundada.

Desde esta perspectiva, y con el alcance señalado, emitiré la opinión que me fue requerida.

2. Estimo que el recurso de reconsideración, con el jerárquico en subsidio, fueron interpuestos en término. Luego, al ser notificado el rechazo del primero de esos recursos, la firma interesada presentó la ampliación y mejora de fundamentos dentro de los 5 días que prevé el artículo 88 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos*.

3. En cuanto al asunto de fondo, éste se traduce en un cuestionamiento al obrar de la Administración en cuanto a la decisión que tomó ante el incumplimiento contractual por parte de la firma adjudicataria, esto es: la rescisión parcial del contrato, la aplicación de una penalidad y la exigencia del reintegro proporcional del anticipo financiero percibido y no aplicado a la ejecución del contrato.

4. Cabe hacer un breve repaso de los argumentos esgrimidos por la parte adjudicataria al solo efecto de evaluar la posición de la Administración en el presente caso, como así también, las posturas manifestadas en intervenciones previas por parte de las áreas pertinentes del Ministerio de Seguridad.

5.1. La firma adjudicataria alega como fundamento de su incumplimiento contractual la dificultosa situación económica y cambiaria y un contexto normativo sobreviniente que

constituyó, a su parecer, causal de fuerza mayor y una situación de imprevisión que justificaron su proceder en la interrupción de la entrega de los bienes adjudicados.

Entendió incorrecto el obrar de la Administración por no considerar lo manifestado en sus presentaciones en cuanto a: la devaluación del dólar, las condiciones aduaneras y el acceso al mercado de libre cambio; situación que dificultó el cumplimiento contractual.

5.2. Ahora bien, tal como se indicó en el Informe emitido por la Dirección General de Administración, la firma adjudicataria posee conocimiento cabal del rubro licitado, en tanto forma parte de su actividad comercial habitual, por lo que no resulta posible considerar imprevisto el escenario económico sobreviniente.

5.3. De acuerdo a lo dicho por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Cartera ministerial de origen, el proceso inflacionario que se estaba viviendo en el país y la restricción en el acceso a las divisas no podían ser utilizados válidamente como hechos imprevisibles, en tanto el recurrente tomó conocimiento de dicha situación con anterioridad al perfeccionamiento del contrato y de la presentación de su oferta, pues era una situación de público conocimiento.

6. Así las cosas, vertidas las distintas posturas bajo análisis, adelanto mi opinión en cuanto a que corresponde rechazar el recurso jerárquico en subsidio interpuesto por la firma Sucesión de Cuppari Francisco contra la Resolución MS N.º 294/23.

7. Respecto al planteo de la recurrente, en relación a justificar su incumplimiento contractual por causa de fuerza mayor, los argumentos expuestos por ella no evidencian la existencia de tal situación, de forma tal que lo acontecido pueda ser calificado como un hecho de carácter natural de tal gravedad que torne imposible la ejecución del contrato.

Esta Procuración del Tesoro tiene dicho que las características para que se configure el caso fortuito o fuerza mayor invocado por la recurrente son:

a) que el hecho sea de carácter natural;

b) que se trate de un hecho imprevisible, es decir que el hecho obstativo supera la aptitud normal de previsión;

c) que sea irresistible; es decir, que no pudo evitarse obrando de modo diligente, según las circunstancias personales y del caso.

d) que sea externo a las partes;

e) que se produzca con posterioridad a la celebración del contrato, salvo que fuese previo e imposible de ser conocido –en términos razonables y diligentes– por las partes; y

f) que haga imposible el cumplimiento contractual.

Además, si bien no constituye una característica inherente al instituto bajo análisis, se exige que sea puesto en conocimiento de la autoridad contratante dentro del plazo establecido reglamentariamente. (Dictámenes 301:111).

Siendo ello así, considero que no se encuentran acreditadas las circunstancias para encuadrar el incumplimiento del contrato que nos ocupa dentro del instituto en cuestión.

8. Por otro lado, considero que tampoco resulta atendible el argumento de la recurrente respecto al quiebre en la ecuación económico-financiera del contrato.

Ello así, pues, la firma interesada, como empresa especializada en el rubro, pudo haber adoptado los recaudos necesarios destinados a prevenir esos efectos, como lógica aplicación del estándar que manda obrar, en supuestos como el presente, con la diligencia del buen hombre de negocios.

Corresponde recordar que el artículo 13 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto Delegado N.º 1023/01 (B.O. 16-8-01), menciona entre las facultades y obligaciones de los cocontratantes, en su inciso a), el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo.

En esa línea, del análisis de las actuaciones obrantes en los expedientes tratados, es importante resaltar el pago del anticipo financiero otorgado por el Ministerio de Seguridad, a fin de responder al requerimiento del adjudicatario, atento a su necesidad de adquirir material necesario para la producción de los bienes a entregar en los plazos acordados.

Al respecto, el Ministerio de Seguridad, ante la solicitud efectuada por los oferentes, modificó el monto respectivo, y lo aumentó de un 40 % (cuarenta por ciento) a un 60 % (sesenta por ciento) del monto adjudicado.

En el caso *sub examine*, la firma Sucesión de Cuppari Francisco optó por el adelanto de pago bajo este concepto, el cual fue abonado.

Así las cosas, tal como lo prevé el Pliego, el plazo de setenta y cinco días hábiles para cumplir con la entrega de la totalidad de las unidades adjudicadas comenzó a correr a partir de dicho pago.

Cabe señalar que *...en materia de contrataciones del Estado el principio rector es el de riesgo y ventura del empresario y su responsabilidad, con ciertos matices, como ser desequilibrios causados por los hechos ajenos e imprevisibles y por los hechos del propio Estado – contratante o no contratante* (Dictámenes 298:159). En esa línea, el empresario debe asumir los riesgos y responder si los hechos y daños consecuentes son propios; y si los hechos son extraños a las partes, pero previsibles (v. Dictámenes 301:111).

Es importante, en este punto, recordar que *...quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta* (Dictámenes 278:133).

Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc.

En conclusión, y como adelanté, tampoco se encuentran acreditados los requisitos para la procedencia de la teoría de la imprevisión, ni la consecuente renegociación de los términos del contrato.

9. Por su parte, debe resaltarse que el Ministerio de Seguridad otorgó la prórroga que fuera oportunamente solicitada. Ello así, en tanto como principio general al que debe someterse toda contratación pública, prima la eficiencia de la contratación para cumplir con el resultado esperado y el principio de continuidad de las contrataciones.

10. Respecto de la causal de rescisión por culpa del proveedor, el artículo 98 del Anexo al *Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto N.º 1030/16* (B.O. 16-09-2016) dispone que: *Si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes del plazo fijado para su cumplimiento, o si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que hubiera realizado la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes hubiesen sido entregados o prestados los servicios de conformidad, la jurisdicción o entidad contratante deberá declarar rescindido el contrato sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, salvo en aquellos casos en que optara por la aceptación de la prestación en forma extemporánea de acuerdo a lo previsto en el artículo 93 del citado reglamento.*

En el presente caso, la firma adjudicataria no cumplió con la totalidad de la entrega de unidades adjudicadas, se encuentra vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, el de su extensión, así como el de la intimación realizada por la Comisión de Recepción, por lo que el contratante se encontró habilitado para proceder a la rescisión contractual.

11. Por último, en lo atinente a las penalidades aplicadas mediante la Resolución recurrida, en el artículo 102 del citado Reglamento se detallan las penalidades de las que pueden ser pasibles los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes: (...)

b. Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato:

1.- Por incumplimiento contractual, si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad.

(...)

d. Rescisión por su culpa:

1.- Por incumplimiento contractual, si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad.

(...)

La rescisión del contrato y la consiguiente pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato

podrán ser totales o parciales, afectando en este último caso a la parte no cumplida de aquél. La jurisdicción o entidad contratante se abstendrá de aplicar penalidades cuando el procedimiento se deje sin efecto por causas no imputables al proveedor que fuera pasible de penalidad.

12. En función de lo dicho, entiendo que el acto recurrido se ajusta a Derecho, por lo que no obrando en las actuaciones argumentos que permitan desvirtuar lo decidido oportunamente, corresponde rechazar el recurso jerárquico incoado.

- III -
CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, considero que el recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración interpuesto por la firma Sucesión de Cuppari Francisco contra la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º 294/23, debe ser rechazado.



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

Dictamen jurídico

**E.E
15389539/GCABA-MGEYA/23**

SEÑORA DIRECTORA GENERAL

DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA ADMINISTRATIVA Y LEGAL

MINISTERIO DE ESPACIO PÚBLICO E HIGIENE URBANA

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a raíz de la presentación efectuada a través de la plataforma de trámites a distancia -TAD- por el Sr. César Alejandro Violi Cattaneo, quien solicita un resarcimiento económico a raíz de los daños presuntamente provocados por una obra, a un "portón" del garage, del inmueble ubicado en la calle Inclán 2793 de esta Ciudad, el 13/04/2023.

Mi opinión es la siguiente:

I.- CUESTIONES PRELIMINARES

En primer lugar, resulta oportuno aclarar que, como ya ha expresado reiteradamente esta Procuración General de la Ciudad, las presentaciones que realicen los administrados deben ajustarse a los recaudos que exige la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/97, ratificado por Resolución de la Legislatura N° 41/98 (texto consolidado por Ley N° 6.588, BOCBA N° 6.517).

Mediante su artículo art. 24 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia 1510-GCBA-97, ratificado por Resolución de la Legislatura 41-98 (texto consolidado por Ley N° 6588, BOCBA 6517).

El mismo, al referirse a la iniciación del trámite administrativo, define a la "parte interesada" como a toda aquella persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo.

En el caso planteado, obsérvese que no acompaña documental idónea a los fines de acreditar la legitimación invocada.

Dichos requisitos de admisibilidad deben ser verificados por la autoridad pertinente antes de dar trámite a las presentaciones y de requerir opinión jurídica de este Órgano Asesor.

En consecuencia, con carácter previo a dictar el acto administrativo que resuelva el presente requerimiento, corresponderá efectuar las intimaciones pertinentes a fin de que se cumplan en su totalidad los requisitos que exige la ley citada.

Si luego de efectuada la intimación que en este punto se aconseja, el presentante cumple con lo solicitado, se podrá proceder conforme lo aquí dictaminado. En caso contrario, se deberá tener en consideración lo dispuesto por el artículo 22.- apartado 9 de la Ley de Procedimientos Administrativos sobre caducidad de los procedimientos.

II.- ASPECTO FORMAL

En este aspecto, cabe señalar que la presentación efectuada a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD), creada e implementada mediante Decreto N° 429/13 (BOCBA N° 4624), complementado por Resolución N° 63/SECITD/21 (BOCBA 6602) será considerada como simple petición en los términos del art. 14 de la Constitución Nacional (v. órdenes 2 y 3)

III.- ANTECEDENTES

a) El peticionante manifiesta que: *"El día jueves 13 de abril iniciaron el arreglo de la vereda en el domicilio Inclán 2793. Además de no haberme ni siquiera avisado antes de empezar a romper y despertarme con el ruido del taladro levantando mi vereda, el día sábado 15 de abril los obreros de la empresa contratista denominada MIAVASA me pidieron abrir el portón de mi garage, para comprobar que con los mosaicos nuevos abrieran. Resulta que habían puesto la vereda en un nivel más alto y mi portón, que abre hacia afuera, no abría. El obrero me dijo que ellos no podían bajar el piso, que no se podía modificar. Ante eso el obrero me dijo que iba a solucionarlo y su "solución" consistió en cortarme el portón, generando un daño en el sistema de cierre..."* (orden 2).

b) A fin de acreditar las circunstancias alegadas acompaña:

1.- Denuncia de lo sucedido (v. orden 2).

c) La Dirección General de Obras en Vías Peatonales se expide acerca de la cuestión planteada (v. órdenes 25/27).

d) En este estado se remiten los presentes para mi consideración.



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

IV.- ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

A) Con carácter preliminar cabe señalar que a partir del 24/09/20 entró en vigencia la Ley 6325, de Responsabilidad del Estado (texto consolidado Ley 6588 BOCBA 6517), que rige en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas (cfr. art. 1°).

Ahora bien, la mentada Ley contempla el supuesto de responsabilidad de esta Administración en el caso de concesiones de servicios públicos o contratistas. En efecto, prevé: "Art. 6°.- Concesionarios de servicios públicos o contratistas. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

En tal sentido, del artículo reseñado se desprende que no existe factor de atribución de responsabilidad alguna, ya sea directa o subsidiaria, que pueda imputarse a la Administración como consecuencia del actuar o de la omisión propia del concesionario del servicio público o contratista.

Al respecto, Julio R. Comadira señala que la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquel y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva afirma que la persona física que expresa la voluntad del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica de modo que al actuar por y para la organización, en la cual se incrusta, permite que esta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, así, su actuación al Estado.

Finalmente expresa que los daños causados por los concesionarios o los licenciarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado. (Comadira, Julio R., Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 374).

De manera similar, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, T. II, 1ª ed. argentina anotada [de la novena edición], La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 392-393) puntualizan: "el dato de la integración en la organización administrativa es, en efecto, básico, tanto positiva como negativamente. Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios). En lo que a los concesionarios se refiere, hay que observar que, aunque la

responsabilidad se califique en estos casos como administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas básicas aplicables a esta, los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos...".

En el caso planteado, el Sr. César Alejandro Violi Cattaneo solicita un resarcimiento económico a raíz de los daños presuntamente provocados por una obra , a un "portón" del garage, del inmueble ubicado en la calle Inclán 2793 de esta Ciudad, el 13/04/2023.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las constancias reunidas se desprende que en la época y en la ubicación en que habría ocurrido el hecho denunciado por el Sr. Violi Cattaneo, la empresa MIAVASA S.A, efectuó trabajos en la zona y fecha denunciadas, razón por la cual, sería responsables por los daños a terceros.

La mencionada circunstancia surge del informe practicado por la Dirección General de Obras en Vías peatonales, quien se expide en los órdenes 25/27.

Por tal motivo, la mentada empresa debió velar por el resguardo ante cualquier daño que eventualmente pudiera producirse, asumiendo por tanto la responsabilidad por todos los daños que en forma directa e indirecta causara a terceros y al G.C.B.A.

Por lo tanto, aun cuando el hecho denunciado efectivamente se hubiera producido -circunstancia no acreditada en autos-, considero que esta Administración no debe asumir ningún tipo de responsabilidad por las consecuencias del hecho denunciado, motivo por el cual deberá rechazarse lo peticionado.

Por todo lo expuesto, considero que no corresponde hacer lugar a la petición efectuada.

A mayor abundamiento, se deja constancia que se intimó a la empresa referida a fin de que efectúe la denuncia del siniestro ante su compañía aseguradora (v. órdenes 25/27; 44/45).

B) Por último, se recuerda que, en virtud de lo establecido por el artículo 12 de la Ley 1218 (texto consolidado por Ley N° 6588, BOCBA N° 6517), si la autoridad competente decide apartarse de lo aconsejado en el presente dictamen, debe explicitar en los considerandos del acto administrativo las razones de hecho y de derecho que fundamenten dicho apartamiento. Asimismo, debe informarse a este Órgano Asesor, con copia de aquéllas, dentro de los cinco días de emitido el acto.



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

V.- CONCLUSIÓN

En consecuencia, conforme los fundamentos expuestos y luego de cumplimentar lo dispuesto en el apartado I, corresponde dictar el pertinente acto administrativo que rechace la petición efectuada por el Sr. César Alejandro Violi Cattaneo.

El acto administrativo a dictarse deberá ser notificado cumpliendo estrictamente las pautas contenidas en el Capítulo VI de la Ley de Procedimientos Administrativos aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1510/1997, ratificado por Resolución de la Legislatura 41/1998 (texto consolidado por Ley N° 6588, BOCBA 6517) y por alguno de los medios previstos en el art. 63 o -en su caso- por notificación electrónica prevista en el art. 68 haciendo expresa mención de que **no agota** la vía administrativa y de que puede interponerse contra el mismo el recurso de reconsideración (que lleva implícito el recurso jerárquico), en el plazo de diez días hábiles a contar de la fecha de la notificación o el recurso jerárquico en forma directa, en el plazo de quince días hábiles (conforme los arts. 107, 112 y concordantes de la Ley de Procedimientos citada).

En tal sentido me expido.

Procuración General,

AO

PP



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Hoja Adicional de Firmas
Dictamen jurídico

Número:

Buenos Aires,

Referencia: EX-15389539-MGEYA-2023 (107385)

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 5 pagina/s.

Digitally signed by Martin Luraschi
Date: 2024.01.04 13:16:10 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by Comunicaciones Oficiales
Date: 2024.01.04 13:16:20 -03:00



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

Dictamen Jurídico

EX-2021-06320677-GCABA-DGPCIURB.

MINISTERIO DE ESPACIO

PÚBLICO E HIGIENE URBANA

Se requiere el parecer de esta Procuración sobre los recursos jerárquicos interpuestos por EDENOR S.A. en subsidio de los de reconsideración en los expedientes EX- 2021- 06320677- GCABA- DGPCIURB, EX- 2021- 09071865- GCABA- DGPCIURB, EX-2021-11704953- GCABA -DGPCIURB, EX-2021-15229663-GCABA-DGP CIURB, EX-2021-18415638-GCABA-DGPCIURB, EX-2021-26174560-GCABA-DGPCIUR B, EX-2021-25077921-GCABA-DGPCIURB, EX -2021- 29330832- GCABA- DGPCIURB, EX -2021- 32302467-GCABA - DGPCIURB; EX -2021- 36014634 - GCABA - DGPCIURB, EX-2021-38774628-GCABA-DGPCIURB, EX-2022-05333679-GCABA-DGPCIURB, EX -2023- 06728302 - GCABA -DGPCIURB, EX -2023- 10999074-GCABA-DGPCIURB, EX -2023- 14029686-GCABA-DGPCIURB, EX -2023- 18232138-GCABA-DGPCIURB, EX -2023-22541066-GCABA-DGPCIURB, EX -2023-25730767-GCABA- DGPCIURB, impugnando las Disposiciones DI- 2022 -305- GCABA-DGPCIURB, DI- 2022 - 304-GCABA - DGPCIURB, DI- 2023 -613-GCABA-DGPCIURB.

Mi opinión es la siguiente.

I. CUESTION PRELIMINAR

Toda vez que se trata de los mismos argumentos y de la misma normativa invocada, difiriendo sólo los períodos reclamados, si bien se han dictado distintas disposiciones dando tratamiento a los recursos de reconsideración, por una cuestión de economía procesal, resulta conveniente acumular los expedientes para darles tratamiento conjunto, recomendando la emisión de un solo acto administrativo para resolver los recursos.

II. ANTECEDENTES.

II.A. DI-2022-305-GCABA-DGPCIURB. ENERO A MARZO de 2021.

En el marco del **EX-2021-06320677-GCABA-DGPCIURB** la **DI-2021-152-GCABA-DGPCIURB** liquidó para el período ENERO 2021, la suma de \$ 6.010.371,10 en concepto de TERI (art. 403 CF y art. 57 LT, ambos con vigencia para el año 2021).

En el **EX-2021-09071865-GCABA-DGPCIURB** la

DI-2021-179-GCABA-DGPCIURB liquidó para el período FEBRERO 2021, la suma de \$5.585.937,70 en concepto de TERI.

En el **EX-2021-11704953-GCABA-DGPCIURB** la **DI-2021-241-GCABA-DGPCIURB** liquidó para el período MARZO 2021, la suma de pesos \$ 6.709.295,70 en concepto de TERI.

En el **EX-2021-15229663-GCABA-DGPCIURB**, la **DI-306-GCABA-DGPCIURB/21** liquidó para el período ABRIL 2021, la suma de Pesos Seis millones trescientos veintitrés mil ochocientos cuarenta y dos con 34/100 (\$ 6.323.842,34) en concepto de TERI.

En el **EX-2021-18415638-GCABA-DGPCIURB**, la **DI-346-GCABA-DGPCIURB/21** liquidó para el período MAYO 2021, la suma de Pesos Cinco millones setecientos veintidós mil quinientos treinta y ocho con 80/100 (\$ 5.722.538,80) en concepto de TERI.

En el **EX-2021-26174560-GCABA-DGPCIURB**, la **DI-497-GCABA-DGPCIURB/21** liquidó para el período JUNIO 2021, la suma de Pesos Ocho millones seiscientos sesenta y seis mil doscientos treinta y ocho con 80/100 (\$ 8.666.238,80) en concepto de TERI.

EDENOR S.A. impugnó las liquidaciones mediante sendos recursos de reconsideración.

Advertido que los expedientes referidos contienen idénticos argumentos y se encuentran en el mismo estado procesal, LA DIRECCIÓN GENERAL PLANIFICACIÓN Y COORDINACIÓN DE INTERVENCIONES URBANAS recomienda la acumulación de los procesos en aras de la celeridad y economía procesal y dicta la **DI-2022-305-GCABA-DGPCIURB**, mediante la cual desestima los recursos de reconsideración interpuestos por la firma EDENOR por los períodos – en lo que aquí interesa - **ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO Y JUNIO de 2021.**

Notificada la disposición, la contribuyente interpone "*Recurso Jerárquico*".

Habiendo agregado la opinión del área respectiva acerca de la cuestión sometida a dictamen, se remiten las actuaciones a este Organismo Constitucional "*para su intervención y análisis legal*".

II.B. DI-2022-304-GCABA-DGPCIURB. AGOSTO A DICIEMBRE DE 2021.



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

El marco del Expediente
EX-2021-25077921-GCABA-DGPCIURB, la Disposición Nro.
DI-2021-487-GCABA-DGPCIURB, liquidó para el período JULIO 2021, la suma de pesos
siete millones noventa y cuatro mil cincuenta y ocho (\$ 7.094.058,00) en concepto de
TERI.

En el **EX-2021-29330832-GCABA-DGPCIURB** la
DI-2021-591-GCABA-DGPCIURB liquidó para el período AGOSTO 2021, la suma de
\$8.992.224,80 en concepto de TERI.

En el **EX-2021-32302467-GCABA-DGPCIURB** la
DI-2021-624-GCABA-DGPCIURB liquidó para el período SEPTIEMBRE 2021, la suma de
\$ 9.333.339,80 en concepto de TERI.

En el **EX-2021-36014634-GCABA-DGPCIURB** la
DI-2021-701-GCABA-DGPCIURB liquidó para el período OCTUBRE 2021, la suma de \$
7.612.529,20 en concepto de TERI.

En el **EX-2021-38774628-GCABA-DGPCIURB** la disposición
DI-2022-53-GCABA-DGPCIURB liquidó para el período NOVIEMBRE 2021, la suma de \$
9.636.165,85 en concepto de TERI.

En el **EX-2022-05333679-GCABA-DGPCIURB** la
DI-2022-88-GCABA-DGPCIURB liquidó para el período DICIEMBRE 2021, la suma de \$
7.030.707,46 en concepto de TERI.

EDENOR S.A. impugnó las liquidaciones mediante la
presentación de sendos recursos de reconsideración.

Advertido que los expedientes referidos contienen idénticos
argumentos y se encuentran en el mismo estado procesal, LA DIRECCIÓN GENERAL
PLANIFICACIÓN Y COORDINACIÓN DE INTERVENCIONES URBANAS recomienda la
acumulación de los procesos en aras de la celeridad y economía procesal y dicta la
DI-2022-304-GCABA-DGPCIURB, mediante la cual desestima los recursos de
reconsideración interpuestos por la firma EDENOR por los períodos – en lo que aquí
interesa - **AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE y DICIEMBRE de 2021**
(art. 1°).

Notificada la disposición, la contribuyente interpone “Recurso
Jerárquico”.

Habiendo agregado la opinión del área respectiva acerca de

la cuestión sometida a dictamen, se remiten las actuaciones a este Organismo Constitucional *“para su intervención y análisis legal”*.

II.C. DI-2023-613-GCABA-DGPCIURB. ENERO A JUNIO DE 2023.

En el marco del **EX-2023-06728302-GCABA-DGPCIURB**, mediante disposición **DI-2023-134-GCABA-DGPCIURB** se liquidó para el período ENERO 2023, la suma de \$ 23.187.254,10 en concepto de TERI prevista en el art. 477 Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vigente para el año 2023 y en el artículo 72 de la Ley Tarifaria.

En el **EX-2023-10999074-GCABA-DGPCIURB**, mediante disposición **DI-2023-195-GCABA-DGPCIURB** se liquidó para el período FEBRERO 2023, la suma de \$19.245.339,60 en concepto de TERI.

En el **EX-2023-14029686-GCABA-DGPCIURB**, mediante disposición **DI-2023-236-GCABA-DGPCIURB** se liquidó para el período MARZO 2023, la suma de \$21.362.818,73 en concepto de TERI.

En el **EX-2023-18232138-GCABA-DGPCIURB**, mediante disposición **DI-2023-313-GCABA-DGPCIURB** se liquidó para el período ABRIL 2023, la suma de \$21.025.630,50, en concepto de TERI.

En el **EX-2023-22541066-GCABA-DGPCIURB**, mediante disposición **DI-2023-357-GCABA-DGPCIURB** se liquidó para el período MAYO 2023, la suma de \$21.476.712,80, en concepto de TERI.

En el **EX-2023-25730767-GCABA-DGPCIURB**, mediante disposición **DI-2023-427-GCABA-DGPCIURB** se liquidó para el período JUNIO 2023, la suma de \$25.490.756,60, en concepto de TERI.

Mediante la presentación de sendos recursos de reconsideración EDENOR impugnó las liquidaciones en cada período.

Advertido que los expedientes referidos contienen idénticos argumentos y se encuentran en el mismo estado procesal, la DIRECCIÓN GENERAL PLANIFICACIÓN Y COORDINACIÓN DE INTERVENCIONES URBANAS recomienda la acumulación de los procesos en aras de la celeridad y economía procesal y dicta la **DI-2023-613-GCABA-DGPCIURB**, mediante la cual desestima los recursos de reconsideración interpuestos por la firma EDENOR por los períodos **ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO y JUNIO de 2023** (art. 1°).



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

Notificada la disposición, la contribuyente presenta escrito que titula “*Amplía fundamentos*” (IF-2023-35448654-GCABA-DGTALMEPHU, EX-2023-22541066- -GCABA-DGPCIURB, EE en tramitación conjunta).

Mediante Informe N° IF-2023-37088686-GCABA-DGPCIURB, la DIRECCIÓN GENERAL PLANIFICACIÓN Y COORDINACIÓN DE INTERVENCIONES URBANAS indica. “(...) *En cuanto a la ampliación de la fundamentación, EDENOR reitera y ratifica los argumentos presentados en los recursos de reconsideración que fueron rechazados conforme lo dispuesto en la Disposición Nro. 613-GCABA-DGPCIURB/23. EDENOR no ha introducido nuevos argumentos en su presentación. (...) no se han incorporado nuevos argumentos que deban ser rechazados o atendidos.*”

Habiendo agregado la opinión del área respectiva acerca de la cuestión sometida a dictamen, se remiten las actuaciones a este Organismo Constitucional “*para su intervención y análisis legal*”.

III. PROCEDENCIA TEMPORAL DE LOS RECURSOS.

El tratamiento de los recursos jerárquicos procede en los términos de los arts. 111° y 112° de la LPACABA (decreto 1510/GCABA/97).

Siempre que se mencione esta norma en el presente es en alusión al texto conforme Cuarta Actualización del Digesto Jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 6588 (BOCBA N° 6517 del 12/12/2022).

IV. AGRAVIOS VERTIDOS EN EL RECURSO.

En los recursos jerárquicos interpuestos y teniendo por reproducidos los términos de los recursos de reconsideración -todos ellos de idéntico tenor-, EDENOR rechaza la imposición de la TERI.

Habremos por ello de referirnos a los agravios expresados en ambos recursos, reconsideración y jerárquico.

Sostiene la improcedencia de la pretensión fiscal de gravar a Edenor con la TERI por considerar que desconoce la normativa federal que regula la actividad y las decisiones de la Corte Suprema en la materia, al tiempo que importaría la doble gravabilidad de la ocupación mediante el monto fijado por el art. 19 del Decreto 714/92 y las normas locales.

Transcribe las normas pertinentes del Código Fiscal y de la Ley Tarifaria. Considera que la ubicación sistemática de la TERI en el título que

comprende los "*Gravámenes por el uso y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública*" muestra la tipificación otorgada por el legislador que no es otra que la de retribuir el uso y la ocupación del espacio perteneciente al dominio público por las obras ejecutadas por Edenor.

Puntualiza que el régimen tributario que regula la concesión dispone el pago de los tributos nacionales, la exención de todo tributo provincial y municipal, y el pago de una contribución única provincial y municipal sustitutiva de todo otro tributo y establecida a cambio de la exención.

Funda su pretensión en el artículo 12 de la Ley N° 15.336, según la modificación introducida por la Ley 24.065 en donde se establece que las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación, aclarando la norma que no se comprenden en esta exención las tasas retributivas por servicios y mejoras de orden local.

Asimismo, cita el Decreto N° 1247/60 aprobatorio del Convenio entre el Poder Ejecutivo y SEGBA S.A., artículo 20, punto II, que estableció la exención de tributos provinciales y municipales para las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión regidas por el Convenio y a la energía generada y transportada en las mismas, excluyendo a las tasas retributivas de mejoras. Señala que en virtud del Decreto 714/92 Edenor resulta titular de la concesión para parte del territorio argentino que le fuera asignado.

En idéntico sentido refiere al art. 17 del contrato de concesión aprobado por el Decreto N° 714/92 el que reitera la no interferencia en obras e instalaciones de la concesión. Menciona al art 19 que fija en el seis por ciento (6%) de las entradas brutas recaudadas por EDENOR y EDESUR, 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, y que dicha participación tendrá el concepto de único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público municipal.

Reconoce que el referido pago, conforme el art. 21 no exime a las empresas EDENOR S.A. y EDESUR S.A. de las tasas retributivas por servicios o mejoras de orden local, pero considera que en el caso particular *la TERI opera como un gravamen sobre las obras e instalaciones, de modo que debe estarse a la expresa exclusión dispuesta por el Estado Nacional en su carácter de concedente.*



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

Cita el precedente "*Empresa Distribuidora Sur SA c/ Dirección Nacional de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires*" (CSJN de fecha 8.8.06), el cual considera análogo al presente y aplicable en tanto señala que allí la Corte decidió que por no tratarse de tasas retributivas de servicios correspondía a la empresa abonar los derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación. Concluye que en su caso la TERI opera como gravamen sobre las obras e instalaciones.

Entiende que resulta un tributo de carácter local que se contrapone de manera expresa y concreta con lo dispuesto en el art. 21, segunda parte, inciso b) del Decreto N° 714/92 que dispone que EDENOR y EDESUR están exentas del pago de derechos de edificación inspección de obras nuevas o ampliación.

Agrega que se trata de una exención objetiva que protege a las obras, instalaciones y la energía que allí circula (y no meramente a la ocupación), estableciéndose *un régimen tributario sustitutivo de otros gravámenes locales, sobre la base de las ventas de energía, de manera que se encuentra garantizada la recaudación por la actividad de distribución en todas las esferas del gobierno federal.*

Afirma que el GCBA está vedado por las normas federales de gravar adicionalmente a estas obras con tributos ajenos a la contribución única, con la única excepción de las tasas fincadas en el poder de policía local que reduce al supuesto de "*seguridad e higiene sobre locales con atención al público*"

Aduce que la pretensión interfiere con la política del gobierno federal, violentando el artículo 75 inc. 30 CN.

Sostiene que las normas del Código Fiscal de la CABA receptan el régimen federal de energía, en tanto establecen la "*contribución que incide sobre las compañías de electricidad*", la cual considera abarcativa de todos los tributos, que le corresponde abonar a la empresa.

Indica que no desconoce el fallo "NSS c/ GCABA", pero aclara que ninguna influencia proyecta sobre su mandante ya que allí la Corte resolvió en virtud del contenido que regula las empresas de telefonía, diferente al de Edenor, el cual solo ampara la libre ocupación del espacio público, mientras que el marco regulatorio de la energía eléctrica exime de forma mucho más amplia a las obras e instalaciones, no a la ocupación específicamente, sino de toda gabela sobre las mismas.

Subsidiariamente alega la irrazonabilidad del monto por ausencia de prestación del servicio, considerando que ello torna a la gabela en un impuesto a la par que sostiene que no se indicó cuáles serían para el período concreto las actividades desplegadas por el Estado a EDENOR.

Cita jurisprudencia de la CSJN y doctrina en la que destaca la posición adoptada por el mismo tribunal en cuanto a que no pueden incidirse las obras e instalaciones para la prestación del servicio eléctrico con gabelas vinculadas a la obtención de permisos y autorizaciones para construcción, modificación, traslado y remoción de instalaciones nuevas o existentes.

Cita el fallo "*Impsat SA c/ CABA*" en el cual se rechazó la pretensión de la Ciudad de gravar por el uso del suelo y del subsuelo a prestadores privados de servicios de telecomunicaciones.

También el fallo "*Edesur SA c/ GCABA*" Expte. 2956 que rechazó la pretensión fiscal y agrega que dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala I del fuero y la queja presentada por el GCABA rechazada por el TSJ local.

Considera que la Corte ha resuelto de manera concreta que no pueden incidirse las obras e instalaciones para la prestación del servicio eléctrico con gabelas vinculadas a la obtención de permisos y autorizaciones para construcción, modificación, traslado y remoción de instalaciones nuevas o existentes.

Agrega que sumado a ello, el hecho de que exista algún tipo de control a cargo del GCBA por medio del cual se intente transformar la gabela en una tasa retributiva de servicios, no modifica la conclusión puesto que el Decreto 714/92 en su art. 21 expresamente libera a EDENOR de los derechos de edificación e inspección de obras.

Sostiene que en el fallo "Edenor S.A. c/GCBA s/Impugnación de acto administrativo", Expte. 17194/0 se hizo lugar a la demanda declarando la inaplicabilidad de la TERI a la empresa actora.

Denuncia que la TERI viene a colisionar injustificadamente con el medio empleado por el gobierno federal cuya previsión goza de la supremacía federal consagrada por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Cita el fallo "*GCABA c/ EDENOR*" Ex. 709.356/0 en el cual se hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título en tanto se consideró que la gabela local resulta alcanzada por la dispensa prevista en el régimen federal.

Aduce que el reclamo fiscal interfiere con la política del Gobierno Federal en materia de prestación del servicio de distribución de energía eléctrica (art. 75 inc.30 CN). Sostiene que existen dos líneas jurisprudenciales que convalidan la constitucionalidad de las normas que implican el otorgamiento por parte del Congreso Nacional de exclusiones o exenciones de gravámenes provinciales o municipales. Aquella



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

que otorga al Poder Legislativo la atribución de reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75 inc. 13) y aquella referida a la facultad del Congreso para proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, promoviendo la industria (art. 75 inc. 18).

Solicita la suspensión de los efectos de la disposición, formula reserva de ampliar los fundamentos de hecho y de derecho, detalla la documental adunada al recurso y plantea la reserva federal.

En el recurso jerárquico tiene por reproducidos los agravios de la reconsideración y amplía argumentando que la pretensión fiscal interfiere directamente con la política del gobierno federal, en materia de prestación de servicios públicos, a la vez que violenta las pautas contenidas en el artículo 75 incs. 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional y el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12.08.1993.

Sostiene que el pacto constituye derecho intrafederal y como tal, se encuentra por encima de las normas locales de cada parte signataria y ninguna de ellas puede denunciarlo unilateralmente. Entiende que como el GCBA se encuentra adherido al Pacto debe cumplir con los compromisos allí establecidos refiriendo que dispuso: (i) derogar de inmediato los tributos que graven directa o indirectamente, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo; (ii) reformular los tributos que perciba la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Cita el fallo AGUEERA de la CSJN como fundamento de la aplicabilidad inmediata de las obligaciones asumidas en el Pacto.

V. EL ORGANISMO PREOPINANTE.

La Dirección General de Planificación y Coordinación de Intervenciones Urbanas considera que los fundamentos de los recursos incoados por EDENOR no resultan atendibles. Descarta la existencia de doble imposición, así como que se alteren los contenidos de las normas federales aplicables al servicio de energía eléctrica.

Indica que las normas locales cuestionadas por la empresa no rigen el servicio público de electricidad.

Agrega que las normas locales no gravan la ocupación del espacio público y que la tasa viene a compensar los diversos gastos que la Administración Pública local dispone para controlar la intervención en la vía o espacio

público la cual no consiste sólo en la provisión de un permiso, sino y sobre todo, en proveer un circuito de contralor previo, concomitante y posterior al pedido y otorgamiento de dicho permiso.

Desestima el planteo de la primacía del Pacto Federal por sobre la legislación local, concluyendo que corresponde el rechazo del recurso planteado.

VI. ANÁLISIS DE LOS RECURSOS.

En primer término he de señalar que la Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público (en adelante "TERI") no tiene por objeto retribuir el uso del espacio público.

La recurrente alega que, de acuerdo al régimen federal se establece la libre ocupación del espacio para el desarrollo de su actividad tanto en lo que se refiere a las instalaciones propias de la concesión, como también a la incidencia del uso del espacio a través de controles.

Nada más alejado de la realidad. El hecho de que la tasa que aquí se discute se encuentre dentro del Título VIII del Código Fiscal t.o. 2021, no la convierte en un impuesto, obsérvese que en ambos textos se deja claro que se trata de una tasa. No puede forzarse de esa manera una interpretación tan clara y unánime respecto de las sumas que el GCBA percibe en concepto de Tasa por Estudio, Revisión e Inspección en la Vía Pública.

La TERI es claramente una tasa y responde a un servicio efectivamente prestado: la inspección y revisión de obras en la vía pública. El GCBA desarrolla una actividad y la aludida tasa tiende a recuperar el costo de esos servicios. Esa es la naturaleza jurídica de la tasa cuya característica principal es la prestación de un servicio público individualizado hacia el sujeto pasivo obligado al pago.

Debemos recordar que si bien la tasa participa de los caracteres de su género que son los tributos, se diferencia del impuesto porque en el caso existe un servicio prestado por el Estado. A su vez ese servicio está individualizado y ello es necesario para diferenciar a las tasas de las contribuciones.

El tributo, (dicho en forma genérica sea impuesto, tasa o contribución) nace en forma unilateral por voluntad del Estado, tiene naturaleza coercitiva, no participando en modo alguno la voluntad del administrado.

Mientras que el impuesto no requiere contraprestación, nace por el sólo imperio del Estado, la contribución tiene una contraprestación sin individualizar,



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

dirigida a un grupo de personas. La tasa en cambio, importa sí una contraprestación individualizada.

Tal el supuesto que me ocupa. La TERI implica 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. Se deben registrar los planos tanto de inicio como de finalización de obra y controlar que las roturas, construcciones, etc., se hayan efectuado en el marco de lo declarado por las empresas.

Así surge de la definición del hecho imponible contenida en el Código Fiscal (art. 403 t.o. 2021) *"Las empresas que soliciten permisos para ocupar la vía pública con trabajos que impliquen la realización de canalizaciones a cielo abierto en aceras y calzadas a la ocupación del subsuelo mediante el uso de equipos de perforación dirigida deberán abonar la Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público con las condiciones y modalidades que fija la Ley Tarifaria"*.

No se trata de un impuesto por el uso del espacio público, sino del costo de un servicio que desarrolla el GCBA en ejercicio de su poder de policía, costo que se encuentra fijado en el artículo 57 de la Ley Tarifaria para el año 2021.

La norma citada dispone que *"La Tasa de Estudio, Revisión e Inspección de Obras en la Vía Pública y/o Espacios de Dominio Público a la que refiere el artículo 402 del Código Fiscal está compuesta por un monto fijo y un monto variable. I) El monto fijo se abona de la siguiente forma: a Por solicitud de permisos de emergencia \$ 7.410,00 b Por solicitud de permisos de contingencia \$ 5.590,00 c Por solicitud de permisos programados \$ 4.940,00. II) El monto variable se abona de la siguiente forma: a Con la aprobación del permiso de emergencia y su eventual inspección se debe abonar la suma resultante de multiplicar la superficie afectada -sea de espacio ocupado a cielo abierto o por tunelado- en m2 y por día \$ 170,00 b Con la aprobación del permiso de contingencia y su eventual inspección se debe abonar la suma resultante de multiplicar la superficie afectada -sea de espacio ocupado a cielo abierto o por tunelado- en m2 y por día \$ 72,00 c Con la aprobación del permiso programado y su eventual inspección las empresas deben abonar la suma resultante de multiplicar la superficie afectada -sea de espacio ocupado a cielo abierto o por tunelado- en m2 y por día \$ 33,00. Cuando las empresas soliciten en forma conjunta y coordinada permisos de apertura para una misma ubicación, los montos establecidos en este artículo se dividirán en partes iguales entre los permisionarios. Las aperturas programadas y de contingencia están exentas de la tasa cuando se adecuen a las ubicaciones y trabajos establecidos en el plan de obras del Gobierno de la Ciudad. En las aperturas cuyos cierres definitivos son realizados por el Gobierno de la Ciudad la tasa se reduce en un cuarenta por ciento (40,00%), sin perjuicio de lo que deba abonar el permisionario por la ejecución de dicho cierre. Si a la finalización*

de los trabajos se verifica que se ha excedido el permiso aprobado, ya sea en plazo o perímetro, debe procederse a su reliquidación". Se aclara que la norma menciona al artículo 402 que corresponde al artículo 403 del texto ordenado para el año 2021.

Es decir, la empresa solicita un permiso para efectuar aperturas en la vía pública y ello genera la actividad del GCBA que deberá efectuar las tareas de revisión e inspección de las obras y verificar que, una vez efectuado el cierre definitivo de aquéllas, la terminación sea correcta y de la misma calidad existente con anterioridad a la apertura.

Teniendo en cuenta el servicio prestado por la Administración y que es retribuido con el pago de la TERI, no quedan dudas de que estamos, en el caso del art. 57° (Ley Tarifaria 2021) frente a tasas de carácter retributivo y no frente a un arancel de obra nueva, mejora o ampliación, razón por la cual deviene absolutamente improcedente la aplicación del art. 21° del decreto 714/92.

Y así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "NSS S.A. c/ GCBA s/Proceso de conocimiento", N. 271. XLVIII. REX, Fallos 337:858, 15/07/2014.

En el decisorio precitado y respecto a la TERI, el Alto Tribunal consideró que: *"...es claro que el gravamen prescinde del hecho de la ocupación del dominio público, pues toma en cuenta, en forma exclusiva, un conjunto de actividades que preceptivamente debe realizar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de su innegable poder de policía local y como encargado de la custodia de los bienes de su dominio público, consistentes en estudiar el plan de trabajos en la vía pública que le presenten las empresas que los llevarán a cabo, como así en aprobarlos o no, en revisar las instalaciones, y en verificar los trabajos de cierre definitivo de las aperturas que se hayan hecho en la calzada (confr. arts. 37 y 38 de la ley 321, tarifaria para el año 2000, coincidente -en lo sustancial- en la calificación de los diversos servicios retribuidos por la tasa con los arts. 44 y 45 del anexo de la ley 4470, tarifaria para el ejercicio 2013)".*

"Es decir, mediante esta tasa no se está gravando el uso diferenciado del dominio público -...- sino que se trata de una contribución vinculada con la prestación de los servicios a los que se hizo referencia, y respecto de la cual no se advierten motivos que obsten a su validez".

El fallo señalado incursiona claramente en la naturaleza de la TERI, estableciendo que se trata de una tasa que implica la retribución de un servicio supuesto éste expresamente excluido del pago en concepto de único impuesto, siendo del caso destacar que la Corte no sólo valida el artículo específico de la TERI (art 37 de la ley 321, tarifaria para el año 2000, coincidente con el art. 44 del anexo de la ley 4470, tarifaria



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

para el ejercicio 2013), sino que valida también el cobro del *"permiso de obra para las empresas prestatarias del servicio de transmisión de datos y/o valor agregado"* (art. 38 de la ley 321 coincidente con el art. 57 de la ley tarifaria N° 6383).

El estado presta por la TERI los servicios consistentes en estudiar el plan de trabajos en la vía pública que le presenten las empresas que los llevarán a cabo, como así en aprobarlos o no, en revisar las instalaciones, y en verificar los trabajos de cierre definitivo de las aperturas que se hayan hecho en la calzada.

El GCBA tiene imperio sobre los controles que se deben efectuar por los trabajos realizados por las empresas en su jurisdicción y demás cuestiones que encuadren en el ejercicio de su poder de policía, y el Gobierno Nacional tiene imperio sobre la prestación del servicio.

Invoca la recurrente el art. 12 de la ley 15.336 que establece: *"Las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación. No se comprende en esta exención a las tasas retributivas por servicios y mejoras de orden local"*.

En este sentido, tampoco el poder de inspección del GCBA entra en juego con las normas federales.

Tal como surge de la simple lectura de las normas en juego, son ellas las que consagran la exclusión de las tasas retributivas de servicios de la exención que otorgan.

No se trata entonces de dilucidar en el caso si la exención es o no legal, si fue o no dictada en el marco de la competencia del Congreso, etc. Ello, en los presentes resulta irrelevante, porque es la misma norma la que deja por fuera de la exención a las tasas como la que nos ocupa.

Por ello, el debate sobre la procedencia o no de la exención resultaría meramente teórico, ya que el poder tributario del GCBA no sufre mella ni agravio al quedar, en el caso concreto, excluidas las tasas de la exención, lo que importaría una no exención. La tasa se cobra por expresa disposición de la legislatura local y no porque la ley nacional lo autorice, y la contradicción entre las normas no existe ya que la ley nacional deja a salvo la potestad tributaria local para aplicar tasas como la de autos.

Obsérvese que el marco regulatorio hasta aquí referenciado no contiene ningún artículo que libere a la recurrente del pago de la Tasa por Estudio Revisión e Inspección impuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

No puede pretenderse que no le sea aplicable una tasa que el gobierno local impone en virtud del poder tributario que posee y en virtud del servicio que presta. Edenor se encuentra obligada a abonarla por un imperativo legal.

La ley 23.696 no contiene mención a exención alguna.

En cuanto al art. 17 del contrato de concesión y a los arts. 19 y 21 del Decreto N° 714/PEN/1992, sin perjuicio de señalar que se trata de un decreto nacional y de destacar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires goza de facultades propias de tributación, procederé a su análisis.

La privatización de SEGBA fue realizada mediante decreto 714/PEN/92, el que aprobó el marco regulatorio. El contrato de concesión en el artículo 17 expresó: *"LA DISTRIBUIDORA tendrá derecho a 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 PUBLICO, incluso líneas de comunicación y mando y de interconexión con centrales generadoras de energía eléctrica o con otras redes de distribución o de transporte de energía eléctrica; sin perjuicio de su responsabilidad por los daños que pueda ocasionar a dichos bienes, o a terceros, en el curso de su utilización"*.

Del artículo transcripto se desprende que la gratuidad a la que se hace referencia es la ocupación del suelo y subsuelo, en ningún momento se habla de una tasa retributiva como la que aquí se trata.

A su turno el art. 34 de dicho contrato dispone: *"Los bienes, actos, obras, usos u ocupación de espacios, actividades, servicios, ingresos, tarifas y/o precios de LA DISTRIBUIDORA están exentos de impuestos, tasas, contribuciones y demás gravámenes provinciales y municipales que incidan o interfieran sobre el cumplimiento del contrato. En sustitución de tales tributos....."* . Sin entrar a analizar la oponibilidad de las normas de este contrato en materia tributaria, cuadra destacar que aun cuando se pretendiera aplicarlas tendría que demostrarse la interferencia a la que condiciona su aplicación.

Es más, el art. 21 dispone que *"El pago en concepto de único impuesto, contribución y tributo mencionado en los arts. 19 y 20 precedentes, no exime a las empresas Edenor S.A. y Edesur S.A. del de las **tasas retributivas por servicios** o*



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

mejoras de orden local, tales como, las que se enumeran a continuación a simple título enunciativo... (destacado propio), excluyendo claramente a las tasas como la que me ocupa.

La mención a "*sin cargo alguno*" que efectúa el Decreto 714/PEN/92 en modo alguno puede interpretarse como una exención impositiva. Y tampoco podría mencionarlo el órgano emisor de la norma. El Poder Ejecutivo Nacional no tiene poder de imposición en el ámbito de los tributos locales por lo que tampoco podría tener su correlato, el poder de eximir.

Es por ello que las pretendidas exclusiones de pago alegadas con fundamento en el Decreto 714/92, son inexistentes, pues es la propia norma la que ratifica la procedencia del pago de las tasas retributivas de servicios. La calificación de "no tasa" que hace la recurrente del derecho de edificación e inspección no aplica para el caso de autos. No estamos analizando dicho derecho sino la tasa que legítimamente reclama el GCBA.

La recurrente plantea una supuesta doble imposición con fundamento en lo dispuesto en el art 19 del decreto 714/PEN/92 que fijó "*...en 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 los referidos municipios en los términos del artículo 5º de la Ley Nº 14.772*".

Ello fue receptado por el Código Fiscal (T.O. 2021) que prevé expresamente en el Título X la "*Contribución que Incide sobre las Compañías de Electricidad*". Se trata de dos contribuciones distintas.

Al respecto el artículo 421 del CF t.o. 2021 (ccdtes. años posteriores) establece que: "Las empresas de electricidad están obligadas al pago de un único gravamen de acuerdo con lo establecido anualmente por la Ley Tarifaria sobre los ingresos brutos provenientes de la venta de energía eléctrica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una vez deducido el suministro de energía destinado al alumbrado público".

Asimismo, expresamente prevé que "**El pago de este único gravamen no exime a las empresas del pago de las tasas retributivas por servicios o mejoras** conforme el artículo 21 del Decreto Nacional Nº 714/92 (B.O. Nº 27.417)". (destacado propio)

La quejosa yerra al considerar el 6% como abarcativo de la

tasa ya que este porcentaje trata exclusivamente de las entradas brutas recaudadas por venta de energía, no se refiere en momento alguno a tasas retributivas como es la TERI, contribución diferente como ya dijimos y expresamente contemplada en el Código Fiscal.

El porcentaje sobre la entrada bruta recaudada por venta de energía que en definitiva abone la empresa nada tiene que ver con la tasa por estudio, revisión e inspección de obras en la vía pública, siendo del caso remarcar que la actividad de contralor desplegada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en nada se relaciona con este porcentaje abonado por la recurrente.

Queda así descartado de plano el argumento relativo a una supuesta doble imposición.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "*Municipalidad de Quilmes c. Edesur S.A.*", sentencia de fecha 07/05/2002, donde sostuvo que "*si bien el decreto 714/1992 establece en su art. 19 que las empresas 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 una de las 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 de servicios o mejoras de orden local, tales como las que se enumeran a continuación a simple título enunciativo'.*"

En consecuencia, carece de asidero cualquier planteo efectuado por la recurrente, dado que la TERI es eminentemente una tasa retributiva a la que EDENOR se encuentra obligada al pago.

Tampoco puede prosperar el argumento relativo a que la TERI grava la ocupación del espacio y que por ello estaría eximida del pago conforme lo resuelto por la CSJN en el fallo "*NSS S.A. c/ GCBA s/Proceso de conocimiento*", ya citado.

En dicho precedente la Corte define, contra toda posible interpretación en contrario, que la TERI "*... prescinde del hecho de la ocupación del dominio público, pues toma en cuenta, en forma exclusiva, un conjunto de actividades que preceptivamente debe realizar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de su innegable poder de policía local*". La CSJN descarta así en un única frase dos de los pretendidos agravios de EDENOR: el hecho imponible de la tasa no comprende la ocupación, y la tasa de que se trata se "*afinca*" en el poder de policía local, supuesto que la propia recurrente admite como única excepción al régimen sustituto.



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

La aplicabilidad del fallo resulta así esencial, en tanto el Alto Tribunal define la naturaleza de la TERI, definición que automáticamente la coloca dentro del universo de tasas retributivas cuya potestad de aplicar el fisco local conserva, conforme el régimen federal, y la adecuada recepción del mismo en el Código Fiscal local.

Resulta sí aplicable el fallo "NSS S.A. c/ GCBA s/Proceso de conocimiento", ya citado.

Con remisión a dicho precedente sentado en NSS SA, la Sala III de la Cámara del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA se pronunció a favor de la procedencia de la pretensión fiscal como la aquí cuestionada. En pronunciamiento de 25.3.2021 en autos "EMPRESA DISTRIBUIDORA SUR SA c/ GCABA / Impugnación de Actos Administrativos" Expte. N° 4630/2016-0 que " (...) En virtud del análisis conjunto de la normativa transcrita y del pronunciamiento de la CSJN se advierte que la TERI no estaría -prima facie- comprendida dentro de los supuestos de exención previstos en los artículos 19 y 21 del decreto 714/92, dado que esta normativa establece -en forma expresa- que la actora no se encuentra eximida del pago de las tasas retributivas por servicios o mejoras de orden local. Por lo demás, en el presente caso, es necesario tener en cuenta que no se daría el supuesto de superposición de gravámenes entre la obligación exigida en concepto de TERI y los pagos estipulados en el marco del Convenio de Acción Coordinada para los Trabajos en la Vía Pública n° 24/97, suscripto entre la actora y la demandada en el año 1997, pues dicho convenio no se encontraba vigente para los períodos aquí debatidos (confr. Decreto N° 239/08 y art. 16, Ley 2634) [cfr. causa "Edenor S.A. c/ GCBA s/ incidente de apelación-impugnación de actos administrativos", expediente C17486- 2016/1, sentencia del 14/08/2018, Sala II]. A lo expresado, cabe agregar que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (cnf. Dec. 14/PEN/94), invocado por la parte actora en sustento de su pretensión, promueve la derogación de diversos tributos dentro de los cuales se encuentran "las Tasas Municipales en general", mas ello no alcanzaría a las que constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado (cnf. art. primero, inc. 2 del anexo). En este contexto, se colige que no existirían obstáculos normativos para la percepción de la gabela en estudio, siempre y cuando sea posible determinar que las liquidaciones del gravamen tuvieron origen en una actividad concreta, efectiva e individualizada llevada a cabo por la demandada y que esté vinculada con la parte actora. Ello así por cuanto, en este aspecto, nuestro máximo tribunal federal ha exigido, a través de una extensa y constante jurisprudencia, como requisitos fundamentales para la validez de las tasas, que al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado -bien o acto- del contribuyente (Fallos: 236:22; 251:50; 312:1575; 329:792; 332:1503; 338:313). A ello cabe añadir que el costo del servicio debe guardar una razonable proporcionalidad con el gravamen exigido (Fallos: 192:139; 234:663; 277:218; 319:2211). En síntesis, del examen de las constancias de la causa a la luz de la normativa

citada y de los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se advierte que la TERI configuraría un gravamen cuya finalidad consistiría en retribuir diferentes actividades que el GCBA llevaría a cabo, las cuales se encontrarían individualizadas en las normas citadas, en los supuestos en que las empresas prestadoras de servicios solicitan permisos para realizar trabajos en la vía pública (...)". Con fecha 02/09/2023 el TSJ denegó el recurso extraordinario interpuesto por Edesur, quedando así confirmado el pronunciamiento de la Sala.

Obra agregada en las actuaciones administrativas la prueba de los servicios prestados en oportunidad y consecuencia de los trabajos efectuados por la recurrente. La negación genérica que realiza EDENOR no ha de conmovir la procedencia de la tasa liquidada.

La TERI es una tasa, el servicio efectivamente se prestó, el *quantum* de la tasa ha sido calculado por estricta respeto a las normas vigentes en cada período (conf. Ley Tarifaria aplicable a cada período), norma que tiene en cuenta la envergadura de los servicios prestados, resultando abstracta la impugnación sin fundamento realizada por la recurrente. El *quantum* se encuentra correctamente determinado, ya que la TERI es proporcional a los servicios prestados por el GCABA en oportunidad de los trabajos realizados por EDENOR.

En su recurso jerárquico Edenor sostiene que el Pacto para el Empleo, la Producción y el Crecimiento es directamente operativo e importa la derogación de cualquier tipo de gravamen, incluido la tasa que se discute en estas actuaciones. Esa interpretación contraría el propio espíritu del pacto en cuestión, pues lo aquí cuestionado es una tasa y no un impuesto.

La Procuración General de la Nación, en dictamen emitido en la causa "*Gas Natural Ban S. A. v. Municipalidad de Campana*", Corte Suprema 12/8/2003, delimitó con precisión el alcance de este pacto, destacando que no importa una supresión inmediata de los tributos, sino una obligación de medios asumida por las provincias y que, igualmente, ello se vincula a las tasas que no tienen una efectiva contraprestación, lo que no acontece en el caso de autos como ha quedado demostrado.

Se insiste, la tasa local no constituye un avance sobre la regulación que el Gobierno Nacional ha hecho en materia delegada por las provincias a la Nación que importaría una vulneración del art. 75, incs. 30, 13 y 18 de la Constitución Nacional, pues las tasas retributivas de servicios quedaron siempre excluidas de toda exención, tal como se desprende de los antecedentes normativos ya citados, resultando inequívoca su regulación por los fiscos locales.

Cabe recalcar que dentro de un régimen federal en el cual



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

coexisten el gobierno federal y el provincial, el poder tributario del que cada uno es titular, no puede afectar los instrumentos, medios u operaciones de que se vale el otro para ejercer los poderes que le corresponden.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invariablemente ha dicho que *"los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados, sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas"* (CSJN Fallos 3:131).

El pago de la tasa de que se trata no impide el desarrollo de las tareas de la contribuyente, ni frustra la concreción de los objetivos previstos por el Estado Nacional, resultando la tasa objetada una derivación directa del poder tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como ya lo expusiera.

En relación a la jurisprudencia citada por la quejosa respecto del fallo *"Impsat c/ GCBA s/ Proceso de Conocimiento"*, omite considerar que este se refiere al gravamen por uso y ocupación del espacio público y no a la TERI y asimismo respecto de la TERI como ya lo he manifestado en reiteradas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia se expidió por la procedencia de su cobro, indicando que la exención alegada no le era oponible, pues el reclamo tenía su origen en una contraprestación efectuada por el GCBA.

En el expediente N° 2956 donde la recurrente es la firma EDESUR SA y que fuera citado por la recurrente, he de señalar que a pesar de haberse intentado todas las vías, por cuestiones formales el Máximo Tribunal no llegó a entender en esas actuaciones, por lo que mal cabe presumir que a su respecto exista una postura definitiva, como sí ocurre con el precedente ya citado de NSS, donde sí entendió la CSJN.

Lo resuelto con fecha 6-7-2023 en la causa *"EDENOR c/ GCABA s/ GCABA s/ Impugnación de Actos Administrativos"* 73976/2023 no fue la cuestión de fondo – legitimidad de los actos administrativos que liquidaron la TERI por determinados períodos - sino la procedencia del dictado de la medida cautelar solicitada por la contribuyente, siendo del caso destacar que la sentencia interlocutoria fue apelada por el GCABA mediante presentación del 15-08-2023 habiéndose ordenado la formación del respectivo incidente.

Respecto del invocado fallo *"Edenor S.A. c/GCBA s/Impugnación de acto administrativo"*, Expte. 17194/0 se destaca que difiere de la cuestión aquí planteada puesto que allí se analizó la superposición de la TERI con el CAC y en estas actuaciones el período cuestionado es posterior a la denuncia del CAC, la cual

se produjo en 2008. Además, si bien el TSJ rechazó la queja por considerar que se trataba de cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia extraordinaria, aún se encuentra controvertido y en trámite con la queja por el rechazo del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia,

Tampoco conmueve la postura fundada en el fallo dictado en la causa *"Edesur c/ Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires"*. Allí, con remisión al dictamen fiscal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el art. 82, inc. a), del Decreto Provincial N° 922/73 que dispone que el pago de un permiso en forma previa al comienzo de los trabajos en los caminos públicos de la red provincial queda comprendido dentro de los "derechos de edificación e inspección de obras nuevas o de ampliación".

Cada caso ha de ser juzgado en forma individual y atendiendo a las constancias comprobadas en la causa.

Es así que el art. 82, inc. a), del Decreto Provincial N° 922/73 dispone que se faculta "... a la Dirección de Vialidad a establecer las condiciones a que se sujetarán las autorizaciones para los trabajos a realizarse en los caminos públicos de la red provincial, en concordancia con lo que establecen los artículos 28 y 30 de la Ley. a) Con carácter previo a la concesión de las autorizaciones a que se refiere el último párrafo del artículo 28 de la Ley, el peticionario, con excepción de los organismos públicos y municipales, deberá depositar en la cuenta "Fondo Provincial de Vialidad orden Administrador General, Contador y Tesorero", el importe que fije el arancel que a tal efecto apruebe el Administrador General por concepto de estudio e inspección de los trabajos".

De la lectura del dictamen fiscal al que remite la Corte se advierte que siempre se habla de arancel (no de tasa). Cuando el Fiscal entra en su análisis claramente estipula "...En tales condiciones, es mi parecer que el específico arancel fijado en el art. 82, inc. a) ...".

Se colige de lo hasta aquí dicho que se pretende sostener que un derecho de edificación es lo mismo que una tasa, y que un arancel también es lo mismo que una tasa.

Lo importante es ver el caso concreto, y en éste no se trata ni de un arancel ni de un derecho. Conforme lo expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación se trata de retribuir un conjunto de actividades que preceptivamente debe realizar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de su innegable poder de policía local y como encargado de la custodia de los bienes de su dominio público, consistentes en estudiar el plan de trabajos en la vía pública que le presenten las empresas que los



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

llevarán a cabo, en aprobarlos o no, en revisar las instalaciones, y en verificar los trabajos de cierre definitivo de las aperturas que se hayan hecho en la calzada.

No es un arancel. No es un derecho. Es una tasa retributiva de servicios.

Los precedentes citados por la recurrente, han sido superados por el referido pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el invocado "*NSS c/ GCBA s/ proceso de conocimiento*" en el cual con fecha 15.06.2014, se convalidó la procedencia de la tasa cuyo cobro se persigue en las presentes actuaciones.

Atento que el temperamento seguido en las disposiciones en crisis se ajusta a derecho, es mi opinión que corresponde denegar los remedios procedimentales intentados.

VII.- CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, considero que cabe desestimar los recursos jerárquicos articulados por la contribuyente, ello mediante el dictado de un único acto administrativo.

CB

AB

MCC



G O B I E R N O D E L A C I U D A D D E B U E N O S A I R E S

Hoja Adicional de Firmas
Dictamen jurídico

Número:

Buenos Aires,

Referencia: EX-6320677-DGPCIURB-2021 (107176)

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 21 pagina/s.

Digitally signed by Fernando Martin OCAMPO
Date: 2024.01.19 14:37:22 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by Comunicaciones Oficiales
Date: 2024.01.19 14:37:23 -03:00



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

Dictamen Jurídico

EX-4.632.772-SBASE-2024.-

DIRECCION GENERAL TECNICA ADMINISTRATIVA Y LEGAL

MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA

Vienen las presentes actuaciones a la Procuración General a fin de que se emita dictamen con relación al proyecto de decreto por el que se propicia convocar a Audiencia Pública Temática, a desarrollarse bajo la modalidad virtual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 bis de la Ley N° 6 (texto incorporado por Ley N° 6.629, consolidado por Ley N° 6.588), con el fin de dar tratamiento a la tarifa técnica y modificación del cuadro tarifario para la explotación del Servicio Subte, propuestas en los Anexos I y II respectivamente (identificados como IF-2024-06430260-GCABA-SBASE e IF-2024-06181145-GCABA-SBASE).

I. ANTECEDENTES

De modo liminar se señala que tan sólo se habrá de reseñar los antecedentes que resulten conducentes para arribar a la opinión solicitada.

En orden 2 luce la RESDI-2023-27-GCABA-SBASE que aprueba el último aumento tarifario para el Servicio SUBTE. En órdenes 3 y 4 están sus Anexos.

Desde la orden 7 a la orden 51 luce el contrato de concesión, sus anexos, sus adendas (órdenes 31 a 34) para Operación y Mantenimiento de la Red de Subte y Pre-metro y sus redeterminaciones aprobadas por Acta de Directorio correspondientes a la empresa EMOVA MOVILIDAD S.A.

En el orden 52, obra agregada la MEMORIA DE CÁLCULO a partir de diciembre del año 2023, de fecha 2 de febrero de 2024, en donde dice que la tarifa técnica sin IVA sería de pesos 859,97.

A orden 53 luce el Anexo II "Cuadro Tarifario 2024".

El cuadro tarifario comprende tres (3) tramos, a saber:

- Tramo A. Tarifa general: \$ 574,00, a aplicar luego del quinto día hábil de publicada la aprobación en el Boletín Oficial.

- Tramo B. Tarifa general: \$ 667,00, a partir del 1° de mayo de 2024.

2024

- Tramo C. Tarifa general: \$ 757,00, a partir del 1° de junio de

En el orden 54 obra Informe Técnico N° IF-2024-06433935-SBASE, producido por SBASE, a través del cual se elabora la tarifa técnica del SERVICIO SUBTE de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir de julio 2023 y se proponen los nuevos cuadros tarifarios para 2024.

En el aludido informe se desarrolla el marco normativo, metodológico y técnico que respaldan el cálculo de la Tarifa Técnica elaborado por SBASE.

También se referencian los antecedentes más recientes sobre el cálculo de dicha tarifa y, finalmente, se presenta la nueva Tarifa Técnica y cuadros tarifarios.

En el referido informe se concluye: *"... teniendo en cuenta que en el cierre del año 2023 la relación entre la tarifa del subte (\$80) y el colectivo (\$52,96) fue de 151% y en enero 2024 con el aumento anunciado de la tarifa de colectivo, dicha relación resultó en 143%, se tendrá en cuenta dicha proporción para la propuesta de actualización tarifaria del SUBTE ..."*

Surge, asimismo, la necesidad de actualizar las tarifas generadas por los reiterados aumentos en los costos involucrados en el servicio.

A través del informe al que se viene haciendo referencia, se propone la recomposición del cuadro tarifario aplicable en tres tramos, manteniéndose los beneficios directos al usuario a través de los descuentos a usuarios frecuentes y el sistema integrado de tarifa "boleto integrado" del área AMBA, los abonos y los pases gratuitos para jubilados y pensionados, boleto estudiantil primaria y secundaria y pases para discapacitados y trasplantados.

En orden 55, se eleva a consideración del Sr. Gerente de Administración y Finanzas, la nueva actualización de la tarifa técnica y la propuesta de cuadros tarifarios, para su respectivo análisis.

A orden 57, el mencionado Gerente manifiesta: *"... la Coordinación de Control de Costos y Tarifa, ha realizado el informe técnico (IF-2024-06433935-GCABA-SBASE) que da cuenta de la desactualización de la tarifa ante los incrementos en los costos de explotación del sistema de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires. Dicho cálculo ha sido valuado a partir de diciembre 2023."*



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

Por último, se propone un incremento de la Tarifa al usuario en tres tramos.

Acompaña como anexo al informe mencionado el IF-2024-06181145-GCABA-SBASE Memoria de Cálculo Tarifa Técnica y el IF-2024-06430260-GCABA-SBASE Cuadro Tarifario 2024.

Atento a ello, se eleva la presente para la prosecución del trámite..."

A orden 59, obra el proyecto de decreto que se pone a consideración de este organismo asesor (ver Anexos I y II en los órdenes 52/53).

A orden 60, el Director General de SBASE eleva el actuado al Vicepresidente de esa S.E. manifestando que: *"Habiéndose elaborado e incorporado a los actuados el proyecto de decreto (IF-2024-06463256-GCABA-SBASE) y los documentos antes citados que forman parte del mismo como Anexo I (IF-2024-06181145-GCABA-SBASE) y Anexo II (IF-2024-06430260-GCABA-SBASE), se propicia que el Jefe de Gobierno convoque a Audiencia Pública para el tratamiento de la actualización de la tarifa técnica y la modificación del cuadro tarifario del Servicio SUBTE y, de conformidad con ello, se remiten las presentes para la prosecución de su trámite."*

Por orden 61, la Vice- Presidencia de SBASE remite las actuaciones al Ministerio de Infraestructura prestando conformidad a lo actuado.

Por orden 64 la Secretaria de Gobierno y Vínculo Ciudadano realiza la ficha para realizar esta Audiencia Pública.

Por último a orden 65 se remiten los actuados a esta Procuración General.

II. NORMATIVA APLICABLE

Resulta de aplicación al caso el art. 46 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el cual, en lo referente a la defensa de consumidores y usuarios, dispone:

"ARTÍCULO 46.- La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten.

Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los

consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna (...).

El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley."

Rigen también la cuestión las Leyes Nros. 6, 210 y 4.472, textos consolidados por Ley N° 6.588, y la Ley N° 6.629, modificatoria de la Ley N° 6.

III. ANÁLISIS

1. En sentido liminar se destaca que la opinión que aquí se emite queda circunscripta al análisis del aspecto jurídico de la consulta.

Asimismo, se deja constancia que esta Procuración General no se expide sobre cuestiones referidas a los precios y otros guarismos, cuestiones de índole técnica, ni de oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas por parte de la Administración Activa respecto del caso bajo análisis, por resultar ajenas a la competencia que le ha sido asignada a este organismo asesor.

2. Aclarado lo expuesto, cabe recordar que por medio de la Ley de Regulación y Reestructuración del Sistema de Subtes N° 4472, la Ciudad de Buenos Aires ha asumido el Servicio del Subte, el cual reviste la condición de servicio público.

A su vez, se ha establecido que dicho servicio debe ser prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, uniformidad, calidad, generalidad y obligatoriedad, de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los usuarios en los términos establecidos en la ley, su reglamentación, el contrato de concesión y las normas regulatorias dictadas en su consecuencia (art. 19).

Asimismo, se ha designado a SBASE como Autoridad de Aplicación de dicha Ley, y se le ha asignado la facultad para llevar adelante el desarrollo y la administración del sistema de infraestructura del SUBTE, su mantenimiento y la gestión del sistema de control de la operación del servicio (arts. 4 y 5).

De acuerdo a lo establecido en el art. 35, inciso 16, compete a SBASE "Fijar y aplicar las tarifas, cuadros tarifarios y tarifas de interés social del SERVICIO SUBTE."

Por su parte, el art. 28 de la Ley N° 4472 dispone que "Las



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL

tarifas deberán ser revisadas anualmente y podrán ser incrementadas previa audiencia pública a la que deberán concurrir los prestadores del SERVICIO SUBTE, pudiendo concurrir las asociaciones de usuarios y consumidores debidamente registradas y las asociaciones gremiales. Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, en caso de incrementos de costos que superaren un siete por ciento (7%) los costos tenidos en cuenta para el establecimiento de la tarifa técnica en su última determinación, la Autoridad de Aplicación procederá a iniciar el proceso de revisión tarifaria inmediatamente de ocurrido el incremento."

A su vez, el art. 25 de la misma ley establece que la tarifa técnica es aquella que refleja los costos de la explotación del SERVICIO SUBTE, la que será establecida por la Autoridad de Aplicación, en tanto que la tarifa al usuario es la que efectivamente paga el usuario del SERVICIO SUBTE, excluido el usuario de tarifa de interés social.

Del Informe Técnico obrante a orden N° 54 surge que los resultados obtenidos efectivamente arrojan un incremento en los costos de explotación superior al 7%.

El contexto normativo al que se ha venido haciendo referencia es el que da sustento legal a la actualización de la Tarifa Técnica y la revisión del Cuadro Tarifario propiciada.

3. En lo que hace a los aspectos técnicos de la actualización de la Tarifa Técnica, así como a la modificación del Cuadro Tarifario, cabe estar a los términos del informe elaborado por SBASE en el orden 53.

Respecto de los informes técnicos, como el referido, se recuerda que la Procuración del Tesoro de la Nación, en doctrina que se comparte y se hace propia, ha destacado que:

"En problemas de este tipo en los que se discuten cuestiones técnicas que no hacen al asesoramiento estrictamente jurídico, la ponderación de las mismas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trata, es decir que tales informes merecen plena fe mientras no aparecen elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean bien fundados, precisos, adecuados al caso, lógicamente razonados y no adolezcan de arbitrariedades" (Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1 de febrero de 1973, y 109:396, 515:521, 139:162, y 145:319).

4. La audiencia pública cuya convocatoria se propicia es uno de los procedimientos esenciales y sustanciales previos a la emisión del acto

administrativo aprobatorio del incremento tarifario (art. 7 inc. d) de la Ley de Procedimientos Administrativos, art. 28º de la Ley Nº 4472 y art. 13º inc. c) de la Ley Nº 210).

El instituto de la audiencia pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión, teniendo como finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta, ello aunque las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la audiencia no ostentan carácter vinculante.

En el caso, se trata de una Audiencia Pública Temática a realizarse través de las plataformas que se indican en el art. 2º del proyecto de decreto, garantizando un espacio físico para que puedan asistir presencialmente aquellos participantes debidamente inscriptos que no cuenten con acceso a medios electrónicos, virtuales y/o telemáticos

5. Por lo demás, en cuanto al proyecto de Decreto sometido a examen, corresponde señalar que el Jefe de Gobierno resulta competente para suscribirlo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 102 y 104 de la Constitución de la Ciudad y por los arts. 8º y 9º de la Ley Nº 6, regulatoria del Instituto de las Audiencias Públicas.

En observancia de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Nº 6 la convocatoria se dirige a toda persona humana o jurídica que pueda invocar un derecho subjetivo, interés legítimo, simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con el objeto de la audiencia y al público en general, exigiéndose la inscripción en el Registro habilitado al efecto (arts. 3º y 5º del proyecto).

Asimismo, se establece que la difusión de la convocatoria a la audiencia pública se efectuará de acuerdo a lo previsto en los artículos 44 y 46 de la Ley Nº 6, y que la presidencia de aquella quedará cargo del Titular del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad (cfr. art. 13 de la Ley Nº 210).

Por todo lo expuesto, se entiende que no median observaciones de orden legal que realizar en lo que hace al proyecto de decreto sometido a consulta.

IV. OBSERVACIONES



**GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
PROCURACION GENERAL**

1 Se recomienda tener presente que con la modificación introducida por la Ley N° 6629, los anuncios de la audiencia deberán publicarse, asimismo, en las páginas oficiales de Internet del Gobierno de la Ciudad, desde el primer día de publicidad de la convocatoria y hasta el momento de su celebración, y en al menos una (1) red social oficial de la autoridad convocante, durante un (1) día hábil como mínimo (Cfr. art. 44, incisos h) e i) de la Ley N° 6).

2 Se debe contar con la intervención del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitando la convocatoria a Audiencia Pública para el tratamiento de la modificación del cuadro tarifario aprobado por Resolución de Directorio N° 27/SBASE/23 (ver considerando 14 del acto proyectado y lo normado por el art. 13 de la Ley 210)

Al respecto se advierte un error en el escrito que remite el actuado a intervención de esta Procuración General en él se dice: *Es dable destacar que en orden N°10 obra el IF-2023-37137767-GCABA-AJG en el que se encuentra la solicitud del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires.*

En el mencionado orden no se encuentra ese IF, y a su vez consultado el mismo por el sistema GEDO se advierte que no corresponde a este actuado, ya que dicho informe es para la modificación del cuadro tarifario de varias autopistas.

Previo a la firma del decreto que llame a audiencia pública deberá encontrarse adjunto a este actuado la solicitud correspondiente.

V. CONCLUSIÓN

Con sustento en las consideraciones precedentes, y en caso de que lo considere oportuno y conveniente, podrá el Sr. Jefe de Gobierno suscribir el proyecto de decreto que tiene por objeto convocar a Audiencia Pública Temática con el fin de dar tratamiento a la tarifa técnica y modificación del cuadro tarifario para la explotación del Servicio Subte.

MRB

MC

DML



GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Hoja Adicional de Firmas
Dictamen jurídico

Número:

Buenos Aires,

Referencia: EX-4632772-SBASE-2024 (107945)

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 7 pagina/s.

Digitally signed by Fernando Martin OCAMPO
Date: 2024.02.08 18:06:07 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by Comunicaciones Oficiales
Date: 2024.02.08 18:06:07 -03:00

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

24508 *Pleno. Sentencia 145/2023, de 25 de octubre de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 6345-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario de Vox del Congreso de los Diputados respecto del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido en una norma de urgencia que no desconoce los límites materiales de los decretos leyes.*

ECLI:ES:TC:2023:145

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 6345-2021 promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Ha formulado alegaciones el abogado del Estado. Ha sido ponente el magistrado don César Tolosa Tribiño.

I. Antecedentes

1. Con fecha 6 de octubre de 2021, don Antonio Ortega Fuentes, procurador de los tribunales y de más de cincuenta diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

2. En el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, tras fundamentar que el recurso cumple los requisitos procesales, los recurrentes exponen las razones sustantivas o de fondo por las que consideran que el decreto-ley impugnado no es acorde con la Constitución.

El recurso de inconstitucionalidad se fundamenta en que el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, vulnera el art. 86 CE. A juicio de los recurrentes, el referido real decreto-ley vulnera el citado precepto constitucional por dos motivos: porque se dictó sin concurrir el presupuesto de hecho que habilita al Gobierno para dictar este tipo

de normas y porque infringe los límites materiales que impone a los decretos-leyes el citado art. 86.1 CE.

a) Inexistencia del presupuesto habilitante.

Los recurrentes exponen, en primer lugar, la doctrina constitucional contenida en el fundamento jurídico 4 de la STC 110/2021, de 13 de mayo, sobre el presupuesto de hecho que, de acuerdo con lo establecido en el art. 86.1 CE, habilita al Gobierno a dictar decretos-leyes –la extraordinaria y urgente necesidad– y posteriormente analizan si en el presente caso se cumple esta exigencia constitucional. El examen de este requisito lo efectúan atendiendo a lo expuesto en el preámbulo de esta norma (tanto en sus apartados I, II y III, como en el IV, específicamente dedicado a justificar que se cumple esta exigencia constitucional), pues consideran que el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados nada añade a la justificación que contiene el preámbulo.

Según aducen, la norma recurrida reconoce que la reforma que efectúa es una «reforma estructural» y que a través de ella lo que se pretende afrontar es un problema histórico de las administraciones públicas, esto es, el manifiesto abuso de la temporalidad en el empleo público. Los recurrentes consideran que las razones en las que el preámbulo justifica la necesidad de dictar esta norma no son imprevisibles ni difíciles de prever, sino que se refieren a un fenómeno observable desde hace varias décadas. El recurso señala, en concreto, que estos motivos son la consolidación del estado del bienestar y el intenso proceso de descentralización territorial que se llevó a cabo durante las dos primeras décadas de la vigencia de la Constitución, lo que dio lugar a un intenso crecimiento del empleo público que obligó a reforzar la dotación de personal al servicio de las administraciones públicas. En el preámbulo se constata igualmente que este incremento de personal se efectuó creando empleo temporal debido a razones presupuestarias –no se dotaban plazas de nuevo ingreso–; la insuficiente utilización de la planificación estratégica en la ordenación del empleo público, la falta de regularidad en las convocatorias y del procedimiento de selección, así como la lentitud de estos procesos, fue lo que determinó que la tasa de temporalidad en el sector público fuera «estructural», llegando al 50 por 100 en algunos sectores.

Los recurrentes afirman que obviamente, nada de lo expuesto resulta ni imprevisible ni difícil de prever, sino que refiere un fenómeno fácilmente observable desde hace al menos varias décadas y que, por lo tanto, nunca puede constituir el presupuesto habilitante para acudir a la norma de excepción del artículo 86 CE.

De igual modo, entienden que la referencia que hace el preámbulo del real decreto-ley impugnado a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y a su cláusula 5 en la que se prevé la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales, no puede ser una circunstancia difícil de prever que justifique dictar el real decreto-ley recurrido.

Sostienen también que esta justificación no puede encontrarse, como se afirma en el referido preámbulo, en «la doctrina que ha fijado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia». Consideran que esta justificación «es puramente formal» y, según afirman, «más bien parece una simple excusa». Entienden que el reproche que contiene la STJUE de 3 de junio de 2021 se refiere a los órganos jurisdiccionales nacionales, no tanto al legislador y que, además, la STS 649/2021 ha aplicado la doctrina europea rectificando la jurisprudencia interna.

Los recurrentes examinan los preceptos que contiene el decreto-ley recurrido. En relación con su art. 1, señalan que este precepto modifica los arts. 10 y 11 del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público (en adelante TRLEEP) e introduce una nueva disposición adicional, la decimoséptima. Afirman que la reforma del art. 10 únicamente tiene la necesaria conexión con la situación de urgencia expresada en el preámbulo –esto es, atajar la excesiva temporalidad en las administraciones públicas– en la parte que fija un plazo de un máximo de tres años en los contratos de interinidad [art. 10.1 a) y c) y 4]. Entienden, por el contrario, que la modificación del

art. 10.1 d) va en el sentido contrario a la supuesta urgencia declarada, al aumentar el plazo máximo de interinidad por exceso o acumulación de tareas. Alegan, además, que la reforma del art. 10.2 se limita a añadir a los principios de «igualdad, mérito y capacidad», que antes recogía el apartado 3 del art. 10, el de «celeridad». Esta modificación, según los recurrentes, no justifica acudir a la excepcional norma de urgencia, pues el principio añadido es un principio general de la actuación administrativa.

Por lo que se refiere a la reforma del art. 11 TRLEEP, que tiene como objeto garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal laboral, señalan que la aplicación de estos principios a este tipo de personal estaba ya prevista, con carácter general en el art. 1.3 b) TRLEEP, aplicable al personal laboral de conformidad con el art. 2.1 TRLEEP.

Respecto de la disposición adicional decimoséptima que se introduce en el texto refundido de la Ley del estatuto del empleado público, argumentan que la previsión en la que se establece la nulidad de los actos, pactos, acuerdos o disposiciones que supongan el incumplimiento del plazo máximo de permanencia es «inocua» y no era urgente, ya que, a su juicio esta consecuencia resultaba de la sentencia del Tribunal Supremo antes citada (STS 649/2021). También afirman que la indemnización que prevé esta norma no guarda conexión ni con el incumplimiento del acuerdo marco ni con el de la jurisprudencia comunitaria.

Los recurrentes insisten en que la única reforma que introduce el art. 1 del real decreto-ley impugnado que está conectada con la urgencia que justifica la norma es el límite de tres años. No obstante, consideran que como este límite ya lo había establecido la jurisprudencia interna no concurría la extraordinaria y urgente necesidad, por lo que la reforma legal de esta cuestión se hubiera podido efectuar mediante la tramitación de una proposición o proyecto de ley, aunque fuese por la vía de urgencia, pero no mediante un decreto-ley.

Respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 14/2021, que regula los procesos de estabilización de empleo temporal, alegan que las previsiones contenidas en esta norma no guardan conexión con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada en el preámbulo, por lo que hubiera podido establecerse a través de una ley.

Tampoco consideran que justifique el dictado de esta norma la referencia que se hace en el preámbulo del real decreto-ley recurrido al componente 11 del plan de recuperación, transformación y resiliencia, presentado el pasado 30 de abril, por el que España se comprometió a adoptar una reforma normativa al término del primer semestre de 2021 que articulase medidas eficaces y disuasorias para poner fin a la excesiva temporalidad en el empleo público. Según afirman, no han encontrado ninguna referencia en el referido plan a la supuesta obligación del Estado de tramitar y aprobar la reforma que establece la norma recurrida antes de finalizar el primer semestre de 2021. Ni tampoco en el Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021, que condiciona la liberalización de fondos en el marco del mecanismo al cumplimiento satisfactorio por parte de los Estados miembros de los hitos y objetivos pertinentes que figuran en los planes de recuperación y resiliencia justifica el real decreto-ley.

Consideran que lo que dice el preámbulo no es cierto. El Plan se publicó el 30 de abril de 2021 y contempla una importante modernización de la administración, entre otros elementos, orientada a reducir la temporalidad en el sector público en su componente 11. El real decreto-ley no da cumplimiento al objetivo de reforma de la administración y no aborda la problemática del componente 11, sin que ello haya sido obstáculo para que España acceda a los fondos del programa *Next Generation* EU, el mayor instrumento de estímulo económico jamás financiado por la Unión Europea (anexo del plan). No existe ninguna referencia en el plan a la necesidad de tramitar la reforma antes de finalizar el primer semestre del 2021 –ni tampoco en la norma comunitaria– y aunque existiera tal referencia «resulta absurdo y radicalmente contrario al art. 86.1 CE aceptar que sea el propio Gobierno el que crea, por decisión propia, el presupuesto de la urgencia que le permite activar el mecanismo excepcional del decreto-ley».

Señalan, además, que no hay ninguna exigencia en la normativa comunitaria que imponga la aprobación de un texto legal para reducir la temporalidad en la administración pública antes del primer semestre de 2021. Consideran también que, si tal obligación la ha asumido voluntariamente el Gobierno, esta circunstancia no puede determinar que exista una extraordinaria y urgente necesidad, pues, si así fuera, se estaría dejando en manos del ejecutivo la creación artificiosa del presupuesto habilitante para el dictado de normas de urgencia con rango de ley. Para los recurrentes es evidente que esta circunstancia no puede determinar la extraordinaria y urgente necesidad a la que alude el art. 86.1 CE, que, según afirman, obedece a circunstancias que tienen cierto grado de imprevisibilidad y esta imprevisibilidad no puede concurrir cuando es el propio ejecutivo el que crea el presupuesto en el que pretende amparar la urgente necesidad que justifica dictar este tipo de normas.

Entienden, por otro lado, que los procesos de estabilización de empleo temporal que regula el art. 2 no pueden considerarse urgentes dados los plazos de ejecución que se fijan en el propio real decreto-ley impugnado. El apartado 2 de este precepto dispone que «[l]as ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, [...] deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes de 31 de diciembre de 2021» y también establece que «[l]a resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes de 31 de diciembre de 2024». En su opinión, una norma que prevé un plazo tan amplio de ejecución no presenta la urgencia que habilita al Gobierno a dictar decretos-leyes.

A juicio de los recurrentes, el art. 86.1 CE atribuye al ejecutivo la potestad de dictar normas con rango de ley cuando resulte imprescindible acudir a este instrumento normativo para hacer frente a situaciones absolutamente perentorias, que no pueden esperar el tiempo que exige la tramitación parlamentaria de las leyes, por lo que consideran que en el presente caso no concurre el presupuesto habilitante para aprobar la norma recurrida porque a través de ella se pretende atajar un problema que se arrastra desde hace décadas. Sostienen, además, que la situación que pretende resolverse no requiere acciones inmediatas, sino que debe abordarse a medio-largo plazo, a través de una planificación estratégica.

Por todo ello, afirman que el ejecutivo, al dictar el real decreto-ley impugnado, ha hecho un uso abusivo de este instrumento legislativo que invade las funciones del poder legislativo y contraviene el art. 86 CE.

b) Vulneración de los límites materiales que impone el art. 86.1 CE a los decretos-leyes.

Los recurrentes aducen que el art. 2 del Real Decreto-Ley, al regular un procedimiento de acceso a la función pública, vulnera el art. 86.1 CE porque este precepto constitucional establece que los decretos-leyes no pueden afectar «a los derechos, deberes y ciudadanos regulados en el Título I». Sostienen que el procedimiento previsto en esta norma, al regular un concurso-oposición y establecer que en la fase de concurso la valoración será del 40 por 100 de la puntuación total «en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate» está estableciendo una medida que delimita el derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE y que afecta a un aspecto esencial de ese derecho fundamental. Esta limitación, en su opinión, se encuentra vedada a la norma de urgencia y por esta razón entienden que este precepto es inconstitucional también por este motivo.

Consideran que dicha valoración además «presenta dificultades en su encaje en el artículo 23.2 CE, en cuanto la dimensión cuantitativa se encuentra en el límite de lo que puede considerarse tolerable». Parece evidente, a juicio de los recurrentes, que una medida de este tipo, que delimita un derecho fundamental y regula un aspecto esencial del mismo —cual es el propio acceso que reconoce el artículo 23.2 CE—, excede del ámbito material autorizado a la norma de urgencia por el artículo 86.1 CE.

Por todo ello, solicitan al tribunal que admita el presente recurso de inconstitucionalidad y tras los trámites de rigor dicte sentencia por la que se estime íntegramente el recurso y, en consecuencia, declare la inconstitucionalidad y nulidad del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

3. Por providencia de 27 de enero de 2022, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el recurso y dar traslado de la demanda y los documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, por conducto del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular alegaciones. Asimismo, se acordó publicar la incoación del procedimiento en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se verificó en el núm. 28, de 2 de febrero de 2022.

4. Por escritos registrados los días 10 y 17 de febrero de 2022, el presidente del Senado y la presidenta del Congreso de los Diputados, respectivamente, comunicaron los acuerdos de personación de dichas cámaras en el procedimiento y ofrecieron su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTIC.

5. Mediante escrito de 18 de febrero de 2022, el abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, se personó en nombre del Gobierno y solicitó prórroga por el máximo legal del plazo concedido para formular alegaciones. Mediante diligencia de ordenación de 21 de febrero de 2022 de la Secretaría de Justicia, se tuvo por personado al abogado del Estado y se prorrogó, según se había interesado, en ocho días el plazo concedido por providencia de 27 de enero de 2022.

6. El escrito de alegaciones del abogado del Estado se registró en el Tribunal el 3 de marzo de 2022.

Después de sintetizar los motivos del recurso e indicar que aporta como documentos anejos 1 y 2, la memoria de análisis del impacto normativo y el «Diario de Sesiones» correspondiente a la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 21 de julio de 2021, en que se aprobó la convalidación del Real Decreto-ley 14/2021 impugnado, acordándose su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, expone la doctrina constitucional sobre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad.

Considera que nos encontramos ante el supuesto de una regulación basada en una apreciación gubernamental, dentro de su legítimo margen de discrecionalidad de ordenación de la realidad. El hecho de que se considere una reforma estructural no excluye la concurrencia del presupuesto habilitante tras los últimos pronunciamientos judiciales, para cuyo tratamiento el decreto-ley representa un instrumento constitucionalmente lícito, no encontrándose circunscrito a situaciones de necesidad absolutas (STC 6/1983, de 4 de febrero) o que tengan su origen en la propia inactividad del Gobierno (STC 1/2012, de 13 de enero).

Resalta a continuación pasajes de la exposición de motivos que considera relevantes para justificar la regulación de urgencia. En tal sentido, destaca que «como dice, o se constata como un hecho o circunstancia fáctica que la norma en tanto que norma debe acometer, los procesos de selección hayan sido excesivamente lentos y dilatados en el tiempo, es algo que apunta una inicial razón de urgencia y de premura en tramitar y aprobar cuanto antes» una reforma que incida en esa anomalía, «fin de luchar contra una situación consolidada y permanente de precariedad habitual; contra ese problema como objetivo esencial».

Por otra parte, destaca que existía la premura de adecuar la legislación española a los criterios de la Unión Europea expuestos en la STJUE de 3 de junio, asunto C-726/19, que propició la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 649/2021, de 28 de junio, y en la que se cuestiona la normativa nacional que no establece medidas de

prevención frente a la utilización abusiva de sucesivos contratos de interinidad de duración determinada no limitados en su duración ni en el número de renovaciones sucesivas, celebrados a la espera de la organización de procesos selectivos y que responden a necesidades no temporales sino duraderas, exigiendo que el ordenamiento nacional contenga otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Destaca que la sentencia del Tribunal Supremo 649/2021, estableció que la superación del plazo de tres años no supone una novación de los contratos de interinidad por vacante ni la generación de indemnización alguna.

Indica que la ausencia de medidas disuasorias frente al abuso de la temporalidad se subsana en el art. 1 del Real Decreto-ley 14/2021, que responde a la necesidad de una intervención urgente a fin de precisar el régimen jurídico aplicable que conjugue el efecto útil de la normativa europea con asegurar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. La necesidad de la norma resulta de establecer consecuencias jurídicas al caso de finalización de la relación interina, mantenida en muchos supuestos largamente, convirtiendo la relación en indefinida modificándose por el art. 1 del real decreto-ley la disposición adicional decimoséptima del texto refundido de la Ley del estatuto del empleado público.

Se trata de una modificación necesaria para alcanzar el objetivo de modernización de las administraciones públicas. Los fondos del plan destinados a lograr la modernización de las administraciones públicas tienen como uno de sus ejes la reducción de la tasa de temporalidad en el denominado componente 11. De modo que el real decreto-ley establece como medidas la configuración legal de duraciones máximas en el desempeño de funciones o relaciones temporales con consecuencias en caso de incumplimiento y previsión de sanciones o resarcimiento en el caso de utilización abusiva o concatenación sucesiva de contratos o relaciones de trabajo de duración determinada.

La incorporación por el derecho positivo de criterios jurisprudenciales consolidados no altera la apreciación de la concurrencia del presupuesto habilitante y no exime del deber de abordar una regulación positiva con la finalidad de incorporar el criterio consolidado. El Gobierno en su margen de libertad de apreciación del presupuesto habilitante adopta una solución frente a una situación anómala, que la sociedad demanda materializar con prontitud. La reforma a través de los procedimientos ordinarios sería de tramitación más prolija, tardando en el tiempo, de modo que la reforma de aspectos imprescindibles mediante el real decreto-ley permitiría luego buscar con más calma soluciones de más calado.

La regulación contenida en el art. 2.2 del real decreto-ley, pese a no establecer la ejecución instantánea incide directamente en la situación preexistente configurando legalmente la oferta de empleo o de prestación de servicios, constituyendo un complemento necesario de la aplicación de la norma sustantiva.

Finalmente considera que el Real Decreto-ley 14/2021 no incide en ámbitos constitucionalmente vedados, conforme a lo dispuesto en el art. 86.1 CE. Sostiene que no se vulnera el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), al objeto de terminar con la situación anómala de precariedad. El establecimiento de una puntuación o baremo de hasta el 40 por 100 como máximo de carácter negociable y abierto a su concreción, no es contrario a la proscripción de discriminación aplicando una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable o determinando directamente la sola consolidación de empleo temporal. Dada la finalidad de la reforma concurren las circunstancias especiales que justificarían la valoración de los servicios prestados.

Por todo lo expuesto solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

7. Mediante escrito registrado el 7 de febrero de 2023, los recurrentes formularon incidente de recusación del presidente del Tribunal don Cándido Conde-Pumpido Tourón, del magistrado don Juan Carlos Campo Moreno y de las magistradas doña Laura Díez Bueso y doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, en el presente proceso. Por ATC 104/2023, de 7 de marzo, se declaró la pérdida sobrevenida de objeto de la

recusación del magistrado don Juan Carlos Campo Moreno y se inadmitieron a trámite las recusaciones del presidente y de las magistradas del Tribunal.

8. Mediante providencia de 24 de octubre de 2023 se acordó señalar para la deliberación y votación de la presente sentencia el siguiente día 25.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y subsistencia del conflicto constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad se interpone por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, contra el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio.

El Real Decreto-ley 14/2021, se impugna en su totalidad por la ausencia del presupuesto habilitante para su aprobación y, por tanto, por la infracción del art. 86.1 CE, al tratarse, a juicio de los recurrentes, de una reforma estructural que pretende dar respuesta a un fenómeno también estructural: el abuso de la contratación temporal en las administraciones públicas, sin que la extraordinaria y urgente necesidad pueda justificarse por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, o por la STJUE de 3 de junio de 2021 o la STS 649/2021, ni tampoco el contenido de la regulación tenga que ver con la urgencia declarada. Específicamente se impugna el art. 2 del Real Decreto-ley 14/2021 con una doble afirmación, por una parte al considerar que rebasa los límites materiales impuestos al decreto-ley, al regular un proceso de acceso a la función pública que afecta a un aspecto esencial del derecho fundamental del art. 23.2 CE: acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos delimitando el derecho fundamental y por otra, con un marcado escaso de desarrollo argumental, al entender que conculca el propio contenido del art. 23.2 CE.

El abogado del Estado solicita la desestimación íntegra del recurso, por considerar que la apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad le corresponde al Gobierno, sin que el hecho de que se trate de una reforma estructural excluya el presupuesto habilitante. Destaca la finalidad de la norma expuesta en la exposición de motivos y la premura de la misma como consecuencia de la STJUE de 3 de junio, asunto C-726/19, que propició la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 649/2021, de 28 de junio, contemplándose medidas disuasorias frente al abuso de la temporalidad así como el establecimiento de consecuencias jurídicas derivadas de la finalización de la relación temporal, pretendiendo la modernización de las administraciones públicas, reduciendo la tasa de temporalidad. Finalmente indica que la norma no vulnera el art. 23.2 CE.

Conviene destacar, como más adelante se indicará, que el Real Decreto-ley 14/2021, fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 21 de julio de 2021 y se acordó su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, según permite el art. 86.3 CE, lo que dio como resultado la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, cuyo contenido, con alguna salvedad –como veremos más adelante– es similar al de la norma impugnada. Ahora bien, como en un supuesto similar indicamos en la STC 34/2017, de 1 de marzo, FJ 2, la derogación, siquiera tácita, del real decreto-ley por otra ley posterior «no impide controlar si la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86.1 CE se ejerció siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, pues al hacerlo se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo [SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 2, y 182/2013, de 23 de octubre, FJ 2 B)]».

Ahora bien, se deben excluir del enjuiciamiento aquellas impugnaciones que se atribuyen a la norma ya sustituida con fundamento en la infracción de algún precepto

constitucional de naturaleza sustantiva, como es el caso de la afirmaba inconstitucionalidad del art. 2 del real decreto-ley por vulnerar el art. 23.2 CE.

2. Contenido de la norma impugnada y su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Con carácter previo a exponer la doctrina constitucional que entendemos necesaria para resolver las impugnaciones formuladas –falta de presupuesto habilitante e infracción de los límites materiales del real decreto-ley– es oportuno detenerse en la estructura y contenido del real decreto-ley impugnado y en algunos aspectos de las modificaciones introducidas en el mismo por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

a) Estructura y contenido de la norma impugnada.

El Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio consta de 2 artículos, 5 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias y 3 disposiciones finales. El art. 1 se destina a la modificación del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. El art. 2 regula los procesos de estabilización de empleo temporal. Las disposiciones adicionales se destinan al establecimiento de medidas específicas para el ámbito local, de seguimiento de la temporalidad y presupuestario, la agilización de los procesos selectivos, así como al régimen jurídico aplicable a los procesos de estabilización de empleo temporal de personal investigador. Las disposiciones transitorias se refieren al régimen jurídico aplicable de los procesos de estabilización de empleo temporal actualmente vigentes y a la determinación del ámbito temporal de los efectos de la norma. Las disposiciones finales establecen los títulos competenciales, la necesaria adaptación de la norma a las peculiaridades del personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud y las reglas de entrada en vigor.

En cuanto a su contenido cabe destacar que el art. 1 del Real Decreto-ley 14/2021 modifica el texto refundido de la Ley del estatuto del empleado público y se compone de tres apartados:

El apartado primero modifica el contenido del art. 10 TRLEEP relativo al personal funcionario interino: (i) Se modifica la duración máxima de su nombramiento. El personal interino por cobertura de vacante sólo podrá ser nombrado por un plazo de tres años. En el caso de la sustitución transitoria de los titulares de los respectivos puestos de trabajo, esta deberá realizarse durante el tiempo estrictamente necesario. Y en el supuesto de exceso o acumulación de tareas, el plazo máximo será de nueve meses dentro de un periodo de dieciocho, en lugar de seis meses dentro de un periodo de doce meses (art.10.1 TRLEEP); (ii) Se introduce el principio de celeridad en el procedimiento de selección del personal funcionario interino y se precisa que el nombramiento en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera (art.10.2 TRLEEP); (iii) Se indica que la finalización de la relación de interinidad no da derecho a compensación alguna y que además se produce por la cobertura reglada del puesto, por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados, por la finalización del plazo autorizado recogido en su nombramiento y por la finalización de la causa que dio lugar al nombramiento (art.10.3 TRLEEP); (iv) El art. 10.4 TRLEEP se modifica para establecer una mayor precisión en la duración máxima del nombramiento del personal funcionario interino para la cobertura de vacantes, introduciendo en el texto la exigencia de que estas sean objeto de cobertura mediante cualquiera de los procedimientos de provisión y movilidad previstos. Se endurecen las consecuencias del incumplimiento de la regla anterior, al establecerse que, transcurrido el plazo ahora fijado de duración máxima del nombramiento, de tres años, se producirá el fin de la relación de interinidad y la vacante únicamente podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo haya quedado desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de

personal funcionario interino. El personal funcionario interino podrá, no obstante, y de manera excepcional, permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese de lugar a compensación económica; (v) El art. 10.5 TRLEEP se modifica para excluir expresamente al personal interino de aquellos derechos que sean inherentes a la condición de funcionario de carrera y para precisar que les serán de aplicación el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal, al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento o a las circunstancias que hayan motivado su nombramiento. Finalmente, se suprime el apartado 6 del art. 10 TRLEEP que establecía, en relación con el personal interino cuya designación era consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas, la posibilidad de prestar los servicios en otras unidades administrativas.

El apartado segundo añade un nuevo apartado 3 al art. 11 TRLEEP, por el que se indica que los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos y se regirán por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y en el caso del personal laboral temporal por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

El apartado tercero introduce una nueva disposición adicional decimoséptima al TRLEEP, intitulada «Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público». De la misma resulta la obligación de las administraciones públicas de evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y nombramientos de personal funcionario interino. La genérica advertencia de responsabilidades ante actuaciones irregulares. La nulidad de actuaciones y disposiciones que directa o indirectamente supongan el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal temporal y la previsión de una compensación económica para el personal funcionario interino afectado que nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y también para el personal laboral contratado temporal con objeto de lograr la equivalencia de compensación con el personal funcionario interino. Se excluye la compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria.

El art. 2 del Real Decreto-ley 14/2021 contiene la regulación de los procesos de estabilización de empleo temporal. Se dispone que además de los procesos de estabilización regulados en las leyes de presupuestos generales del Estado de los años 2017 y 2018, se autoriza una tasa adicional de estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural dotadas presupuestariamente, y que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. Las ofertas de empleo relativas a estos procesos de estabilización deberán convocarse antes del 31 de diciembre de 2021, las convocatorias deben producirse antes del 31 de diciembre de 2022 y los procesos deberán finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. Se prevé que la tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del 8 por 100 de las plazas estructurales. Completa la norma con una previsión del modo en que se deben articular estos procesos selectivos y del sistema de selección que será de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40 por 100 de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) TRLEEP. Se dispone que la resolución del concurso no puede suponer un incremento del gasto ni de efectivos y se prevé una compensación económica para el personal interino laboral o estatutario que no supere el proceso selectivo.

La norma recoge cinco disposiciones adicionales: (i) La disposición adicional primera se refiere a las concretas medidas previstas para el ámbito local. Permite que aquellas entidades locales con menor capacidad de gestión puedan encomendar la gestión

material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo, así como de su personal funcionario interino o laboral temporal a las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes de las comunidades autónomas uniprovinciales; (ii) la disposición adicional segunda establece que el Ministerio de Política Territorial y Función Pública elaborará un informe anual de seguimiento de temporalidad en el empleo público, como mecanismo de seguimiento del impacto de la presente norma; (iii) la disposición adicional tercera se refiere a la posibilidad de nombramiento de personal interino para cubrir vacantes por jubilación que se produzcan en el ejercicio presupuestario que deberán incluirse necesariamente en la oferta de empleo público de dicho ejercicio o del siguiente si no fuera posible; (iv) la disposición adicional cuarta establece que las administraciones deberán asegurar el cumplimiento del plazo establecido para la ejecución de los procesos de estabilización, mediante medidas de agilización de los procesos selectivos. Además, dispone que las convocatorias puedan prever, para aquellas personas que no superen el proceso selectivo, su inclusión en bolsas de interinos específicas o su integración en bolsas ya existentes; (v) la disposición adicional quinta determina el régimen específico relativo a los procesos de estabilización de empleo temporal de personal investigador.

La disposición transitoria primera se refiere al régimen aplicable a los procesos de estabilización de empleo temporal ya convocados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley indicando que su resolución debe finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

La disposición transitoria segunda determina que las previsiones del art. 1 del real decreto-ley, se aplicaran únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor.

Las disposiciones finales se refieren, en primer lugar, a los títulos competenciales sobre los que se fundamenta la norma; en segundo lugar, el establecimiento de un mandato a las distintas administraciones públicas de que procedan en el plazo de un año a la adaptación normativa del personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud a lo dispuesto en el real decreto-ley y transcurrido dicho plazo sin que se haya producido la adaptación, serán de plena aplicación las previsiones contenidas en el mismo. Y finalmente la disposición final tercera prevé que entra en vigor el día siguiente al de su publicación.

b) Tramitación del real decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

El Real Decreto-ley 14/2021 fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 21 de julio de 2021, (170 votos a favor, 169 en contra y ocho abstenciones). Su tramitación como proyecto de ley por procedimiento de urgencia, fue aprobado por 346 votos a favor, uno en contra y una abstención. Finalmente, el proyecto de ley, tramitado por el procedimiento de urgencia, fue aprobado por Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Dicha ley introduce algunas modificaciones relevantes: (i) se aplaza seis meses el límite temporal para la aprobación y publicación de las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 14/2021, que pasa del 31 de diciembre de 2021, que preveía el art. 2.2 del Real Decreto-ley 14/2021, al 1 de junio de 2022 que prevé la nueva redacción del art. 2.2; (ii) Introduce una disposición adicional sexta, en que se prevé una convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración, por el sistema de concurso, en relación con aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, que se aplica también en virtud de la disposición adicional octava, a las vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016; (iii) prevé en la disposición transitoria segunda, que los efectos de las previsiones contenidas en el art. 1 serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o

contratado con posterioridad a su entrada en vigor, esto es, al día siguiente de su publicación (disposición final tercera), por lo que se retrasa la vigencia prevista en para dicho precepto en el Real Decreto-ley 14/2021.

3. Doctrina constitucional sobre el presupuesto habilitante de los decretos-leyes.

Una vez expuesto el problema constitucional que suscita el presente recurso de inconstitucionalidad y el contenido del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, debemos acudir a la doctrina elaborada por este tribunal sobre el sentido y alcance del presupuesto legitimador de la extraordinaria y urgente necesidad, valiéndonos para ello de la síntesis que de la misma efectuamos en la reciente STC 18/2023, de 21 de marzo, FJ 3:

«Dicha doctrina ha sido expuesta, entre otras, en las SSTC 68/2007, de 28 de marzo; 31/2011, de 17 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 1/2012, de 13 de enero; 39/2013, de 14 de febrero; 34/2017, de 1 de marzo; 152/2017, de 21 de diciembre, y 61/2018, de 7 de junio. Doctrina constitucional que podemos sintetizar en los siguientes términos:

a) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, 'una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes'. Por ello mismo dijimos que es función propia de este tribunal 'el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución', de forma que 'el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada' y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

b) La definición por los órganos políticos de una situación de 'extraordinaria y urgente necesidad' debe ser explícita y razonada, y debe existir una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3). No obstante, la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad no ha de contenerse siempre en el propio real decreto-ley, sino que tal presupuesto puede ser deducido igualmente de una pluralidad de elementos. Así pues, el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la 'extraordinaria y urgente necesidad' siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional, que son, básicamente, 'los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma' (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3), debiendo siempre tenerse presentes 'las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-leyes enjuiciados' (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

c) Este tribunal ha señalado que 'la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación' (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 6),

pues 'lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren' (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6, y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8).

d) El decreto-ley representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro, según hemos reiterado, que subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; 137/2003, de 3 de julio, FJ 3; 189/2005, de 7 de julio, FJ 3; 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 5; 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4, y 35/2017, de 1 de marzo, FJ 3).

e) El control de este tribunal consiste en un control jurisdiccional ex post, y tiene por misión velar por que el Gobierno no se aparte del margen de apreciación concedido por la norma constitucional y se mantenga dentro del concepto jurídicamente asequible que es la situación de 'extraordinaria y urgente necesidad' (STC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4). El control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los reales decretos-leyes, sino que ha de apoyarse en una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5; 31/2011, de 17 de marzo, FJ 3, y 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3).

f) En definitiva, nuestra Constitución se ha decantado por una regulación de los decretos-leyes flexible y matizada que, en lo que ahora estrictamente interesa, se traduce en que 'la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes' (SSTC 125/2017, de 7 de julio, FJ 2, y 152/2017, de 21 de diciembre, FJ 3, en ambos casos con cita de la STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5).»

4. Explicitación por el Gobierno de la circunstancia del presupuesto de «extraordinaria y urgente necesidad».

Con arreglo a la doctrina que se acaba de recordar debemos comprobar ahora si en el Real Decreto-ley 14/2021 objeto del presente recurso de inconstitucionalidad concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el art. 86.1 CE. De acuerdo con la pauta de control que se sigue en estos casos, debe analizarse si se ha justificado la existencia de una concreta situación de extraordinaria y urgente necesidad en relación con el Real Decreto-ley 14/2021 y, en su caso, si las medidas adoptadas en esa norma guardan conexión de sentido con la situación de necesidad previamente definida.

Se exponen seguidamente las razones que, para acreditar la concurrencia del presupuesto habilitante legitimador de su aprobación, se esgrimen en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2021, así como las que fueron aducidas en el curso del debate parlamentario de convalidación celebrado en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados el día 21 de julio de 2021 (debate que se transcribe en «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», XIV Legislatura, núm. 117, págs. 40-60) y las

que se incluyen en la memoria abreviada del análisis de impacto normativo del proyecto de real decreto-ley, aportada a los autos por el abogado del Estado.

a) En la exposición de motivos del real decreto-ley se afirma lo siguiente:

«La modernización y mejora de la administración pública ha constituido un objetivo permanente a lo largo de distintas etapas, necesario para dar cumplimiento al mandato constitucional de contar con una administración eficaz en su actuar al servicio de los intereses generales.

[...]

La mejor gestión del empleo al servicio de las distintas administraciones públicas exige, sin duda, disponer de políticas coherentes y racionales de dotación de efectivos de carácter permanente, que cubran las necesidades reales de los servicios y limiten la temporalidad a la atención de necesidades de carácter estrictamente coyuntural.

La consolidación del Estado del bienestar y el intenso proceso de descentralización territorial generaron durante las dos primeras décadas de vigencia de la Constitución Española de 1978 un intenso crecimiento del empleo público y una redistribución de efectivos desde la administración central a la autonómica. Así, la provisión pública de servicios básicos o esenciales propios del Estado social y democrático de derecho y su extensión al conjunto de la población condicionó, en el transcurso de esos años, la necesidad de reforzar la dotación de personal al servicio de las administraciones públicas para garantizar su desarrollo.

En paralelo a este proceso, la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la administración pública.

De esa forma, a pesar de que en las sucesivas regulaciones sobre la materia ya se establecía la limitación en el nombramiento del personal funcionario interino o personal laboral temporal a casos excepcionales de indudable y estricta necesidad y que los mismos sólo podían realizarse por el tiempo imprescindible hasta su cobertura por funcionarios de carrera, la realidad nos ha mostrado un constante y sostenido aumento de la tasa de empleo temporal. Esta situación puede atribuirse a varios factores.

[...]

En efecto, se ha constatado que no siempre existe una práctica asentada de convocatoria periódica y sistemática, preferentemente con carácter anual, de las plazas vacantes, para su provisión definitiva. A su vez, la falta de convocatoria regular obedece a que los procedimientos de acceso al empleo público no se desarrollan, en muchos casos, con la agilidad y la celeridad necesarias para, respetando en todo caso las garantías inherentes a los mismos y la salvaguardia de los principios constitucionales y legales, permitir al mismo tiempo la dotación de personal en tiempo razonable y garantizar la prestación del servicio por la administración.

Así las cosas, los procesos de selección son excesivamente lentos y dilatados en el tiempo, ocasionando en muchos casos la necesidad de provisión temporal de los puestos por el tiempo necesario hasta la cobertura efectiva. En estas condiciones, el recurso al nombramiento de personal interino y a la contratación de personal temporal se ha constituido en una alternativa organizativa que ha acabado suponiendo un incremento excesivo de la temporalidad.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que si bien una tasa de temporalidad es necesaria e inherente a cualquier organización, no lo es cuando deviene en estructural y supone en algunos sectores de la administración tasas cercanas al cincuenta por ciento de su personal.

El escenario descrito ha de completarse con la importante incidencia que la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, el acuerdo marco), ha tenido y tiene en el ordenamiento jurídico español y, por tanto, en la evolución de la jurisprudencia.

El acuerdo marco destaca en su preámbulo la preeminencia de la contratación indefinida como «forma más común de relación laboral» y persigue dos grandes objetivos: por una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y, por otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Así, la cláusula 4. del acuerdo marco establece la equiparación entre personal temporal y fijo con base en el principio de no discriminación, salvo existencia de causas objetivas que justifiquen una diferencia en el régimen jurídico de ambas clases de personal.

Por su parte, la cláusula 5 del Acuerdo Marco prevé la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales. Si bien esta cláusula no tiene efecto directo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha insistido en que la determinación del abuso corresponde a los jueces nacionales y que la aplicación de las soluciones efectivas y disuasorias dependen del Derecho nacional, instando a las autoridades nacionales a adoptar medidas efectivas y adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar un eventual uso abusivo de la temporalidad.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En síntesis, la doctrina que ha fijado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin.

Estos parámetros determinan la actuación de la Comisión Europea, que en su papel de vigilante de la correcta aplicación del derecho derivado, también ha reclamado medidas contundentes para corregir esta situación.

[...]

La necesidad de dar respuestas a este problema ha determinado que el plan de recuperación, transformación y resiliencia (en adelante, PRTR), ya evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la propuesta de decisión de ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del citado plan, contemple en su componente 11, relativo a la modernización de las administraciones públicas, la reforma referida a la reducción de la temporalidad en el empleo público. Esto supone un antes y un después a la hora de afrontar las reformas estructurales de calado para adaptar y hacer más eficiente el funcionamiento de las Administraciones Públicas, su régimen jurídico y la ineludible planificación de la gestión de los recursos humanos para garantizar la prestación de unos servicios públicos de calidad.

La primera de las actuaciones previstas por dicha reforma es precisamente la adopción de medidas para mejorar la eficiencia de los recursos humanos reduciendo los altos niveles de temporalidad y flexibilizando la gestión de los recursos humanos en las administraciones públicas. El objetivo de la reforma es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las administraciones públicas españolas, actuando la reforma en tres dimensiones: adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último,

potenciación de la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos.

[...]

El artículo 86 de la Constitución Española permite al Gobierno dictar reales decretos-leyes «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general.

El real decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que, tal como reiteradamente ha exigido nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, F. 5; 11/2002, de 17 de enero, F. 4, 137/2003, de 3 de julio, F. 3, y 189/2005, de 7 julio, F. 3; 68/2007, F. 10, y 137/2011, F. 7), el fin que justifica la legislación de urgencia sea subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno.

Asimismo, la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar las medidas que se incluyen en este real decreto-ley forma parte del juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3) y esta decisión, sin duda, supone una ordenación de prioridades políticas de actuación. En este caso, se trata de medidas dirigidas a incrementar la eficiencia en el funcionamiento de las administraciones públicas, y centradas en dar una respuesta adecuada que permita establecer la necesaria seguridad jurídica y la protección de los colectivos que pudieran resultar vulnerables ante la concurrencia de la situación descrita y que se definen por su condición extraordinaria y urgente.

Todas las razones expuestas justifican amplia y razonadamente la adopción de la presente norma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3), existiendo la necesaria conexión entre la situación de urgencia expuesta y la medida concreta adoptada para subvenir a ella, sin que constituya un supuesto de uso abusivo o arbitrario del referido instrumento constitucional.

La adecuada fiscalización del recurso al real decreto-ley requiere el análisis de dos aspectos desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4).

En cuanto a la definición de la situación de urgencia, se ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio real decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. El examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en el preámbulo, en el debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

En todo caso, la doctrina constitucional viene señalando que la extraordinaria y urgente necesidad a que alude el artículo 86.1 de la Constitución Española supone un requisito o presupuesto habilitante de inexcusable concurrencia para que el Gobierno

pueda dictar normas con rango de ley, lo que se erige en auténtico límite jurídico de la actuación gubernamental mediante decretos-leyes. (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 26/2016, de 18 de febrero, FJ 2, y 125/2016, de 7 de julio, FJ 2). La definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifica la aprobación de la norma ha de ser explícita, razonada y concreta, sin que pueda realizarse mediante fórmulas rituales o genéricas, aplicables de modo intercambiable a todo tipo de realidades (SSTC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 4; 215/2015, FJ 4).

La tasa de temporalidad registrada en el empleo público es ya superior a la registrada en el sector privado. Esta situación no solo se aleja de forma manifiesta del modelo de función pública configurado por nuestra Constitución Española, sino que compromete la adecuada prestación de los servicios públicos, en la medida en que la temporalidad impide articular políticas de recursos humanos dirigidas a garantizar la calidad de los servicios públicos.

En un contexto en que la intervención de los poderes públicos resulta crítica para mitigar los impactos de la crisis sanitaria en el tejido social y económico, así como para proporcionar los cimientos de la recuperación, la adopción de medidas que permitan controlar y reducir el exceso de temporalidad deviene perentoria para garantizar los principios de eficacia y eficiencia en el funcionamiento de las administraciones públicas.

Esta situación no ha pasado inadvertida a las instituciones de la Unión Europea. Tanto la Comisión Europea, con ocasión de los informes elaborados en el marco del semestre europeo, como el propio Consejo, en las recomendaciones específicas dirigidas a nuestro país, han subrayado insistentemente la necesidad de poner fin a la elevada temporalidad en el empleo público.

Ello ha motivado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.3 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el mecanismo de recuperación y resiliencia, y que dispone que «los planes de recuperación y resiliencia serán coherentes con los retos y prioridades específicos de cada país, determinados en el marco del semestre europeo», en el componente 11 del plan de recuperación, transformación y resiliencia presentado el pasado 30 de abril, referido a la modernización de las administraciones públicas, España se haya comprometido a adoptar una reforma normativa al término del primer semestre de 2021 que articule medidas eficaces, proporcionadas y disuasorias para poner fin a la excesiva temporalidad en el empleo público. Esta reforma ha merecido un juicio favorable de la Comisión Europea, reflejado en el informe que acompaña la propuesta de decisión de ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del citado plan, en el que se señala específicamente que «el plan de España contiene medidas que deberían contribuir significativamente a la reducción de la elevada proporción de contratos temporales que también se observa en el sector público.»

El Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021, dispone que la liberación de los fondos en el marco del mecanismo depende del cumplimiento satisfactorio por parte de los Estados miembros de los hitos y objetivos pertinentes que figuren en los planes de recuperación y resiliencia. A la vista del plazo comprometido en el plan para la aprobación de la reforma, referido al primer semestre de 2021, no resulta posible acudir a la tramitación de un proyecto de ley por la vía de urgencia y la única opción posible para asegurar el cumplimiento del compromiso es acudir a la figura del real decreto-ley.

Existe, además, otra circunstancia que caracteriza de forma sobrevenida la concurrencia del presupuesto habilitante, vinculada a uno de los últimos desarrollos de la ya extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación de la Directiva 1999/70 (CE) del Consejo, de 28 de junio de 1999. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-726/19 (IMIDRA), de 3 de junio de 2021, ha propiciado una nueva reflexión sobre determinados aspectos de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, reflejada en la reciente sentencia dictada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 649/2021, de 28 de junio. A la luz de esta evolución se hace necesaria una intervención urgente del legislador a fin de precisar el régimen jurídico aplicable, de

forma que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la directiva mencionada con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia, concebida como conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el real decreto-ley se adoptan, el hecho de que se considere una reforma estructural no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley; pues, y esto es particularmente pertinente en el supuesto que se analiza, el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, como ocurre en el caso que nos ocupa tras los últimos pronunciamientos judiciales, para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8).

Las medidas contenidas en el real decreto-ley pretenden garantizar que las administraciones públicas inician una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la temporalidad en el empleo público, a fin de situar la tasa de cobertura temporal por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales, y, en esa medida, puede predicarse de cada una de ellas la conexión de sentido requerida por la jurisprudencia constitucional.

Hacia el pasado, la reforma activa en el artículo 2 un último proceso de estabilización de plazas de carácter estructural que se suma a los ya iniciados en 2017 y 2018, y establece plazos tasados para asegurar el cumplimiento del hito de ejecución de todas las ofertas antes del 31 de diciembre de 2024, evitando de esta forma que se produzcan dilaciones que comprometan el objetivo de estabilización de plazas de carácter estructural. En todo caso, estos procesos deberán desarrollarse con arreglo a los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad y se prevén compensaciones para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

Hacia el futuro, la reforma de la legislación básica pretende activar un conjunto de medidas regulatorias directamente ordenadas a atajar la excesiva temporalidad. Las medidas de carácter preventivo actúan mediante una delimitación de la causa y término en la figura del personal funcionario interino y se dirigen a evitar un uso indebido de esta figura; descartar cualquier expectativa de permanencia tras su selección por procedimientos presididos por la publicidad, igualdad, mérito, capacidad y celeridad, y objetivar las causas de terminación de la relación interina, ofreciendo mayor claridad sobre la duración máxima de la permanencia de este personal. Al propio tiempo se aplica al personal funcionario interino el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera.

Asimismo, se recogen las medidas que contemplan, en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Se establece en primer término la obligación que corresponde a las administraciones públicas de evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y nombramientos de personal funcionario interino, para lo cual promoverán la adopción de criterios de actuación y una actuación coordinada de los órganos con responsabilidades en materia de gestión de personal. Seguidamente se dispone que las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada

una de las administraciones públicas. En tercer lugar, se contempla la nulidad de pleno derecho de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal. En cuarto lugar, en el caso de las interinidades por vacante se establece que, transcurridos tres años desde el nombramiento, se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante sólo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto. Por último, se prevé un régimen de compensaciones aplicable tanto al personal funcionario interino como al personal laboral temporal en los supuestos de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia.

En suma, en las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad previstas en el artículo 86 de la Constitución Española, considerando, por otra parte, que los objetivos que se pretenden alcanzar con el mismo no pueden conseguirse a través de la tramitación de una ley por el procedimiento de urgencia, y sin que este real decreto-ley constituya un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5).

Asimismo, debe señalarse que este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución Española, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general.

En primer lugar, y en cuanto a la afectación al régimen de las comunidades autónomas, se trata de un límite que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado de modo flexible y finalista, de manera que, como sintetiza la STC 23/1993, de 21 de enero (FJ.2): «[...] ha de tenerse en cuenta que el artículo 86.1 CE utiliza un término 'régimen de las comunidades autónomas' más extenso y comprensivo que el mero de 'estatutos de autonomía', por lo que dicha expresión ha de ser interpretada, como ha señalado la STC 29/1986 'en el sentido de que el decreto-ley no puede afectar al régimen constitucional de las comunidades autónomas, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución'. De ese 'régimen constitucional' forman parte los estatutos, que no pueden ser alterados por un decreto-ley, pero también se incluyen otras leyes estatales atributivas de competencias, que forman parte del bloque de constitucionalidad, así como las leyes atributivas de competencia del artículo 150.1 CE, las leyes de armonización del artículo 150.3, y las leyes Orgánicas a que se refiere el artículo 150.2 CE. Por tanto, el decreto-ley no puede regular objetos propios de aquellas leyes que, conforme al artículo 28.1 LOTC hayan sido aprobadas, dentro del marco constitucional, para delimitar las competencias del Estado y de las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas. Más allá de ese 'régimen constitucional' el campo normativo de los decretos-leyes se corresponde con la competencia legislativa del Estado, no existe obstáculo constitucional alguno para que el decreto-ley, en el ámbito de la competencia legislativa que corresponde al Estado pueda regular materias en las que una comunidad autónoma tenga competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o delimitar positivamente la esfera de competencias de las comunidades autónomas. Ciertamente, el ejercicio de las competencias de un ente puede afectar en alguna medida a las del otro. Pero cuando la Constitución veda al decreto-ley 'afectar' al régimen de las comunidades autónomas, se refiere a una delimitación directa y positiva de las competencias mediante tal instrumento normativo, y no a cualquier regulación que indirectamente 'incida' en las competencias autonómicas. De otro modo, se vaciarían prácticamente de contenido los ámbitos de regulación sobre los que el decreto-ley puede proyectarse, puesto que es muy difícil encontrar un objeto normativo en el que no incida de uno u otro modo alguna competencia autonómica».

Desde esta perspectiva se entiende que no hay afectación al régimen de las comunidades autónomas en la medida en que el real decreto-ley proyectado no afecta a la posición institucional de las comunidades autónomas ni delimita de forma directa y positiva las competencias que aquellas tienen atribuidas, y se dicta en el ámbito propio de las competencias exclusivas en materia de legislación laboral; bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios; y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que las reglas 7, 18 y 13, respectivamente, del artículo 149.1 de la Constitución Española reservan al Estado, y sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia.

En segundo lugar, en cuanto a la prohibición de afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución Española, una muy consolidada doctrina del Tribunal Constitucional la interpreta en los siguientes términos, que resume la STC 139/2016, de 31 de julio (FJ 6): «1.) El artículo 86.1 CE impide que con el decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pero este tribunal ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto-ley, haciéndolo 'inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución'. 2.) La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada la figura del decreto-ley, de suerte que lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, confirmada por otras posteriores). 3.) El Tribunal no debe fijarse únicamente en el modo en que se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien ha de examinar si ha existido 'afectación' por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE, lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su ubicación sistemática en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate (...)» En el presente caso, varios aspectos de la regulación que se propone inciden en una materia, como es el acceso al empleo público, conectada al derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución, que reconoce el derecho de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». Ahora bien, en aplicación de la doctrina constitucional antes expuesta, se considera que el objeto de la norma en su actual definición tiene a estos efectos un alcance limitado, en el sentido de que ni establece el régimen general de acceso a la función pública, ni supone una delimitación específica del núcleo del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, y por ello no se adentra en un ámbito material vedado al instrumento del real decreto-ley, sin perjuicio de que, en su configuración concreta, sus preceptos deban atenerse a las exigencias de igualdad en el acceso al empleo público que impone aquel derecho fundamental.

Este real decreto-ley responde a los principios de buena regulación de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia, de conformidad con el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

A estos efectos, se pone de manifiesto el cumplimiento de los principios de necesidad y eficacia, dado el interés general en que se fundamentan las medidas que se establecen, siendo el real decreto-ley el instrumento más inmediato para garantizar su consecución. La norma es acorde con el principio de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para la consecución de los objetivos previamente mencionados. Igualmente, se ajusta al principio de seguridad jurídica, siendo coherente con el resto del ordenamiento jurídico. En cuanto al principio de transparencia, la norma está exenta de los trámites de consulta pública, audiencia e información pública que no son aplicables a la tramitación y aprobación de decretos-leyes. Por último, en relación

con el principio de eficiencia, este real decreto-ley no impone cargas administrativas para los ciudadanos.

Este real decreto-ley se dicta al amparo del artículo 149.1.7 y 18 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas; y en materia de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

Asimismo, se dicta al amparo del artículo 149.1.13 que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica.

En su virtud, en uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta del ministro de Política Territorial y Función Pública y de la ministra de Hacienda, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de julio de 2021».

De la literalidad de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2021 se desprende que la justificación de su aprobación en el marco del art. 86.1 CE se concreta en la necesidad de reducir la temporalidad en el empleo público de modo que se sitúe «la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las administraciones públicas españolas» y a tal fin «instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad».

Específicamente en el apartado IV de la exposición de motivos al tratar sobre la concurrencia del presupuesto habilitante para dictar el real decreto-ley apunta a que la tasa de temporalidad registrada «compromete la adecuada prestación de los servicios públicos», «impide articular políticas de recursos públicos dirigidas a garantizar la calidad de los servicios públicos», en un contexto en que la intervención resulta crítica para mitigar los impactos de la crisis sanitaria en el tejido social y económico, así como para proporcionar los cimientos de la recuperación.

Indica, que en el componente 11 del plan de recuperación transformación y resiliencia, España se haya comprometido a adoptar una reforma normativa al término del primer semestre de 2021 para poner fin a la excesiva temporalidad en el empleo público, de cuyo cumplimiento depende la liberación de los fondos en el marco del mecanismo. Sostiene, como circunstancia que caracteriza de forma sobrevenida la concurrencia del presupuesto habilitante, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, *IMIDRA*, ha propiciado una nueva reflexión reflejada en la reciente sentencia dictada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 649/2021, de 28 de junio, que «hace necesaria una intervención urgente del legislador a fin de precisar el régimen jurídico aplicable» de modo que se conjugue el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Defiende que «el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, como ocurre en el caso que nos ocupa tras los últimos pronunciamientos judiciales».

b) En el trámite de convalidación del real decreto-ley, en la defensa del texto ofrecida por la ministra de Hacienda y Función Pública, en nombre del Gobierno, ante el pleno del Congreso de los Diputados, se afirma, entre otras cosas, lo siguiente:

«En primer lugar, mi principal objetivo como ministra de Hacienda y Función Pública seguirá siendo poner en el centro de todas las políticas a los ciudadanos y a las ciudadanas, mejorando para ello la calidad, la sensibilidad y la eficiencia de los servicios públicos, la base del Estado del bienestar, y más ahora, cuando empieza la recuperación económica tras la crisis y tenemos que abordar el enorme reto de la modernización del país, un reto en el que las administraciones públicas y los empleados públicos van a

tener un papel muy destacado: tienen que ser tractores de los importantes cambios que tenemos que impulsar [...].

En segundo lugar, quiero decirles que este es un Gobierno comprometido con el empleo estable, con el empleo de calidad. Saben sus señorías que hemos alcanzado, de la mano del diálogo social, una amplia batería de medidas que se dirigen justamente a la aplicación de este precepto en el sector privado, a combatir la precariedad y la temporalidad de muchos trabajadores, que impiden a las familias y especialmente a los jóvenes tener un horizonte previsible de futuro estable. Esa misma intención es la que buscamos con este texto, alcanzar un acuerdo en el marco del sector público que busque el máximo consenso posible en beneficio de los empleados y de la sociedad española. Por ello, la norma que hoy abordamos es un ejemplo de la búsqueda de este consenso. Antes de la aprobación por el Consejo de Ministros, se celebraron dos conferencias sectoriales de administración pública y la reunión de la mesa general de negociación de las administraciones públicas, alcanzándose un acuerdo con los sindicatos Comisiones, UGT y CSIF. Es un acuerdo, como decía antes, que hay que poner en valor por cuanto es un primer paso realmente importante para resolver un problema que viene de lejos y que hasta la fecha no ha sido posible abordar. De hecho, el anterior ministro de Política Territorial y Función Pública, el señor Iceta, y su equipo trabajaron en esta solución que ahora me corresponde a mí defender en esta tribuna, y lo haré con los siguientes argumentos.

El origen de este decreto-ley radica en la necesidad de contar con una solución eficaz y también corta en el tiempo para resolver de manera por lo menos mayoritaria el principal problema de temporalidad en el empleo público de las administraciones. Es una situación que se ha engordado a lo largo de los últimos años con motivo básicamente de la no autorización de las tasas de reposición, que conllevó que no se pudieran sacar de forma reglada ofertas de empleo público que incorporaran las plazas que en esos momentos se estuvieran ocupando por interinidad. Pero, señorías, los que tenemos responsabilidad y también experiencia en la función pública sabemos que este no es el único elemento, que otro de los problemas con el que cuentan las administraciones es el proceso burocrático farragoso que ha conllevado la propia oferta pública de empleo, de manera que tenemos pendientes de resolver un volumen muy importante de convocatorias que ya han sido reflejadas en los correspondientes boletines oficiales y que todavía están en fase de tramitación o de resolución con la adjudicación de las plazas que se habían convocado. Creo que también habrá que ir trabajando en paralelo esta circunstancia y por tanto todavía, a pesar de este decreto, queda un largo camino que recorrer en los próximos dos años para conseguir el objetivo planteado, un objetivo que pasa por que el empleo público esté por encima del 92 por 100 de las plazas que estén ocupadas o, dicho de otra forma, que la temporalidad se reduzca al entorno del 8 por 100 como cifra orientativa.

[...]

Entrando de lleno en esta cuestión que nos ocupa, quiero que sepan que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la propia Unión han venido señalando de forma reiterada la importancia de activar medidas que combatieran esta temporalidad en el sector público. Por eso vamos a intentar resolver un problema que está enquistado y también vamos a intentar impedir que se pueda volver a producir en el futuro, al menos en el futuro más próximo.

[...]

Igualmente, hemos llegado a un acuerdo con las formaciones políticas para la tramitación como proyecto de ley de este texto, para operativizar la aplicación del artículo 61.6 del EBEP [Ley del estatuto básico del empleado público] en los casos en los que los interinos hayan permanecido en su puesto de trabajo durante diez años y esa plaza no se haya convocado en las correspondientes ofertas de empleo. Lo explico de otra manera, para que sus señorías me comprendan. De lo que se trata es de aplicar la excepcionalidad que establece el EBEP para aquellas personas con contratos estructurales, o interinos, que estén ocupando una plaza por un periodo de diez años, y

que esa plaza nunca se haya convocado en ninguna de las ofertas públicas de empleo; de manera que este colectivo no tendrá que realizar la fase de oposición.

[...]

Por último, y ante el posicionamiento crítico de algunos grupos parlamentarios en cuanto a que esta materia quede regulada en un real decreto-ley, les digo que el uso de la figura quedaba plenamente justificado con independencia de que, como ya les he comentado, vamos a aceptar la tramitación como proyecto de ley.»

La representante del Gobierno en el trámite de convalidación realizó manifestaciones para justificar la aprobación de la norma en el marco del art. 86.1 CE, indicando que responde al acuerdo alcanzado por el anterior ministro de Política Territorial y Función Pública con los sindicatos Comisiones Obreras, UGT y CSIF, para resolver un problema que viene de lejos y que hasta la fecha no ha sido posible abordar. Añade que «tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la propia Unión han venido señalando de forma reiterada la importancia de activar medidas que combatieran esta temporalidad en el sector público» e indica que la utilización del real decreto-ley en primer lugar «era la única opción para adoptar reformas normativas y medidas de planificación con las que abordar nuestro futuro» y, «en segundo lugar, porque tenemos urgencia para llevar a cabo estas medidas a la vista de los pronunciamientos judiciales que existen, pendientes todavía de resolución con consecuencias económicas y sociales vinculados a los mismos. En tercer lugar y no menos importante, por los compromisos que hemos asumido en el plan de recuperación, transformación y resiliencia donde la reforma de la administración pública es una línea claramente prioritaria».

c) Finalmente, debemos examinar el expediente de elaboración de la norma impugnada. En concreto, al igual que realizamos en la STC 61/2018, FJ 5, debemos tomar en consideración el documento aportado a los autos por el abogado del Estado, cuyo nombre completo es «Memoria de análisis de impacto normativo sobre el proyecto de real decreto-ley de medidas de reducción de la temporalidad en el empleo público». Este documento, elaborado conjuntamente por los ministerios de Política Territorial y Función Pública, y el Ministerio de Hacienda, lleva fecha de 5 de julio de 2021.

En la citada memoria se destaca que ante el desarrollo de los procesos de estabilización derivados de las leyes de presupuestos generales del Estado de 2017 y 2018, «en su reunión de 11 de junio de 2020, la Conferencia Sectorial de Administración Pública encargó a la comisión de coordinación del empleo público, como órgano técnico de colaboración de la conferencia sectorial, el estudio y análisis de una propuesta de reforma del texto Refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP) que aborde las cuestiones acordadas, reiterándose el compromiso con este trabajo en su reunión de 21 de septiembre. Por otro lado, el PRTR, en su componente 11 (modernización de las administraciones públicas) contempla entre sus reformas la reforma para la modernización y digitalización de la administración. La primera de las actuaciones previstas por dicha reforma son las medidas para reducir la temporalidad en las administraciones públicas, con una finalidad: consolidar un modelo de empleo público de calidad, mediante la adopción de medidas dirigidas a reducir la temporalidad, así como a establecer medidas eficaces para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo o fraudulento del empleo público temporal». Añade que «la única opción posible es una modificación legal con carácter básico para todo el conjunto de las administraciones públicas, que se debe aprobar con carácter de urgencia, tal y como se describe en el apartado 3.1 a la vista de los compromisos con la Comisión Europea de aprobar las reformas estructurales en el ámbito del empleo público necesarias para el primer semestre de 2021 en el marco del plan nacional de recuperación, transformación y resiliencia», considerando que la «modificación legal con carácter básico para el conjunto de las administraciones públicas, que contenga medidas específicamente dirigidas a la reducción de la temporalidad, junto con medidas preventivas y sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, en el sentido apuntado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» es la opción «que permite atender en mejor

medida las recomendaciones específicas dirigidas a España por el Consejo de la Unión en el marco del Semestre Europeo, así como concluir los compromisos asumidos en el PRTR».

La memoria destaca que «el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, como ocurre en el caso que nos ocupa tras los últimos pronunciamientos judiciales» y defiende que «los objetivos que se pretenden alcanzar con el mismo no pueden conseguirse a través de la tramitación de una ley por el procedimiento de urgencia, y sin que este real decreto-ley constituya un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional».

Finalmente la memoria se refiere a la conexión de sentido requerida por la jurisprudencia constitucional entre el presupuesto habilitante y la medida concreta adoptada para hacerle frente, la memoria señala que «las medidas contenidas en el real decreto-ley pretenden garantizar que las administraciones públicas inician una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la temporalidad en el empleo público, a fin de situar la tasa de cobertura temporal por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales, y, en esa medida, puede predicarse de cada una de ellas la conexión de sentido requerida por la jurisprudencia constitucional».

5. Examen de la motivación aducida por el Gobierno.

Una vez expuestos los motivos aducidos por el Gobierno en el propio real decreto-ley, en el procedimiento previo de elaboración y en el posterior de convalidación, podemos entrar a analizar su pertinencia.

Siguiendo nuestra doctrina, la determinación de la concurrencia del presupuesto habilitante exige una doble y sucesiva comprobación: en primer lugar, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación; en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3; 137/2003, de 3 de julio, FJ 4; 1/2012, de 13 de enero, FJ 7; 211/2015, de 8 de octubre, FJ 4; 64/2017, de 25 de mayo, FJ 2; 105/2018, de 4 de octubre, FJ 3, y 18/2023, de 21 de marzo, FJ 4).

En primer lugar, los recurrentes dedican una serie de objeciones al primero de los elementos del presupuesto habilitante, la definición explícita y razonada de la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Reprochan a la norma, que ha sido dictada sin que se haya respetado el presupuesto habilitante, al entender que: (i) la elevada tasa de temporalidad en la administración pública es un problema estructural de varias décadas de evolución, sin que concurren las circunstancias de imprevisibilidad exigidas, pues el incremento de personal temporal fue debido a la ausencia de dotación presupuestaria de nuevas plazas, la falta de regularidad en las convocatorias y la lentitud en los procesos de selección; (ii) no cabe sustentar la imprevisibilidad en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y a su cláusula 5 en la que se prevé la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales; (iii) la alusión a la STJUE de 3 de junio de 2021 y a la STS 649/2021 es «una simple excusa», pues la primera no afecta al legislador, sino a los órganos jurisdiccionales que ya la han aplicado mediante la STS 649/2021.

En segundo lugar, los recurrentes cuestionan la ausencia de conexión de sentido entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para subvenir a ella. De este modo afirman que salvo la previsión de un plazo máximo de tres años en los contratos de interinidad [art. 10.1 a) y c) y 10.4 TRLEEP], el resto de las modificaciones introducidas o van contra la supuesta urgencia o se limitan a reiterar principios ya recogidos, o se trata de la previsión de sanciones inocuas e innecesarias.

Vamos a detenernos en el examen de las concretas objeciones formuladas por los recurrentes, examinando en primer lugar si concurre el presupuesto habilitante para

después enjuiciar si existe conexión entre la situación de urgencia definida y la concreta regulación aprobada.

6. Definición explícita y razonada de la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad».

A este tribunal le corresponde un control externo del amplio margen de discrecionalidad política que la Constitución atribuye al Gobierno en la valoración de que concurre una extraordinaria y urgente necesidad de aprobar una norma a través del real decreto-ley. Desde el prisma de que no le corresponde a este tribunal suplir la apreciación del Gobierno sobre la concurrencia del presupuesto habilitante, y por tanto, de conformidad con el indicado control externo, podemos adelantar que el Gobierno ha satisfecho la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad», y, consiguientemente ha satisfecho la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE.

En tal sentido, conviene insistir, frente a la censura que los recurrentes a la inexistencia del presupuesto habilitante, que las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del decreto-ley puede ser independientes de su imprevisibilidad e, incluso, pueden tener su origen en la previa inactividad del propio Gobierno o de los que le han precedido, siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación y la misma requiera una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria. Tampoco está de más recordar que en el control jurídico acerca de la concurrencia del presupuesto habilitante este requisito este tribunal no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los reales decretos-leyes.

Ciertamente, el Gobierno no ha eludido reconocer –ni en la exposición de motivos ni en el debate de convalidación– coincidiendo en este aspecto con los recurrentes, que la elevada tasa de temporalidad en la función pública tiene un carácter estructural, cuya aparición no ha sido repentina, sino que tiene su origen en una pluralidad de circunstancias de varias décadas de evolución. Así lo ha explicitado de modo reiterado en la exposición de motivos, en el debate de convalidación y en la memoria de impacto normativo, pero también ha justificado de modo suficiente las razones por las que, atendidas las circunstancias sobrevenidas, la utilización del real decreto-ley era necesaria para poner remedio a dicha situación estructural sin demora, esto es, sin poder esperar a la tramitación de la norma a través del procedimiento legislativo ordinario o de urgencia.

En tal sentido, han sido varias las razones dadas por el Gobierno para razonar que concurría la extraordinaria y urgente necesidad. Tales argumentos deben ser juzgados suficientes, atendido el control externo que de las mismas corresponde a este tribunal.

a) Tal y como hemos dejado constancia de modo extenso en el fundamento anterior, en la exposición de motivos –concretamente en el apartado IV– el Gobierno ha razonado de modo explícito y suficiente la concurrencia del presupuesto habilitante para dictar el real decreto-ley. En efecto, el Gobierno, desde la destacada función que le corresponde en la dirección de la administración (art. 97 CE), apunta que la tasa de temporalidad registrada «compromete la adecuada prestación de los servicios públicos» e «impide articular políticas de recursos públicos dirigidas a garantizar la calidad de los servicios públicos». Y si bien, puede compartirse con los recurrentes que dicha situación no puede considerarse sobrevenida o imprevisible, sino estructural, sin embargo, se destaca en la exposición de motivos que la urgencia en la regulación deriva de circunstancias sobrevenidas, al ser necesaria dicha para atender el contexto de crisis sanitaria y mitigar los impactos que la misma ha tenido en el tejido social y económico, así como para proporcionar los cimientos de la recuperación. Esto es, a juicio del Gobierno la situación estructural de alta temporalidad, que comprometía inicialmente la

adecuada prestación de los servicios públicos, debe ser resuelta sin la demora que ocasionaría la tramitación de la norma por el procedimiento ordinario, al verse comprometida la recuperación de la situación ocasionada por la sobrevenida crisis sanitaria.

b) No se detiene el Gobierno en el modo en que la alta tasa de temporalidad está mermando las posibilidades de salida de la crisis, sino que destaca que la liberación de los fondos de la Unión Europea –diseñados para lograr una salida coordinada de los Estados miembros de la situación ocasionada por la pandemia– aparece condicionada al cumplimiento de los objetivos fijados en el componente 11 del plan de recuperación transformación y resiliencia. En virtud de dicho plan, España se comprometió a adoptar una reforma normativa al término del primer semestre de 2021 para poner fin a la excesiva temporalidad en el empleo público. En efecto, a la aprobación de dicha reforma en el plazo comprometido se vinculaba el apoyo financiero excepcional diseñado por el Consejo Europeo, conocido como *Next Generation EU*, por el que se garantizaba una respuesta europea coordinada con los Estados miembros para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la crisis sanitaria. De este modo, el Gobierno justifica la urgencia de la norma ante el riesgo de la pérdida de préstamos y transferencias que prevé el mecanismo para la recuperación y la resiliencia para apoyar la inversión y las reformas, de aquellos Estados miembros cuya situación económica y social se haya deteriorado más, como consecuencia de la pandemia y las medidas de restricción de la actividad económica.

c) Finalmente, destaca el Gobierno como tercera circunstancia sobrevenida para justificar la concurrencia del presupuesto habilitante la reciente sentencia dictada unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 649/2021, de 28 de junio, que «hace necesaria una intervención urgente del legislador a fin de precisar el régimen jurídico aplicable». Ciertamente en dicha sentencia, dictada en unificación de doctrina por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ante la falta de previsión legal excluye la posibilidad de indemnizar a los empleados una vez finalizado válidamente el contrato de interinidad. De tal modo que el real decreto-ley justifica la urgencia de la regulación atendida la sobrevenida sentencia del Tribunal Supremo que unificaba la doctrina y excluía la percepción de indemnización por la falta de previsión legal.

En consecuencia, por las razones expuestas por el Gobierno en la memoria de impacto normativo, la exposición de motivos de la norma y que fueron luego reiteradas por la representante del Gobierno en el debate de convalidación, y desde el prisma con el que –como hemos expuesto– debemos acometer la verificación de la concurrencia del presupuesto habilitante, podemos concluir que el Gobierno ha satisfecho suficientemente la carga de explicitar y razonar la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que le llevó a dictar el real decreto-ley que nos ocupa.

7. Presupuesto habilitante y «conexión de sentido» de las medidas adoptadas.

La conexión de sentido, entendida como la «relación de adecuación» de las medidas adoptadas y la situación de urgencia a cuya solución sirven, significa que aquellas «guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6, y 157/2016, de 22 de septiembre, FJ 5). Dicha relación entre la urgencia definida y las medidas adoptadas debe enjuiciarse atendiendo al «contenido y la estructura de las disposiciones incluidas en el decreto-ley controvertido» (STC 10/2023, de 23 de febrero, FJ 3) quedando extramuros de nuestro control todo juicio de oportunidad política acerca de la calidad y el alcance de las medidas.

Es preciso, siguiendo nuestra doctrina, descartar que concurra dicha «conexión de sentido», en aquellos supuestos en que las medidas aprobadas «por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma,

independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente» (STC 29/2016, de 18 de febrero, FJ 2, con cita de otras).

Desde la perspectiva indicada, no puede compartirse la censura que efectúan los recurrentes, pues atendiendo al control que le corresponde a este tribunal, el cual debe respetar el margen de discrecionalidad política que en la apreciación de este requisito corresponde al Gobierno, podemos considerar que no se ha vulnerado la conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de extraordinaria necesidad y urgencia definida.

Con carácter general puede afirmarse que las modificaciones normativas fueron aprobadas precisamente poco antes de que expirara el primer semestre del año 2021, esto es, en el plazo comprometido por el Gobierno en el plan de recuperación transformación y resiliencia para adoptar medidas eficaces y disuasorias que pusieran fin a la excesiva temporalidad en el empleo público y de cuya adopción se hacía depender la recepción de fondos de la Unión Europea en el marco del referido mecanismo.

Por otra parte, a diferencia de lo que manifiestan los recurrentes, es claro que las medidas comprendidas en el real decreto-ley guardan relación directa, independientemente del acierto técnico de las mismas, con el presupuesto habilitante que justifica la norma. De este modo pretenden luchar contra la temporalidad en el empleo público, garantizar la eficacia en la prestación del servicio público y dar respuesta a la necesidad de regulación de la existencia o no de un derecho de los interinos a ser indemnizados: (i) modificando la duración máxima del nombramiento del personal interino; (ii) reforzando el principio de celeridad en el procedimiento de selección del personal funcionario interino; (iii) excluyendo el derecho a ser indemnizados una vez finalizada la relación de interinidad en determinados supuestos; (iv) imponiendo la obligación de cobertura de las plazas vacantes, endureciendo las consecuencias del incumplimiento; (v) estableciendo sanciones en caso de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal temporal, así como la previsión de una compensación económica para los empleados públicos; (vi) determinando los plazos en que se deberán llevar a cabo los procesos de estabilización de empleo temporal.

No está de más recordar el criterio señalado en la STC 23/1993, FJ 5, y reiterado en la STC 93/2015, FJ 7, según el cual atendido el conjunto de preceptos que integran la norma «no es fácil aislar uno u otro precepto que, en cuanto forman parte de un conjunto sistemático de medidas, adquieren sentido en su visión global, y no desde una perspectiva meramente aislada, desde la cual podría ser más cuestionable su justificación».

De este modo, atendidas las concretas medidas adoptadas, es claro que las mismas aparecen indiscutiblemente conectadas con el objetivo de rebajar la temporalidad en el sector público con el fin de lograr que la administración pueda dar una respuesta eficaz a las necesidades de recuperación derivadas de la situación de crisis sanitaria, cumpliendo por otra parte los objetivos a cuya realización se condicionaba la percepción de fondos de la Unión Europea, y, finalmente clarificando las posibilidades indemnizatorias de los empleados sujetos a contratos de interinidad, atendida la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Es por ello que, conforme al control externo que nos incumbe, como hemos adelantado, no cabe tildar de abusiva o arbitraria la situación de extraordinaria y urgente necesidad apreciada por el Gobierno, al efecto de dictar la legislación de urgencia cuya constitucionalidad se cuestiona en este proceso, ha a preciado en la insuficiencia de la regulación legal para lograr una adecuada prestación de los servicios públicos para atender el contexto de crisis sanitaria y mitigar los impactos de la crisis sanitaria, dar cumplimiento a los objetivos fijados en el componente 11 del plan de recuperación transformación y resiliencia y establecer un marco normativo en lo que al derecho a percibir indemnizaciones por parte del personal interino, atendida la sentencia de la Sala de lo Social, núm. 649/2021, de 28 de junio.

8. Límites materiales al decreto-ley.

Los recurrentes aducen que el art. 2 del real decreto-ley, al regular un procedimiento de acceso a la función pública, vulnera el art. 86.1 CE al afectar la regulación al derecho fundamental previsto en el art. 23.2 CE.

Este motivo de impugnación tampoco puede tener acogida en tanto que el mismo, con escaso desarrollo argumental, se asienta en una idea tan restrictiva –como rechazada desde los primeros pronunciamientos de este tribunal– que «lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo ‘afectar’ de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible *ad absurdum*, tampoco puede ser aceptada» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8).

En efecto, del contenido del precepto impugnado resulta que la norma recurrida no lleva a cabo una regulación general del derecho fundamental de acceso a la función pública (art. 23.2 CE), ni de su contenido esencial, sino que se limita a autorizar una tasa adicional de estabilización de empleo temporal estableciendo los plazos de convocatorias y de resolución de las mismas, disponiendo el modo en que se deben articular estos procesos selectivos y del sistema de selección, por lo que no puede sostenerse que la regulación contenida en el real decreto-ley «afecta» al derecho reconocido en el art. 23.2 CE.

9. Conclusión.

Por todo lo señalado hemos de concluir que, en el caso del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, objeto del presente proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE, sin que la regulación contenida en su art. 2 traspase los límites materiales del Decreto-ley previstos en la Constitución y que, en consecuencia, procede que se desestime el presente recurso de inconstitucionalidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil veintitrés.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–Inmaculada Montalbán Huertas.–Ricardo Enríquez Sancho.–María Luisa Balaguer Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel Jorquera.–María Luisa Segoviano Astaburuaga.–César Tolosa Tribiño.–Laura Díez Bueso.–Firmado y rubricado.

Número de expediente: 1269/2023 (TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO)

Referencia: 1269/2023
Procedencia: TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO
Asunto: Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don ..., contra la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por los daños y perjuicios ocasionados en el cultivo de ajos de su propiedad, sita en el ..., parcela ..., del paraje ..., en el término municipal de Chauchina (Granada), contigua al río Genil, la cual se encuentra arrendada y como consecuencia, presuntamente, de la rotura, ocurrida el 29 de mayo de 2021, de una tubería que atraviesa dicha parcela de este a oeste, titularidad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y que fue instalada como consecuencia de las obras 393-GR Canal de Cubillas trozo III Pieza 1 a Chauchina, que ocasionó la inundación de la finca con el consiguiente enlodamiento y arrastre de ajos, daños por los que solicita una indemnización por importe de 55.012,48 euros.

Fecha de aprobación: 14/12/2023

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2023, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden de V. E. de 2 de noviembre de 2023, con registro de entrada el día 6 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública promovida por D.

De antecedentes resulta:

Primero. El 17 de septiembre de 2021, D. dirigió a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública por los daños que la rotura de una tubería que forma parte del Canal de Cubillas, cuya titularidad corresponde al organismo de cuenca, ocasionó en su explotación agrícola, sita en el término municipal de Chauchina (Granada).

Aportaba, a efectos probatorios, copia del contrato de arrendamiento de la mencionada finca, firmado el 1 de septiembre de 2020; copia de la denuncia presentada ante la Guardia Civil con ocasión de la rotura de la citada tubería, acaecida el 29 de mayo de 2021; copia del acta notarial de presencia, fechada el 31 de mayo de 2021, que constata que la tubería efectivamente tenía una grieta y que la finca se encontraba llena de lodo, con los ajos recogidos y mojados; y un informe pericial que señala que la superficie afectada por la inundación era de 3,38 hectáreas, que estaban dedicadas al cultivo de ajos con una densidad de plantación de 238.269 plantas/hectárea y un peso medio del bulbo seco de 70,95 gramos, y que, como consecuencia de la inundación, 39.300 kilos de ajos tuvieron que ser vendidos como partida de destrío al no tener túnica o tener solo dos o tres túnicas, provocando unas pérdidas económicas que, en aplicación de la Norma Específica de Peritaciones de Siniestros del Cultivo del Ajo en el Seguro Agrario Combinado, cabe valorar en 51.076,45 euros, así como una serie de gastos adicionales para evitar la total pudrición de los bulbos que ascendieron a 3.963,03 euros -entre ellos, la compra de un plástico negro cuya factura se adjuntaba-.

Reclamaba, por ello, una indemnización de 55.012,48 euros.

Segundo. El 28 de octubre de 2021, la secretaria general de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir acusó recibo de la reclamación presentada y requirió al interesado, bajo apercibimiento de desistimiento, para que aportase "original o copia autenticada de la documentación acreditativa de la finca presuntamente afectada" y "declaración de si el daño estaba cubierto por póliza de seguro (...) y si ha[bía] solicitado y/o recibido algún tipo de indemnización, subvención o ayuda por los hechos que motiv[aban] su reclamación".

El 24 de noviembre siguiente, el perjudicado presentó nueva copia del contrato de arrendamiento firmado el 1 de septiembre de 2020, y una declaración jurada que afirmaba que el daño no estaba cubierto por póliza alguna y que no había recibido ayuda, subvención o indemnización alguna por la rotura de la tubería que atravesaba su finca.

Tercero. El 19 de enero de 2022, el jefe de servicio de Proyectos y Obras II del organismo de cuenca emitió un informe que relata los hechos de los que trae causa la reclamación sobre la que versa la presente consulta como

sigue:

"El sábado 29 de mayo de 2021 por la tarde, , encargado del embalse de Cubillas y de la zona regable, recibe llamada de la CR de la Fuente de la Reina, avisando de la rotura de una tubería de un ramal del canal de Cubillas [titularidad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir]. A su vez, D. avisa a , trabajador de la CHG en la zona regable, y ambos se personan en el lugar de la avería lo antes posible.

Se comprueba que se trata de un ramal en fibrocemento del canal de Cubillas y se procede al corte del suministro a ese ramal mediante el cierre de las válvulas en la caseta correspondiente. También se atiende al agricultor de la parcela, que ha quedado inundada, y que se queja de la pérdida de la cosecha de ajos (...) que habían sido ya extraídos del terreno, y estaban listos para su recolección y venta".

En lo que respecta al título de imputación y a la relación de causalidad entre la actuación de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y el daño sufrido, el mencionado informe indica que "la tubería está enterrada a su paso por la zona y, para su construcción, se creó una servidumbre de acueducto en la parcela. No se puede achacar al Organismo una falta de mantenimiento, que es imposible de realizar en una tubería enterrada, tratándose de un caso fortuito que no puede ser previsto. (...) No se aprecian causas de fuerza mayor. No obstante, la circulación de maquinaria agrícola en la parcela por encima de la tubería puede haber sido la causa de la rotura o, al menos, una circunstancia que haya colaborado en esa rotura".

Y en lo que respecta al daño invocado, el citado informe se refiere a un informe pericial firmado por el ingeniero agrónomo D. , con fecha 7 de junio de 2021, que se incorpora al expediente y concluye lo siguiente:

"1. El agua vertida por la rotura de la tubería ha afectado a un 60 % de la superficie de cultivo de parte de la parcela catastral referenciada (2,0226 hectáreas).

2. En la zona afectada por el agua el rendimiento del cultivo es sensiblemente inferior al rendimiento medio de la variedad. Estimándose entorno al 50-70 %.

3. La calidad del producto ya estaba comprometida por las lluvias previas.

4. En este caso estimamos un 30 % menos de cosecha y el ajo está arrancado siendo el valor de este en el campo 0,50 euros 9800 kg /has x 2,0226 has x 0.5 €/kg = 9910,74 €. El valor de la cosecha afectada será de 9910,74 euros".

Cuarto. El 28 de abril de 2022, se notificó la apertura del trámite de audiencia al reclamante, que el 12 de mayo siguiente puso en conocimiento de la Administración de Aguas que había recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa la desestimación de su pretensión indemnizatoria por silencio administrativo, una vez transcurridos seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se le hubiese notificado la resolución del mismo.

Quinto. El 26 de octubre de 2023, el órgano instructor formuló propuesta de resolución desestimatoria.

Sexto. El 6 de noviembre de 2023, el expediente fue registrado de entrada en el Consejo de Estado. El día 24 siguiente, la autoridad consultante remitió como documentación complementaria los documentos que ya figuraban en el expediente que había sido originariamente enviado a este Alto Cuerpo Consultivo -extractados en los antecedentes primero a cuarto del presente dictamen- y aquellos que no obraban en su seno -en concreto, la propuesta de resolución a la que hace alusión el antecedente quinto de este dictamen-.

En tal estado de tramitación, se emite el presente dictamen.

I. Versa la consulta sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública promovida por D. , por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la rotura de una tubería que atravesaba su explotación agrícola, sita en el término municipal de Chaucina (Granada), y que sostiene que resulta imputable a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en tanto que titular del Canal de Cubillas, de la que aquella formaba parte; daños que valora en la suma global de 55.012,48 euros.

II. El presente dictamen se recaba con carácter preceptivo en virtud de lo dispuesto en los artículos 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado que la cuantía de la indemnización solicitada por el reclamante es igual o superior 50.000 euros.

III. La tramitación del expediente ha sido correcta, puesto que, como ha quedado expuesto en los antecedentes de este dictamen, el órgano instructor ha recabado el informe preceptivo del servicio cuyo funcionamiento ocasionó la presunta lesión indemnizable, ha dado audiencia al interesado y ha formulado propuesta de resolución.

No obstante, cabe llamar la atención de la autoridad consultante acerca del largo lapso de tiempo transcurrido entre la notificación del trámite de audiencia -el 28 de abril de 2022- y la formulación de la propuesta de resolución -el 26 de octubre de 2023- y, en este contexto, recordarle la importancia de que los procedimientos sean resueltos dentro del plazo legalmente establecido, evitando retrasos desmesurados que pueden resultar contrarios al principio de eficacia administrativa constitucionalmente consagrado.

En otro orden de ideas, se ha de tener presente que la eventual pendencia de un proceso contencioso-administrativo sobre esta cuestión -como se ha relatado en el antecedente cuarto del presente dictamen, el 12 de

mayo de 2022 el Sr. comunicó al órgano instructor que había recurrido la desestimación presunta de su solicitud indemnizatoria- no es óbice para resolver el expediente, toda vez que los artículos 21.1 y 24.3.b) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas imponen a la Administración la obligación de resolver expresamente todo procedimiento, sin vinculación alguna respecto al sentido del silencio administrativo cuando este es negativo. Sin perjuicio de lo anterior, para no quebrar el principio de cosa juzgada, antes de adoptar la resolución, la Administración tendrá que comprobar que no ha recaído sentencia definitiva en el proceso contencioso-administrativo promovido por el interesado. Y, en su caso, una vez dictada aquella, comunicarla al representante procesal de la Administración para que sea conocida por el órgano jurisdiccional ante el que se esté sustanciando el mencionado proceso.

IV. La reclamación ha sido efectuada por persona legitimada para ello, dentro del plazo de prescripción de un año, contado desde el día en que se produjo el hecho o el acto que motiva la indemnización o en que se manifiesta su efecto lesivo, que fija el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ya que la rotura de la tubería del Canal de Cubillas tuvo lugar el 29 de mayo de 2021 y la solicitud indemnizatoria fue presentada el 17 de septiembre de ese mismo año.

V. Para que se reconozca el derecho a percibir una indemnización en un caso como el ahora dictaminado, es necesario que concurran los presupuestos legalmente establecidos, a saber: a) que exista una lesión patrimonial resarcible, o lo que es lo mismo, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley y que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño sea imputable a la Administración; y c) que entre el hecho imputado y el daño efectivamente producido medie una relación de causalidad.

VI. En el asunto sometido a consulta, ha quedado acreditado que el 29 de mayo de 2021 se produjo la rotura de una tubería que formaba parte del Canal de Cubillas, cuya titularidad corresponde a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y que ello provocó una fuga de agua que anegó los terrenos que D. dedicaba al cultivo de ajos. El perjudicado y el organismo de cuenca discrepan, sin embargo, acerca de la causa de dicha rotura: este último la imputa al incumplimiento del deber de mantenimiento que pesa sobre el titular de la infraestructura, mientras que el primero niega que tal incumplimiento haya existido, advirtiendo que se trataría de un caso fortuito a cuya materialización podría haber contribuido el interesado si hubiese circulado frecuentemente con maquinaria agrícola por encima de la tubería enterrada.

Cabe destacar, en este sentido, que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha declarado con carácter general (entre otras, en la sentencia de 21 de diciembre de 2020, rec. n.º 803/2019) que "la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo".

Por el contrario, resulta imprescindible que el daño invocado sea consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal del servicio público. En los supuestos en los que la lesión sufrida se conecte con la inactividad de la Administración, no basta pues con razonar que la intervención administrativa hubiera impedido la lesión, dado que tal entendimiento de la relación de causalidad conduciría a "una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial"; "[e]s necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración (...) [y ese dato ha de ser] la existencia de un deber jurídico de actuar" -como pudiera ser el deber de mantenimiento que pesa sobre el gestor de toda infraestructura pública- (así, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, rec. n.º 2441/2005).

Por último, no puede concurrir factor alguno que rompa la relación de causalidad que vincula el comportamiento omisivo de la Administración con el daño soportado por el particular; según una reiterada jurisprudencia (sentada, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013, rec. n.º 779/2012), tales circunstancias son, en exclusiva, los hechos que comportan fuerza mayor y "el comportamiento de la víctima en la producción o padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta". La prueba de ambas corresponde a la Administración, ya que "no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó al daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia" (véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, rec. n.º 67/2006).

La aplicación de esta doctrina general al caso concreto permite concluir que media una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y el daño sufrido por el reclamante. En efecto, ha quedado acreditado que la finca que el Sr. dedicaba al cultivo del ajo, al amparo del contrato de arrendamiento que ha aportado, quedó inundada como consecuencia de la rotura de una tubería que la atravesaba y formaba parte del Canal de Cubillas, cuya titularidad y gestión correspondía al organismo de cuenca. El hecho de que la tubería estuviese enterrada no eximía a la Administración de la obligación de mantenimiento que pesaba sobre ella. Y, aunque es cierto que se desconoce la causa última de la rotura, no lo es menos que esta se produjo en la órbita del servicio público y que la confederación hidrográfica no ha probado fehacientemente que en su materialización interviniese un elemento ajeno al servicio con virtualidad para determinar la ruptura de la relación de causalidad -bien una causa de fuerza mayor como pudiera ser la presencia de lluvias torrenciales, bien la conducta del perjudicado, que simplemente se ha afirmado que podría haber

contribuido a la producción del daño si hubiese utilizado maquinaria pesada durante la ejecución de sus labores agrícolas-.

Dicho en otros términos, habiéndose producido la rotura de una tubería que formaba parte de una infraestructura cuya titularidad y gestión correspondía a la Administración de Aguas, con el deber de mantenimiento que ello conlleva, y no habiendo quedado acreditada la concurrencia de un factor externo que haya alterado el curso causal de los hechos, cabe entender que los daños ocasionados por la fuga de agua derivada de la rotura de la mencionada tubería son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del servicio.

Como ha reconocido el propio jefe de servicio de Proyectos y Obras II en su informe de 19 de enero de 2022 (extractado en el antecedente de hecho tercero del presente dictamen), estaríamos ante un caso fortuito, del que la Administración debe responder, a la vista de una jurisprudencia plenamente consolidada y habida cuenta del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial. Efectivamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (véase, por todas, la sentencia de 6 de marzo de 2003, rec. n.º 9783/1988), ha caracterizado el caso fortuito, por contraposición a la fuerza mayor en tanto que circunstancia exoneradora de la responsabilidad de la Administración, como sigue: en el caso fortuito hay "indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora")" e "interioridad (...) del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización"; mientras que en la fuerza mayor hay "indeterminación absolutamente irresistible (...), es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista" y "exterioridad (...), lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio".

La rotura de la tubería que formaba parte del Canal de Cubillas y la subsiguiente inundación de la finca por la que aquella discurría fue consecuencia de una "falta del servicio que se ignora", esto es, de una causa indeterminada, aunque directamente conectada con el funcionamiento de la infraestructura pública que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir tenía el deber de mantener en su condición de titular y gestor de la misma. Concurren pues, en este caso concreto, los presupuestos que determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del organismo de cuenca.

VII. Sentado lo anterior, procede evaluar económicamente el daño sufrido por el interesado para especificar la cuantía de la indemnización que tiene derecho a percibir al amparo del instituto de la responsabilidad patrimonial. A este respecto, obran en el expediente dos informes periciales contradictorios: un informe de parte que acompaña la reclamación presentada por el Sr., sintetizado en el antecedente primero de este dictamen; y un informe evacuado a petición de la Administración de Aguas, resumido en el antecedente tercero del presente dictamen.

Ambos discrepan acerca de la extensión de la superficie afectada por la inundación -de acuerdo con el primero, 3,38 hectáreas, y con el segundo, 2,02 hectáreas-, la calidad de los ajos cultivados -que el segundo informe sostiene que ya se hallaba comprometida por las precipitaciones que tuvieron lugar dos días antes, el 27 de mayo de 2022, cuando la cosecha ya había sido recogida, ofreciendo los datos registrados por la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET)- y, en definitiva, el dinero que el reclamante dejó de ingresar como consecuencia de la pérdida de una parte de la cosecha -que el informe de parte cifra en 51.076,45 euros, a los que habría que añadir 3.963,03 euros en concepto de gastos adicionales, y el informe emitido a instancias de la Administración en 9.910,74 euros-.

A tenor del artículo 77.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la valoración de las pruebas atinentes a los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento se realizará de conformidad con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Los dictámenes periciales, en particular, se valorarán "según las reglas de la sana crítica", con arreglo a lo dispuesto en el artículo 348 del citado cuerpo legal.

En aplicación de estas reglas, el Consejo de Estado considera que la valoración del daño efectuada por el informe pericial evacuado a petición del órgano instructor es acertada, en la medida en que tiene en cuenta algunos datos -como el menor rendimiento de la finca, en comparación con el rendimiento medio de otros cultivos similares, o la influencia de las lluvias previas en la pudrición de los bulbos, ya arrancados- que el interesado no ha rebatido, pese a poder hacerlo durante el trámite de audiencia al que se hace referencia en el antecedente cuarto del presente dictamen. Se estima, por ello, que el importe de la indemnización a la que tiene derecho el Sr. asciende a 9.910,74 euros.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial sometida a consulta y reconocer a D. el derecho a percibir una indemnización de 9.910,74 euros".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 14 de diciembre de 2023

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE ACCTAL.,

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54 - 28050 Madrid

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

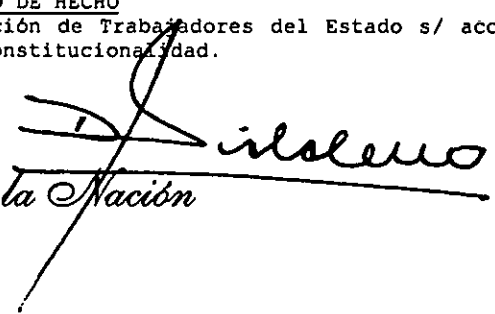
Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) y el señor Alberto Molina, empleado de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, promovieron la acción local de inconstitucionalidad solicitando que se declarara la invalidez del decreto 5/2003 mediante el cual, el Intendente de dicha ciudad, invocando una situación de emergencia general, dispuso una rebaja de las remuneraciones de los agentes municipales. La Corte de Justicia de Salta (fs. 417/426 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá) rechazó la acción de ambos actores. Para así decidir, por un lado, entendió que A.T.E. "carecía de legitimación para representar los intereses colectivos" de los trabajadores del municipio salteño, por cuanto, para la fecha de promoción de la demanda, solo actuaba en el ámbito indicado como entidad sindical simplemente inscripta dado que otro sindicato, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta, gozaba de la personería gremial (art. 28, cuarto párrafo, de la ley 23.551) y, por ende, era este último, según lo dispuesto por el art. 31 del antedicho cuerpo legal, el que tenía el derecho exclusivo de representar los mencionados intereses colectivos.

Por el otro, consideró inatendible la pretensión formulada a título individual por el señor Molina, con base en que la medida en cuestión: a. fue adoptada dentro del marco de la situación de emergencia declarada en el municipio a partir de su adhesión a la normativa de emergencia nacional y provincial; b. sus motivos consistían, esencialmente, en la necesidad de afrontar un grave déficit financiero a través del ajuste del gasto público; c. era de carácter general, pues alcanzaba a todos los agentes de categoría similar, lo cual también excluía la posibilidad de que mediaran particularizaciones arbitrarias y ajenas a su motivación. Sostuvo, asimismo, que: d. la situación de emergencia alegada y la acreditación, en la especie, de otros y diversos arbitrios tomados para superarla, excluían la irrazonabilidad reprochada; e. la rebaja salarial del señor Molina, que equivalía a un 20%, no implicaba una quita confiscatoria ni permitía considerar alterada la sustancia del contrato, ya que no se había demostrado que su aplicación produjera la ruptura del equilibrio necesario entre los servicios prestados y el salario, circunstancia que permitía descartar la vulneración del derecho de propiedad; f. la omisión de establecer el plazo de subsistencia de la rebaja no afectaba su validez, en tanto era difícil prever la duración de la crisis y la legislación de emergencia en que se sustentaba el decreto tenía el carácter de excepcional y transitoria. Señaló, finalmente, que según la doctrina administrativista, el sueldo que fija la administración puede ser modificado por ésta razonablemente.

Corresponde agregar, para una mejor inteligencia de la causa, que las quitas produjeron, según el muestreo aportado



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

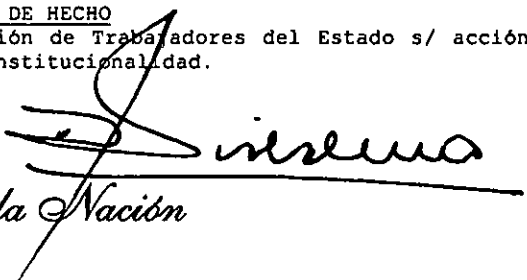
por la demandada para agentes con 15 años de antigüedad (fs. 171 y 175), del que se hizo eco la Corte de Justicia de Salta (fs. 424), que los sueldos de \$ 1.089,45 se redujeran a \$ 715,11 (escalafón profesional), los de \$ 546,56 a \$ 432,05 (escalafón general), los de \$ 519,44 a \$ 426,30 (escalafón oficial) y los de \$ 506 a \$ 412,50 (escalafón servicios gral.); vale decir, disminuciones del 34,3%, 20,80%, 19,80% y 18,30%, respectivamente.

Contra ese pronunciamiento, A.T.E. y el mencionado coactor dedujeron recurso extraordinario (fs. 428/471), en el cual, la primera, cuestiona el desconocimiento de su legitimación y también, junto con el segundo, el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la rebaja salarial dispuesta por el municipio demandado. La denegación del mencionado recurso, dio origen a la queja en examen.

2º) Que los agravios expresados por A.T.E en torno de su aptitud para representar los intereses colectivos invocados, resultan inadmisibles en la medida en que remiten a la interpretación del art. 31.a de la ley 23.551 seguida por el a quo, esto es, que el ejercicio de dicha representación formaba parte de los "derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial" (en el caso, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta). Por lo contrario, sí son admisibles en cuanto se afirman en la incompatibilidad de dicha norma con el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre lo cual ha de entenderse que medió una resolución contraria implícita del a quo, desde el momento en que fueron invocados en la demanda (cfr. fs.

21/24) y no tratados en la sentencia apelada (Fallos: 113:429; 127:170; 131:196; 158:183; 263:529; 304:1632; 305:515; 306:936; 311:95; 312:417; 313:44, entre muchos otros). Luego, reunidos los restantes recaudos de admisibilidad, procede habilitar esta instancia a tales fines (art. 14.3 de la ley 48). Con todo, cabe adelantar que en la tarea de esclarecer el alcance de disposiciones de carácter federal, la Corte no está limitada por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto en disputa de acuerdo con la interpretación que ella rectamente les otorgue (Fallos: 307:1457; 308:647; 311:2688; 312:2254, entre otros).

3°) Que para el juzgamiento del tema indicado, corresponde recordar la doctrina constitucional asentada por el Tribunal en el precedente "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" (Fallos: 331:2499 -2008-), y reiterada en el caso "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina" (Fallos: 332:2715 -2009-), según la cual, la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostiene e imponen la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, y un muy comprensivo *corpus iuris* proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en los términos del art. 75.22 de la primera. Dicho *corpus* está integrado, entre otros instrumentos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16), por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales, a su vez, se hacen eco, preceptivamente, del citado Convenio N° 87 relativo a


*Corte Suprema de Justicia de la Nación**Año de su Sesquicentenario*

la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (arts. 8.3 y 22.3, respectivamente; sobre este Convenio se volverá en el considerando siguiente).

En efecto, en la sentencia recaída in re "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" esta Corte ha expresado que el aludido principio constitucional consagra la libertad para todos los sindicatos, con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial (cit., ps. 2510/2511). Sobre tal base, la Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de la ley 23.551, en la medida en que concedían a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos —mediante el otorgamiento de la personería gremial— privilegios que excedían de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual iba en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aquéllos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación (cit., especialmente ps. 2511/2514, considerandos 8° y 9°; "Rossi", cit., ps. 2721/2727, considerandos 3° a 7°).

4°) Que, al igual que en los precedentes citados, tampoco puede soslayarse en la presente cuestión el aporte del ya citado Convenio N° 87 de la OIT, instrumento indudablemente fundamental en la materia, según ha quedado extensamente demos-

trado en la recordada sentencia "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" (cit., ps. 2506/2508 y 2511/2513, considerandos 4º, 5º y 8º; "Rossi", cit., ps. 2723/2724). Este cuerpo legal es concluyente en cuanto obliga al Estado a "abstenerse de toda intervención que tienda a limitar [...] o a entorpecer [el] ejercicio legal" del derecho de las "organizaciones de trabajadores [...] de organizar [...] sus actividades y el de formular su programa de acción" (art. 3.1 y 2). La "legislación nacional", agrega, "no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio" (art. 8.2), al tiempo que, por su art. 10, aclara que el término "organización" significa "toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores".

Aun cuando lo expuesto bastaría para decidir la cuestión bajo examen, es oportuno memorar los antecedentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, instituida por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión (1926) y que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (*Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Sección VI). Esto es así, puesto que ese órgano internacional tiene dicho, y repetido, que no se compece con el Convenio N° 87 la norma del art. 31.a de la ley 23.551, que privilegia "a las asociaciones sindicales con personería gremial frente a las demás asociaciones, en materia de representación de intereses colectivos dife-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

rentes de la negociación colectiva" (Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), Publicación 1993; Observación individual... Argentina... Publicación 1996; Observación individual... Argentina... Publicación 1997; Observación individual... Argentina... Publicación 1998; Observación individual... Argentina... Publicación 1999; Observación individual... Argentina... Publicación 2001).

5°) Que, en suma, con arreglo a los antecedentes de los que se ha hecho mérito, no cabe sino concluir en que el derecho invocado por la coactora A.T.E. de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el presente reclamo judicial, está inequívocamente reconocido por las aludidas normas de jerarquía constitucional. Normas con las cuales, por ende, es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art. 31.a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras.

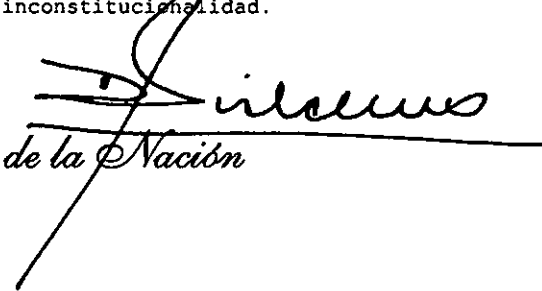
6°) Que, en tales condiciones, corresponde examinar los agravios que, sobre el fondo de la contienda, sostienen tanto A.T.E. como el señor Molina, máxime cuando, además de lo previsto en el art. 16, segunda parte, de la ley 48, los alcances de la motivación del fallo atacado traducen, implícitamente, una respuesta adversa al reclamo sustancial de aquella asociación. Al respecto, también procede habilitar esta instancia extraordinaria, pues los planteos ponen en cuestión la validez de una

norma provincial por ser repugnante al derecho federal y la decisión ha sido en favor de la primera (art. 14.2 de la ley 48). Mas, también en este capítulo debe hacerse la salvedad expresada en el considerando 2º, en orden a que la Corte no está limitada por los argumentos de las partes.

El asunto a examinar, en síntesis, será la validez constitucional de la quita en la retribución de trabajadores públicos, dispuesta por una autoridad municipal con base en una invocada situación de emergencia económica.

7º) Que el Tribunal, en el precedente "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", al que remite en razón de brevedad, ha tenido oportunidad de señalar la extensa serie de antecedentes jurídicos e institucionales demostrativa de la temprana y permanente preocupación del derecho de los derechos humanos, tanto nacional como internacional, por el salario, su justicia y protección (Fallos: 332:2043 -2009-). Esta cuestión, puntualizó, no ha cesado de emerger en la historia de la humanidad desde antiguo, con la gravedad que significa poner en juego créditos de evidente naturaleza alimentaria, que interesan a vastos sectores de la población y que se originan en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en disfavor del empleado (p. 2054 y sus citas).

Asentó, asimismo y sobre dichas bases, una conclusión: el salario es el medio por el cual el trabajador "se gana la vida" (ps. 2055/2056). Dato elemental, por cierto, pero de esencial relevancia para esta litis, toda vez que constituye el eje mayor para esclarecerla. En efecto, la expresión entrecomi-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

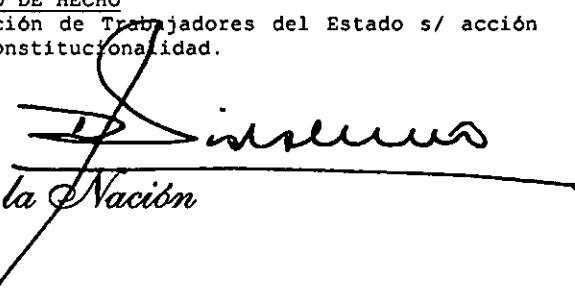
llada, no por su sencillez, deja de ser más que elocuente para mostrar la directa e indisociable atadura que une a la remuneración con la vida misma de un empleado y, regularmente, de su familia (v.gr. PIDESC, art. 7.a.ii). Ganarse la vida es obtener, como mínimo, lo necesario para acceder a la salud; a la educación; a la cultura; a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye, *inter alia*, alimento adecuado, vivienda adecuada y vestido adecuado; al descanso, entre muchos otros bienes del terreno de los derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Empero, y por lo mismo, la proyección del salario es de alcances incluso mayores, dado que también comprende el ejercicio de los derechos humanos civiles y políticos, desde el momento en que, conforme al ya universalmente consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el antedicho ejercicio es "imposible" sin el goce paralelo de los derechos económicos, sociales y culturales (Proclamación de Teherán, 1968, párr. 13; asimismo: Resolución 32/130, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16-12-1977, y los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del PIDESC). Principio afirmado en "los planos no sólo doctrinal sino también operativo, o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (excepciones preliminares y fondo), sentencia del 24-11-2006, Serie C N° 158, voto del juez Cançado Trindade, párr. 7). Más aún; estas proyecciones, por alcanzar a la familia del empleado, permiten vincular la presente problemática con la "pro-

tección integral" de aquélla (Constitución Nacional, art. 14 bis).

Y el punto adquiere todavía mayor gravedad, a poco que se advierta que lo traído a la liza por vía de la remuneración, es el derecho del trabajador a ganarse la vida, sí, pero una "vida digna", como con toda justeza lo prescriben los arts. 7.a.ii del PIDESC y 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se sigue de los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por no citar más que preceptos de jerarquía constitucional. De ahí que, a su vez, corresponde resaltar dos circunstancias. Por un lado, que tal como lo sostiene el intérprete más autorizado del PIDESC en el plano internacional, esto es, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Torrillo", Fallos: 332:709, 713 -2009-), solo es calificable de "trabajo digno" el que "respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de [...] remuneración" (*Observación general N° 18. El derecho al trabajo*, párr. 7; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", cit., p. 2054). Por el otro, que debe verse al trabajo, en definitiva, en toda su trascendencia, como un medio para que, el que lo presta, "logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano" ("Torrillo", cit., p. 715; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párr. 158).

8°) Que lo expuesto en el considerando antecedente tiene como propósito deliberado poner de manifiesto la índole



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

"vital" de reclamos como el presente, y en la doble acepción del adjetivo, esto es, como perteneciente o relativo a la vida, así como de suma importancia o trascendencia. De ahí que también lo elemental haya sido significado, en dicho considerando, en el sentido de obvio o evidente, y de fundamental o primordial.

De ello se sigue, entonces, que la determinación jurídica de los alcances de la protección del salario, en el caso, la intangibilidad de su importe, se vuelva inconcebible o, al menos, desencaminada, si se la desplaza del ámbito que le es propio, el derecho de los derechos humanos (nacional e internacional). O si se prescinde de reparar en sus múltiples efectos sobre la realidad, vale decir, su directa y notoria repercusión sobre el grado o la medida del acceso del trabajador y de su familia al goce y ejercicio de derechos fundamentales de vastedad y honduras inocultables. Dicha determinación, en breve, habrá de hacerse cargo, si lo que pretende es hacer justicia *in concreto*, de que lo que tiene entre sus manos es uno de los medios mayores, por cierto, que tributan o tienden a posibilitar que la persona humana pueda llevar una vida digna en la existencia, lo cual deriva, naturalmente, de su dignidad esencial.

Es de recordar, incluso, que dicha dignidad intrínseca o inherente al ser humano, además de ser el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional, se relaciona con el trabajo en términos "naturalmente entrañables", según lo reconocen con claridad los citados arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 7.a.ii del PIDESC, así como ya lo habían hecho,

entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, respectivamente ("Madorrán", Fallos: 330:1989, 2004 -2007-; asimismo: "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", cit., p. 2059). En otras palabras, la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta, en lo inmediato, en un proceso más comprensivo, concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, lo cual ha tenido, entre sus propósitos fundamentales, la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado. Y, mediatamente, en el desarrollo de la protección y realización de los derechos humanos en general ("Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.", cit., p. 2054).

9º) Que el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, por ende, el principio protectorio del trabajo y del trabajador que enuncia, son aplicables por entero al empleado público y a la relación de empleo público, tal como se señala en el precedente "Madorrán" (cit., p. 1999). Que, habida cuenta de las fuentes institucionales de las que se ha hecho mérito y de las que se hará, cabe añadir, de un lado y para el sistema interamericano, la doctrina de la Corte IDH: "[e]n el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos [...] ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente" (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párr. 139; asimismo: párrs. 138 y 152). Derechos previstos en "el sistema jurídico nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

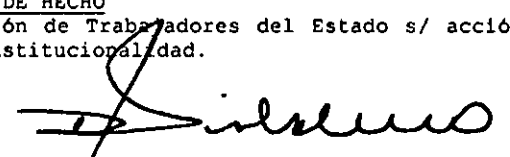
e internacional" (ídem, párr. 155). Y, del otro, para el régimen universal, el recordado Comité: el derecho humano al trabajo "[e]ngloba todo tipo de trabajos" (*Observación general* N° 18, cit., párr. 6; asimismo: párrs. 31.b y 43), lo cual, además, se ve demostrado en su práctica de control sobre el empleo público, p.ej., en materia de remuneraciones (*Observaciones finales: Argentina*, 2010, párr. 10), de jornada de trabajo (*Observaciones finales: Japón*, 2001, párrs. 19 y 46), de discriminación (ídem, párrs. 15, 42 y 52) y de prestaciones de desempleo (*Observaciones finales: Argentina*, 1999, párr. 14).

De consiguiente, cuatro principios de jerarquía constitucional rigen el desenlace de esta contienda. En primer término, el trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3689 y 3690 -2004-; "Aquino", Fallos: 327:3753, 3770 y 3797 -2004-; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", cit., p. 2055), y goza de la "protección especial" del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los derechos sociales del trabajador (art. 2.a), la cual ampara a los trabajadores "de toda clase" y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Ascuá", Fallos: 333:1361, 1369/1370 -2010-).

En segundo lugar, sobre lo que se volverá en el considerando siguiente, la justicia social. Esta, así como traduce "la justicia en su más alta expresión", no tiene otro norte que alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida me-

dian­te las cuales es po­si­ble a la per­so­na hu­ma­na de­sar­rollar­se con­for­me con su ex­cel­sa di­g­ni­dad" ("Ma­dor­rán", cit., p. 2002 y sus ci­tas). La jus­ti­cia so­cial, por lo de­más, al tie­mpo que de­ri­va de­re­cham­en­te de la Con­sti­tu­ción his­tó­rica, pues el Preámbu­lo pro­cla­ma el a­se­gu­ra­mien­to del "bien­es­tar ge­ne­ral" ("Ber­çaitz", Fallos: 289: 430, 436 -1974-; asimis­mo: Fallos: 293:26, 27 -1975-), se ha vi­sto reafir­ma­da y re­for­za­da por las re­for­mas, de 1957, al re­co­ger las ten­den­cias del lla­ma­do con­sti­tu­cio­na­lis­mo so­cial (art. 14 bis cit.; "Aqui­no", cit., ps. 3770, 3788 y 3797; "Ma­dor­rán", cit., p. 1999), y de 1994, para la cual lo que cuen­ta es el "de­sar­rol­lo hu­ma­no" y el "pro­gre­so eco­nó­mico con jus­ti­cia so­cial" (art. 75.19; "Aqui­no", cit., ps. 3779/3780; "Ma­dor­rán", cit., p. 2002; "Tor­ri­llo", cit., p. 715).

En ter­cer tér­mi­no, el prin­ci­pio de pro­gre­si­vi­dad, el cual, para lo que in­te­re­sa, im­pone que to­das las me­di­das es­ta­ta­les de ca­rácter de­li­be­ra­da­men­te "re­gre­si­vo" en ma­te­ria de de­re­chos hu­ma­nos, tal como lo es el de­cre­to 5/2003 im­pug­na­do, re­quie­ran la con­si­de­ra­ción "más cui­da­do­sa", y de­ban "jus­ti­fi­car­se plenam­en­te", v.gr., con re­fe­ren­cia a la "to­ta­li­dad de los de­re­chos pre­vis­tos" en el PIDESC y en el con­tex­to del a­pro­ve­cha­mien­to pleno del "máxi­mo de los re­cur­sos" de que el Es­ta­do dis­pon­ga (*Ob­ser­va­ción ge­ne­ral N° 18*, cit., párr. 21; asimis­mo, del ci­ta­do Co­mi­té: *Ob­ser­va­ción ge­ne­ral N° 17* -párr. 27- y 19 -párr. 42- en­tre o­tras). En este sen­ti­do se a­li­nean co­no­ci­dos an­te­ce­den­tes de esta Corte ("Aqui­no", cit., ps. 3774/3776; "Ma­dor­rán", cit., p. 2004; "Mi­lone", Fallos: 327:4607, 4619 -2004-; "Tor­ri­llo", cit., p. 722; asimis­mo: "Me­di­na, Or­lan­do Ru­bén y o­tro­s c/ So­lar Ser­vi­cios On Line Ar­gen­ti­na S.A.", Fallos: 331:250 y sus ci­tas


*Corte Suprema de Justicia de la Nación**Año de su Sesquicentenario*

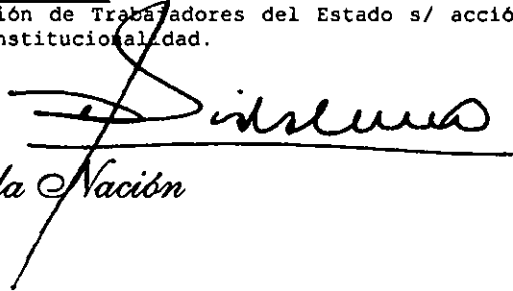
-2008-; "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever Argentina S.A", Fallos 330:5435, 5454 -2007- voto de los jueces Fayt y Petracchi; "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS", Fallos: 328:1602, 1624/1625 -2005- voto del juez Maqueda). En términos idénticos, es dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú* (excepción preliminar y fondo, 1-7-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103; asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros - El Salvador*, 20-3-2009, párr. 105 y ss). Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un "orden social justo", convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, del principio según el cual "el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia" (art. 45.b).

En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada *Observación general N° 18* (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias

(v.gr. *Observación general N° 14* -párr. 32-, 15 -párr. 19-, 17 -párr. 27), así como también lo ha hecho esta Corte ("*Medina*", cit., p. 259 y sus citas; v. asimismo: "*Aquino*", cit., p. 3775, y "*Silva*", cit., p. 5454). La regresividad, en suma, "contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos" (*Caso Acevedo Buendía...*, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21).

Y, finalmente, en cuarto lugar, que la aludida realización en la persona del empleado del "derecho a perseguir su bienestar material" por intermedio del trabajo asalariado, ha de estar rodeada, entre otras condiciones, de "seguridad económica", según lo impone a los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de los Fines y Objetivos de esta institución, del 10 de mayo de 1944, llamada Declaración de Filadelfia (II.a). Luego, si bien los Estados tienen un margen en el que pueden ejercer su criterio para cumplir con el art. 2.1 del PIDESC, no por ello esta norma deja de imponerles claramente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para velar por que todas las personas queden protegidas frente a la "inseguridad en el empleo" (*Observación general N° 18*, cit., párr. 37). Después de todo, el salario al que tenían derecho los empleados del municipio salteño, no era otro que el que éste mismo justipreció como retributivo del esfuerzo e importancia de las tareas desarrolladas por aquéllos ("*Vizzoti*", cit., p. 3693).

10) Que los principios aplicables en el sub examine precedentemente enunciados, deben ser completados con otros tres, no menos estructurales del Derecho Internacional de los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

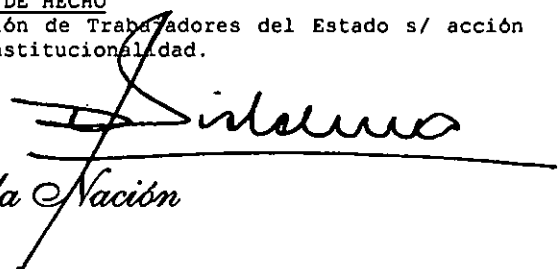
Año de su Sesquicentenario

Derechos Humanos constitucionalizado. Los dos primeros entrañan obligaciones del Estado, de sentidos opuestos, pero complementarios tanto entre sí cuanto del ya mencionado principio de progresividad. Por un lado, el deber (positivo) de "adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna" (Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo), sentencia del 17-6-2005, Serie C N° 125, párr. 162 y sus citas; asimismo: párrs. 161, 163, 168, 172, 176, 221 y sus citas; en sentido análogo: *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (fondo), sentencia del 29-3-2006, Serie C N° 146, párrs. 151/153), mayormente cuando el derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a "elevar el nivel de vida" (*Observación general N° 18*, cit., párr. 26; Declaración Socio-Laboral del Mercosur, art. 14), lo cual especifica la obligación general de asegurar el derecho de las personas "a una mejora continua de las condiciones de existencia" (PIDESC, art. 11.1; "Milone", cit., p. 4619; "Aquino", cit., p. 3775, "Medina", cit., p. 259). Y, por el otro, el compromiso (negativo) de "respetar" los mentados derechos, lo cual le requiere abstenerse de tomar medidas que interfirieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado (*Observación general N° 18*, cit., párr. 22). Es evidente que si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas positivas, con mayor razón está obligado a no adoptar las que contradigan dicha obligación (Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 *Convención Americana sobre Derechos*

Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, 16-7-1993, Serie A N° 13, párr. 26; *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, 9-12-1994, Serie A N° 14, párrs. 33 y 36).

El tercer motivo reside en un principio que "informa todo el derecho de los derechos humanos" y resulta "connatural" con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ("Maddorán", cit., p. 2004). Se trata, por cierto, del principio *pro homine* o *pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., ídem, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A N° 6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten.

11) Que todo lo antedicho, desde luego, no implica negar que el Estado, para conjurar, en aras del bien común, las



Corte Suprema de Justicia de la Nación

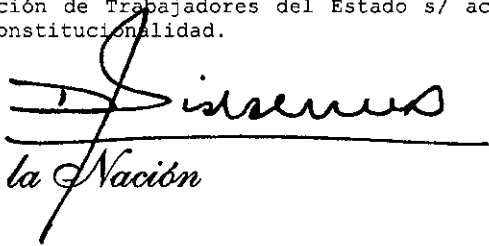
Año de su Sesquicentenario

llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados ("Guida", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618 -2000-; "Tobar", Fallos: 325:2059, 2077, 2082, 2083 -2002-; "Müller", Fallos: 326:1138, 1145, 1146, 1147 -2003-). Empero, sí entraña, y de manera terminante, que esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables, que el decreto 5/2003 ha traspasado abierta y, sobre todo, largamente. En efecto, de acuerdo con lo expuesto al comienzo, esa disposición, por un lado, provocó mermas, a partir de enero de 2003, que alcanzaron el muy significativo porcentaje del 18,3 del salario, como mínimo, pues para el señor Molina fue del 20% y para algunas otras categorías del 34,3%. Y, por el otro, incidió en tamaña medida nada menos que sobre remuneraciones que, por sus más que estrechas cuantías, resultaban marcada y particularmente sensibles a una reducción. Obsérvese que de la alegación de las actoras basada en datos del Instituto Nacional de Estadística y Censo, no refutada por la demandada, se sigue que la quita emplazaba, a todas las retribuciones, por debajo de la línea de pobreza y, a las de menor cuantía, apenas por encima de la línea de indigencia (v. fs. 28).

La norma, de consiguiente, parece haber olvidado, además de los principios y pautas de los que se ha hecho mérito, y de que el citado art. 14 bis es cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas ("Madorrán", cit., p. 2007; "Masaglia y otros", Fallos: 269:230, 234 y su cita -1967-), otras dos premisas capi-

tales. Por un lado, que las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" y una "grave escasez de recursos", hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia "mayor, no menor". Y, por el otro, que la "protección" de las "capas vulnerables de la población" es, precisamente, "el objetivo básico del ajuste económico" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 2* -párr. 9-; asimismo: Nros. 5 -párr. 10-, 6 -párr. 17-, 12 -párr. 28-, 14 -párr. 18-, entre otras). Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger "en particular a los grupos más vulnerables" (ídem, *Observaciones finales: Bulgaria*, 1999, párr. 23, v. asimismo: párrs. 14 y 24), cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, "deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" al art. 14 bis constitucional ("Vizzoti", cit., p. 3688), tutela ésta que, por ende, impone "un particular enfoque para el control de constitucionalidad" (ídem).

Con igual claridad, procede destacarlo, se pronuncia el *Pacto Mundial para el Empleo* (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009): entre las políticas a adoptar ante una crisis -expresa- se encuentra la protección de "las personas y las familias afectadas por [ésta], en particular las más vulnerables" (p. V). A su turno, la *Memoria del Director General* de la OIT, hace notar dos datos de particular importancia, los cuales, a su vez, permiten responder a la "cuestión de la equidad".



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Advierte, primeramente, que la arquitectura del Pacto se ha inspirado en la perspectiva de la justicia social. Y, en segundo término, que el trabajo decente (digno, cabe precisar, en palabras del reiteradamente citado art. 14 bis) es, precisamente, uno de los "cimientos" de "un proceso sostenible de reducción del déficit y la deuda" y de "estabilidad social". En tales condiciones, la anticipada "cuestión de la equidad", vale decir, "¿qué capas de la sociedad deberán soportar el costo de la crisis, y cómo se puede proteger mejor y dar más autonomía a los más vulnerables?", tiene una respuesta ineludible: "no puede ser que ese peso recaiga en última instancia en las familias trabajadoras [...]" (*Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente. Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 99º reunión, 2010, ps. 2 –párrs. 10 y 11– y 1 –párrs. 5º y 4º–*). El goce de los derechos humanos es un "pre-requisito" del desarrollo económico (v. "Torrillo", cit., p. 720).

En definitiva, es cuestión de armonizar la protección de los derechos humanos, en esta litis, los del empleado público, con las potestades públicas, pues si aquellos no son absolutos, tampoco lo son éstas ("Madorrán", cit., ps. 2006 –y sus citas– y 2013). El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2), "concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias

que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad'" (*La Expresión "Leyes" en el Artículo 30...*, cit., párr. 29).

En estas condiciones, se vuelve inoficioso estudiar si la norma de emergencia impugnada satisfizo los restantes recaudos que condicionan su validez y, con mayor razón, si encontraría sustento en el ejercicio de las atribuciones regulares de las autoridades, aludida por el a quo.

12) Que, en suma, corresponde declarar la inconstitucionalidad, por un lado, del art. 31.a de la ley 23.551, en cuanto impidió que A.T.E. representara los intereses colectivos invocados por considerárselo un derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial. Y, por el otro, del decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, respecto de las quitas salariales que impuso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos por A.T.E. y el señor Molina, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados en el considerando 12, con costas (art. 68 del

-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

-//-Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.



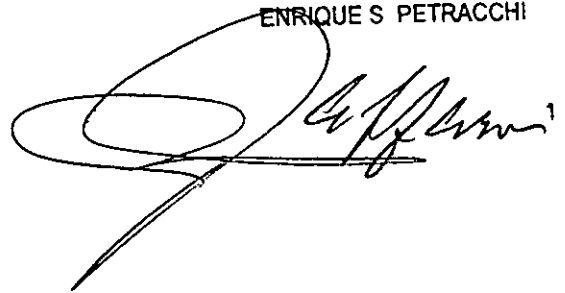
CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA



ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por la coactora Asociación de Trabajadores del Estado, representada por el Sr. Vicente Leopoldo Martí, y el coactor Alberto Molina, ambos patrocinados por los Dres. Oscar Esteban Cabrini y Matías Cremona.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Corte de Justicia de Salta.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 19 de agosto de 1999.

Vistos los autos: "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que confirmó la de la instancia anterior, la cual había declarado la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y 771/96 y su inaplicabilidad al actor, el demandado Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 111/111 vta.

2º) Que, para así resolver, la cámara estimó, en primer lugar, que la vía del amparo era apta para la protección constitucional directa y expedita que precisamente reclamaba el actor en este litigio. En cuanto al fondo, el a quo juzgó que el Poder Ejecutivo no había expresado en los considerandos de los decretos ni demostrado en el sub lite, sobre qué bases sostenía la necesidad de acudir a las excepcionalísimas facultades legislativas cuyo ejercicio habilitaba restrictivamente el art. 99 de la Constitución Nacional. Finalmente, la cámara señaló que, habida cuenta de que los decretos derogaban la ley 18.017 y excluían de sus previsiones a los trabajadores con remuneración mensual superior a los mil pesos (arts. 2º y 11º del decreto 770/96), carecían de razonabilidad también en cuanto a su sustancia y merecían la tacha de inconstitucionalidad, puesto que privaban totalmente al actor de beneficios gozados durante años bajo la ley 18.017.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de actos de autoridad nacional -decretos 770 y 771 del Poder Ejecutivo Nacional dictados en el año 1996-, y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1º, ley 48).

4°) Que el agravio atinente a la improcedencia formal de la vía procesal del amparo es infundado en esta instancia, pues el apelante se limita a repetir argumentos presentados y oportunamente rechazados por los magistrados de la causa, sin rebatir, por su parte, los fundamentos desarrollados al respecto por el a quo, sobre la base de la tutela reforzada de las garantías y derechos constitucionales -entre ellos, el art. 14 bis de la Ley Fundamental- que se infiere de la actual jerarquía constitucional de este procedimiento extraordinario.

5°) Que el recurrente centra su principal agravio en la circunstancia de que el actor, a su juicio, no habría demostrado la ilegalidad manifiesta, patente, incontestable, que viciaría los decretos impugnados, emitidos en el año 1996 por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de facultades legislativas que, admitidas por la doctrina y la jurisprudencia, habían sido explícitamente incorporadas en el texto constitucional reformado en 1994, acotando el poder del Congreso de la Nación. En cuanto a la razonabilidad sustancial de los decretos, el demandado afirma que ellos no desconocen derechos consagrados en el art. 14 bis de la Constitución Nacional pues consagran un sistema justo y equitativo respecto de las asignaciones familiares, que asegura la protección de los trabajadores de menores ingresos.

6°) Que el art. 2° del decreto 770/96 establece: "Quedan excluidos de las prestaciones de este decreto, con excepción de la asignación por maternidad, las personas cuya remuneración sea superior a pesos mil (\$ 1.000)". Por su parte, el art. 11 dispone: "Se deja sin efecto la ley 18.017, sus decretos reglamentarios y toda otra norma que se oponga al presente régimen". Ello significa que el actor, cuya remuneración consta a fs. 2, se vería privado en forma total -de estar vigente a su respecto el régimen impugnado- de toda percepción de asignaciones familiares, incluidas en lo que se ha denominado el "salario familiar", que concretan la garantía de la protección integral de la familia, contenida en la

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Constitución Nacional (art. 14 bis; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 23.313, art. 10, párrafo 1, que goza de jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental). Es decir que, en atención a que los decretos concretan la derogación de una ley formal, como así también en lo que respecta al contenido material de la regulación, cabe concluir que el Poder Ejecutivo Nacional ha ejercido una actividad materialmente legislativa, con injerencia en la función propia del Congreso de la Nación.

7°) Que los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el art. 1° de la Constitución Nacional. En este sentido, los arts. 23, 76 y 99 revelan la preocupación del poder constituyente por mantener intangible como principio un esquema que, si bien completado con la doctrina de los controles recíprocos que los diversos órganos se ejercen, constituye uno de los pilares de la organización de la Nación, por cuanto previene los abusos gestados por la concentración del poder. Considérese que la reforma fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial. En este sentido, el art. 99, inc. 3°, segundo párrafo, contiene la regla general que expresa el principio en términos categóricos: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" (conf. causa S. 621.XXIX "Sallago, Alberto Asdrúbal c/ ASTRA C.A.P.S.A. s/ despido", del 10 de octubre de 1996, disidencias de los jueces Belluscio y Bossert).

8°) Que el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el

Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989. En efecto, el párrafo tercero del inc. 3, del art. 99, dice: "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros". A continuación, en el último párrafo, la norma constitucional regula exigencias formales para la comunicación del decreto que se hubiera emitido a una comisión bicameral permanente del Congreso, y para su tratamiento en ambas cámaras.

9º) Que cabe concluir que esa norma ha definido el estado de necesidad que justifica la excepción a la regla general y la admisión del dictado de estos decretos, y que ese estado se presenta únicamente "cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes" (art. 99, inc. 3, citado). Por tanto, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Contrariamente a lo que sostiene el recurrente (fs. 87 vta./88), corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia (conf., con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional de 1994, Fallos: 318:1154, considerando 9º) y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

10) Que los considerandos del decreto 770/96 se limitan a sostener que "resulta imperativa" la incorporación al ordenamiento jurídico de las pautas de un acuerdo suscripto en 1994 entre representantes del gobierno y de las asociaciones representativas del trabajo y de la producción, y que resulta "indispensable" adecuar el régimen a la disponibilidad de recursos. Más adelante, se expresa que la prolongación del statu quo imperante agravaría tanto el deterioro financiero del régimen de asignaciones familiares como el incumplimiento de sus fines de promoción familiar y protección social. Estas afirmaciones resultan dogmáticas e insuficientes pues no alcanzan a justificar la imposibilidad de revitalizar el régimen de las asignaciones familiares por medio del ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la Nación. Máxime cuando se trata de derechos sociales, tutelados explícitamente en la Constitución Nacional, los cuales pueden y deben ser reglamentados por leyes formales -fruto de los debidos consensos obtenidos por los representantes para dar respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad-, pero nunca aniquilados, ni aun en la emergencia. En estas condiciones, cabe concluir en la invalidez de los decretos cuestionados en

el sub lite, por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la norma constitucional describe con rigor de vocabulario.

11) Que contrariamente a lo que sostiene el recurrente, la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99, inc. 3, párrafo cuarto in fine) no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación. Ninguna voluntad de ratificación de las injerencias del Poder Ejecutivo se desprende, por otra parte, del dictado de la ley 24.714, que establece la derogación de los decretos 770 y 771 y la aplicación retroactiva del régimen que aprueba a partir del 1° de agosto de 1996 (conf. arts. 25 y 19 en su redacción original, vetada parcialmente por el decreto 1165 del 16 de octubre de 1996).

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por el Fisco Nacional, y se confirma la sentencia de fs. 71/76. Las costas se imponen por su orden también en esta instancia en atención a las dificultades jurídicas del tema debatido. Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO (en disidencia) - EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia) - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (por su voto) - ANTONIO BOGGIANO (por su voto) - GUILLERMO A. F. LOPEZ (en disidencia) - GUSTAVO A. BOSSERT. ES COPIA VO -//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI

Considerando:

Que comparto los considerandos 1° a 6° del voto de la mayoría, que doy por reproducidos.

Corresponde, por lo tanto, pronunciarse sobre el fondo del asunto. Esto es, si el decreto "de necesidad y urgencia" 770/96 es o no compatible con la Constitución Nacional (la validez del decreto 771/96, que reglamenta a aquél, dependerá de la conclusión que se adopte respecto del primero).

7°) Que la Reforma Constitucional de 1994 introdujo en el art. 99, inc. 3°, de la Ley Fundamental, la regulación de los decretos de necesidad y urgencia. "[...] El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

8°) Que es preciso establecer los alcances de la

norma transcrita, para lo cual es necesario tener presente las exposiciones de los señores convencionales en los debates que precedieron su sanción. En especial, resulta significativo lo expresado por los representantes de los partidos políticos (justicialismo y radicalismo) que respaldaron el despacho de mayoría de la Comisión de Coincidencias Básicas que fue, en definitiva, el párrafo sancionado (conf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná 1994, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, Tomo II, pág. 2201 y Tomo III, pág. 2707).

El texto que se refiere a los decretos de necesidad y urgencia fue apoyado por los mencionados bloques y criticado por convencionales pertenecientes a otros sectores. La última intervención, previa al cierre del debate, fue la del convencional Alasino, presidente del bloque justicialista. Antes había hablado el convencional Alvarez quien manifestó, con relación a esta clase de decretos, que no se había adoptado la "fórmula italiana", ni la "fórmula española", sino la "fórmula Bauzá": "Llegaron a la fórmula criolla que nos impide saber qué pasa luego de que el ministro coordinador someta a la consideración del Congreso de la Nación los decretos de necesidad y urgencia. ¡Caso inédito! [...] los decretos de necesidad y urgencia quedarán atrapados en las relaciones de fuerza circunstanciales que se den en la Cámara de Diputados" (diario citado., Tomo III, pág. 2680).

Alasino respondió a esa crítica y dijo: "Por otra parte, no quiero que en el Diario de Sesiones quede un error producto quizás de la facilidad que tiene mi amigo y compañero el señor convencional Alvarez para comunicar sus ideas. El régimen de los decretos de necesidad y urgencia que adoptamos es el del sistema español; no es el llamado sistema Bauzá. Es cierto que discutimos mucho acerca de cuál de los dos sistemas íbamos a adoptar, si el español o el italiano. Además, las limitaciones que en este aspecto se estipulan en razón de materia están tomadas textualmente de la Constitución española, a las que se ha agregado la vinculada con el sistema

Corte Suprema de Justicia de la Nación

electoral. De manera que nuestra propuesta apenas incluye un tema más que la enumeración que trae la Constitución española" (diario citado, Tomo III, pág. 2687).

9°) Que si fuera cierto que "el régimen de los decretos de necesidad y urgencia que adoptamos es el del sistema español" (loc. cit.), parece imprescindible recurrir a la fuente del sistema instaurado por la Reforma de 1994, esto es, la Constitución Española de 1978 cuyo art. 86.1 establece "En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes [sigue una enumeración de instituciones, derechos y regímenes que aquéllos "no podrán afectar"]". 2 "Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario [...]".

10) Que los constitucionalistas españoles se refieren al decreto-ley como a la "actuación concurrente de uno y otro órgano constitucional" (gobierno y Congreso de los Diputados), o como al "acto de un órgano complejo" o, por fin, como "un procedimiento complejo con dos subprocedimientos que dan lugar a otros tantos actos que, aunque concatenados, son independientes entre sí" (Salas, Javier, Los Decretos-Leyes en la Teoría y en la Práctica Constitucional, en "Estudios sobre la Constitución Española", Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, pág. 305 y notas 133 y 134).

En un sentido análogo, el convencional Ortiz Pellegrini, integrante de la Comisión de Coincidencias Básicas, expresó en el seno de la Convención Reformadora de 1994 que "En la etapa procedimental [de los decretos de necesidad y urgencia] podemos distinguir dos subetapas: la ejecutiva y la

legislativa" (diario citado, Tomo II, pág. 2451).

11) Que la primera parte de la "subetapa legislativa" supone -según el art. 99, inc. 3° de la Constitución- la necesaria intervención de la Comisión Bicameral Permanente, a la que compete formular despacho y elevarlo en un plazo de diez días al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento (art. cit.). Ese despacho será -segunda parte de la "subetapa legislativa"- "el que de inmediato considerarán las Cámaras".

Una "ley especial [...] regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso" (art. 99, inc. 3°, in fine).

12) Que la conclusión de que la Constitución exige imprescindiblemente la "ley especial" mentada en el art. 99, no parece dudosa.

En efecto, sin "ley especial" no podrá haber Comisión Bicameral Permanente (órgano de cuya intervención depende el comienzo de la "etapa legislativa"). Además, aquella ley dará solución a una serie de decisivas cuestiones formales y sustanciales -atinentes al "trámite y los alcances de la intervención del Congreso"- que no han merecido definición de los constituyentes, porque éstos prefirieron deferirlos a la determinación del Congreso Nacional. Asuntos como el plazo que tendrán las cámaras de Diputados y Senadores para expedirse; las mayorías (simples o especiales) requeridas para la aprobación o rechazo del decreto; el significado de eventuales pronunciamientos antagónicos de las cámaras (repárese que en España no interviene el Senado); si el Congreso, en caso de aprobar el decreto, podrá (o no) introducirle modificaciones; los efectos ex tunc o ex nunc de un rechazo, deberán -entre otros- ser temas previstos y reglados en la ley a la que remite el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional.

13) Que, consiguientemente, la vía establecida por la Constitución Nacional exige que el Congreso sancione la "ley especial" que haga operativo el articulado, sin que quepa

Corte Suprema de Justicia de la Nación

discutir las bondades del criterio elegido, pues esta Corte sólo debe atender a su significado y a sus consecuencias.

Ahora bien: al no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3°, no puede cumplirse con la denominada "subetapa" legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia.

14) Que aceptar que el Poder Ejecutivo pudiera dictar -aún sin esa ley especial- decretos de necesidad y urgencia, implicaría desnaturalizar lo que la Constitución dice que son. De acuerdo a lo señalado en el considerando 11, desaparecerían los "actos concatenados y concurrentes" de dos poderes (Ejecutivo y Congreso), para dar paso a la actuación singular y exclusiva de solo el primero de ellos. La pluralidad concebida en el art. 99, inc. 3°, sería substituida por una actuación unilateral, que transformaría al presidente de la Nación en legislador, en flagrante violación de lo dispuesto en el segundo párrafo del citado inciso: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo".

15) Que lo expuesto precedentemente ya es suficiente para concluir que el decreto 770/96, posterior a la Reforma Constitucional de 1994, no se ajusta a las exigencias de ésta y, por lo tanto, debe ser invalidado.

Sin embargo, la conclusión no sería distinta aunque por mera hipótesis se concediera que el Poder Ejecutivo pudiese dictar esa clase de decretos, pese a la actual imposibilidad de que pueda recorrerse la etapa legislativa en la forma prescripta por la Ley Fundamental.

En efecto, aún desde ese punto de vista sería preciso comprobar que el Congreso no se ha expedido sobre el rechazo o la aprobación del decreto de necesidad y urgencia 770/96.

En tales supuestos, la doctrina española (aplicable por lo dicho supra, considerandos 9° a 11, coincide en atribuir

al silencio efectos similares a la desaprobación expresa del decreto-ley (conf. Salas, Javier, op. cit, págs. 302/303).

También en la Convención de 1994 se dijo -trayendo a colación el art. 82 de la Carta Magna- que el silencio del Congreso no podría ser interpretado como consentimiento al Poder Ejecutivo (conf. intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini en la 19a. reunión, 3a. sesión ordinaria, del 28/7/94, diario citado, Tomo II, págs. 2355/2356 y, del último de los nombrados, op. cit., págs. 2452/2453). En esta última intervención se dijo: "[...] derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país" (Ortiz Pellegrini, loc. cit.).

Por fortuna, pues, la Reforma Constitucional desplazó la doctrina del caso "Peralta" que hipotecaba el porvenir de la jurisprudencia republicana.

En suma, la omisión de pronunciamiento congresual -silencio- es equivalente a un rechazo, con lo cual, también en esta hipótesis, el decreto 770/96 carece de validez.

16) Que, por fin, no valdría aducir que no hubo silencio del Congreso, sino aprobación expresa de éste, sobre la base de que el art. 25 de la ley 24.714 (sancionada el 2 de octubre de 1996) derogó los decretos 770/96 y 771/96 y que tal "derogación" tendría que ser leída en clave de "aprobación de su dictado".

La conclusión es inaceptable, pues si hubiera de darse un sentido a la "derogación" operada por la ley 24.714 no podría ser la antes enunciada. En efecto, en la Constitución Española -fuente de nuestro texto, conf. considerandos 9º y 10- "derogación" es, justamente, sinónimo de desaprobación o rechazo de los decretos-leyes por parte del Congreso de los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Diputados (art. 86.2 de la Constitución Española y Salas, Javier, op. cit., págs. 302/312).

17) Que, por todo lo expuesto, sólo cabe concluir en la invalidez de los decretos 770/96 y 771/96.

18) Que, sin perjuicio de todo lo expuesto precedentemente, adhiero -de modo subsidiario y a mayor abundamiento- a lo expresado en el considerando 10 del voto del juez Belluscio.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, por los fundamentos expuestos precedentemente. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y 771/96. Contra dicho pronunciamiento el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 111/111 vta.

2°) Que para así decidir, el a quo, con cita de doctrina y precedentes de esta Corte, afirmó que el amparo era la vía apta para la protección de los derechos de raigambre constitucional que el actor estimaba vulnerados. En lo atinente al fondo, sostuvo que los decretos impugnados carecían de razonabilidad, pues no referían razones objetivas para justificar la necesidad y urgencia de las medidas adoptadas.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de actos de autoridad nacional y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1°, de la ley 48).

4°) Que los agravios referentes a la improcedencia formal del amparo no constituyen una crítica correcta y circunstanciada de los fundamentos del fallo, ya que el apelante se limita a efectuar consideraciones genéricas sobre la existencia de vías alternativas aptas que sólo reflejan su discrepancia con lo decidido.

5°) Que el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional establece: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros". Seguidamente, la cláusula constitucional contempla la intervención del Congreso.

6°) Que, como puede observarse, la Ley Fundamental consagra una limitación a las facultades del Poder Ejecutivo con la innegable finalidad de resguardar el principio de división de poderes. Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deban ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción. En consecuencia, el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas, que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo. Por otro lado, las medidas que se adopten no están exentas del contralor judicial, que constituye la salvaguarda de los derechos individuales (Fallos: 316:2624).

7°) Que, en ese contexto, se advierte con claridad que no se encuentran satisfechos los recaudos constitucionales para el dictado de los decretos impugnados. En efecto, en los considerandos del decreto 770/96 sólo se hace una escueta referencia a la imperiosa necesidad de "impulsar en forma perentoria una Reforma a la Ley de Asignaciones Familiares expresada en el Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social, suscrito el 25 de julio de 1994 por representantes del gobierno y de las asociaciones representativas del trabajo y la producción". Ello resulta insuficiente para justificar una situación de riesgo social que el Congreso no puede remediar por los cauces ordinarios, máxime cuando las medidas se adoptaron durante el período de sesiones ordinarias. En ese orden de ideas, cabe recordar que la mera con-

veniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que sin lugar a dudas corresponden a otros (conf. Fallos: 318:1154).

8°) Que, de lo expuesto, se sigue que tanto el decreto 770/96 como el decreto 771/96 -dictado en consecuencia del primero-, no reúnen los requisitos de validez impuestos por la Constitución Nacional a los decretos de necesidad y urgencia. En consecuencia, cabe concluir que por medio de normas constitucionalmente nulas -de nulidad absoluta e insanable- se ha privado al actor de prestaciones que hacen operativas las cláusulas superiores de "protección integral de la familia" y la "compensación económica familiar" (art. 14 bis de la Ley Fundamental), que responden al requerimiento de los principios de un orden social justo (Fallos: 250:46) y que sólo podían ser objeto de modificaciones mediante una ley del Congreso (art. 75, inc. 12, de la Carta Magna).

9°) Que no puede atribuirse razonablemente a la ley 24.714 un sentido convalidatorio de los decretos 770/96 y 771/96. Ello es así, por cuanto la ley citada no sólo derogó los mencionados decretos sino que estableció un sistema sustancialmente diverso. En efecto, además de elevar en 50% -y en 80% para determinadas zonas geográficas- el monto de la remuneración a los cuales las normas impugnadas supeditaban la exclusión de los trabajadores del régimen de asignaciones familiares, incluyó otra excepción a la que aquéllas contemplaban (asignación por maternidad), al prever el supuesto de asignación por hijo con discapacidad (conf. art. 1 del decreto 770/96, arts. 1, 2 y 3, 25 y 19 en su redacción original de la ley 24.714, vetada parcialmente por el decreto 1165 del 16 de octubre de 1996). Por lo tanto, no puede predicarse que haya mediado una intervención ratificatoria del Congreso en los términos de la doctrina del dictamen del señor Procurador General de la Nación de Fallos: 312:555 y sus citas.

10) Que, asimismo, resulta irrelevante que el Con-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

greso no haya sancionado la ley que reglamente su intervención en los términos del art. 99 inc. 3, párrafo cuarto in fine de la Constitución Nacional. La ausencia de norma reglamentaria no puede impedir el control de constitucionalidad que incumbe a los jueces, máxime cuando la reforma de 1994 introdujo disposiciones precisas sobre las condiciones en que pueden ser dictados los decretos de necesidad y urgencia y esta Corte ha ejercido el aludido contralor (conf. Fallos: 312:555 ya citado) con anterioridad a la referida enmienda.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S.
NAZARENO, DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO
MOLINE O'CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO
A. F. LOPEZ

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que -al confirmar la de primera instancia- declaró la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y 771/96 y su inaplicabilidad al actor, el demandado Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 81/92, que fue concedido.

2º) Que, para así resolver, el tribunal estimó que la vía del amparo era apta para la protección de los derechos de jerarquía constitucional invocados por el actor. En cuanto al fondo del asunto, la cámara consideró que los decretos cuestionados carecían de respaldo en razones objetivas que indicasen la necesidad y urgencia habilitantes para su dictado, por lo que concluyó en la carencia de razonabilidad de tales disposiciones.

3º) Que antes de realizar el examen sobre los recaudos que hacen, en sí, a la admisibilidad del recurso extraordinario, el Tribunal considera apropiado subrayar, con el mayor énfasis, que en esta causa se ha instado la intervención del Poder Judicial de la Nación para conocer en el planteo de inconstitucionalidad de dos decretos de necesidad y urgencia, cuestionados por quien demostró el perjuicio directo, real y concreto que tal régimen le ocasiona.

Al pronunciarse sobre la procedencia substancial de la pretensión invocada por quien ostenta legitimación para plantear un caso, en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y de la ley 27, las instancias ordinarias han ejercido -sin que esto implique abrir juicio sobre el acierto de lo decidido- el irrenunciable control judicial de constitucionalidad sobre un acto de la naturaleza indicada dictado por el departamento ejecutivo del gobierno federal. Este re-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

conocimiento de que se configura en el sub lite una cuestión justiciable en la cual el Poder Judicial debe necesariamente intervenir, como lo evidencia su aptitud para dar lugar al pronunciamiento que el Tribunal dictará sobre el fondo del asunto, demuestra con el rigor de los hechos que la referencia al principio axiomático de control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia efectuada en los considerandos 23 y 24 de la sentencia dictada el 17 de diciembre de 1997 en la causa R.420.XXXIII "Rodríguez, Jorge - jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia" no implicó una vacua expresión a propósito de la causa en que fue empleada, ni pudo entenderse como la abdicación de aquel control. Por el contrario, dicho pilar del sistema republicano adoptado por la Carta Magna fue enérgicamente resguardado para su aplicación en aquellas contiendas en que, como la que motiva esta decisión, estén satisfechos los requisitos insoslayables -de esencia constitucional- de caso judicial y legitimación que son exigidos desde los albores de la actuación de esta Corte.

4º) Que, sentado lo anterior, y en cuanto a la admisibilidad del recurso intentado, se estima que los planteos del apelante suscitan cuestión federal suficiente para su examen por la vía elegida, pues se encuentra en tela de juicio la validez constitucional de actos de autoridad nacional -decretos 770/96 y 771/96 del Poder Ejecutivo Nacional-, y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1º, de la ley 48). Asimismo, cabe recordar la doctrina que sostiene que, en la tarea de esclarecer normas federales, este Tribunal no está limitado por las posiciones de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48) según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 307:1457).

5º) Que los agravios relativos a la improcedencia formal del amparo deben ser rechazados, pues sólo traducen discrepancias genéricas que no llegan a rebatir los fundamen-

tos del fallo impugnado, lo que impide considerarlos una crítica suficiente a los efectos de habilitar esta instancia.

6°) Que en lo relativo a la validez de los decretos de necesidad y urgencia que dieron origen al sub lite, se debe puntualizar -como premisa- que la Constitución Nacional otorga al Poder Ejecutivo -en los términos y con los limitados alcances del art. 99, inc. 3- la atribución de dictar disposiciones de carácter legislativo.

Sobre la base de reconocer que la facultad de dictar decretos de la naturaleza indicada configura uno de los poderes enumerados por la Constitución Nacional, es objetable la interpretación del tribunal a quo, en tanto condiciona su ejercicio al cumplimiento de los recaudos formales previstos por la cláusula constitucional citada en materia de control parlamentario. Mediante esa hermenéutica, se asigna a la mera omisión legislativa en reglamentar dicho procedimiento, el efecto de privar sine die al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad que -como antes se enfatizó- fue expresamente conferida por el constituyente, legitimando de este modo que una rama del gobierno exceda ostensiblemente su trascendente, pero única, facultad de control que le fue asignada, para arrogarse -elíptica pero indudablemente- la inconstitucional función de suprimir el ejercicio de una potestad deferida por la Ley Suprema a otro departamento del gobierno federal.

7°) Que, en efecto, ha de tenerse presente que la Constitución, como lo ha dicho esta Corte (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371), debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás. A tal fin, se ha señalado también (Fallos: 181:343) que la interpretación del instrumento político que nos rige no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades enumeradas por él para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que les dio vida. Ello así, dado que la Ley Fundamental es una estructura sistemática; sus distintas partes forman un todo

Corte Suprema de Justicia de la Nación

coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio de su conjunto, pues aun en los supuestos de textos de inteligencia controvertida, la solución se aclara cuando se lo considera en relación con otras disposiciones de la Constitución (Fallos: 240:311).

8°) Que, con tal comprensión, la única exégesis de los textos en juego que respeta los principios enunciados y que permite dar plena operatividad a las dos cláusulas constitucionales que se afirman como enfrentadas, es la que reconoce -por una parte- al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia a pesar de que aún no ha sido sancionada la ley especial contemplada por el art. 99, inc. 3, de la Constitución, ni se encuentra en funcionamiento la comisión bicameral permanente, a la par que preserva con el mayor vigor la atribución conferida al Poder Legislativo de ejercer el control sobre aquellos actos en los términos del mandato conferido por la Carta Magna.

La conclusión que se obtiene es que la omisión puntualizada no lleva a cancelar el ejercicio de un poder enumerado en cabeza del Poder Ejecutivo, ni obsta al control parlamentario por parte de las cámaras legislativas en pleno, permitiendo el pleno funcionamiento de las instituciones. Los antecedentes del caso demuestran con la mayor elocuencia que con este criterio interpretativo de la Constitución Nacional han coincidido el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación, pues aquél dictó los decretos en cuestión en Acuerdo General de Ministros y el Poder Legislativo llevó a cabo el tratamiento requerido con la mayor profundidad, tal como surge del debate generado -en ambas cámaras- en oportunidad de considerarse el proyecto cuya sanción dio lugar a la ley 24.714 que, en definitiva, derogó los decretos que motivaron esta litis. Por último, el presidente de la Nación promulgó parcialmente el texto sancionado al observar sólo una disposición, mediante el decreto 1165/96, el cual fue sometido a consideración del Congreso Nacional, según lo ordenado por el art. 80 de la Constitución Nacional.

9°) Que solo con esta exégesis, pues, se preservan con total plenitud las facultades que la Constitución Nacional ha asignado a cada uno de los departamentos políticos del gobierno y se mantiene un adecuado equilibrio en el sistema de división de los poderes, el cual quedaría irremediablemente vulnerado si el ejercicio de una atribución por parte de uno de ellos quedara subordinado a un acto meramente potestativo por parte del otro, como en el caso es la sanción de la ley especial que reglamente el procedimiento constitucionalmente previsto para el control parlamentario, que únicamente depende de la iniciativa del Congreso de la Nación. Cabe recordar, que otra regla elemental de hermenéutica sentada en los precedentes de esta Corte, es que la Constitución debe recibir una interpretación práctica, pues no debe darse a sus limitaciones y prohibiciones una extensión que destruya los poderes necesarios de los estados, que trabe su ejercicio eficaz (Fallos: 171:79), o que permita que uno de los poderes actúe obstruyendo la función de los otros desequilibrando el sistema institucional (Fallos: 242:73).

Toda interpretación contraria a la sostenida se aparta de los principios indicados al prohibir el ejercicio de un poder deferido por la Constitución Nacional. En efecto, con igual grado de intensidad es objetable la postura que excluye la facultad del departamento ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia hasta tanto el órgano legislativo no sancione la ley especial prevista por la Norma Fundamental, como aquella otra que -de modo antitético- postule que el Poder Ejecutivo puede dictar actos de la naturaleza indicada sin ningún tipo de control ulterior por el Congreso de la Nación porque no se encuentra en vigencia el procedimiento para llevar a cabo el control parlamentario. El denominador común de estas dos líneas interpretativas es enfrentar de modo insuperable las disposiciones constitucionales en juego y, como previsible corolario, privar a uno u otro poder del gobierno federal de ejercer una facultad expresamente reconocida de modo operativo por la Ley Superior.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

10) Que, como consideración final de esta cuestión, corresponde remitir -dada la substancial analogía que guarda con la materia ventilada en el presente- a lo decidido por este Tribunal en las causas Competencia N° 110.XXXII "Guillén, Alejandro c/ Estrella de Mar y otros s/ laboral" y Competencia N° 514.XXXI "Ayala de Gamarra, Isabel c/ Aguilar, Adolfo y otro s/ sumario", sentencias del 3 de diciembre de 1996, por las cuales fue reconocida la plena validez de un decreto sometido a igual tratamiento constitucional que los de necesidad y urgencia, a pesar de no haberse cumplido con el procedimiento formal previsto en el ámbito del Congreso de la Nación.

En esos asuntos, los magistrados intervinientes habían planteado la contienda de competencia por discrepar sobre la vigencia del art. 290 del proyecto sancionado por el Congreso de la Nación, que luego devino en la ley 24.522, reguladora del fuero de atracción de los procesos concursales en trámite. Tal disputa se suscitó a raíz del decreto 267/95 del Poder Ejecutivo Nacional, que había observado dicho artículo, promulgando el resto de las disposiciones sancionadas en sede legislativa.

El Tribunal resolvió la cuestión sobre la base de considerar que la norma vetada por el decreto aludido carecía de vigencia y, por ende, no era de aplicación para resolver los conflictos planteados. Estas decisiones, como surge de los extensos desarrollos efectuados en los dictámenes del Procurador General que les sirvieron de sustento, estuvieron fundadas en la validez y operatividad del decreto presidencial de veto y promulgación parcial del texto sancionado, acto que, como con toda claridad dispone el art. 80 de la Constitución Nacional, está sometido al procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia. De no haber considerado que el decreto de promulgación parcial era constitucionalmente válido y -por ende- tornaba inaplicable únicamente el texto legal objetado, esta Corte jamás podría haber adoptado las decisiones mencionadas, máxime frente al texto constitucional

que fulmina con la nulidad "absoluta e insanable" a los decretos de necesidad y urgencia dictados en infracción a los recaudos substanciales y formales previstos.

11) Que, en vista de las consideraciones precedentes, resulta decisivo el examen de la conducta asumida por el cuerpo legislativo en lo que respecta a la ratificación o rechazo de los decretos impugnados, conforme la doctrina que este Tribunal hizo suya desde el precedente de Fallos: 312:555. Al respecto, cabe destacar como observación preliminar en lo relativo a la viabilidad de una aprobación parlamentaria de decretos como los que dieron origen al litigio, que esta Corte recientemente ha tachado de inconstitucional una ley que había ratificado un decreto de necesidad y urgencia, pues este versaba sobre una de las materias -tributaria- que el art. 99, inc. 3, párrafo tercero, de la Constitución Nacional ha vedado expresamente al Poder Ejecutivo regular mediante normas de carácter legislativo (causa K.3.XXXII "Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A. y Estado Nacional -Ministerio de Economía- s/ varios", sentencia del 17 de marzo de 1998). En cambio, la materia regulada por los decretos 770/96 y 771/96, impide asimilarlos con aquéllos calificables como insusceptibles de convalidación.

12) Que, sentado lo anterior, es preciso señalar que el art. 25 de la ley 24.714 -por el cual se derogó la ley 18.017 y sus modificatorias, y los decretos puestos en tela de juicio por el actor, además de toda norma que se opusiera a esta ley- traduce el reconocimiento de la validez de esos decretos, a la vez que importa un implícito pronunciamiento a favor de la regularidad de su dictado, desde que, naturalmente, sólo es concebible por parte del órgano legislativo la "derogación" de normas cuya validez ha admitido. Por lo demás, tal actitud tuvo su razón de ser en la adopción de un nuevo régimen en materia de asignaciones familiares que, más allá de algunos matices diferenciales sin mayor significación, denota la convalidación del criterio que inspiró las normas originariamente emanadas del Poder Ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Asimismo, esta interpretación es la que guarda más congruencia con el lenguaje constitucional: en efecto, nuestra Ley Fundamental, cuando regula el ejercicio de competencias por el Poder Ejecutivo supeditadas a la posterior aprobación del Congreso, hace referencia a las facultades de este poder para "desechar" los tratados y concordatos celebrados (art. 75, inc. 22), "suspender" la vigencia del estado de sitio declarado durante su receso (art. 75, inc. 29°), o "revocar" la intervención federal decretada (art. 75, inc. 31), utilizando expresiones que denotan de manera inequívoca la intención invalidante del Poder Legislativo, en un sentido que en modo alguno se traduce en la ley 24.714. En definitiva, cuando la ley emplea determinados términos, la regla más segura de su exégesis es la de considerar que ellos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, pues el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 299:167; 304: 1795, 1820; 314:458, 1849; 315:727, 1256; 316:2732; 318:198, 1012, entre otros).

13) Que, además, la conclusión que antecede cuenta con el decisivo sustento de la tradición parlamentaria de la República, la cual demuestra que cuando el Congreso de la Nación decidió privar de todo efecto a un texto legal anterior, la ley respectiva no se limitó a una mera derogación, sino que expresamente declaró la nulidad de la norma precedente y reguló pormenorizadamente las diversas situaciones que pudieron presentarse al amparo del régimen anterior, para desconocerles efectos jurídicos (conf. ley 23.040).

Si la inconsecuencia ni la imprevisión pueden presumirse en el legislador según una reiterada expresión de esta Corte, no puede racionalmente aceptarse que la derogación establecida en el art. 25 de la ley 24.714 ha implicado privar de efectos a las relaciones jurídicas reguladas por los decretos 770/96 y 771/96 mientras estos textos estuvieron en vigencia, pues dicha consecuencia exigiría una derogación calificada en los términos señalados que no fue utilizada en el caso, a diferencia de aquellos otros supuestos en que -como

el mencionado precedentemente- cuando el Congreso tomó la decisión de derogar con efectos retroactivos lo hizo mediante una expresa declaración en tal sentido.

No otro, pues, es el sentido que cabe asignar al acto legislativo de derogar como ratificación tácita, el cual ha subrayado esta Corte -en un asunto en el que también se invocaba un vicio del texto derogado- en el pronunciamiento de Fallos: 307:338 (voto disidente de los jueces Belluscio y Fayt), al afirmarse que "(e)sas derogaciones, modificaciones, suspensiones y prórrogas carecerían de sentido si no se hubiese partido de la base de que las leyes de facto continúan en vigencia en tanto el Congreso no disponga lo contrario".

14) Que, además, la conclusión obtenida precedentemente cuenta con el apoyo de los antecedentes parlamentarios de la ley 24.714, cuya consulta es de utilidad para esclarecer el sentido y alcance de esa disposición legal (Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047; 317:1505) en la inteligencia de cumplir con una regla primordial en la interpretación de un texto de esa naturaleza, cual es asignar pleno efecto a la voluntad del legislador. En ese sentido, no faltaron en el cuerpo deliberativo propuestas tendientes al rechazo de los decretos, si bien finalmente prevaleció el criterio contrario. Así, un ejemplo de la primera orientación se encuentra en la intervención de la diputada Carca, quien bregó por la invalidez de las normas de necesidad y urgencia cuestionadas (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, reunión 37a., del 2 y 3 de octubre de 1996, pág. 3216). También el diputado Villalba expresó una "...primera gran disidencia" de su bloque con relación al dictamen de la mayoría en el que se proponía la derogación de los decretos impugnados. Durante el debate de la ley, este diputado propuso expresamente la declaración de la nulidad absoluta de los decretos, a fin de que no se vieran reducidas las asignaciones durante los meses a transcurrir entre su dictado, y la entrada en vigencia de la ley (pág. 3212). Dicho planteo fue reiterado al ser considerado en particular el artículo referente a la

Corte Suprema de Justicia de la Nación

derogación, pero finalmente no fue aceptado por la comisión (pág. 3232) y el proyecto fue aprobado según la redacción original, aspecto sobre el cual no sufrió alteraciones en la cámara revisora. Quedó plasmada en consecuencia la intención de reemplazar un régimen por otro similar, sobre la base de la implícita pero inequívoca convalidación de los decretos en cuestión.

15) Que, en el caso, la ley 24.714 -en las condiciones de vigencia derivadas de su promulgación, mencionadas en el considerando precedente- no ha merecido reproche constitucional alguno por parte del actor, cuestión que pudo haber introducido al contestar el traslado del recurso extraordinario (el 12 de noviembre de 1996; fs. 95/109). En consecuencia, toda vez que las disposiciones de la citada ley reflejan de manera inequívoca la voluntad convalidatoria del órgano estatal llamado por la misma Constitución a expedirse sobre el valor de las normas anteriormente dictadas por el Poder Administrador, corresponde desestimar la tacha articulada respecto de éstas últimas mediante la presente acción de amparo, pues esta Corte no puede dejar de atender a las circunstancias existentes al momento de su decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 298:33; 301:693; 304:1649 y 1761; 308:1087; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555 y 891, entre muchos otros).

En atención al modo como se resuelve resulta innecesario expedirse sobre los restantes agravios deducidos.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Sin costas en razón de la naturaleza de la cuestión debatida. Notifíquese y, oportunamente, remítase. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - GUILLERMO A. F. LOPEZ.
ES COPIA