**Expte. Nº 9986/13 - "Gentilli, Rafael Amadeo y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido - y su acumulado Expte. Nº 9897/13 GCBA s/ recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Gentilli, Rafael Amadeo y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)" – TSJ DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES – 16/07/2014**

Buenos Aires, 16 de julio de 2014.-

Vistos: las actuaciones indicadas en el epígrafe,

resulta:

1. Los señores Carlos Alberto Wilkinson, Juan Carlos Dziewczapolki, Juan Ignacio Nicolás Mareque, Rafael Amadeo Gentili, María Elena Naddeo y Jorge Guillermo Selser, invocando su condición de [habitantes](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?base=14&id=36030&t=j&numingr=3&usr=14157121) de la Ciudad de Buenos Aires, promovieron una demanda de amparo contra el Poder Ejecutivo local con el objeto de que fuera condenado a remitir a la Legislatura un programa de transferencia de competencias y servicios a las Comunas, tal como estaba ordenado en el artículo 4, inciso c, de la ley n° 3233 (fs. 1/10 vuelta). Los actores sostuvieron que la falta de remisión a la Legislatura del referido programa de transferencia de competencias y servicios constituía una "omisión lesiva, arbitraria e ilegal" por parte del Poder Ejecutivo, al tiempo que manifestaron que el informe de la Subsecretaría de Atención Ciudadana, remitido a la Legislatura mediante la nota n° 1234293-SSATCIU-2010 del 18 de octubre de 2010, no había importado avance alguno en ese sentido.-

A su turno, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 423/432 vuelta).-

Posteriormente, los actores Gentili y Selser denunciaron la sanción del decreto n° 376/GCBA/11 como "hecho nuevo" y solicitaron la realización de una audiencia para que el GCBA explicara la compatibilidad de ese decreto con la ley n° 1777 (f s. 491/492).-

Luego de celebrada la audiencia (fs. 517 y vuelta), el GCBA acompañó un informe de todo lo actuado con relación al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4, inciso c, de la ley n° 3233 (fs. 540/610).-

2. La jueza de primera instancia rechazó la demanda entablada (fs. 618/619).-

Tras efectuar una caracterización de las comunas y la reseña de las normas constitucionales y legales que se dictaron, la magistrada destacó que el objeto del presente amparo se dirigía a "… cuestionar la omisión del Poder Ejecutivo en cumplir lo previsto en el inciso c del artículo 4º [de la ley nº 3233], esto es: ‘[r]emitir a la Legislatura un programa de transferencia de competencias y servicios’" (fs. 619. Cursiva en el original).-

Explicó que las sentencias debían atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado y, desde esa perspectiva, afirmó que "… más allá de los interrogantes que pudieran plantearse acerca del agravio concreto que ocasiona a los actores la omisión…" denunciada, era posible considerar cumplido el objeto del amparo, a partir de lo informado por los funcionarios que participaron de la audiencia celebrada el 27 de septiembre de 2011 y de los debates realizados en la Legislatura.-

En cuanto al decreto n° 376/GCBA/11 —invocado como "hecho nuevo" por la parte actora—, sostuvo que la CCABA otorga al Jefe de Gobierno atribuciones para establecer la estructura y organización funcional de la Administración Pública y para coordinar las distintas áreas de la Administración central con las comunas (artículos 104, incisos 9 y 15, de la CCABA); y que si bien el decreto podía involucrar en alguna medida esas relaciones de coordinación entre la administración centralizada y las comunas, no se había probado que su dictado implicara una indebida restricción de las competencias comunales. Así, señaló que la creación de las Unidades de Atención Ciudadana (UAC) no resultaba manifiestamente ilegítima.-

3. Los coactores Rafael Amadeo Gentili, María Elena Naddeo y Jorge Guillermo Selser apelaron la sentencia (fs. 627/632). El GCBA contestó el traslado y pidió que se declarara desierto el recurso de los actores (ver fs. 634/636).-

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, previo a dictar sentencia, requirió informes al Jefe de Gobierno (fs. 644/645) que fueron contestados mediante las presentaciones y documentación de fs. 656/682.-

Por su parte los señores Gentili y Mareque acompañaron la versión taquigráfica de una parte de la reunión de la Comisión de Presupuesto, Hacienda, Administración Financiera y Política Tributaria de la Legislatura, del 27 de octubre de 2011 (fs. 646/651).-

Posteriormente los señores Gentili y Selser y la señora Naddeo (únicos coactores apelantes) ofrecieron prueba "como medida para mejor proveer" (fs. 686/693), que fue parcialmente fueron ordenada por los jueces de la alzada (fs. 697), y cuyo requerimiento contestado por el GCBA a fs. 702/705.-

Finalmente, el señor Gentili pretendió denunciar otros hechos nuevos (fs. 720/722).-

5. La sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT (fs. 724/731 vuelta) dispuso "[r]evocar el decisorio de grado y, en consecuencia, se declara la ilegitimidad del decreto 376/11. Con costas a la vencida…" (fs. 731 vuelta).-

Los jueces Esteban Centanaro y Mabel Daniele en su voto conjunto resaltaron que el modelo constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "…exhibe rasgos específicos que lo distinguen del concierto federal de la República, por sentar sus bases de gobierno en una democracia con una ingente descentralización y participación ciudadana…" (fs. 724 vuelta).-

Al examinar las atribuciones que la Constitución confiere a la comunas, el tribunal a quo señaló que "…hay algunas que son exclusivas, las cuales, utilizando la terminología de Giannini, serían ‘impenetrables’ para el gobierno central, sin perjuicio de que la preservación del interés general. Y las concurrentes exigen también de una actuación coordinada que en el ámbito de la ley n° 1777 encuentra su regulación en los arts. 39 a 41" (fs. 726); y agregó que, aun cuando resultaría complejo establecer, en el marco de competencias concurrentes, la delimitación o coordinación entre ellos, la ley n° 1777 ofrecía pautas claras para dilucidar el tema.-

Más adelante afirmó que "…el decreto nº 376/11 no se ajusta a las directivas y normas antes indicadas. Es oportuno remarcar que las Unidades de Atención Ciudadana parecerían ‘subrogar’ a los disueltos CGPC, ese punto se puede apreciar si se analiza el anexo III del decreto cuestionado, del que resultaría que las diversas UACs expresarían una correspondencia con los disueltos CGPC. / Pero, en lo principal, el anexo n° II del decreto 376/11, al definir las funciones primarias de las UACs, acreditan que titularizarían las competencias de los CGPC. Tales cuestiones quedan acreditadas si se recurre a la respuesta que el Gobierno brindó a la medida para mejor proveer dispuesta por este Tribunal, cumplida a fs. 656/683" (fs. 727).-

La conclusión de los jueces Esteban Centanaro y Mabel Daniele fue que "[e]n suma, el decreto 376/11 parece, en principio, mantener la misma estructura de los CGPC, simplemente modificando su nombre.-

Por lo demás, si bien es cierto que el Jefe de Gobierno tiene atribuciones para ejercer la coordinación entre las distintas áreas del Gobierno central con las Comunas (art. 104, inc. 15 de la CCABA), esa atribución se habría de ejercer en el marco establecido por la ley 1777 en sus arts. 39 a 41, sin que quepa desnaturalizar ese sistema por medio de un acto reglamentario de inferior jerarquía que se exhiba contrario a la ley, como manifestación compleja de los más diversos sectores de interés de la sociedad, inclusive del Poder Ejecutivo como colegislador negativo, en ejercicio de su facultad de veto" (fs. 727 vuelta).-

Por su parte, el juez Carlos F. Balbín en su voto concurrente sostuvo que las normas constitucionales sobre las comunas instituyen una mayor participación ciudadana en la gestión de gobierno y que la intervención activa de la comunidad intenta garantizar eficiencia, eficacia y transparencia, para limitar la corrupción tal como se expresa en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. A partir de esas y otras consideraciones basadas en los artículos 1° y 62 CCABA, 21 de la DUDH, 25 del PIDC yP y 23 de la CADH, examinó las reglas cuestionadas y concluyó en que "…por imperio del decreto 376/11, los CGPC han sido reemplazados por organismos similares a los que se les asignó un nombre diferente: UACs. Dicha norma resulta de rango inferior respecto de los preceptos constitucionales plasmados en el Título Sexto y las normas legales reglamentarias (leyes 1777, 3233 y 3719)./ Siendo ello así, el decreto en cuestión no puede, so riesgo de incurrir en un exceso reglamentario, apartarse de los límites impuestos por el ordenamiento superior máxime cuando a su respecto rige el principio de legalidad que impone a la Administración la obligación de ajustar sus decisiones y su actividad a la ley./ En definitiva, el decreto nº 376/11 mantiene en la estructura del Gobierno central competencias que por decisión legislativa corresponden a las autoridades comunales y, en consecuencia, sólo cabe declarar su ilegitimidad, con costas a la vencida…" (fs. 731 vuelta).-

6. Contra el pronunciamiento dictado, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 737/770). Contestado el traslado por Carlos Alberto Wilkinson, Juan Carlos Dziewczapolki, Juan Ignacio Nicolás Mareque, Rafael Amadeo Gentili, María Elena Naddeo y Jorge Guillermo Selser (fs. 776/791), la Sala II de la Cámara CAyT dispuso conceder el recurso con el siguiente alcance (fs. 796/797): "…en los presentes actuados, la decisión arribada conllevó el análisis e interpretación de la ley 1777 y del decreto 376/11, en conjunción con los artículos 127 a 131 de la CCABA, que esquematiza el funcionamiento de las comunas, y de las atribuciones de coordinación y control que ostenta el Jefe de Gobierno de la Ciudad, de conformidad con el artículo 104 inciso 15 y concordantes de la CCABA./ Por lo tanto, encontrándose en debate la legitimidad del decreto 376/11, a la luz de las normas constitucionales y legales en materia de comunas, y que se decidió la invalidez de ese decreto, corresponde admitir el remedio intentado (art. 27, ley nº 402) (…) excepto en lo que se refiere a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional" (fs. 797).-

Por su parte, para habilitar la intervención del TSJ en aquellos aspectos por los cuales la Cámara CAyT denegó la concesión del recurso, el GCBA planteó el recurso de queja registrado como expte. n° 9897 (fs. 810/825 vuelta) que fue acumulado al principal (fs. 807).-

7. En su dictamen (fs. 831/841 vuelta), el Sr. Fiscal General sostuvo que el Tribunal "…debería admitir la queja interpuesta por el GCBA y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocando la sentencia atacada y rechazando la acción de amparo interpuesta en caso de concordar con esta Fiscalía General en la falta de legitimación de los actores, o bien anulando el fallo por los defectos de fundamentación advertidos y reenviando la causa a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho por otra Sala de la Cámara de Apelaciones interviniente, a fin de preservar la garantía de imparcialidad" (fs. 841 vuelta).-

8. Luego de dictado el llamado de autos al Acuerdo, Rafael Amadeo Gentili, Carlos Alberto Wilkinson y Juan Carlos Dziewczapolki presentaron un escrito para denunciar un "hecho nuevo" (fs. 857/862).-

En este sentido, manifestaron haber tomado conocimiento que el Poder Ejecutivo había ingresado a la Legislatura un proyecto de modificación de la ley nº 1777 "…que LESIONA LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES hacia las Comunas de modo definitivo e inconstitucional; el cual tramita por Expte 2824-J-2013 de la Legislatura" (fs. 857. Mayúsculas en el original). Los presentantes efectuaron diversas consideraciones en este sentido, ofrecieron prueba y solicitaron la realización de una audiencia "…a los fines que el Poder Ejecutivo pueda dar sus explicaciones sobre la incompatibilidad planteada entre el proyecto de ley planteado por el Ejecutivo y la Constitución porteña…" (fs. 862).-

Fundamentos:

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. En primer lugar, corresponde resolver los planteos articulados a fs 848/862 por los coactores Gentili, Wilkinson y Dziewczapolki; esto es, la denuncia de "hecho nuevo" y el pedido de audiencia vinculado a tal asunto.-

Adelanto, desde ya, que ninguno de ellos podrá tener favorable acogida, por los motivos que expondré a continuación.-

Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de afirmar que la sanción de una ley no configura un hecho nuevo en los términos y condiciones del artículo 293 del CCAyT (ver "Siciliano, María Angélica c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6832/09, sentencia de fecha 17 de marzo de 2010, entre otros), por lo que menos aún podría encuadrar en tal categoría la presentación de "un proyecto de modificación de la ley nº 1777" que alegan los coactores. Ello basta, sin más, para desestimar la denuncia efectuada en este sentido.-

Por su parte, el pedido de audiencia tampoco puede correr mejor suerte pues éste ha sido formulado sólo a fin de ahondar en el tratamiento del alegado "hecho nuevo" resuelto precedentemente.-

En consecuencia, corresponde desestimar las peticiones articuladas y ordenar el desglose del escrito obrante a fs. 848/862 para que sea devuelto a los presentantes.-

2. En lo que respecta a los planteos del GCBA traídos a conocimiento de este Estrado, es menester destacar que si bien el recurso de inconstitucionalidad fue concedido sólo parcialmente —en los términos reseñados en el punto 6 de estas resultas—, lo cierto es que el demandado en su recurso de hecho ha mantenido en tiempo y forma los distintos agravios vinculados a la afectación de su derecho de defensa en juicio (arts. 13.3, CCABA y 18, CN), por lo que corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.-

3. En relación a estos planteos, el GCBA señala que los jueces de la causa omitieron ponderar fundadamente las distintas objeciones esgrimidas en punto a la falta de legitimación procesal de los amparistas y la falta de configuración de un "caso", "causa" o "controversia judicial", desatendiendo así las esferas de actuación que la Constitución local les asigna. Y, desde mi punto de vista, a este respecto la recurrente ha logrado acreditar la afectación constitucional que denuncia, por los motivos que expondré a continuación.-

3.1. En lo que respecta a la legitimación procesal de los accionantes, cabe señalar que si bien el ordenamiento constitucional local (art. 14, CCABA) admite que "cualquier habitante" entable una demanda de amparo contra actos que afecten derechos de incidencia colectiva, ello exige demostrar a quien invoque esa calidad que se encuentra en juego en la situación que pretende ventilar en el juicio de amparo un derecho de esa naturaleza.-

En el caso, los seis actores que iniciaron el amparo invocaron tanto un derecho de participación "en lo atinente a la formación de las Comunas y al proceso de descentralización", como una situación jurídica que denominaron "derecho de incidencia colectiva (…) a la normal administración de gobierno y servicio de administración pública". Sin embargo, en ninguno de los escritos los actores justificaron argumentativamente la naturaleza colectiva de los derechos de los que pretenden valerse como legitimantes de su posición en el amparo, ni su base normativa.-

3.2 Al mismo tiempo, es posible advertir que la pretensión esgrimida en el escrito de inicio —dirigida a hacer cesar una supuesta omisión del Poder Ejecutivo en presentar a la Legislatura un plan de transferencia a las Comunas— tampoco permite entender configurado un "caso", "causa" o "controversia judicial" susceptible de ser ventilado ante el Poder Judicial.-

Ello así, pues no se ha explicado ni acreditado fundadamente cómo se concretaría el interés jurídicamente tutelado de los actores que les permitiría plantear un "caso" a decisión de los tribunales cuando, en rigor, la cuestión alegada en autos posee carácter manifiestamente institucional.-

En lo que a esta cuestión se refiere, cabe resaltar una vez más que el artículo 106 de la CCABA establece como requisito ineludible para la actuación de los diversos tribunales del Poder Judicial la existencia de una causa al señalar que: "Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas..." (el destacado ha sido añadido).-

Por consiguiente resulta plenamente aplicable la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, desde el tradicional precedente de Fallos: 156:318, ha definido a esas causas como los asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 326:3007 y sentencia recaída en la causa "Enrique Thomas c. E.N.A.", Fallos: 333:1023, pronunciamiento del 15 de junio de 2010).-

En este mismo orden de ideas, nuestro Tribunal cimero , en la sentencia dictada con fecha 3 de agosto de 2010 en la causa "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional - ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo ley 16.986" (Fallos: 333:1212), ha expresado que "la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de tal requisito ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene ‘suficiente concreción e inmediatez’ 8 y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes" (negritas añadidas).-

Para concluir, resultan interesantes las reflexiones vertidas por el señor Fiscal General en su dictamen; en particular aquellas que sostienen que el menoscabo o perjuicio que aducen los actores "no sería respecto de sus derechos (sean estos individuales o colectivos) sino, en todo caso, del de las Comunas… (…) … Entiendo, por lo demás, que los actores no han dado sustento alguno, al aludir a los derechos que invocaron, que justifique apartarse de esa conclusión.-

Así, debe señalarse que la naturaleza participativa de la forma de gobierno que la puesta en marcha de las Comunas supone, no permite subrogarse en las facultades de éstas, ni ejercer en nombre o a favor de ellas acciones judiciales, aun cuando se resida en la Comuna y se ejerzan derechos políticos en ella, pues de ser así, el gobierno de las mismas, descentralizado y participativo, pero gobierno al fin, correría el riesgo de verse desnaturalizado como tal" (fs. 836 vuelta).-

Finalmente, resta añadir que la acción aquí entablada tampoco podría encuadrar en la prevista en el art. 113, inc. 1, de la CCABA por cuanto aquella está reservada a la tradicional tríada de poderes del Estado (conf. art. 11 de la ley nº 402).-

3.3 Desde mi punto de vista, las consideraciones expuestas precedentemente resultan suficientes para hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia resistida, declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar el archivo de las actuaciones.-

4. Por lo demás, no puedo dejar de poner de resalto dos situaciones irregulares vinculadas al trámite del presente amparo. Por un lado, es posible advertir que el presente proceso ha tenido un objeto en dinámica transformación; y, por otro, que han sido desatendidas las reglas procesales que disciplinan la actuación de las partes, permitiendo que quienes se presentaron como actores tuvieran un comportamiento inestable a lo largo de las tres instancias.-

4.1 Lo primero, porque el amparo que se inició con el objeto que el Poder Ejecutivo fuera condenado a remitir a la Legislatura un programa de transferencia de competencias y servicios a las Comunas, conforme lo ordenado en el artículo 4, inciso c, de la ley n° 3233, y culminó con un fallo que decretó la inconstitucionalidad del decreto nº 376/11, pese a que los actores no incorporaron a su pretensión de condena la invalidez de ese decreto.-

En lo que a esta cuestión interesa, cabe señalar que durante el curso del juicio, y luego de que quedara trabada la litis, se dictó el decreto n° 376/GCBA/2011. Esta norma fue denunciada por los actores como "hecho nuevo" más no motivó un pedido de ampliación de demanda. En rigor, cuando los actores solicitaron que se dicte sentencia, expresaron con toda claridad y sin dejar dudas que dicho decreto "no es objeto de la presente acción" (fs. 519, negritas agregadas).-

Si bien posteriormente, al interponer el recurso de apelación, los coactores Gentilli, Naddeo y Selser, volviendo tras sus propios pasos y en forma vedada por la doctrina de los propios actos —venire contra factum proprium non valet—, pidieron a los jueces de la alzada que declaren "la nulidad del Dto. 376/2011, por contradecir el Art. 4° de la Ley N° 3.233 " (fs. 632), tal petición no pudo pasar a integrar el thema decidendum por la Alzada sin violentar la noción misma de debido proceso legal.-

4.2 Lo segundo, porque, al tratarse de un litisconsorcio activo facultativo, el recurso de apelación planteado por los señores Gentilli, Naddeo y Selser (fs. 627/632) no benefició a los señores Wilkinson, Dziewczapolki y Mareque, para quienes el rechazo de la demanda dispuesto en primera instancia quedó firme. Por ello, resulta sorprendente que luego Mareque formulara junto con Gentilli peticiones en el proceso (fs. 646/651) y, más llamativo aún, que tanto quienes continuaron en el proceso (Gentilli, Naddeo y Selser) como quienes lo abandonaron al consentir el fallo de primera instancia (Wilkinson, Dziewczapolki y Mareque) concurrieran a contestar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 776/791).-

Así pues, es posible concluir que se ha entrado y salido del proceso sin atender a las formas procesales dirigidas a dar certeza, seguridad e igualdad a los litigantes.-

Por lo expuesto, y concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General propongo: 1. Desestimar la denuncia de hecho nuevo y el pedido de audiencia formulado a fs. 848/862; 2. Admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, revocar la sentencia de fs. 724/731 vuelta, anular todo lo actuado y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se proceda a instrumentar su archivo; y 3. Imponer las costas del proceso por su orden (art. 14, CCABA).-

Así lo voto.-

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. En la instancia del recurso de inconstitucionalidad no resultan procedentes planteos de hechos nuevos como el propuesto en la presentación de fs. 857/862 (ver el punto 8 de los "Resulta"). Asimismo, también corresponde rechazar, sin más trámite, la audiencia allí solicitada, toda vez que ha sido peticionada como accesoria a la pretensión principal reseñada.-

2. Dicho ello, coincido con mi colega José Osvaldo Casás, en que asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que esta acción ha tramitado sin que se hubiera instando una acción que lo hiciera posible.-

Prueba inexorable de ello lo constituye la parte dispositiva de la sentencia de la Sala II donde únicamente se resuelve: "…declara[r] la ilegitimidad del decreto 376/11" (cf. la parte dispositiva de la sentencia de fs. 731vuelta). La Cámara, en franca oposición a lo que prevé el art. 106 de la CCBA y arrogándose una competencia que el Constituyente ha acordado privativamente a este Tribunal (cf. el art. 113, inc. 2 de la CCBA), no resolvió una causa, esto es, una controversia acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva — cf. mi voto in re "Lenos S.A. y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Lenos S.A. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’", Expte. nº 8479/11, sentencia del Tribunal del 1 de agosto de 2012—, sino una petición dirigida a cuestionar la validez de una norma, el decreto 376/11, en abstracto y no, como corresponde al control difuso, a propósito de su aplicación a una relación jurídica, materia de un proceso. Dicha cuestión, en tanto hace al ejercicio de su competencia, vale recordar, debió ser revisada aun de oficio por la Cámara —cf. mutatis mutandi, Fallos: 331:2257; 308:1489, entre muchos otros; doctrina receptada, entre otros, en mi voto in re "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Yell Argentina SA c/ GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAyT)’", expte. n° 8133/11, sentencia del 23 de ma yo de 2012—. No obstante ello, la Cámara omitió analizarla.-

3. A su vez, no se observa, ni la Cámara lo contempla, cuál sería la legitimación de los actores, quienes se han presentado como "ciudadanos de la CABA", para obrar en representación de los derechos de las "Comunas". Esa representación no se ve cómo puede asistirles; máxime cuando los argumentos que han dado para fundar su legitimación son: (i) que el citado decreto colisiona con "…los derechos políticos de participación ciudadana consagrados en la Constitución, en lo atinente a la formación de las Comunas y al proceso de descentralización" (cf. fs. 1.); y, (ii) que "[t]ambién se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva, como el derecho a la normal administración de gobierno y servicio de administración pública que se conforma en la pretensión de que la accionada cumpla con la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación vigente…" (cf. fs. 1).-

Los derechos políticos son el derecho a elegir y a ser elegido, y no están involucrados en el escenario que la parte actora describe. Lo que denuncia es el incumplimiento por parte del Poder Ejecutivo del traspaso de competencias a las comunas, que sostiene, prevé el art. 47 de la ley 1.777. De ahí que no se ve cómo podrían estar en juego esos derechos cuando no se discute la participación de los actores en una elección (ya sea como elector o como candidato), sino las competencias que deben tener la comunas. Menos aún, se ve la conexión que habría entre los derechos políticos de los actores y con el "proceso de descentralización", por el que afirman tener derecho a obrar, sin explicar dónde él encontraría anclaje.-

A su turno, el interés que dicen tener los actores en que se cumpla con el ordenamiento jurídico, no difiere del que pueda asistirle a cualquier otro ciudadano de la CABA. Ni siquiera se trata de un grupo de una comuna revindicando una atribución de su comuna, sino si ciertas cuestiones, aquellas que los actores entienden que corresponde a la Comunas resolver, deben ser resueltas por todo el pueblo de CABA votando unido como Ciudad o separadamente en su comuna.-

Típico asunto para asamblea legislativa o aun constituyente. Dicho en otros términos, ese interés, que el Estado cumpla con el ordenamiento jurídico, es compartido por toda la sociedad, razón por la cual tiene, por lo mismo, a la sociedad como obligada; y no existe un pleito de toda la sociedad contra el Estado, pues al no ser éste más que la personificación de esa sociedad, el proceso no sería entre dos partes adversarias sino una parte contra ella misma.-

Ello no se ve conmovido por el hecho de que se haya invocado la afectación de derechos de "incidencia colectiva" porque aun cuando en aquellos supuestos la existencia de la afectación alegada puede resultar más notoria, lo que ha llevado a mitigar la carga de acreditarla , como sucede, por ejemplo, con buena parte de los daños ambientales, de ello no puede deducirse que no sea necesario acreditar la existencia de una controversia, esto es, nuevamente, una controversia, como mínimo entre dos partes, acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva.-

Por lo demás, la propia ley 1.777 establece un régimen y órgano específico para canalizar la discusión que pretenden trabar los actores (cf. el punto 12 de este voto); régimen que vino a desconocer la Cámara al darle curso a la presente acción.-

4. Por lo dicho hasta aquí corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara, anular lo actuado desde la demanda y negarle curso.-

5. Pero, como si fuera poco el exceso jurisdiccional reseñado, la Cámara ha resuelto, de un modo manifiestamente arbitrario, una cuestión cuyo impacto institucional resulta evidente, en tanto el único fundamento en que encontró apoyo la sentencia es la sola voluntad de los jueces firmantes. Esa circunstancia me lleva formular breves aclaraciones acerca de la interpretación del ordenamiento jurídico sobre cuya base dijo el a quo resolver. Ello, a fin de evitar que, por permanecer en vilo, una cuestión tan sensible institucionalmente como la aquí tratada por la Cámara termine afectando el normal funcionamiento de los órganos de la CABA.-

6. El decreto 376/11, dictado en ejercicio de las potestades conferidas por los arts. 102 y 104 de la CCBA (cf. los fundamentos del decreto) y reforzadas por el art. 47 modificó la estructura organizativa del Poder Ejecutivo y creó, en el ámbito de la Subsecretaría de Atención Ciudadana, las Unidades de Atención Ciudadana (en adelante, también, las "UAC").-

Transcribo el texto del decreto:

Artículo 1°.- Modifícase la estructura organizativa del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por el Decreto N° 2.075/07 y sus complementarios y modificatorios, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto, en su Anexo I (Organigrama) y su Anexo II (Responsabilidades Primarias) los cuales lo integran en un todo.-

Artículo 2°.- Créanse en el ámbito de la Subsecreta ría de Atención Ciudadana, como Organismos Fuera de Nivel (F/N) bajo su dependencia, las Unidades de Atención Ciudadana (UAC) que se consignan en el Anexo III, que a todo efecto forma parte integrante del presente.-

Artículo 3°.- Los Ministerios y demás áreas central es prestarán en las Unidades de Atención Ciudadana (UAC) los servicios que oportunamente se dispongan por resolución conjunta del respectivo organismo y la Jefatura de Gabinete de Ministros.-

Artículo 4°.- El Ministerio de Hacienda arbitrará las medidas pertinentes a los fines de la aplicación de lo dispuesto en el presente Decreto, haciendo efectivos los traspasos de personal, patrimonio y presupuesto que resulten necesarios entre las distintas áreas del Poder Ejecutivo.-

Artículo 5°.- El presente Decreto es refrendado por el señor Ministro de Hacienda y por el señor Jefe de Gabinete de Ministros.-

Artículo 6°.- Dése al Registro, publíquese en el Bo letín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, comuníquese a todos los Ministerios, Secretarías y órganos descentralizados del Poder Ejecutivo, y a la Subsecretaría de Atención Ciudadana. Cumplido archívese.-

7. El a quo declaró la "ilegitimidad" de esa norma porque entendió que constituía un modo de incumplir con una cláusula transitoria de la ley 1.777, el art. 47. Así, sostuvo que el decreto 376/11 vino a mantener las competencias de los Centros de Gestión y Participación (CGPs) en el ámbito de la administración central, en lugar de descentralizar esas competencias en las Comunas, como manda, en la interpretación del a quo, el mencionado artículo de la ley 1.777.-

En palabras de la Cámara, "…el decreto n° 376/11 mantiene en la estructura del Gobierno central [competencias…] que, por explícita decisión legislativa (art. 47, inc. a.- y c.- de la ley 1777) deb[ían] ser asumidas por las autoridades comunales…" (cf. fs. 727vuelta). En línea con ello, el Sr. Juez de Cámara que emite voto concurrente dijo que "…el decreto 376/11 mantiene en la estructura del Gobierno central competencias que por decisión legislativa corresponden a las autoridades comunales y, en consecuencias, sólo cabe declarar su ilegitimidad…" (cf. fs. 731vuelta).-

8. El mencionado art. 47 de la ley 1.777 dispone: "El Poder Ejecutivo implementa un proceso de transición que contemple la efectiva participación de los representantes de las organizaciones vecinales.-

La conformación de las Comunas y la elección de sus autoridades se ajusta a un proceso de fortalecimiento institucional que comprende:

a. Descentralización de los servicios actualmente desconcentrados en los Centros de Gestión y Participación, adaptación de los límites, la normativa y los padrones electorales.-

b. Transferencia gradual de competencias centralizadas a las unidades descentralizadas, en virtud de la aplicación del Título II de la presente ley.-

c. El proceso de transición debe completarse el 31 de mayo de 2007.-

Antes del vencimiento de dicho plazo, la Legislatura fija la fecha en que se realizarán las elecciones, que deben ser convocadas por el Jefe de Gobierno, y de la disolución de los Centros de Gestión y Participación Comunal y asunción de las autoridades electas.-  
(Conforme texto Art. 1º de la Ley 2248, BOCBA 2609 del 22/01/2007)"

9. Ahora bien, en verdad, esa disposición transitoria, por su misma condición, no puede ser interpretada como una modificación de lo que, de un modo sistemático, establece la ley 1.777, en particular, sus arts. 10 y 11 acerca de las competencias que corresponden a las comunas, ya sea "exclusiva" (cf. el art. 10) o "concurrentemente con el Poder Ejecutivo" (cf. el art. 11); ambos artículos reglamentarios del art. 128 de la CCBA.-

10. El art. 47 transcripto lo que dispone es cómo y quién debe realizar la transferencia de esas competencias. En ese marco, la "[d]escentralización de los servicios actualmente desconcentrados en los Centros de Gestión y Participación…"a que se refiere el inc. a) es la de aquellos "servicios" que estuvieran en manos de los exCGPs y correspondan a las comunas (cf. los arts. 10 y 11), no todos los servicios que prestaban los ex CGPs.-  
¿"Cómo" se debe realizar la transferencia de esas competencias? "Gradualmente"; y quién tiene a su cargo implementar el proceso de transición: el PE, no los jueces.-

11. El inciso c) del artículo comentado establecía un plazo, el 31 de mayo de 2007, para completar el proceso de transición, aunque no atribuía un efecto automático a su agotamiento. A su turno, fue modificado por la ley 3.233, cuyo artículo 1 (cf. la modificación dispuesta por la ley 3.761) mandó que el Jefe de Gobierno convocase a elecciones de autoridades comunales en los términos del Artículo 20 de la ley 1777 para el 10 de julio de 2011— y dispuso, en lo que aquí importa, que "[a] partir de la sanción de la presente [el 20/10/2009], el Poder Ejecutivo deberá: […] Remitir a la Legislatura un programa de transferencia de competencia y servicios" (cf. el art. 4, inc. c de esa ley). Agrégase a ello que el inciso d) de ese mismo artículo, que dice que el PE deberá "[a]bstenerse de emitir o producir actos que signifiquen intromisión o menoscabo de las funciones de competencia exclusiva de las comunas o lesionen su participación en las competencias concurrentes", texto que sólo puede ser interpretado como referido a aquellas competencias que hubieran sido transferidas a la comunas. Ello así, porque no puede existir una intromisión o menoscabo en el ejercicio de una competencia que no se tiene.-

12. Finalmente, hay que destacar que la ley 1.777 establece un órgano de control específico para el seguimiento del proceso de transición que prevé el art. 47, la Comisión de Control y Seguimiento, compuesto vecinos agrupados por comunas y los diputados integrantes de la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana. El art. 48, disposición transitoria, de la ley 1.777 dice "[a] efectos de realizar el seguimiento del proceso de transición, conformase una comisión bipartita integrada por representantes vecinales agrupados según las Comunas establecidas y los diputados integrantes de la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Es decir que el Poder Legislativo estableció una competencia de una comisión, no un derecho de los ciudadanos a vigilar la reorganización de las funciones estatales.-

Por su parte, la ley 3.233 crea "…la Comisión de Información, Seguimiento y Control del cumplimiento de las acciones descriptas en el artículo 4º de la presente Ley, constituida por representantes de Poder Ejecutivo, relacionados con las áreas atinentes al Proceso de Descentralización con rango no inferior a Subsecretario y la Comisión Bipartita creada por el artículo 48 de la Ley 1777. Los Subsecretarios podrán delegar su participación a quienes actuarán en nombre y representación de ellos".-

13. Resumiendo: el art. 47, como disposición transitoria que es, tiene por objeto lograr el cumplimiento de las reglas que lo anteceden, incorporadas permanentemente al orden jurídico. Es decir, la descentralización y/o transferencia de las competencias previstas en los arts. 10 y 11 de la ley 1777 a las comunas debe ser ejecutada gradualmente cumpliendo un programa diseñado por el PE, cuya remisión al PL debe ser controlada por la "Comisión de Información, Seguimiento y Control" (cf. el art. 5 de la ley 3.233); y el seguimiento del proceso de transición fue acordado, por el art. 48 de la ley 1.777 ya citado, a la "Comisión de Control y Seguimiento".-

14. Así las cosas, no existe en el art. 47 una decisión legislativa de que se transfieran las competencias que los exCGPs tenían y que la Cámara entendió hoy "…parecen, en principio, mantener" las Unidades de Atención Ciudadana (creadas por el decreto 376/11), a la comunas sino aquellas que enumeran los arts. 10 y 11 de la ley 1.777.-

Por ello, voto por: (i) rechazar in limine la presentación de fs. 857/862; (ii) hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; (iii) revocar la sentencia de Cámara; (iv) anular lo actuado desde la demanda; y (v) negarle curso a ella. Sin costas (art. 14 CCBA).-

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del juez Casás, y a las apreciaciones concordantes vertidas por el juez Lozano en los considerandos 1º a 4º de su voto, quienes con solidez ponen de resalto la inexistencia de un "caso judicial", la ausencia de legitimación de los actores, y la confusa y errática manera de conducir el proceso por parte de los jueces de mérito.-

Por estos motivos, voto por: a) rechazar la denuncia de hecho nuevo y el pedido de audiencia; b) admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA y revocar la sentencia de fs. 724/731 vta.; c) anular todo lo actuado y rechazar la demanda; d) imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14 CCABA).-

La juez Inés M. Weinberg dijo:

1. Respecto de la cuestión ventilada en esta instancia por los coactores Gentili, Wilkinson y Dziewczapolki relativa a la denuncia del hecho nuevo, prueba y pedido de audiencia (fs. 848/862), comparto lo manifestado por el Juez de trámite en el punto 1 de su voto.-

Al respecto debe considerarse que a éste Tribunal corresponde la interpretación del marco normativo procedimental aplicable para que la pretensión ventilada quede resuelta con el alcance de una sentencia fundada en ley (art. 12, inc. 5 de la CCBA, arts. 145 y 147 del CCAyT y art. 2 de la ley 402).-

En tal sentido, la producción de prueba -por vía de principio-, no resulta procedente ni se encuentra prevista para la resolución del recurso de inconstitucionalidad concedido, así como tampoco para la queja (arts. 29 y 33 de la ley 402); y por otra parte -huelga aclararlo- la presentación de un proyecto de ley ante la Legislatura en modo alguno podría configurar un hecho nuevo en los términos del art. 293 CCAyT (conf. art. 2 de la ley 402).-

Sin perjuicio de lo expuesto y a mayor abundamiento, resolver sobre la cuestión pretendida importaría dar un nuevo giro a las ya dinámicas transformaciones operadas sobre la pretensión, tal como infra se lo explicita, lo cual en modo alguno resulta procedente.-

En consecuencia, deberá ordenarse el desglose de la presentación de fs. 857/862 para que sea devuelta a sus presentantes.-

2. Comparto también lo expuesto por el Dr. Casas en el punto 4 de su voto en cuanto afirma que en la causa se observa una flagrante desatención de las reglas procesales. En tal sentido, entiendo que el objeto de la demanda -en dinámica transformación- fue mutando a lo largo del desarrollo del proceso dejando incólume la pretensión inicial resuelta con la sentencia de primera instancia.-

En efecto, tal como se desprende de las actuaciones que se tiene a la vista, la presente acción fue promovida para dar cumplimiento a lo establecido en el art 4 inc. c) de la ley 3233, esto es, que se ordene al Ejecutivo Local remita a la Legislatura un programa de transferencia de competencia y servicios (fs.1).-

Posteriormente los actores denuncian como hecho nuevo el dictado del decreto 316/11. En esta presentación destacaron: "Primeramente debe focalizarse que el objeto de la pretensión de la presente acción de amparo es el cumplimiento de la presentación a la Legislatura del Plan de Transferencia de funciones que se impone por el artículo 4° inc c) de la ley 3233 (…) La situación de una nueva estructura del Ejecutivo que ejerza las funciones comunales, actualiza las argumentaciones desarrolladas (…) acerca del vaciamiento de las funciones comunales (…). Además, tanto el vaciamiento como la creación de estructuras sobre las funciones comunales (dto. 376/2011) contradicen palmariamente el Art. 4° inc. d) de la Ley 3233 que textualmente dice: "Abstenerse de emitir o producir actor que signifiquen intromisión o menoscabo de las funciones de competencia exclusiva de las comunas o lesionen su participación en las competencias concurrentes" (fs. 491/492).-

En el marco de una audiencia convocada por la juez de primera instancia, el Procurador General Adjunto se opuso al andamiento de la presentación efectuada por la actora, señalando que el planteo de hecho nuevo fue realizado fuera de plazo (fs. 517/518). Posteriormente la actora presenta un escrito solicitando se dicte sentencia, y expresamente aclara que el decreto 376/11 no formaba parte del objeto de la presente acción (fs. 519/520).-

Sin perjuicio de ello, la sentencia de primera instancia ponderó que "… más allá del modo en que la actora incluyó lo relativo al dictado del decreto 376/11, como norma vigente, y en la medida que se vincule al objeto del proceso, debe ser valorado al momento de resolver la controversia", con fundamento en la regla del iura novit curia (fs. 618 vta.).-

Debe puntualizarse aquí dos aclaraciones antes de seguir: (a) el objeto de la pretensión nunca fue ampliado por la parte, y aunque se hubiere hecho lugar al tratamiento de lo denunciado como "hecho nuevo", tampoco podría considerase una mutación en el objeto de la acción, ya que tal como lo tiene dicho la doctrina con claridad meridiana, "No debe confundirse (…) hecho nuevo con causa nueva".-

El hecho nuevo se refiere a circunstancias fácticas que tienen los atributos conducentes para fundar la sentencia. En tal sentido, el hecho nuevo debe tener una adecuada "relación con la cuestión ventilada" (v. "Código Procesal Civil de la Nación Comentado Anotado y Concordado", Carlos E. Fenochietto, T. 2 pág. 449 y cc, ed. Astrea 1999 y art. 293 CCAyT).-

Por otra parte, (b) la regla del iura curia novit invocada por la juez, tampoco permitiría ampliar el límite de la pretensión articulada, resorte exclusivo de la parte, determinable solo en la oportunidad procesal correspondiente, y su vez límite de la iuris dicto, so pena de conculcar el principio dispositivo, el de congruencia y la verdad formal en el decisorio (v. Derecho Procesal Civil Lino E. Palacio T. 1 pág. 72 y cc 8va. Abeledo Perrot; arts. 145 inc. 6 y cc. Del CCAyT y art. 18 de la CN) Ahora bien, la sentencia de primera instancia para resolver destacó que "… el objeto del presente amparo radica específicamente en cuestionar la omisión del Poder Ejecutivo en cumplir con lo previsto en el inciso c) del artículo 4°, esto es, "Remitir a la Legislatura un programa de transferencia de competencias y servicios"; y afirmó al respecto que: " … más allá de los interrogantes que pudieran planearse acerca del agravio concreto que ocasiona a los actores la omisión que denunciaron en su presentación inicial, lo informado por los funcionarios presentes en la audiencia del 27 de septiembre pasado sumado a los debates seguidos frente a la Legislatura, permiten dar por cumplido el objeto del presente amparo." dando cuenta a renglón seguido de los razonamientos en los que sustenta su afirmación.-

Más adelante en el punto IX de la sentencia se refirió al decreto 376/11, destacando a modo de obiter -ya que la pretensión principal estaba resuelta y tampoco había sido aceptado su tratamiento como hecho nuevo- "… cabe mencionar que la Constitución local otorga al Jefe de Gobierno atribuciones para (…) coordinar las distintas áreas de la Administración central con las comunas (confr. Art. 104, inc. 9° y 15, de la CCABA). Por ello, si bien el decreto puede involucrar en alguna medida esas relaciones de coordinación (…) un examen de sus disposiciones no permite considerar probado en grado convincente que su dictado implique efectivamente una indebida restricción de las competencias comunales." (fs. 619/vta.).-

Algunos de los coactores -Gentilli, Naddeo y Selser-, apelan el decisorio y se agravian ponderando -sustancialmente- que el precitado decreto 376/11 " … afecta al proceso de trasferencia, solicitado en el objeto del amparo pues incumple la obligación del Art. 4° inc. d) de la Ley N° 3233 …", esto es, abstenerse de emitir o producir actos que signifiquen intromisión o menoscabo de las funciones de competencia exclusiva de las comunas o lesionen su participación en las competencias concurrentes. No esgrimen argumentos para rebatir la afirmación de que el objeto de la pretensión se encontraba cumplido en cuanto al cumplimiento del artículo 4° inc. c) de la ley 3233 –la remisión a la Legislatura del programa de transferencias- (fs. 627/632).-

Sin perjuicio de lo expuesto, los votos concurrentes de la Sala II hacen lugar al recurso y declaran la ilegitimidad del decreto 376/11, afirmando -en lo esencial- que a través del mismo el Jefe de Gobierno habría desnaturalizado sus atribuciones para ejercer la coordinación entre las distintas áreas del Gobierno central y las Comunas a través de una norma contraria a la ley 1777 (fs. 727 vta.), incurriendo en un exceso reglamentario (fs. 731 vta.).-

En suma, la presente acción se inició con el objeto de que el Poder Ejecutivo sea condenado a remitir a la Legislatura un programa de transferencia de competencias y servicios a las Comunas -tal como lo prescribe el artículo 4 inciso c) de la ley 3233 (v. fs. 1/10 vta)-; la sentencia de primera instancia entendió que dicho objeto se encontraba cumplido, los actores no apelan esta cuestión, y la sentencia de Cámara decide la ilegitimidad del decreto 376/11 –que los actores no habían incluido en su pretensión inicial, y expresamente afirmaron que no formaba parte de la misma cuando solicitaron se dicte sentencia –v. fs. 519/520, 618/619, 627/632 y 656/682-.-

3. Más allá de otras cuestiones que podrían tener relevancia para resolver en esta instancia –tales como la atención de los planteos formulados por los coactores Wilkinson, Dziewczapolki y Mareque cuando éstos no apelaron la sentencia de primera instancia quedando firme dicho pronunciamiento (fs. 646/651 y fs. 776/791), la dudosa legitimación de la parte en el caso, y la existencia de un caso causa o controversia-, entiendo que las argumentaciones expuestas en el punto 2 alcanzan para concluir que el decisorio de la Sala II no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las constancias de la causa –v. Fallos 328:550; 244:521; 249:275; 250:152; 268:266; 285:279 y 302:1405 entre muchos otros-.-

Por lo expuesto, entiendo que corresponde (1). Desestimar la denuncia de hecho nuevo y la presentación formulada a fs. 848/862; (2) Admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, y revocar la sentencia de fs. 724/731 vuelta.; (3) Imponer las costas del proceso por su orden (art. 14, CCABA).-

Así lo voto.-

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia resuelve:

1. Rechazar la denuncia de hecho nuevo y el pedido de audiencia formulado por Rafael Amadeo Gentili, Carlos Alberto Wilkinson y Juan Carlos Dziewczapolki.-

2. Admitir la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y hacer lugar a su recurso de inconstitucionalidad.-

3. Revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 15 de febrero de 2013, anular todo lo actuado y rechazar la demanda.-

4. Imponer las costas por su orden.-

5. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.-

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.-

Fdo.: Weinberg – Lozano – Casás – Conde