

(O)-6682-2005-"S.E.B. C/PROVINCIA DE BUENOS AIRES (PODER JUDICIAL) S/ PRETENSION ANULATORIA"

La Plata, 28 de Octubre de 2009.-

AUTOS Y VISTOS: La presente causa caratulada: "-**S.E.B. C/PROVINCIA DE BUENOS AIRES (PODER JUDICIAL) S/ PRETENSION ANULATORIA**", en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, de los que:-

RESULTA:-

1. Que a fs. 11/15 se presenta el Señor **S.E.B.** promoviendo acción contencioso administrativa contra la Provincia de Buenos Aires (Suprema Corte de Justicia la Provincia de Buenos Aires), en los términos del art. 12 inc. 1° del Código Contencioso Administrativo, para que se anulen las Resoluciones Nros. 762/04 y 3441/04 dictadas en el Expediente Administrativo N° 3001-1266/2000, en cuanto se dispuso por la primera aplicar la sanción de apercibimiento al actor, titular del Juzgado Civil N° 6 del Departamento Judicial de La Plata y, mediante la segunda, rechazar el recurso de reconsideración interpuesta contra la sanción.-

Relata que por medio de la denuncia formulada por el Sr. Julio Canosa se inició en el ámbito de la Suprema Corte el Expediente Administrativo N° 3001-1266/2000 que concluyera con la sanción de apercibimiento, a pesar del dictamen de la instrucción que había considerado a los hechos denunciados como una actividad de índole jurisdiccional, ajena al control de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. No obstante ello, el citado Tribunal resolvió la aplicación de la referida sanción por expresiones vertidas al momento de contestar la vista, es decir durante el ejercicio del derecho de defensa.-

Estima que de ninguna manera puede sancionárselo por las explicaciones realizadas durante el trámite de la investigación, toda vez que las mismas no integraban los actos jurisdiccionales bajo análisis en las actuaciones administrativas, existiendo una extralimitación en la conducta sometida a investigación.-

Concluye que el acto administrativo emitido en el procedimiento que tramitara bajo el Expediente Administrativo N° 3001-1266/2000, se aparta de los principios que enmarcan la potestad disciplinaria de la Administración en la medida que la Suprema Corte aplicó una sanción por hechos posteriores a los que dieron motivo al sumario administrativo, desviándose así del objeto del sumario.

Por otra parte, explica que la sumariante ponderó erróneamente como agravante un antecedente que registra nueve (9) años antes de la resolución que pretende anular; y que el procedimiento disciplinario debió limitarse a su actuación durante el proceso judicial, y no a las explicaciones brindadas durante el sumario, razón por la cual, la sanción aplicada ha de reputarse ilegítima. Finalmente, ofrece prueba, deja planteado el caso federal (art. 14 de la ley 48) y solicita se haga lugar a la demanda conforme a su pretensión.-

2. A fs. 39/46 la Fiscalía de Estado, en su contestación de demanda alega respecto de la improcedencia de la acción deducida en autos, solicitando su rechazo. Argumenta acerca de la legitimidad del acto administrativo cuestionado y señala que las decisiones impugnadas no merecen reproche alguno, en tanto fueron dictadas de conformidad con las normas aplicables al caso.-

Entiende que la revisión de los actos administrativos dictados por el Poder Judicial en ejercicio de las facultades de superintendencia es limitada, y señala que según la doctrina jurisprudencial prevaleciente, las decisiones de la Corte, dictadas en ejercicio de facultades de Superintendencia, son irrevisables judicialmente, siempre que exista un procedimiento, en el que se haya instruido el pertinente sumario con la debida intervención de la parte interesada.-

Estima que en el caso de autos, el actor ejerció adecuadamente y sin restricción su derecho de defensa materializado en la posibilidad de realizar su descargo, acompañar la prueba respectiva y presentar el recurso de reconsideración que prevé el Acuerdo 1887/79.-

Argumenta la ley 5827 (Ley Orgánica del Poder Judicial) y Acuerdo 1887/79, aplicable al caso de autos, brindan los fundamentos legales de la sanción impugnada. Entiende que bajo el nombre lato de superintendencia, que significa gobierno judicial, queda comprendida la atribución inherente a la constitución de todo poder, para ejercer las facultades correctivas que protejan la eficacia de la función judicial.-

Asimismo, recuerda que el magistrado había otorgado un recurso de apelación interpuesto por una de las partes cuando el Código Procesal Civil y Comercial no habilita tal proceder, todo ello sin traslado a la contraparte. Habiendo reconocido la irregularidad, argumentó que ese proceder era una práctica usual en su juzgado, y ante el requerimiento del Tribunal para que acompañe la documentación que acrediten sus dichos, decidió excusarse en un supuesto cúmulo de trabajo. Es por ello que, de acuerdo al dictamen del procurador que refiere al hecho de “no acreditar los propios dichos y generar incertidumbre”, como un comportamiento impropio de quien desempeña la

Magistratura, la Suprema Corte resolvió aplicar la sanción de apercibimiento. Arguye la demandada que tampoco en esta instancia se han acompañado las pruebas de sus dichos.-

Estima que no se ha afectado el derecho de defensa del actor, en tanto el mismo no se vio impedido de acceder al expediente, presentarse ofrecer prueba y recurrir la sanción respectiva.-

Por último niega toda circunstancia de hecho que no resulte de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas en autos, ofrece prueba y plantea la existencia de cuestión federal.-

3. Que encontrándose agregados los alegatos de ambas partes (fs. 324 y 329), se llaman autos para dictar sentencia, y –

CONSIDERANDO:-

1. Atento al modo en que ha quedado delimitada la contienda de autos, entiendo que la cuestión central traída a debate se dirige a establecer la legitimidad de la sanción impugnada. Es decir, efectuar el debido control de juridicidad del obrar administrativo a través del análisis del caso planteado.-

2. De las constancias obrantes en las presentes actuaciones (v. exp. Adm. Nº 3001-1266/2000), se colige que por medio de la denuncia presentada por el Sr. Julio Canosa contra el actor, se inició un el expediente disciplinario que concluyera con la sanción de apercibimiento. La instrucción estimó que las irregularidades y/o anomalías denunciadas no se hallan acreditadas. En punto al recurso de apelación concedido por el actor, dictaminó que: "...el Superior acogió el recurso y resolvió la cuestión llevada a su conocimiento. A partir de del carácter jurisdiccional que asume el acto cuestionado no es posible que esta instrucción efectúe otras valoraciones o consideraciones, pues resulta ajeno a su competencia". (v. fs. 34 vta. del Exp. Adm.).-

No obstante lo expuesto, y a instancias de lo dictaminado por el Subprocurador General (v. fs. 49 del Exp. Adm.), la Suprema Corte resolvió la aplicación de la sanción de apercibimiento al actor, fundada en la conducta desplegada por el mismo durante su defensa, por no acreditar sus propios dichos de descargo, evaluando como agravante, un antecedente negativo que el mismo registra (fs. 51 y 52 del Exp. Adm.).-

Que el 30-IV-2004, el actor interpuso recurso de reconsideración ante la Suprema Corte de Justicia, que fuera rechazado mediante Resolución del 29-XII-2004 (v. fs. 62 del Exp. Adm.).-

3. La potestad disciplinaria de la Suprema Corte de Justicia.

Que hallándose comprometido el principio de independencia de la función jurisdiccional, corresponde analizar en primer término, la competencia de la Suprema Corte para aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados.-

3.1. La independencia del poder judicial y la responsabilidad de los magistrados. Toda vez que el sumario iniciado al actor, recae sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, me veo en la obligación de recordar y precisar los alcances de las garantías de independencia que nuestro ordenamiento constitucional ha previsto para evitar todo tipo de presiones o coacción sobre los magistrados.-

Señala Couture que “una vez elegido el juez, es necesario crearle el ámbito indispensable para el ejercicio de su función. Es menester asegurarle, en la más absoluta independencia moral, una atmósfera de dignidad, de sereno recogimiento, de pacífica visión de la vida circundante” (Couture, Eduardo J.: Estudios de Derecho Procesal Civil, 3ra. edición, ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, tomo I, Pág. 150.). Así, la independencia de los tribunales se vincula a la libertad plena con que deben actuar los magistrados integrantes del Poder Judicial, sin condicionamiento alguno, sólo sujetos a la ley, al derecho y a las constancias probatorias de la causa y sin injerencias o influencias de los otros poderes del Estado, ni siquiera de los propios órganos judiciales superiores en jerarquía (CIDH, caso "Tribunal Constitucional", del 31-I-2001).-

"Uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que: La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura" (CIDH, caso "Tribunal Constitucional", Párr. 73).-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el mismo caso, remitiéndose a lo dispuesto por la Corte Europea, consideró asimismo que "la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas" (párr. 75).-

Al respecto, la CSJN ha señalado que nuestro sistema constitucional de designación y remoción de los jueces, y las leyes que reglamentan la integración de los tribunales han sido inspirados “en móviles superiores de

elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Tal sistema se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el ejercicio del control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado (...) de modo que los magistrados se vean libres de toda presión o influencia provocada por los intereses que operarían en su designación” (CSJN, Fallos 310:804, “Sueldo de Posleman”)..-

Ahora bien, la aludida independencia, que dimana del sistema republicano adoptado por la Constitución y que consagra el art. 110 de aquella norma de máxima jerarquía, no solo es predicable con relación a los restantes poderes, sino también, con relación a todo otro poder –informal o instituido- que, en los términos de la doctrina jurisprudencial antes citada, pueda “ejercer presión o influencia” sobre los magistrados, aún cuando ésta provenga de los propios tribunales colegiados.-

Al respecto, Zaffaroni, siguiendo a Picardi, distingue entre independencia de la magistratura –que es la que corresponde a los órganos o conjunto de órganos judiciales y del ministerio público, es decir a su autogobierno, que implica el ejercicio del poder disciplinario- e independencia del juez, que es la que garantiza que el magistrado no estará sometido a las presiones de poderes externos a la propia magistratura, pero también que no sufrirá aquellas derivadas de los órganos colegiados de la misma judicatura. “Un juez independiente –o mejor, un juez, a secas- no puede concebirse en una democracia moderna como empleado del ejecutivo o el legislativo, pero tampoco puede ser un empleado de la corte o tribunal supremo”. De modo que se ha de preservar la independencia interna, esto es, “la del juez respecto de los propios órganos considerados ‘superiores’ en el interior de la estructura judicial. En la práctica, la lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la violación a la propia independencia externa. Ello obedece a que el ejecutivo y los diferentes operadores políticos suelen tener interés en algunos conflictos, en general bien individualizados y aislados (salvo casos de corrupción muy generalizados, o sea, de modelos extremadamente deteriorados), pero los cuerpos colegiados que ejercen una dictadura interna y que se solazan aterrorizando a sus colegas, abusan de su poder en forma cotidiana. A través de este poder vertical satisfacen sus rencores personales, se cobran en los jóvenes sus frustraciones, reafirman su titubeante identidad, desarrollan su vocación para las intrigas, despliegan su egolatría, etc.,

mortificando a quienes por el mero hecho de ser jueces de diferente competencia son considerados sus 'inferiores'. De este modo se desarrolla una increíble red de pequeñeces y mezquindades vergonzosas, de las que participan los funcionarios y auxiliares sin jurisdicción. La maledicencia se convierte en la moneda corriente, hace presa de todos y sustituye a las motivaciones racionales de los actos jurisdiccionales: las sentencias no se confirman, revocan o anulan por razones jurídicas, sino por simpatía, antipatía, rencor, celos con el colega (...) La presión sufrida por los jueces por lesión a su independencia externa, en un país democrático es relativamente neutralizable, por vía de la libertad de información y de expresión crítica, pero la que lesiona su independencia interna, es mucho más continuada, sutil, humanamente deteriorante y éticamente degradante que ésta". Es por ello que afirma que solo un modelo horizontal de la estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la disparidad de competencias, puede garantizar la independencia interna de los jueces, superando así, el modelo bonapartista, cuya máxima expresión fue la judicatura fascista. Finalmente, el autor antes citado reconoce que "justo es decir que el modelo fascista está ampliamente superado por algunos disparates vernáculos latinoamericanos" (Zaffaroni, Eugenio R.: Estructuras Judiciales, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994, pág. 103 y sgtes.).-

3.2. La inconstitucionalidad de la potestad disciplinaria de la Suprema Corte con relación a los magistrados.-

Como consecuencia del postulado que acabo de explicitar –el cual se deriva de nuestro sistema republicano de gobierno (art. 1 de la Const. Nac.)- en la Provincia de Buenos Aires, el Poder Judicial –a diferencia del Ejecutivo que es unipersonal- está integrado por "todos" los jueces que lo componen, en una situación de paridad, sin dependencia orgánica o funcional entre unos y otros (art. 166 Const. Prov.) De modo que la jerarquía de los órganos, se ciñe únicamente a la función jurisdiccional, aunque limitadamente, toda vez que las sentencias de los tribunales superiores –a excepción de los fallos plenarios- carecen de fuerza vinculante respecto de los inferiores (art. 37 inc. f de la Ley 5827, doct. SCBA, causa B 52837). Lo expresado, no implica desconocer el denominado "poder de superintendencia" de la Suprema Corte, más aquellas facultades, deben interpretarse con carácter restrictivo para resguardar la independencia de los magistrados, evitando indebidas "presiones o influencias" sobre los mismos, puesto que éste último postulado debe prevalecer sobre cualquier otra previsión normativa, en tanto constituye la base de nuestro sistema republicano de gobierno.-

A ese respecto, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ha limitado ese “poder de superintendencia” al nombramiento y remoción de los empleados (art. 161, cláusula 4ª) y, en consecuencia, las “medidas disciplinarias” establecidas por el art. 164 de la C.P., han de ser entendidas en función de aquellas facultades, puesto que el nombramiento y la remoción de los empleados, crea un vínculo jurídico, del cual se deriva la potestad disciplinaria. Pero esa relación no se verifica en los jueces, puesto que no son nombrados ni removidos por la Suprema Corte. Es por ello que aquellos preceptos, forman parte del capítulo II de la Sección Sexta, referido a las “Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia”, se encuentra exclusivamente referida a los “empleados”, mientras que la responsabilidad de los jueces se halla regulada en un capítulo diferente (Capítulo V de la misma Sección), cuyo art. 182, establece que “Los jueces (...) pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados”.

De modo que la Suprema Corte, carece de competencia para aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados, puesto que no existe precepto constitucional alguno que así lo autorice y en tanto se halla previsto un jurado especial para su juzgamiento. Nada impide su facultad de investigación, o que se constituya como denunciante ante el Ministerio Público, pero no puede sustituir los mecanismos constitucionalmente previstos para el juzgamiento de los magistrados, ni crear –como se deduce de estas actuaciones- un parasistema de juzgamiento que la norma de más alta jerarquía no prevé.

Esta conclusión resulta aplicable en el anterior sistema de juzgamiento, previsto por la Ley 5827 –vigente al momento de la sanción cuestionada-, que asimilaba a los “funcionarios” con los “magistrados” (art. 32), facultando a la Suprema Corte, a “observar la conducta” de los mismos (inc. d) y llamarlos “a fin de prevenirle por faltas u omisiones en el desempeño de sus funciones” (inc. i); precepto “claramente inconstitucional”, toda vez que, conforme tiene decidido la Suprema Corte (véanse antecedentes citados por el Dr. Hitters en la causa B 54239, entre muchas otras) no le es permitido a la Legislatura, ampliar las facultades de la Suprema Corte (el art. 32 de la Ley 5827, en su encabezado, señalaba expresamente la intención de ampliar las facultades constitucionales de la SCBA, al preceptuar que: “Sin perjuicio de lo dispuesto

en la Constitución de la Provincia, son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, las siguientes:”) , en particular, si con ello, puede afectar principios básicos de nuestra organización institucional, como la independencia de la función jurisdiccional.-

Por su parte, resultaba cuestionable aquella asimilación de “funcionarios” y “magistrados”, puesto que los primeros no ejercen funciones jurisdiccionales en ningún caso, y muchos de ellos, tan siquiera son abogados y sus tareas no se vinculan con aquella actividad, pues ejercen una función típicamente administrativa vinculada a otros menesteres. Además, el procedimiento de selección de los funcionarios designados directamente por la Corte, difiere absolutamente del que se halla previsto para el nombramiento de los jueces (arts. 161, cláusula 4ª y 175 Const. Prov.). De suerte que, si la SCBA no posee la facultad de nombrar y remover jueces, tampoco tiene la potestad sancionatoria de que de aquella se deriva.-

En el actual sistema de juzgamiento, creado por la Ley 13.661, se han eliminado acertadamente aquellas facultades de la Suprema Corte, y la potestad disciplinaria ha quedado sin sustento normativo.-

La constitución no prevé la sujeción de los jueces a la “potestad disciplinaria”, sino que, por el contrario, prevé un sistema de responsabilidad ajeno al ejercicio de dicha potestad (CAPÍTULO V: “Elección, duración y responsabilidad de los miembros del Poder Judicial”), que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 164 y 161 inc. 4 de la Const. Prov., debe quedar relegada a la responsabilidad de los “empleados” del Poder Judicial.-

Ello así, puesto que la habilitación del artículo 164 de la Constitución Provincial, en tanto autoriza a la Suprema Corte de Justicia a “hacer su reglamento y establecer las medidas disciplinarias que considere conveniente a la mejor Administración de Justicia”, no puede ser entendida en un sentido tan lato, puesto que, de otro modo, con su función legislativa podría invadir la esfera de competencia de los otros poderes, dictando o reglamentando leyes que “considere conveniente a la mejor Administración de Justicia”.-

En suma, del mismo modo que la Suprema Corte no puede dictar los Códigos Procesales, sin invadir la potestad legislativa del Poder Legislativo, tampoco puede someter a los jueces a juzgamiento, sin violar las facultades conferidas al Jurado de Enjuiciamiento creado por la Constitución.-

Y lo expuesto encuentra un motivo razonable: el peligro de sustanciar dos trámites simultáneos de responsabilidad (ante la Suprema Corte y ante el Jurado de Enjuiciamiento), violando con ello el principio del *non bis in idem*.-

Es decir, solo en esos casos, esto es, a instancia del Jurado de Enjuiciamiento, solo podría intervenir la Corte por vía de superintendencia, lo cual no implica, *lato sensu*, que de ello derive –como quedara expuesto- la existencia de un vínculo jurídico que implique una relación de subordinación o dependencia, de la que emerja una supuesta “potestad disciplinaria”.-

3.3. El fundamento de la potestad disciplinaria.-

Como hemos visto, el sometimiento de los jueces a la “potestad disciplinaria” de la Suprema Corte, viola el principio de independencia de los magistrados, en tanto "El derecho disciplinario presupone una relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica" (Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo III, 6ª edición, La Ley, 1964, pág. 354); vulnerando el principio republicano antes citado. Ese poder jerárquico es el que habilita el ejercicio de la “potestad disciplinaria”, puesto que "La complejidad y variedad de las funciones administrativas, la división y especialización de trabajo, en lo técnico, y de la competencia, en lo jurídico, exigen especialmente en la Administración pública una organización y un mecanismo que debe funcionar sin rozamientos. El agente u órgano de la Administración pública, sea funcionario o empleado, debe obrar en él de acuerdo con las órdenes de quien lo rige; y como conviene al servicio o función administrativa unidad en la dirección, de ahí la relación de dependencia del inferior respecto del superior, que es consecuencia necesaria de la organización y subordinación jerárquica, todo lo cual comporta: 1º, el deber de obediencia; 2º, un poder disciplinario tendiente a asegurar el cumplimiento de ese deber" (Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo III, 6ª edición, La Ley, 1964, pág. 265).-

Canasi, al referirse a la responsabilidad disciplinaria, a la que califica como típicamente administrativa, señala que "existe ínsita o implícita allí donde existe una escala jerárquica que respetar, fundamento mismo de la disciplina. Si no hubiera un régimen disciplinario no existiría administración jerárquica y, por lo tanto, organización administrativa, que en el Estado moderno se manifiesta con un dinamismo cada vez mas notable" (Canasi, José, Derecho Administrativo, Vol. I, Depalma, 1972, pág. 695).-

Otros autores, encuentran en la voluntad, la justificación de la relación jerárquica, al señalar que "Si el individuo voluntariamente -al aceptar la designación-, se sitúa con respecto al Estado en una esfera de sujeción, reglada por el derecho objetivo, es incuestionable la desigualdad jurídica de las partes en la relación de empleo o función pública. La administración pública asume, en consecuencia, una superioridad o preeminencia que se traduce en

el poder jerárquico, cuyo correlativo es el poder disciplinario. Este poder, por su propia finalidad, se detiene en el círculo de los deberes funcionales del agente y, por lo tanto, las sanciones disciplinarias no pueden jurídicamente serle impuestas sino durante la existencia de la relación de empleo, vale decir, en cuanto perdure el status de dependencia" (Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Tomo III, TEA, 1951, págs. 529-530).-

Se ha advertido sin embargo que "En realidad no todos los funcionarios están sujetos al deber de obediencia. Así puede decirse que los magistrados no deben considerarse sujetos al deber de obediencia en lo que se refiere a sus sentencias. Es de señalar, sin embargo, que en nuestro país, conforme al decreto-ley 1285/58, los acuerdos plenarios tomados por las cámaras deben ser observados por los jueces en sus sentencias, lo que implicaría, prácticamente, que estos se hallan sujetos a un cierto deber de obediencia. Debe considerarse que los jueces no están jerarquizados con relación a sus deberes y que cada juez es una unidad jurídica enteramente independiente con relación a los otros. El juez depende de la ley y de su conciencia y no debe responder por sus sentencias frente al superior jerárquico" (Diez Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo III, 2ª edición, Plus Ultra, 1979, pág. 552).-

De modo que es no es posible pretender un estado de sujeción funcional del juez con relación a ningún órgano, puesto que "está directamente ligado al Derecho, a su inmediato servicio, sin pasar por organización alguna; el juez no está organizado, no es un órgano de ninguna organización transpersonal que los trascienda; es más bien, dando al término un significado distinto, un órgano del derecho" Órgano del derecho y no de la Ley, "porque es el juez el medio por el que se hace virtud la no legalización positiva del derecho, el medio por el que penetran la mayor parte de los elementos que necesariamente lo componen y en los cuales es imposible pretender ver la expresión de una voluntad del Estado: costumbre, principios generales, interpretación evolutiva y correctiva de la Ley" . En consecuencia hay que entender la posición independiente del juez como elemento necesario para la independencia y sustancia del derecho. Así, "la figura del juez no puede interpretarse según la teoría del Estado, sino según la teoría del derecho". La organización pública nombra y sostiene al juez, permite su funcionamiento material, apoya sus decisiones, "pero de ningún modo le interioriza" (García de Entrerría, E.: "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1960, p. 327; cit. por Sainz Moreno, F.: "La inamovilidad judicial", REDA N° 11, oct.-dic. 1976, pág. 653).-

De este modo, al suponer un vínculo jurídico inexistente entre los jueces y la Suprema Corte de Justicia, de donde se deriva la vigencia de un poder jerárquico, que se manifiesta en la "potestad disciplinaria" de la SCBA; se verifica la presencia de un vicio en la competencia de las Resoluciones N° 762/04 y 3441/04 dictadas en el Expediente Administrativo N° 3001-1266/2000 dictadas por el mismo Tribunal, lo que indudablemente conlleva su nulidad, pues el vicio recae sobre uno de sus elementos esenciales (FIORINI, Bartolomé: "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1976, T.I, pág. 497 y ss.).-

4. Violación de la garantía del debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo disciplinario.-

Advierto asimismo que, en el procedimiento disciplinario que da origen a la sanción aplicada al actor, se verifica una afectación a su derecho de defensa, provocándole un estado de indefensión, en la medida que se lo sanciona por el contenido de su descargo, con lo cual, se subvierte el objeto del sumario administrativo, violando el principio de congruencia, por falta de correlación entre la imputación y la sanción de apercibimiento aplicada (Conf. CCALP, causa N° 8974, "Gómez" de fecha 6-X-2009). Asimismo se lo ha privado del derecho de conocer, con carácter previo a la sanción, cual era la falta imputada, todo lo cual, deriva en la violación a la garantía del debido proceso adjetivo.-

Ello así, toda vez que el procedimiento administrativo para la imposición de una sanción presupone el respeto ineludible al citado principio, que "se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del ordenamiento jurídico" (cfr. Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", 1995, T. I, cap. V, pág. 10). Su recepción constitucional en nuestro sistema jurídico, a través de la garantía de defensa en juicio, restringió, quizás inadvertidamente, en forma literal, el alcance del concepto del *due process of law*, apartándose de su fuente norteamericana y limitándolo a sólo una de las hipótesis de conflicto posibles, ocasionando así un esfuerzo interpretativo adicional, no sólo en el plano jurisprudencial, sino incluso en el legislativo, en lo que al procedimiento administrativo se refiere (Tawil, "El debido proceso adjetivo, la XIVª enmienda y la defensa del particular frente a la administración en jurisprudencia norteamericana", ED 125-882).-

En tal sentido, la doctrina ha expresado que el "debido proceso legal" es una garantía constitucional innominada, en virtud del cual todo acto estatal - ley, sentencia o acto administrativo- debe ser el resultado de un conjunto de procedimientos que hay que cumplir no sólo para que él sea formalmente

válido -aspecto adjetivo del debido proceso-, sino también para que se consagre una debida justicia -aspecto sustantivo del debido proceso- (Linares, J.F. "Razonabilidad de las leyes", Bs. As., 1970, pgs.12/13).-

Por su parte, la CSJN ha decidido en diversas oportunidades que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios (Fallos 125:10, 127:374, 129:193, 134:242, 193:408, 198:467, 237:193, 297:134, 310:410), incluyendo los procedimientos seguidos ante tribunales administrativos (310:1797, 310:1042, entre otros); en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Baena, Ricardo y Otros -270 Trabajadores vs. Panamá-" de fecha 02-II-2001).-

Desde esta perspectiva axiológica, el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, en virtud de la cual, la Administración no puede establecer una condena sin la previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción, que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo y la defensa del ciudadano, consagrados en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Provincial.-

La ponderación de la real restricción al pleno ejercicio del derecho de defensa por parte del funcionario acusado de la comisión de una falta administrativa, como así también de la estricta observancia de las reglas que en cada caso particular salvaguardan la garantía del debido proceso adjetivo, no pueden llevarse a cabo con alguna ligereza o superficialmente, sino que corresponde profundizar el examen objetivo y contextual de todas las circunstancias acreditadas desde el inicio mismo del trámite sancionatorio. En esta orientación se pronuncia autorizada doctrina, cuando se refiere a la acción acusatoria de la Administración en la tramitación del expediente, destacando que "...Es a partir de ese momento, cuando la Administración queda vinculada a los hechos que se imputan, sin que quepa posteriormente proceder a una sanción por hechos distintos de los imputados..." (Castillo Blanco, Federico A., "Función Pública y Poder Disciplinario del Estado", Editorial Civitas, Madrid 1992, pág. 455).-

Es que en el marco del debido proceso legal, el acto por el cual se instruye el sumario o un procedimiento sancionatorio especial, trasunta una actuación formal, en virtud de la cual, la Administración formula el cargo, fijando de tal modo su posición acusatoria respecto del supuesto autor de la falta acusada. Debe expresarse concretamente cada uno de los hechos imputados y en principio, no basta la referencia incompleta de los mismos ni la genérica cita

legal que los englobe; es preciso que se determine en forma clara y puntual, cuál es la conducta imputada, la que debe hallarse individualizada en sus particulares circunstancias de tiempo, modo y lugar. Ese recaudo procedimental concuerda con el principio de congruencia antes citado, toda vez que la sanción no puede hallar fundamento en extremos fácticos diferentes a aquellos que fueron objeto de la investigación sumarial, sino que debe existir correlación entre los cargos y la resolución sancionatoria; de allí la importancia de esclarecer los hechos imputados.-

En el sub-lite, el expediente administrativo carece de las precisiones necesarias con relación al hecho que se imputa como falta administrativa, sin brindar ningún tipo de especificación, y dicha falencia -vale aclarar- no se subsana con la entrega del informe requerido (cfr. fs. 24/34 vta., expte. adm.), ni con el proceso judicial ulterior, "por cuanto en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a las administraciones públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico, en tanto el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo" (SCBA, causa B 59.986, "Caselli" –voto del Dr. Soria-).-

En la observancia de estos principios se juega la efectividad de la tutela judicial efectiva y también de la tutela administrativa efectiva que supone la posibilidad de ocurrir ante los Tribunales de Justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada (Fallos 310:1819 y fallo de la C.S.J.N. de fecha 14 de octubre de 2004, en autos "A.937.XXXVI. Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER Dcto. 310/98 s/ amparo Ley 16.986"; y comentario de Canosa, Armando N., "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva" en R.A.P., Nro. 323, pág. 75). Este es el sentido y alcance de lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución Provincial.-

En definitiva, la deficiencia apuntada en la emisión del acto sancionatorio, fulmina la juridicidad del acto impugnado, por cuanto se ha contrariado el orden jurídico vigente y principios que informan el procedimiento para su dictado (vid Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", T. II-B, págs. 332 y ss.; Fiorini, Bartolomé, "Derecho Administrativo", T. I, págs.

511 y ss.; Zanobini, G., "Curso de Derecho Administrativo", T. I, págs. 400 y ss.).-

Atento al ámbito al cual se ha circunscripto la contienda, conforme a lo precedentemente expuesto, las demás cuestiones ventiladas en autos devienen irrelevantes a fin de arribar a la solución del litigio.-

5. Las costas del proceso.-

Con relación a las costas, el actor solicita que se le impongan a la demandada vencida. En este sentido, corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: "Flagello, Vicente c/ ANSeS s/ interrupción de prescripción", Sent. del 20-VIII-2008, ha sostenido que el régimen de costas en el orden causado, en materia previsional, no resulta inconstitucional. Sin embargo y toda vez que, en el caso de autos se discute una materia distinta de la previsional, considero que las costas deben ser impuestas a la vencida conforme el criterio expuesto en distintas sentencias (vgr. Causas Nº 1488 "Nitti", Sent. del 4-V-06, Reg. Sent. 109/06; Nº 726 "Adamo", Sent. 15-VI-06, Reg. Sent. 237/06; y "Montes de Oca", Sent. del 1-IX-2006, Reg. 583/06, entre otras, de este Juzgado a mi cargo), cuyas consideraciones corresponde reproducir en autos:-

5.1. El art. 51 del C.C.A., en su redacción original (Ley 12.008), en materia de costas, imponía el principio objetivo de la derrota ("El pago de las costas estará a cargo de la parte vencida en el proceso..."), estableciendo importantes excepciones de carácter subjetivo para el supuesto en que "la parte vencida fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, en causas promovidas en materia de empleo público o previsional", en cuyo caso, las costas le serían impuestas "sólo si hubiere litigado con notoria temeridad". Mas luego, la reforma introducida por la Ley 13.101 (art. 33), modificó el citado principio, determinando que "El pago de las costas será soportado por las partes en el orden causado" y que solamente se aplicarían a la parte vencida en los procesos de ejecución tributaria y cuando la vencida hubiese actuado con notoria temeridad o malicia.-

5.2. A tenor de lo expresado, entiendo que, en el supuesto de autos, la citada reforma no se ajusta al orden constitucional, toda vez que la responsabilidad en materia de costas por incumplimiento de la obligación principal –a diferencia de las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales- forma parte del derecho sustancial (conf. art. 75 inc. 12 C.N. y arts. 505, 1109, 1112 y 1113 del C.C.; SCBA, causas L 77914, "Zuccoli"; L 75196, "Santillán"; L 77859, "Acosta"), en tanto constituye una faceta de la responsabilidad patrimonial del litigante, referida a

la extensión con la que debe indemnizar los gastos realizados para forzar el cumplimiento del orden jurídico y por ello, constituye un daño que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. El hecho de que esos gastos sean ocasionados durante un proceso, no convierte a esa responsabilidad en materia procesal (SCBA, voto del Dr. Roncoroni en las causas L 77859, L 77859 y L 77914, ya citadas, y causas L 81838, "Macalusi"; L 77243, "Franco").-

Hace más de un siglo, Chiovenda –refiriéndose a la máxima *fiscus gratis litigat*- señalaba que: "este privilegio hubiera debido suprimirse al aparecer el principio absoluto de la condena en costas, juntamente con los demás motivos de compensación dependientes de la calidad de las partes, pero contribuyeron a conservarlo no ya sólo los equivocados conceptos sobre la condena en costas (...) sino especialmente las ideas dominantes en orden a responsabilidad de la Administración pública. Mientras la mayoría de los escritores y la casi unanimidad de los jueces en Italia prediquen y apliquen respectivamente las ya limitadas teorías aún en boga sobre esta responsabilidad, y con admirables pero no laudables esfuerzos de razonamiento y de doctrina se siga intentando someter el Derecho racional y el positivo a distinciones que ni el primero aconseja ni el segundo contiene, y que muchos repiten sin entender bien ni su concepto ni su alcance; hasta que el lento pero seguro progreso de la ciencia moderna en esta materia no haya hecho adoptar en todas partes como lo ha sido en algunas, la afirmación de que el Estado debe responder de los actos de sus representantes que causen daños susceptibles de resarcimiento y de que el acto de autoridad no está, como tal, libre de esta responsabilidad, será difícil llegar al convencimiento general de que toda declaración de derecho en contra de la Administración pública debe ir acompañada de la condena en costas" (CHIOVENDA, José: *La Condena en Costas*; Ed. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B.- Vol.VI; Madrid, MCMXXVIII, pág. 266).-

A ese respecto, aún cuando, en el caso del Estado, se afirme el carácter local de aquella responsabilidad (REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en AA.VV: *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy. Jornadas sobre derecho administrativo, Editorial Ciencias de la Administración, pág. 220) o se considere que las costas revisten carácter procesal (GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, ed. Temis, Bogotá, 1985, pág. 414); en ningún caso, la legislación provincial que se dicte al respecto puede prescindir, desconocer o alterar el principio –de raigambre constitucional- del "*alterum non laedere*". En efecto, la Constitución no tolera

que el daño a derechos fundamentales de una persona no sea, cuanto menos, razonablemente reparados. El "alterum non laedere" que fluye del art. 19 de la Constitución Nacional prohibiendo a los hombres perjudicar los derechos de un tercero y concediendo (callada, pero implícitamente) el derecho a una indemnización (SCBA, causa L 70185 "Rodríguez", voto del Dr. Roncoroni) no admite la vigencia de un principio general de eximición de responsabilidad en materia de costas, para quien haya obligado a otro a litigar a fin de obtener el restablecimiento de la legalidad, pues el citado axioma, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, expresa un principio general del derecho, que no solo reconoce aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil, sino que nutre y sustenta todos los regímenes de responsabilidad y regula cualquier disciplina jurídica (CSJN, Fallos 182:5, 308:789, 308:1118, 308:1160, 315:689, 320:1999, 321:2637, A. 126. XXXVI, "Angel Estrada y Cía. S.A."; SCBA, L 81826, "Yaman"; entre otros); "porque la idea de que el resarcimiento del derecho hace necesario que se impongan las costas al causante del pleito seguido para lograrlo, es admisible al lado de cualquier concepto de ese restablecimiento." (CHIOVENDA, op. cit. pág. 279).-

En el supuesto de autos, la Administración tuvo la oportunidad de reconocer en sede administrativa el reclamo incoado por el actor y su negativa, lo obligó a promover el presente juicio para obtener el reconocimiento de su derecho, de modo que no resulta justo ni razonable imponer al accionante, total o parcialmente, las consecuencias económicas de esa conducta ilegítima.-

5.3. En cuanto al aspecto subjetivo, es del caso señalar que el carácter público o estatal del sujeto litigante el proceso contencioso administrativo no modifica lo expresado, puesto que la Administración "no puede sustraerse a los principios generales en tanto y en cuanto, respecto de los administrados o particulares con quien litiga, no aparece en ella esa posición de supremacía (y, respectivamente, de obediencia), justificada por la necesidad e interés público, sino antes bien, unos y otros se presentan asumiendo la defensa de derechos y obligaciones recíprocas apoyadas en una razón de justicia (...) Lo contrario, implicaría considerar a la justicia como una carga pública que debe ser soportada en silencio, en compensación del mero «beneficio» -así considerado- que el fallo atribuye al declarar el derecho de la parte vencedora (...) Este beneficio de justicia debe ser íntegro, y no tener como contrapeso la carga de las costas, considerándose que ellas no son aplicables al Estado cuando éste es vencido en el litigio" (BIELSA, Rafael: Ideas Generales sobre lo Contencioso Administrativo, ed. J. Lajoune y Cia., Buenos Aires 1936, pág. 83, cit. por

ARGAÑARAS, Manuel J.: Tratado de lo contencioso administrativo, ed. TEA, Buenos Aires 1955, pág. 254).-

Asimismo, no halla asidero jurídico alguno la arbitraria discriminación que realiza la norma en crisis, aplicando un criterio desigual para los procesos de apremio donde Estado provincial siempre es actor (y generalmente vencedor), a diferencia del proceso contencioso administrativo, donde la mayoría de las veces reviste la condición de demandado, violando de ese modo el art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto la aplicación parcial de costas al accionante, constituye un privilegio inaceptable de la Administración que no reconoce causas o motivos de interés público. Adviértase asimismo, que frente a la carga que se impone al particular, mediante la aplicación de costas por su orden, la Administración cuenta con un cuerpo estable y permanente de abogados altamente especializados en la materia, situación que, a diferencia de aquél, no le provoca ningún costo adicional, circunstancia que alienta la litigiosidad excesiva y aventurada, con la consiguiente sobrecarga jurisdiccional, puesto que, el sistema de costas vigente, en tanto no prevé consecuencia alguna para los pedimentos dilatorios e inoficiosos, a excepción de los limitados supuestos de temeridad y malicia, promueve la especulación dilatoria de la defensa estatal.-

Pero más grave es la convalidación del estado de ilegalidad endémico que padece la administración pública, al que coadyuva el modelo impuesto por la reforma de la ley 13.101, que, en materia de costas, no prevé consecuencia alguna frente al estado de ilegalidad: es lo mismo la actuación ajustada a derecho, que un obrar contrario al orden jurídico, pues no existe estímulo para la reparación de la ilegalidad, o lo que es peor aún, se coloca en cabeza del afectado la carga económica del obrar ilegítimo de la Administración.-

De modo que, esta situación creada por la Ley 13.101, resulta contraria a los principios y postulados previstos por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26.097), cuyo artículo 5 inc. 1, prevé que “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.” En igual sentido, el inc. 2 establece genéricamente que “Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.”; mientras que su inciso subsiguiente preceptúa que “Cada Estado Parte procurará evaluar

periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.”

En punto a la violación del principio de igualdad en la que podría derivar la aplicación del criterio establecido por el art. 51 del CCA, es del caso recordar que la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín ha declarado la inconstitucionalidad del citado precepto, con fundamento en los Artículos 16 de la Carta Magna y 11 de la Constitución Provincial, por la desigualdad generada entre quienes obtuvieron una resolución favorable en sede administrativa y aquellos que se vieron obligados a promover una actuación jurisdiccional para obtener una decisión que se pronunciara sobre sus derechos, de naturaleza alimentaria (in re, causa N° 34/2004, “Asenjo”). Es que, como señala Chiovenda “La exención del estado en cuanto al pago de las costas, caso de vencimiento, va también contra el principio de que las cargas públicas deben repartirse equitativamente –conforme a la ley de la proporcionalidad- entre los ciudadanos. La apreciación inadecuada de los límites de las propias funciones o el quebrantamiento de las formas establecidas, que pueden conducir a la desestimación de las demandas del Ministerio Público o a la anulación de los actos de la autoridad, son errores de los órganos del Estado cuyas consecuencias dañosas –costas- deben repartirse entre todos los ciudadanos y no dejarse a cargo de aquél solo que fue su víctima directa y que por haberse prestado a corregir tales errores es un benemérito de la sociedad. Esto es de una justicia elemental, y no comprendo cómo en un Estado libre puede perdurar un concepto diferente. Todo el mundo se rebelaría ante la idea de imponer al vencedor las costas del Estado vencido; y sin embargo, no es menos en el fondo la incongruencia de imponer a aquél el pago de las suyas.” (op. cit. pág. 280).-

5.4. Con relación al particular que litiga contra la Administración se ha señalado que “los gastos del proceso que han de soportar las partes constituyen, ciertamente, uno de los más graves obstáculos del derecho de acceso a la justicia. La falta de medios económicos impide a importantes sectores de administrados la actuación de sus pretensiones frente a la administración pública” (GONZALEZ PEREZ, Jesús: op. cit., p. 414). Al respecto, se ha considerar asimismo la aplicación de los principios del derecho del trabajo y la seguridad social, tales como los de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y de interpretación en favor del trabajador (art. 39 inc. 3 de la CPBA), que gobiernan la relación jurídica de autos.-

En particular, se ha de reparar que la Ley 13.101, al distribuir las costas en el orden causado, suprimiendo las distinciones que el anterior artículo 51 inciso 2 realizaba en materia de derechos sociales, poniendo a cargo de sus titulares el pago parcial de las costas del proceso, ha violado el principio de progresividad, que ha sido calificado por la Corte Federal, como el “principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular”, recordando que, según el mismo, “todo Estado Parte se ‘compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos’ (art. 2.1). La norma, por lo pronto, ‘debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata’. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo ‘más explícita y eficazmente posible’ a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, ‘todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga’ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., p. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23)” (CSJN, Fallos 327:3753, “Aquino”).-

Por su parte, en el citado precedente, la CSJN ha señalado que “si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el

restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una 'justa indemnización'. Y las reparaciones, 'como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial' y no pueden implicar el 'empobrecimiento de la víctima' (Bamaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones, sentencia del 22-2-2002, Serie C N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, ps. 107/108, párrs. 40/41 y sus citas)".-

5.5. Es del caso señalar asimismo, que la SCBA tiene establecido que la primacía de la ley sustancial sobre la adjetiva, no requiere demostración alguna de la parte, debiendo ser advertida y reconocida por el juzgador, quien está obligado a aplicar el derecho vigente (arts. 1, 15 y 16 del Código Civil) como también así por la gravitación del principio *juris novit curia* (art. 34 inc. 4) - dispositivo legal que expresamente estatuye que el sentenciante debe fundar su pronunciamiento "respetando la jerarquía de las normas vigentes (arts. 163 inc. 5 del C.P.C.C.; 47 y 63 de la ley 11.653) –SCBA, causas L 77914 y L 77859 ya citadas y L 73148, "Sciandra"-.

Teniendo presente lo expresado, se ha de precisar que aun cuando el texto de la norma resulte claro, si de la necesaria interpretación que presupone su aplicación al caso concreto, se desprende que la misma afecta derechos claramente reconocidos en nuestra Constitución, el juez debe hacer prevalecer la manda constitucional (art. 31 y 28 de la CN) y que la declaración de oficio de inconstitucionalidad de una norma "no solo es posible, sino obligatoria, pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (arts. 31 de la Constitución Nacional; 3 de la Constitución de esta Provincia)" (SCBA, Causa L.81.953 "Omar" del 6-VII-2005). -

En ese sentido, la Corte Federal tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad "es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable...la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa" ("Mill de Pereyra", CSJN, LL, 2001-F, 89).-

Cuando se someten a decisiones de los jueces cuestiones de derecho, en el ejercicio de la potestad de suplir el derecho que las partes no invocaron -

trasuntado en el adagio “iura novit curia”- y atendiendo al ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la CN), se hallan facultados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sin necesidad de petición expresa de parte interesada (Conf. “Banco Comercial de Finanzas”, SCJN, 19-VIII-2004, L.L., 30-VIII-2004; SCBA, causa L. 74.615, “Yeri”).-

Esta excepcional situación que obliga a efectuar el examen de oficio, se debe a que estamos ante un derecho del profesional a percibir sus honorarios (arts. 1º y 21 del Decreto Ley de 9504/77) por la tarea efectivamente realizada. Y la obligación que le impone la ley procesal administrativa al actor de hacerse cargo de las costas, aún, cuando en el caso de autos haya vencido y se encuentre en juego un derecho de índole alimentario.-

5.6. Que la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en la causa “Montes de Oca”, Sent. del 8-III-2007, al revocar lo allí decidido, se pronunció contra el criterio expuesto en las citadas sentencias en materia de costas.-

No obstante, estimo que el citado precedente no me obliga a renunciar al criterio sustentado, puesto que los endeble argumentos allí vertidos no conmueven la convicción de este magistrado en punto a la inconstitucionalidad de la reforma de la Ley 13.101.-

En efecto, el voto del Dr. De Santis (al que –en este aspecto- adhiere la Dra. Milanta) no aporta ningún fundamento para demostrar el “error de juzgamiento” que le atribuye al fallo de primera instancia; por el contrario, sólo expone la mera autoridad que se deriva de los precedentes de la Cámara que él mismo integra –lo cual podría constituir una falacia de apelación a la autoridad (ver COPI, Irving M. “Introducción a la Lógica”, Eudeba, 1972, pág. 69)- y que a demás se refieren a supuestos diferentes, es decir, sentencias recaídas en causas de amparo por mora, en las que no operan los principios aplicables a la materia de empleo público o previsional.-

Por otra parte, el citado magistrado no solo revoca la condena en costas a la Administración demandada, sino que en virtud de la falacia indicada supra hace derivar del criterio del infrascripto conclusiones inválidas. En efecto, no resulta correcto afirmar que en caso de resultar vencida la parte actora, ella deba cargar con las costas del proceso, pues ello podría ser consecuencia de la inaplicabilidad del art. 51 del CCA, mas no de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 13.101, en virtud de la cual, renace su texto anterior. De este modo, en caso de resultar vencida la actora correspondía aplicar –siguiendo la premisa planteada- la solución establecida por el art. 51 del CCA (Ley 12.008); que si bien en materia de costas, imponía el principio

objetivo de la derrota (“El pago de las costas estará a cargo de la parte vencida en el proceso...”), establecía importantes excepciones de carácter subjetivo para el supuesto en que la parte vencida lo sea “en causas promovidas en materia de empleo público o previsional”, en cuyo caso, las costas le serían impuestas “sólo si hubiere litigado con notoria temeridad”. De esta forma, en la hipótesis planteada por el citado Camarista, las costas se habrían impuesto en el orden causado, y no a la actora vencida.-

Que los argumentos aportados por el Dr. De Santis, resultan insuficientes para modificar el criterio del infrascripto, expresado en las causas antes citadas. En cuanto a la obligatoriedad de la doctrina emanada de los tribunales de alzada, se ha expresado –con relación a los precedentes de la CSJN- que: “La autoridad jurígena del Alto Tribunal con respecto a los restantes, emana de la seriedad de sus posiciones, lo que tornaría difícil rebatirlas. Al contrario, cuando los argumentos utilizados son escasos o endebles, el precedente no obliga a nadie, tema que ocupa un lugar privilegiado en la historia del Derecho” (CAPON FILAS, Rodolfo, “La Protección Constitucional del Trabajo”, LL, 2003 C-1150), todo lo cual, resulta igualmente aplicable a todas las instancias.-

Respecto de la cuestión vinculada con el acceso a la justicia y la tutela judicial continua y efectiva, que es objeto de tratamiento en el voto de la Dra. Milanta, es dable advertir liminarmente que esta garantía no puede ser valorada únicamente desde su aspecto formal, sin atender a las condiciones en las que se desenvuelven las relaciones jurídicas en la práctica, con sus implicancias y asimetrías de poder, que no han de escapar al análisis del intérprete del derecho interesado en la justicia y la igualdad, como valores sustanciales del convivencia humana. Desconocer esta realidad, implica asumir un posicionamiento ideológico que tiende a legitimar la posición dominante de la parte más aventajada en la relación jurídica asimétrica vinculada, en el supuesto de autos, al poder político estatal, que posee además, el monopolio de la producción jurídica normativa y que -como es sabido- ha impulsado, mediante la Ley 13.101 que aquí se declara inconstitucional, la modificación de la Ley 12.008, para lograr un mejor posicionamiento procesal frente a la postergada implementación de esta nueva jurisdicción contencioso administrativa (v. BOTASSI, Carlos: Ensayos de Derecho Administrativo, Ed. LEP, 2006, pág. 452, 453, 461 y 462).-

Por su parte, es preciso advertir que el acceso a la justicia comprende también el derecho de buscar y elegir al profesional letrado que lo patrocine y el consecuente derecho de éste a percibir sus honorarios por el trabajo realizado.-

De modo que, de conformidad al modelo instaurado por la Ley 13.101, el empleado público o jubilado que litigue frente al Estado en los estrados de la justicia administrativa Provincial deberá cargar con los honorarios de su letrado, aún cuando resulte ganancioso. Pero, esta obligación no resulta exigible en virtud del beneficio de litigar sin gastos dispuesto de pleno derecho por la ley 12.200.-

Entonces, el criterio formal que alienta el voto de la Dra. Milanta provoca una clara discriminación entre quienes están en condiciones de soportar los gastos causídicos y quienes no pueden hacerlo, puesto que resulta evidente que los profesionales del derecho no acepten casos en los que no puedan percibir los honorarios por ninguna de las partes, salvo que se admita como razonable que el actor ganancioso deba detraer parte de lo obtenido en el pleito para satisfacer esos gastos, en cuyo caso resultarán perjudicados los derechos sustanciales allí reconocidos, todo lo cual demuestra –en definitiva- que la cuestión de las costas no constituye una “mera cuestión de carácter procesal”.-

Esta discriminación, entre quienes pueden soportar los gastos del proceso y aquellos que no pueden hacerlo, es lo que ha querido evitar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir que: "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley en los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas" (CIDH, Opinión Consultiva Nº 16/99, del 1/10/1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal" párr. 119º).-

Se intenta así procurar la igualdad real de oportunidades en materia de acceso a la justicia y supone reconocer –como lo señaláramos precedentemente- que no todas las partes son iguales en el proceso, contrariamente a las derivaciones que se extraen del voto de la Dra. Milanta y

del principio de igualdad formal consagrado en el art. 16 de la CN y 11 de la CPBA.-

Como podrá advertirse, la citada reforma, al modificar el sistema general de costas al vencido y la excepción en casos vinculados al empleo público o previsional, constituye un claro supuesto de regresividad en la materia, cuestión que se encuentra especialmente prohibida por la Constitución Provincial (art. 39 inc. 3). Ello así, pues, en el texto originario –en caso de reclamos vinculados a esa materia- se aseguraba al actor una reparación integral, toda vez que no debía detraer de su patrimonio dinero alguno para abonar los honorarios de su letrado patrocinante o apoderado.-

La afectación patrimonial así considerada, luce evidente. A diferencia de lo expresado por la Cámara en el citado precedente, la vinculación entre el porcentual de honorarios que la ley arancelaria establece y el monto de la condena no requiere mayor demostración (conf. arts. 16, 21 y concordantes del Dec. Ley 8.904/77).-

Sobre el particular, corresponde afirmar que el citado sistema de costas por su orden, confirmado por la Cámara en el precedente citado, conculca, además del principio de no regresividad, los principios de indemnidad y gratuidad de las actuaciones en favor del trabajador (tanto activo como pasivo), quien, en virtud de ellos no debe sufrir desmedro alguno en sus bienes por el hecho de demandar judicialmente. Como expresó Fernández Madrid: “en el derecho sustancial existe una obligación de preservar indemne al trabajador, y en el Derecho Procesal hay una zona patrimonial de reserva vedada al acreedor por costas” (FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", 1990, Ed. La Ley, t. 1, págs 231 y 264).-

5.7. Por los fundamentos expuestos, citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, y en orden a lo establecido por los arts., 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 31, 116 de la Constitución Nacional y 15 y art. 39 inc.3º de la Constitución Provincial, y sin perjuicio de los fundamentos expuestos por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, tengo para mí, que la reforma introducida por la Ley 13.101 al art. 51 del C.C.A. es violatoria de la Constitución Nacional y Provincial, por tanto, corresponde declarar su inconstitucionalidad, recobrando plena vigencia el texto anterior sancionado mediante Ley 12.008.-

Por ello, de conformidad a los fundamentos expuestos y las normas citadas,-

FALLO.-

1. Haciendo lugar a la acción contencioso administrativa promovida por el Sr. **S.E.B.**, declarando la nulidad de las Resoluciones N° 762/04 y 3441/04 dictadas en el Expediente Administrativo N° 3001-1266/2000 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.-

2. Declarando la inconstitucionalidad de la reforma introducida mediante Ley 13.101 al art. 51 del C.C.A. e imponiendo las costas a la demandada en calidad de vencida; eximiéndola del cumplimiento de la Tasa de Justicia y contribución sobretasa por encontrarse exenta (art. 270 del Código Fiscal). Se regulan los honorarios de la Dr. Carlos Eduardo Oricchio, CUIT. 20-08011079-1 (Leg. Prev. N° 18172), en la suma de PESOS DOS MIL QUINIENTOS (\$2.500), con más el 10% de aporte previsional (arts. 1, 10, 16, 44 inc. "b" segundo párrafo y 54 del Decreto Ley 8904/77; art. 12 de la Ley 6.716; y art. 203 del Decreto Ley 6.769/58).-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-

LUIS FEDERICO ARIAS
Juez
Juz. Cont. Adm. N°1

Dto. Jud. La Plata