[CIJur] Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires

Cuaderno Temático de Dictámenes 2020

CONFLICTO DE PODERES
CONFLICTO DE COMPETENCIA
ACCIÓN Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Cuaderno Temático de Dictámenes 2020

CONFLICTO DE PODERES
CONFLICTO DE COMPETENCIA
ACCIÓN Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización -Salas de Relatoría: penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar- sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Índice

MATERIA: CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

CONFLICTO DE PODERES

1. Ley Orgánica de las Municipalidades: Ley N.° 11.769. Conflicto de Poderes. Fiscalización del Poder Ejecutivo. Concejo Deliberante comunal. Atribuciones. Servicio Público. Distribución y comercialización de energía eléctrica y alumbrado público. C.E.Vi.Ge. Ltda. Competencia excepcional y restrictiva de la SCBA. Art. 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Causa B 76.299, "Intendente municipal de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante de Villa Gesell s/ conflicto art. 196, Constitución provincial y 261, LOM", fecha: 05-08-2020 15

2. Destitución de concejal electo por el Concejo Deliberante. Art. 196, Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Admisibilidad extrínseca de la acción. Art. 249 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. Comisión Investigadora. Mayorías necesarias. Irregularidades. Exigencia de sesión pública. Convocatoria a sesión especial

Causa B 75.523, "C, M. J. c/ Concejo Deliberante Municipalidad de C. s/ conflicto art. 196, Constitución provincial, 261 y sigs. LOM", fecha: 15-01-2020 45

3. Conflicto de poderes municipal. Avasallamiento del Concejo Deliberante de facultades propias del titular del Poder Ejecutivo. Presupuesto anual. Erogación no prevista. Invasión de competencias

Causa B 75.662-B, "Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de General Pueyrredón c/ Concejo Deliberante de la Municipalidad de General Pueyrredón s/ conflicto art. 196, Constitución Provincial", fecha: 07-12-2019 115

4. Conflicto de poderes. Artículo 161 inciso 2 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Conflicto externo municipal. Medida cautelar contra IOMA. Afiliación voluntaria denegada. Competencia municipal o provincial. Juez de faltas

Causa B 74.696, "Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N.° 2 de Defensa del Consumidor en autos: "Barletta Valeria Gisela s/ denuncia c/ IOMA (arts. 161, inc. 2° y art. 196, Constitución Provincial)", fecha: 29-06-2017 141

5. Conflicto de poderes entre la Municipalidad de San Nicolás y el Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión de reconocimiento de derechos. Ejercicio del poder de policía municipal. Abuso de autoridad. Admisibilidad del conflicto. Establecimientos de utilidad nacional

Causa B 74.083, "Municipalidad de San Nicolás c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción – Subsecretaría Actividades Portuarias – Puerto de San Nicolás) s/ conflicto de poderes - Art. 196 de la Constitución Provincial", fecha: 17-08-2017 159

CONFLICTO DE COMPETENCIA

1. Conflicto de competencia planteado entre el Juzgado de Paz Letrado y el Juzgado de Faltas Municipal. Autoridad Municipal o Poder Judicial. Conflictos externos municipales. Artículo 196 de la Constitución de la Provincia. Jurisdicción en materia de faltas. Infracciones al Decreto Ley N.° 8031/73

Causa B 76.036, "Juzgado de Faltas Municipal -Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ conflicto de poderes (art. 161, inc. 2°, Constitución provincial). En autos "Dotti, Fabián Ernesto...", fecha: 15-07-2019 195

2. Conflicto de competencia entre el Juzgado de Faltas Municipal y el Juzgado de Paz. Ley N.° 14.107 sobre tenencia de perros potencialmente peligrosos

Causa B 74.829, "Juzgado de Faltas. Exaltación de la Cruz, Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz s/ conflicto de poderes (art. 161, inc. 2° de la Constitución provincial)", fecha: 13-07-2017 203

3. Conflicto de competencia entre el Juzgado de Faltas Municipal y el Juzgado de Paz. Ley N.° 14.107 sobre tenencia de perros potencialmente peligrosos

Causa B 74.828, "Juzgado de Faltas. Exaltación de la Cruz, Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz s/ Conflicto de Poderes (Art. 161 inc. 2 de la Constitución provincial)", fecha: 13-07-2017 211

4. Concejo Deliberante. Ordenanza N.° 2556/17. Modificación del Código Tributario Municipal. Tributos municipales. Conflicto de competencia con el Ejecutivo. Materia presupuestaria

Causa B 74.705, "Intendente Municipal de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante de Villa Gesell s/ conflicto art. 196, Constitución Provincial. Art. 261 LOM", fecha: 06-06-2017 219

ACCIÓN ORIGINARIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - ART.161, INC. 1° DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

1. Proceso originario de inconstitucionalidad. Ordenanza N.° 4087/2016 de la Municipalidad de San Antonio de Areco. Tasa de inspección por servicios de seguridad e higiene. Obligación de pago por débito automático. Habilitación comercial. Contribuyentes no monotributistas. Irrazonabilidad de la norma. Afectación del derecho de trabajar y ejercer industria lícita

Causa I 74.308, "Stagnaro, Gustavo Rubén c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ inconstitucionalidad Ordenanza N.° 4087/2016", fecha: 10-08-2020 235

2. Inconstitucionalidad del art. 32, inc. 1° del Decreto Ley N.° 9020/78. Ley Notarial. Inhabilitación para el ejercicio de funciones notariales en razón de la edad. Arbitrariedad de la norma. Derecho al trabajo. Igualdad ante la ley

Causa I 76.490-1, "Maccario, Susana Margarita c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley", fecha: 03-08-2020 257

3. Inconstitucionalidad del art. 32, inc. 1° del Decreto Ley N.° 9020/78. Ley Notarial. Inhabilitación para el ejercicio de funciones notariales en razón de la edad. Arbitrariedad de la norma. Derecho al trabajo. Igualdad ante la ley

Causa I 76.425-1, "Ayarza, Mirta c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley N.° 9020/1980", fecha: 31-07-2020 269

4. Acción colectiva. Inconstitucionalidad del Decreto N.° 401/2017. Proconsumer. Municipalidad de San Isidro. Caducidad. Legitimación activa. Existencia de causa. Titularidad del derecho. Interés que se invoca. Perjuicio cierto. Procedencia de la acción

Causa I 75.278-1, "Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad Decreto N.° 401/2017", fecha: 30-07-2020 279

5. Inconstitucionalidad art. 57, inc. 'e' de la Ley N°10597, reformada por la Ley N.° 12770. Estatuto del Docente. Discriminación en razón de la edad. Desigualdad de trato. Derecho al trabajo. Derecho a la igualdad ante la ley

Causa I 76.219-1, "Borzi, Susana A. c/ Provincia de Bs. As. (Dirección Gral. De Cultura y Educación) s/ inconstitucionalidad art. 57, inc. 'e' de la Ley N.° 10.579", fecha: 01-06-2020 303

6. Inconstitucionalidad del artículo 57 inciso 'e' de la Ley N.° 10579 - texto según Ley N.° 12770. Estatuto del Docente. Discriminación en razón de la edad. Desigualdad de trato. Derecho al trabajo. Derecho a la igualdad ante la ley

Causa I 76.154-1, "Darío, María Fernanda c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad art. 57, inc. 'e' Ley N.° 10.579", fecha: 28-05-2020 315

7. Inconstitucionalidad del art. 32, inc. 1° del Decreto Ley N.° 9020/78. Ley Notarial. Inhabilitación para el ejercicio de funciones notariales en razón de la edad. Arbitrariedad de la norma. Derecho al trabajo. Igualdad ante la ley

Causa I 75.987, "Ageitos, José Luis c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley N.° 9020/78", fecha: 20-02-2020 327

8. Inconstitucionalidad del art. 32, inc. 1° del Decreto Ley N.° 9020/78. Ley Notarial. Inhabilitación para el ejercicio de funciones notariales en razón de la edad. Arbitrariedad de la norma. Derecho al trabajo. Igualdad ante la ley

Causa I 76.092, "Medina, Carlos Alberto c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley N.° 9020/78", fecha: 20-02-2020 339

9. Inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3°, 7°, 9°, 16° y 18° del Decreto Provincial N.° 754/2000. Descuentos del cobro de cuota a favor de entidades sindicales. Asociaciones gremiales de trabajadores. Cuestión litigiosa abstracta. Extinción

Causa I 2227, "Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y Otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto N.° 754/2000", fecha: 12-02-2020 351

RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD - ART. 161, INC. 1° DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

1. Control de constitucionalidad del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Requisitos de admisibilidad. Alcance. Requisito de pago previo. Imposibilidad de pago. Perjuicio irreparable

Causa A 76.606, "EDENOR SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 18-11-2020 379

2. Pretensión anulatoria. Municipalidad de Quilmes. Decreto N.° 6.292/06. Inobservancia del artículo 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Mayorías necesarias

Causa A 75.584-2, "Rives, Agustín Mario y otros c/ Municipalidad de Quilmes s/ pretensión anulatoria", fecha: 18-08-2020 395

3. Determinación del quantum indemnizatorio. Daño patrimonial. Daño moral

Causa A 76.524-1, "González, María Alejandra c/ Servicio Penitenciario Provincial s/ pretensión indemnizatoria", fecha: 14-08-2020 403

4. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Requisito de pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Perjuicio irreparable

Causa A 76.516-1, "Servicios y productos para bebidas refrescantes SRL c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 31-07-2020 417

5. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Vulneración del acceso a la justicia

Causa A76.514-1, "Círculo de Inversores SA P/F DET c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha 31-07-2020 433

6. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Vulneración del acceso a la justicia

Causa A 76.513-1, "EDENOR SA c/ Municipalidad de Vicente López s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 31-07-2020 449

7. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Vulneración del acceso a la justicia

Causa A 76.533-1, "WAL MART ARGENTINA S.R.L. c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 31-07-2020 465

8. Expropiación inversa. Ley N.° 12542. Cuenca del Río Salado. Cauce natural. Dominio público. Proceso de expropiación. Necesidad de acto administrativo. Acto Jurisdiccional válido. Omisión de tratamiento de cuestiones esenciales. Defecto sustancial. Indeterminación del bien a expropiar

Causa A 76.427-1, "Taquima S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ expropiación inversa - otros juicios", fecha: 15-07-2020 481

9. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Vulneración del acceso a la justicia

Causa A 76.492-2, "Banco de Servicios y Transacciones SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 13-07-2020 495

10. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Vulneración del acceso a la justicia

Causa A 76.491-1, "FRÁVEGA SACIEI y otro c/ Municipalidad de Vicente López s/ proceso sumario de ilegitimidad", fecha: 13-07-2020 511

11. Inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N.° 13.133. Ley de defensa del consumidor. Requisito de admisibilidad. Agotamiento de la vía administrativa. Pago previo. Acreditación de imposibilidad de pago. Vulneración del acceso a la justicia

Causa A 76.483-1, "Topwest SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ pretensión anulatoria", fecha: 06-07-2020 527

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 76.299

“Intendente municipal de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante de Villa Gesell s/ conflicto art. 196, Constitución provincial y 261, LOM”, fecha: 05-08-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Intendente Municipalidad de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante Municipalidad de Villa Gesell s/ Conflicto Art. 196, Constitución Provincial y 261 y sgtes. LOM".
B 76.299

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a los fines de dictaminar en atención a lo dispuesto por el artículo 690 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 119 y vta.).

El Intendente de la Municipalidad de Villa Gesell promueve demanda denunciando la existencia de conflicto de poderes interno municipal y la nulidad del Decreto 2030/2019 del Concejo Deliberante (en adelante: H.C.D.) de la Municipalidad de Villa Gesell, en los términos del artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 32/40).

Peticiona cautelar, la cual es concedida por el Tribunal; ordena la suspensión de los efectos del citado decreto hasta tanto se dicte sentencia en el proceso y ordena reponer la vigencia del Decreto 3048/2018, del Ejecutivo municipal (v. fs. 42/47).

Solicita imposición de costas a la demandada (v. fs. 40).

I.-

1.1.- El Intendente Municipal de Villa Gesell, Sr. Gustavo Norberto Barrera, con patrocinio letrado, interpone demanda por conflicto de poderes (arts. 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 261 del Decreto-Ley 6769/1958) contra el H.C.D. de la Municipalidad de Villa Gesell, por

haber dictado, -según la actora- atribuyéndose ilegítimamente facultades propias del departamento ejecutivo, el Decreto H.C.D. 2030/2019, sancionado con fecha 22 de noviembre del año 2019 (v. fs. 32 vta.).

Destaca el presentante que, por dicho acto declaró "*sin efecto*" el Decreto D.E. 3048 de fecha 16 de octubre del año 2018 por el cual el Intendente designara a la Sra. S. E., S. como representante municipal titular ante el Consejo de Administración de la Cooperativa Eléctrica, Crédito, Vivienda y Otros Servicios Públicos de Villa Gesell Limitada (C.E.Vi.Ge.Ltda., en adelante la Cooperativa) desde el día 16 de octubre del año 2018, y "*designa*" en su lugar al Sr. A., G. a partir del 10 de diciembre del año 2019, fecha en la que habría concluido su mandato como concejal del bloque de la oposición (v. fs. 33).

Solicita que la cuestión de fondo se resuelva declarando V.E. la nulidad del decreto sancionado por el Concejo, y la validez del dictado por el Intendente (v. fs. 33).

Sin perjuicio de lo requerido, plantea -como se anticipara- medida cautelar de carácter urgente hasta el dictado de la sentencia definitiva, la suspensión de la vigencia del decreto impugnado y la declaración de validez del Decreto D.E. 3048/2018 (v. fs. 33).

1.2.- Al exponer los antecedentes de la cuestión traída, señala que el Decreto por el cual el Ejecutivo Municipal designara a la Sra. S. como representante ante el Consejo de Administración de la C.E.Vi.Ge.Ltda., sería exactamente igual que otros decretos del Departamento Ejecutivo (vg. números 443 del 31/03/2004; 380 del 17/02/2009; 41 del 08/01/2014) por los cuales se habrían designado los anteriores consejeros ante dicha Cooperativa, todos los cuales habrían sido sancionados siguiendo el mismo procedimiento (v. fs. 33 vta./34).

Recuerda que estos decretos jamás habrían merecido reproche alguno por parte del H.C.D., razón por la que -entiende- el cambio de criterio de ese Cuerpo violaría la doctrina de los propios actos (v. fs. 34).

Expresa el demandante que contra el Decreto D.E. 3048/2018 la Cooperativa interpuso recurso administrativo de revocatoria, y contra su rechazo por Decreto D.E. 137/2019, dedujo demanda contencioso administrativa reclamando su anulación (Causa DL-17179), la que actualmente tramitaría ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial Dolores (v. fs. 34).

Recuerda que, paralelamente a ello, la Cooperativa habría efectuado planteos ante los órganos de control de Cooperativas a nivel nacional y provincial (INAES y DIPAC, respectivamente), cuestionando, en todos los casos, la competencia del Intendente municipal para designar por decreto a su representante en el Consejo de Administración -pese a que nunca habría cuestionado los decretos anteriores dictados a ese fin- con argumentos que serían idénticos a los que ahora sostiene el H.C.D. en los considerandos del Decreto HCD 2030/2019 que origina el presente conflicto de poderes (v. fs. 34 vta.).

Seguidamente, el presentante pasa a analizar los considerandos del Decreto H.C.D. 2030/2019, para destacar que se sustentaría en afirmaciones falsas e inexactas (v. fs. 34 vta.).

En este sentido, señala que mientras el H.C.D. sostiene en el segundo considerando del decreto que "*de acuerdo al INAES le corresponde al HCD del Municipio efectuar la designación del representante municipal titular ante el consejo de administración de Cevigé Ltda.*", el dictamen de dicho organismo diría otra cosa. Remite a doc. 3 (v. fs. 34 vta.).

Por otro lado, argumenta que en tanto el Consejo pretendería justificar su competencia para el dictado del Decreto H.C.D. 2030/2019 en lo dispuesto por el artículo 46 segunda parte del Estatuto de la Cooperativa, incurriría en el absurdo de interpretar que dicho Estatuto podría imponer o asignar competencias al H.C.D., cuando estas competencias estarían establecidas taxativamente en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y en la Ley Orgánica de las Municipalidades (v. fs. 35).

Dice el demandante -contrariando al Concejo Deliberante- que el citado artículo 46 del Estatuto de la Cooperativa expresa en realidad, que "*El Municipio de Villa Gesell tendrá derecho a designar un miembro del Consejo de Administración, en cuyo caso este se compondrá de once titulares. La designación se hará en la forma que establezca el Honorable Concejo Deliberante* [...]" (v. fs. 35 vta.).

Insiste en afirmar que el funcionamiento de las Municipalidades estaría dado por la Constitución Provincial, la Ley Orgánica de las Municipalidades y por las normas dictadas en su consecuencia.

Que ningún Estatuto Social de una Cooperativa podría imponer las formas o los mecanismos para la toma de decisiones del Estado Municipal ya que ello importaría violar aspectos de la "*autonomía municipal*" constitucionalmente reconocida (v. fs. 35 vta.).

Hace alusión a lo dispuesto en el Capítulo IV de la Ley Orgánica de las Municipalidades, en lo referido a la competencia, atribuciones y deberes del Departamento Ejecutivo. Precisa el apartado "c" Servicios Públicos, artículo 131.

Destaca que de dicha norma surgiría "*obvio*" que el Intendente debe participar en el Órgano Directivo de la Cooperativa, a través del representante que él mismo designe mediante el acto administrativo formal correspondiente (v. fs. 35 vta.).

Desprende de ello que resulta violatorio del bloque de legalidad pretender hacer prevalecer el Estatuto de una Cooperativa por sobre una ley provincial como el Decreto-Ley 6769/1958 y que, consecuentemente, el decreto del Departamento Ejecutivo que designa a la Sra. S. resultaría absolutamente legítimo (v. fs. 35 vta./36).

Recuerda que, en este mismo sentido, se ha expedido la Asesoría General de Gobierno en su esclarecedor dictamen de fecha 2 de septiembre del año 2019 y, con respaldo en él, habría hecho lo propio la

Subsecretaría de Emprendedores y PyMES y Cooperativas del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires, órgano de control de las cooperativas a través de la Resolución n° 82 del 31 de octubre del año 2019, cuya parte pertinente transcribe (v. fs. 36/36 vta.):

"*Que el* ***artículo 46 del estatuto social*** *ha reglado la participación en la cooperativa que fuera convenida con la Municipalidad de Villa Gesell, concretamente en la administración de la cooperativa*". Con cita del artículo 19 de la Ley N° 20.337/73 (El texto remarcado pertenece al original; v. fs. 36 vta.).

"*Que cabe destacar que* ***resulta objetable la fórmula empleada en el segundo párrafo de dicho artículo*** *en cuanto reza: `... la designación se hará en la forma que establezca el Honorable Concejo Deliberante y en caso de acefalía, por el Departamento Ejecutivo o Comisionado, con cargo de dar cuenta cuando aquel se constituya para su ratificación o modificación´*" (El texto remarcado pertenece al original; v. fs. 36 vta.).

"*Que justamente la redacción de este segundo párrafo, en cuanto se adentra en aspectos inherentes a la* ***autonomía municipal,*** *restringe y condiciona el derecho que se le reconoce en el primer párrafo a la* ***Municipalidad*** *de designar un miembro en el Consejo de Administración*" (El texto remarcado pertenece al original; v. fs. 36 vta.).

"*Que como se explica en la doctrina cooperativa, el estatuto social `... es de interpretación amplia. No puede ser interpretado por la sola literalidad de sus preceptos, siendo indispensable referirla al fin de la asociación, a las situaciones especiales que en ella se plantean, al móvil que decidió las adhesiones, etc. En caso de duda, debe resolverse en favor del asociado, principio rector concretado en la máxima latina in dubio pro socius*'". Cita doctrina (v. fs. 36 vta.).

"*Que, por su parte, el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que la ley ´debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los*

tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento´" (v. fs. 36 vta./37).

"*Que se aprecia que* ***la Cooperativa denunciada interpretó textual y arbitrariamente el estatuto social,*** *olvidando el sentido jurídico que él dimana, que no es otro –en lo que concierne a este conflicto- que habilitar el control de la* **Municipalidad concedente**" (El texto remarcado pertenece al original; v. fs. 37).

"*Que consecuentemente corresponde* ***intimar a la Cooperativa denunciada a regularizar la situación en cuanto a la integración del Consejo de Administración con la representante municipal ya designada,*** *dentro del plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de proceder conforme lo establecido en el artículo 101 del Decreto-Ley N° 20.337 debiendo acreditar fehacientemente tal extremo ante este* **Órgano Local Competente** *dentro del término de diez (10) días*" (El texto remarcado pertenece al original; v. fs. 37).

"*Que, asimismo, la Cooperativa denunciada deberá iniciar los trámites exigidos por la Resolución INAES N° 406972005 para la* ***reforma del artículo 46 del estatuto social a fin de que la redacción de su según párrafo no desvirtúe ni restrinja en los hechos el derecho de la Municipalidad de Villa Gesell en punto a la integración del Consejo o Administración con su representante***" (El texto remarcado pertenece al original; v. fs. 37).

Concluye este tramo destacando que estos argumentos, empleados tanto por la Asesoría General de Gobierno, por el órgano de Control de las Cooperativas provincial y por el INAES para refutar los esgrimidos por la Cooperativa para negarle competencia del Intendente en el dictado del Decreto D.E. 3048/2018, serían plenamente aplicables al H.C.D. en tanto ese Cuerpo se apoyaría en ellos (v. fs. 37/37 vta.).

Manifiesta la parte que, sin perjuicio de los dictámenes mencionados que serían coincidentes con su postura, el Decreto D.E. 3048/2018, como todo acto administrativo, que gozaría de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad. Menciona el artículo 110 del Decreto-Ley 7647/1970.

Afirma que el acto dictado desde la Intendencia sería plenamente válido y debería cumplirse hasta tanto una sentencia judicial firme lo declare nulo (v. fs. 37 vta.).

Resalta que no podría derogarlo un decreto del H.C.D., pues ello importaría arrogarse ilegítimamente facultades que le corresponderían al Intendente, generando –como ocurre en el caso- un conflicto de poderes que, según entiende, debería ser resuelto en favor del Ejecutivo Municipal (v. fs. 37 vta.).

Sigue el presentante analizando el decreto del H.C.D., destacando la contradicción en que incurriría al pretender cuestionar la competencia del Intendente para dictar el decreto en cuestión (v. fs. 37 vta.).

En este sentido, manifiesta que el decreto del H.C.D. argumentaría primero que, tratándose de una concesión de servicio público de electricidad regulado por la ley 11.769, el poder concedente lo ejercería la Provincia de Buenos Aires a través de OCEBA y del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, para señalar más adelante que lo sería el H.C.D. (v. fs. 38).

Para el demandante, el H.C.D. incurriría en un grave error conceptual al confundir poder concedente, organismo de control y autoridad de aplicación, situación que se clarificaría con los artículos 4°, 5° y 6° del Capítulo III de la ley 11.769, que transcribe en su presentación (v. fs. 38).

Expresa que de la citada ley no surgiría que dicho poder esté en cabeza de la Provincia, o del OCEBA, o del Ministerio mencionado ni del H.C.D. (v. fs. 38).

En cambio -afirma- la normativa constitucional y legal lo pondría en cabeza de la Municipalidad, entendida como órgano constitucional (v. fs. 38 vta.).

Es decir, que el poder concedente en un contrato de servicios públicos no sería ni del Intendente ni del concejo Deliberante "*per se*", sino de la Municipalidad (v. fs. 38 vta.).

Enumera, luego, los preceptos constitucionales y legales en los que funda su afirmación, a saber, artículos 190 y 191 de la Constitución Provincial; 1° y 107 del Decreto-Ley 6769/1958 (v. fs. 38 vta.).

Explica que el contrato de concesión suscripto entre el Municipio y la Cooperativa comienza reconociendo el carácter de "*concedente*" a la Municipalidad de Villa Gesell, representada por el Intendente municipal, en el marco de las facultades delegadas por el H.C.D. (v. fs. 39).

Asimismo, agrega que dicho criterio sería el sostenido unánimemente por los organismos provinciales (Asesoría Gral. de Gobierno, OCEBA, Dirección Provincial de Energía, Dirección Provincial de Acción Cooperativa), y nacionales (INAES), tal como lo reflejaría la totalidad de las actuaciones tramitadas ante los mismos en relación a la problemática, a instancias de la Cooperativa desde hace tiempo (v. fs. 39).

1.3.- Para el supuesto de no hacer V.E. lugar a la demanda, plantea el caso federal por violación de derechos constitucionales. Menciona los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 29 y 31 de la Constitución Nacional (v. fs. 39/39 vta.).

1.4.- Ofrece, seguidamente, la prueba de que intenta valerse, de carácter documental, y funda el derecho que le asiste en la normativa citada en el desarrollo de la demanda.

Hace mención de la Constitución Nacional; Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Ley Orgánica de las Municipalidades, Decreto-Ley 6769/1958; Ley Provincial 11.769 y su reglamentación; Ley de Cooperativas 20.337 y su reglamentación; Contrato de Concesión Municipal, dictámenes y resoluciones de los organismos con competencia en la materia (v. fs. 39 vta./40).

Por fin, peticiona se haga lugar a la demanda declarando la nulidad del Decreto H.C.D. 2030/2019, disponiéndose la plena validez y vigencia del Decreto D.E. 3048/2018, con costas (v. fs. 40).

II.-

2.1.- Se presenta el Sr. Presidente del H.C.D. de la Municipalidad de Villa Gesell, con patrocinio letrado, a fin de contestar el traslado conferido en el marco del conflicto de poderes planteado.

2.2.- Comienza por negar todas y cada una de las afirmaciones expuestas en la demanda, que no sean reconocidas en el responde (v. fs. 99 vta.).

Adelanta que demostrará que no existe en el caso traído conflicto de poderes alguno, razón por la que considera que debería rechazarse el planteo y ratificarse la legitimidad del Decreto 2030 del H.C.D. (v. fs. 99 vta.).

Sostiene que para la existencia de un conflicto de poderes en los términos del artículo 261 del Decreto-Ley 6769/1958, sería necesario que éste no tuviese solución en el ámbito de la comuna, por haberse agotado los medios de los que disponen ambas ramas del poder comunal para superar sus divergencias. Menciona la causa B 70.300 de la Suprema Corte de Justicia, caratulada: "*C.D. de la M. de C.*", con sentencia del 21 de octubre del año 2009 (v. fs. 99 vta.).

El caso de autos, relata el demandado, parte de una decisión del Intendente que solicita la convalidación del Decreto D.E. 3048 por el cual designaba a la representante municipal ante el Consejo de Administración de la Cooperativa, destacando que el Concejo al darle tratamiento, resolvió dejar sin efecto la designación, esto es, no convalidó dentro de su competencia la propuesta (v. fs. 100).

Invoca la inadmisibilidad formal y sustancial de la vía intentada, pues no existiría caso judicial toda vez que no se configuraría conflicto de poderes al no hallarse controvertida la competencia de los órganos involucrados en la contienda (v. fs. 100).

Señala que sería errada la orientación de la actora que apunta al artículo 131 de la Ley Orgánica de las Municipalidades para dar sustento normativo a su reclamo (v. fs. 100 vta.).

En este sentido, aunque aclara que no estaría en discusión la competencia del Departamento Ejecutivo para participar en los órganos directivos de una cooperativa en el supuesto del artículo 131, expresa que la norma sería inaplicable al caso, pues se encontraría regido por el artículo 230 y siguientes (v. fs. 100 vta.).

Es que no se trata -explica- de la ejecución por el propio Estado de un servicio público, sino de una concesión de servicio público ejecutada por particulares (v. fs. 100 vta.).

Afirma que, del referido derecho a participar, no se colige que sea el Intendente quien designe al representante mediante un decreto (v. fs. 100 vta.).

Considera que el modo, la forma y el órgano habilitado para concretar tal intervención no sería el Intendente, sino el H.C.D., por lo que insiste en que el decreto emitido por el cuerpo sería válido y no excedería el marco de su competencia, no obstante que en anteriores ocasiones nada se haya cuestionado al Departamento Ejecutivo (v. fs. 100 vta.).

Remarca que tal ausencia no autoriza al Ejecutivo a ejercer una facultad que no tendría conferida. Tampoco generaría precedentes que puedan invocarse para tornar válidas actuaciones posteriores (v. fs. 100 vta.).

También considera errada la invocación por la actora de lo afirmado por el Asesor General de Gobierno, ya que su dictamen se referiría, en relación a la prevalencia del Decreto-Ley 6769/1958 sobre el Estatuto de la Cooperativa, al derecho a participar del Departamento Ejecutivo, más no cómo se instrumenta tal participación (v. fs. 101). Aclara sobre la función consultiva de la Asesoría General de Gobierno (v. fs. 101/101 vta.).

Dice que, en cuanto el Intendente hace suyos los fundamentos de la Subsecretaría de Emprendedores, Pymes y Cooperativas, invoca actos y dictámenes que no se encontrarían firmes, ya que la resolución fue recurrida por la Cooperativa y, por ello, no podría ser tomada en cuenta como derecho vigente (v. fs. 102).

Manifiesta que los fundamentos allí vertidos serían, además, de contenido falso pues las normas en análisis no serían de aplicación al caso, aludiendo a los alcances de los artículos 131 de la Ley Orgánica de las Municipalidades y 19 de la ley 20.337 de Cooperativas (v. fs. 102 vta.).

Seguidamente, pasa a describir el marco normativo en el que se desenvuelve la relación Municipalidad-Cooperativa (v. fs. 102 vta.).

Recuerda, en este sentido, la firma del contrato de concesión del Servicio ***Público de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica y de Alumbrado Público en el Partido de Villa Gesell*** entre la Municipalidad, representada por el Intendente municipal y C.E.Vi.Ge.Ltda., de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza 1668/1968 y la ley marco del sistema eléctrico de la Provincia de Buenos Aires N° 11.769 (v. fs. 102 vta.).

Refiere que el Marco Regulatorio Eléctrico de la Provincia de Buenos Aires sufrió modificaciones con las leyes 11.969 y 13.173 que instrumentaron cambios institucionales en el modelo estatal, lo que habría ameritado el dictado de un nuevo Texto Ordenado de la normativa vigente (v. fs. 103).

Destaca que las actividades de los concesionarios municipales de servicios públicos de distribución se rigen por lo dispuesto en la ley, su reglamentación y las normas particulares que dicten la autoridad de aplicación y el organismo de control en el marco de sus respectivas competencias. Menciona el artículo 25 y reproduce el artículo 53 de la ley 11.769 (v. fs. 103 vta.).

Recuerda que tanto el dominio y sus fuentes de generación eléctrica, como la administración del mercado eléctrico local, desde la producción y las ulteriores etapas que se desarrollen en el ámbito estrictamente provincial, es jurisdicción de la provincia (v. fs. 104).

Afirma que no puede hablarse siquiera de facultades concurrentes entre provincia y municipio, debiendo este último observar una conducta que no interfiera directa ni indirectamente con la satisfacción de los servicios de interés público provincial (v. fs. 104).

También cita los artículos 20 y 25 de la ley 11.769, para sostener que cualquier competencia "*contractual*" o derivada de una norma de rango inferior, no podría desconocer la norma de rango superior, que no solo proviene de un órgano jerárquicamente superior (la ley provincial), sino también de una materia de exclusiva competencia de jurisdicción provincial (v. fs. 104).

Sostiene el demandado que no se cuestiona la garantía a la autonomía municipal, tal como se desprende del contrato de concesión (arts. 5° y 49) (v. fs. 104 vta.).

Precisa que la cuestión residiría en diferenciar entre la facultad del Intendente de estar representado en el Consejo de Administración de la Cooperativa, y quién está legalmente habilitado para designar tal representante (v. fs. 104 vta.).

Expresa que, aunque los dictámenes e informes dan por sentado que es competencia del Departamento Ejecutivo, la Ley Orgánica de las Municipalidades no lo define ni puede concluirse que habilite al Intendente a designarlo (v. fs. 104 vta.).

Según la parte, el Concejo Deliberante de Villa Gesell ha elegido, mediante el procedimiento correspondiente, al representante de la Municipalidad dentro del Consejo de Administración de la Cooperativa (v. fs. 104 vta./105).

Destaca que este procedimiento, legal, regular y jurídico, por ser el poder concedente conforme al contrato de concesión y al Estatuto de la Cooperativa, habría sido también convalidado expresamente por el Intendente municipal (v. fs. 105).

Es que el Departamento Ejecutivo habría aceptado el procedimiento por el cual es el H.C.D. quien tiene que nombrar al representante municipal, y a tales fines el Intendente efectuó la propuesta de la Sra. S. y solicitó su convalidación, lo que constituiría un verdadero acto complejo de aprobación (Expte. Letra D – N° 12.465/19) (v. fs. 105).

Entiende, por ello, que el Intendente no designó a través del Decreto D.E. 3048/2018 al representante comunal, sino que efectuó una propuesta para que sea convalidada por el órgano competente -el H.C.D.-.

Apunta que la conducta del Concejo fue rechazar la propuesta por las causales vertidas en el Decreto H.C.D. 2030/2019, que resulta ser un acto administrativo regular que cuenta con la presunción de legitimidad (v. fs. 105).

Critica el presentante, seguidamente, los argumentos de la resolución n° 82 emanada de la Subsecretaría de Emprendedores, Pymes y Cooperativas del Ministerio de la Producción, sosteniendo que incurriría en un exceso de competencia notorio y caería en una contradicción que violentaría la doctrina de los propios actos, razón por la cual plantea su nulidad (v. fs. 105 vta.).

Insiste en que el decreto dictado por el H.C.D. que designa al representante municipal dentro del Consejo de Administración sería el único acto que conlleva presunción de legitimidad y ejecutoriedad (v. fs. 106).

Se opone a la postura que interpreta que el artículo 46 del Estatuto de la Cooperativa afecta la autonomía municipal al disponer que intervenga el órgano deliberativo en la elección del representante (v. fs. 106 vta.).

Por el contrario, afirma que el citado precepto determina que el representante comunal dentro del Consejo de Administración de la Cooperativa con funciones exclusivamente de control sobre el servicio público, debe ser elegido por el H.C.D., y que ello es legal y jurídico pues, por un lado, es el máximo órgano de la Municipalidad, con mayor independencia y representación, y tiene entre sus funciones la política de control en general, y por el otro, porque es el poder concedente del servicio público de energía, según surge del contrato de concesión (v. fs. 107).

Entonces concluye que el decreto del H.C.D. que fija el procedimiento de elección y designación del representante comunal en la Cooperativa interpreta en forma auténtica el espíritu y alcance del artículo 46 del

Estatuto, norma que en modo alguno violentaría el principio de jerarquía normativa al no desconocer la atribución municipal ni su autonomía (v. fs. 107/107 vta.).

Desde otra óptica, afirma el demandado que tanto la Subsecretaría, la Asesoría General de gobierno y el Intendente, confunden el encuadre fáctico y jurídico al referenciar la aplicación al caso del artículo 19 de la ley 20.337 (v. fs. 107 vta.).

Aclara que dicha norma establece la posibilidad de convenir la participación dentro de la administración o fiscalización de una institución cuando las personas jurídicas de carácter público, entes descentralizados y empresas del estado se asocien a cooperativas (v. fs. 107 vta.).

Sostiene que como la Municipalidad de Villa Gesell no tiene ninguna relación asociativa con la cooperativa, salvo la de ser usuario, el artículo 19 es inaplicable a Ce.vi.ge.Ltda.

Manifiesta que, por el contrario, la norma aplicable lo sería el artículo 20 de la ley, que no requiere el requisito previo de asociarse (v. fs. 107 vta.).

Da cuenta que la representación referida en el artículo 46 del Estatuto social es al sólo y único efecto de control del cumplimiento del servicio público. No lo sería en cuanto al control de la cooperativa como persona jurídica o el carácter asociativo que se le quiere otorgar sin razón que lo justifique (v. fs. 108).

Y agrega que, luego de la reforma constitucional, tanto en Nación como en Provincia, esta finalidad es cumplida por los entes de defensa al consumidor y a los usuarios, como así el rol de fiscalización pasó a manos de órganos independientes del poder político que tienen funciones administrativas y jurisdiccionales, todo lo cual le permite concluir que, lo estatuido por el artículo 46 del estatuto ha sido complementado y repotenciado por la nueva legislación, dando una mayor protección a los usuarios del servicio público que a un solo representante del poder concedente municipal (v. fs. 108).

Señala a modo de síntesis (v. fs. 108):

a) Que no existe ninguna asociación o fusión entre la Cooperativa "*CEVIGE LTDA*" y la Municipalidad de Villa Gesell (v. fs. 108).

b) Que el veedor municipal, enmarcado en el artículo 46, es al sólo y único efecto de informar a la Municipalidad sobre la prestación del servicio público, como el mismo Intendente reconoce en los fundamentos de la demanda (v. fs. 108/108 vta.).

c) Que en el Capítulo XIV titulado Atribuciones de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires respecto del control de la prestación del servicio público de distribución, el artículo 66 dispone que "*Las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires asistirán al Organismo de Control en el ejercicio de las funciones propias de éste último, respecto al control de los concesionarios del servicio público de distribución de electricidad, de acuerdo con los términos de la presente ley y de las reglamentaciones que sobre el particular se dicten*" (v. fs. 108 vta.).

Concluye que todo lo expuesto, destierra el fundamento de la demanda, al sostener que: "*la no integración de la concejera por la Municipalidad* [...] *el consejo de administración de la Cooperativa implica un serio riesgo para los usuarios del servicio eléctrico ya que lo priva del debido control que tienen derecho a ejercer a través de su representante municipal provocándose así una grave afectación al interés público comprometido*" (v. fs. 108 vta.).

No comparte la demandada que exista un peligro concreto al control del servicio ya que -según su parecer- existen organismos específicos como son los entes de protección al usuario y el propio OCEBA con sus funciones administrativas y jurisdiccionales en la materia.

En cuanto al veedor comunal establecido en el artículo 46 del Estatuto de la Cooperativa expone que se encuentra en funciones a través del Decreto 2030/2019 emitido por el H.C.D., lo que descalificaría poder sostener que exista un sesgo en el control y menos aún un estado de gravedad institucional (v. fs. 108 vta./109).

Entiende en consecuencia, que pedir la suspensión del decreto emanado por la autoridad encargada de nombrar al representante comunal se lo vería a todas luces como un despropósito, al margen de existir una "*identificación ilegal*" entre el objeto de la demanda y la cautelar solicitada (v. fs. 109).

También observa que la designación efectuada por el Decreto 3048/2018 dictado por el Sr. Intendente fue sometido al Concejo Deliberante por ser un acto administrativo complejo de administración y ser este último el competente en la designación del representante comunal dentro del Consejo de Administración de la Cooperativa (v. fs. 109).

Por ello predica que el Decreto D.E. 3048/2018 no tendría operatividad ni ejecutoriedad ya que constituiría una mera propuesta sometida a la aprobación del órgano competente, razón por la cual correspondería que se modificase la medida cautelar y por los mismos fundamentos se mantenga la designación efectuada por el H.C.D., que se corresponde con el Decreto H.C.D. 2030/2019, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo (v. fs. 109).

Concluye que la gravedad institucional alegada en la demanda en traslado, como así también el interés público y la irreparabilidad correrían riesgo en el supuesto caso de que se suspendiese la designación efectuada por el H.C.D. y dejase como representante a un mero postulante, que es en definitiva el contenido material del decreto del Sr. Intendente, es decir, una propuesta (v. fs. 109/109 vta.).

Reitera que sería el Concejo Deliberante el competente en forma exclusiva, excluyente y siguiendo la conducta del Sr. Intendente comunal se estaría frente a un acto administrativo complejo de aprobación, por lo que no se podría inferir por las razones esgrimidas que se pusiese en ejecución una mera propuesta (v. fs. 109 vta.).

2.3.- Ofrece de su parte la prueba de que intenta valerse, de carácter documental, y funda el derecho que le asiste en la normativa citada en su contestación de demanda. Menciona la ley 11.769; la Ley Orgánica de las

Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, en especial el artículo 230 y siguientes; la Ley de Procedimiento Administrativo Provincial; la ley 20.337, en especial el artículo 20; doctrina y jurisprudencia reseñada; Constitución Nacional, artículos 17, 18, 28; Constitución Provincial, en especial artículos 3° y 57 (v. fs. 109 vta./110).

2.4.- Plantea el caso federal, artículos 14 y 15 de la ley 48, como así también la doctrina pretoriana de la arbitrariedad. Realiza observaciones por la planteada en la demanda (v. fs. 110).

2.5.- Para concluir, peticiona (v. fs. 110 vta.):

Se deje sin efecto la cautelar decretada y se disponga la ejecución de la designación efectuada por el Honorable Concejo Deliberante mediante Decreto 2030/2019 (v. fs. 110 vta.).

En forma previa, se rechace *in limine in Litis*, por inexistencia de conflicto de poderes. En caso contrario solicita no se haga lugar al mismo (v. fs. 110 vta.).

III.-

3.1.- Se satisface en la especie la legitimación de quien lo promueve, en cuanto acredita la condición de Intendente de la Municipalidad de Villa Gesell (v. fs. 6).

Es que se ha entendido necesaria para la configuración del conflicto interdepartamental una legitimación de tipo institucional, esto es, aquella capaz de representar fehacientemente la voluntad del órgano correspondiente para someter su denuncia ante la Suprema Corte de Justicia (art. 196, Const. prov.; SCJBA, Doct. causa B 75.707, "*Bratschi, Viviana Noemí y otros*", res., 27-02-2019 y su remisión a la causa B 75.522, "*Municipalidad de La Plata*", res., 19-11-2018).

En dicha oportunidad recuerda la Suprema Corte, interpretando la expresión "*conflicto*" tal como ella aparece en el texto

constitucional, que desde muy antiguo ha sostenido que dicha acepción "*no puede ser otra que la ordinaria de contienda entre dos autoridades a propósito de sus respectivas facultades*".

Y en el caso de los conflictos internos de las municipalidades, se concluye que "*la Constitución ha querido referirse a las contiendas suscitadas entre los dos departamentos, el uno deliberativo y el otro ejecutivo, en que debe organizarse cada municipalidad*" (doctr. "*Acuerdos y Sentencias*", Serie VII-I-459, resol. de 12-XI-1910, causa "*Bratschi*", cit.).

3.2.- También encuentro *prima facie*, configurados los extremos formales para su admisión, dado que el Departamento Ejecutivo invoca y acredita con el dictado del Decreto 2030/2019 por el Concejo Deliberante que opera sobre un acto del Intendente municipal -Decreto 3048/2018-y que éste reclama como propio de su competencia.

La competencia del artículo 196 de la Constitución provincial comprende las contiendas que involucren a los dos departamentos que componen el poder municipal, siempre que se susciten con motivo de sus respectivas atribuciones, como cuando uno desconoce al otro la facultad que éste se arroga o invade directa o indirectamente la esfera de competencias del otro (SCJBA, doct. causas I 11 (ex B 47.342, "*Coronel Rosales, Carlos Morilla*", sent., 06-11-1974; B 51.873, "*Concejo Deliberante de Daireaux*", res., 26-04-1988; B. 68.664, "*Regueiro*", sent., 30-09-2009; B 71.082, "*Intendente Municipal de Coronel Pringles*", sent., 16-03-2011; B 71.758, "Oreste", sent., 09-05-2012; B 73.014, "*Intendente Municipal de Carmen de Areco*", sent., 01-04-2015; B 73.875, "*Municipalidad de Capitán Sarmiento*"", res., 23-09-2015, entre otras).

De tal manera entiendo que la situación difiere a la decidida por ese Alto Tribunal de Justicia en la causa B 70.300, "*Concejo Deliberante de la Municipalidad de Castelli*" (2009), al encontrar la ausencia de conflicto por haber solución en las competencias ejercidas naturalmente -en ese caso- por el Concejo Deliberante, promotor del conflicto.

3.3.- Está en cuestión el Decreto sancionado por el Concejo Deliberante de Villa Gesell con fecha 22 de noviembre del año 2019, en Expediente H.C.D. N° B-12805/19.

Dicho decreto "*declara sin efecto*" el Decreto 3048 de fecha 16 de octubre del año 2018 por el cual el Intendente Municipal designa a la señora S. E., S., como **representante municipal titular ante el Consejo de Administración de Cooperativa Eléctrica, Crédito, Vivienda y Otros Servicios Públicos de Villa Gesell Limitada** a partir del 16 de octubre del año 2018 y "*designa*" en su lugar al señor A., G. a partir del día 10 de diciembre del año 2019, fecha en que concluye su mandato como Concejal.

3.3.1.- Como bien dice la Asesoría General de Gobierno (v. fs. 14 y vta.) se debe partir del marco regulatorio eléctrico de la Provincia de Buenos Aires, atendiendo al objeto en cuestión y a la forma de prestación adoptada por la Municipalidad de Villa Gesell.

Así, conforme el artículo 4 de la ley 11.769: "*El Poder Ejecutivo y las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires ejercerán en forma exclusiva, en materia de energía eléctrica, las facultades y atribuciones dispuestas en cada caso por la presente Ley y normativa vigente*".

Por su parte, el artículo 20 en lo que puede ser de interés, establece: **"***Las actividades de energía eléctrica reguladas en esta Ley podrán ser prestadas por: 1) El Estado Provincial como titular de los servicios; 2) Las Municipalidades titulares de los servicios por derecho propio o delegación convencional, mediante la constitución de un organismo descentralizado autárquico o participando en sociedades mixtas con capital estatal mayoritario; 3) Personas jurídicas conforme a los requerimientos previstos en el presente artículo, por concesión otorgada por el Estado Provincial y/o las Municipalidades [...]*".

En el capítulo referido a las concesiones estipula, artículo 25, *que* la actividad de los concesionarios municipales de servicios públicos de distribución se regirá por lo dispuesto en ella, su reglamentación, y las normas

particulares que a tal efecto dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control en el marco de sus respectivas competencias. "*Dentro del término que fije la reglamentación, la Autoridad de Aplicación deberá otorgar las licencias técnicas correspondientes y los Municipios deberán adaptar los contratos de concesión vigentes a las condiciones mínimas establecidas en la presente Ley y su reglamentación*".

Conforme al artículo 26: "*Los concesionarios municipales de servicios públicos de distribución de electricidad estarán sujetos, en cuanto a la prestación del servicio a su cargo, a los mismos derechos y obligaciones que los que les correspondan a los concesionarios provinciales de ese mismo servicio*".

Por su parte el artículo 53, determina que los contratos para las concesiones Provinciales y Municipales de servicios públicos de electricidad, deberán regular expresamente como mínimo y según corresponda:

"*a)Las condiciones generales y especiales de la concesión y los derechos y obligaciones de las partes; // b) El plazo de duración;//c) Las condiciones de uso y ocupación de bienes del Estado Provincial y/o Municipal con los bienes e instalaciones de los concesionarios; // d) El ámbito territorial de la concesión precisando, en su caso, los límites físicos de la obligación de servicio;//e) En su caso, las inversiones obligatorias en materia de infraestructura e instalaciones; // f) Las condiciones técnicas y económicas aplicables a las ampliaciones de las instalaciones, cuando ello resulte conveniente a las necesidades del servicio público; // g) El régimen de calidad del servicio y de confiabilidad y seguridad del sistema; // h) Los procedimientos para la tramitación de quejas y reclamos de los usuarios; // i) Las garantías que deberán prestar los concesionarios provinciales y municipales;//j) Las condiciones en las que se transferirá al Estado Provincial y/o Municipal o al nuevo concesionario, los bienes afectados al servicio público en caso de caducidad, revocación o falencia;// k) Las causales de caducidad y revocación, en especial las originadas en la pérdida de la licencia técnica; // l) El derecho de constituir las servidumbres necesarias a los fines de la prestación del servicio público;// m) El*

régimen tarifario, especificando la adhesión al régimen tarifario establecido en el Capítulo IX y al Fondo Provincial de Compensaciones Tarifarias del Capítulo X de la presente Ley; incluyendo la obligación de dar adecuadamente a publicidad los cuadros tarifarios y la información relevante para el usuario;// n) El régimen sancionatorio por faltas o incumplimientos cometidos por el concesionario con respecto a sus obligaciones emergentes de la concesión;// o) El encuadre convencional del personal que se destine a la prestación de los servicios de los concesionarios municipales, provinciales o ESEBA S.A., o sus continuadores, deberá estar vinculado con el Convenio Colectivo de Trabajo referente del sector por el cual se otorga la concesión, y las modificaciones de la planta del personal deberán ser acordadas según el avance tecnológico que se produzca, con la organización signataria. Este inciso deberá ser tenido en cuenta para todo agente de este Marco Regulatorio Eléctrico cuya función sea la industria eléctrica".

La autoridad de aplicación es, conforme al artículo 54 el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, quien ejercerá las atribuciones inherentes al poder público en lo referente al diseño y la implementación de las políticas en materia de energía eléctrica de la Provincia de Buenos Aires.

A quien, de acuerdo al inciso "h", le compete: "*Asesorar al Poder Ejecutivo Provincial y Municipal, en toda materia relacionada con la actividad eléctrica* [...]".

Entre las atribuciones conferidas por el legislador a las Municipalidades, se determina en el artículo 66: "*Las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires asistirán al Organismo de Control en el ejercicio de las funciones propias de éste último, respecto al control de los concesionarios del servicio público de distribución de electricidad, de acuerdo con los términos de la presente Ley y de las reglamentaciones que sobre el particular se dicten. // Las Municipalidades deberán recibir toda denuncia y/o reclamo formulados por los usuarios, respecto de la prestación de los servicios públicos a cargo de los concesionarios, elevando las mismas para su tratamiento al Organismo de Control*".

En materia de facturación se prevé en el artículo 78 que: "*En el caso cooperativo, la aprobación mencionada en el párrafo anterior, deberá responder a la normativa específica del Órgano local competente en la materia*".

3.3.2.- La ley de Cooperativas, 20.337, expresamente estipula en lo referente a las municipalidades:

Artículo 19: "*El Estado Nacional, las Provincias, los Municipios, los entes descentralizados y las empresas del Estado pueden asociarse a las cooperativas conforme con los términos de esta ley, salvo que ello estuviera expresamente prohibido por sus leyes respectivas.* ***También pueden utilizar sus servicios, previo su consentimiento, aunque no se asocien a ellas****. // **Cuando se asocien pueden convenir la participación que les corresponderá en la administración y fiscalización de sus actividades en cuanto fuera coadyuvante a los fines perseguidos y siempre que tales convenios no restrinjan la autonomía de la cooperativa***".

Bajo el título: "*Cooperativas de servicios públicos únicas concesionarias*", en el artículo 20 expresa: "*Cuando* ***las cooperativas sean o lleguen a ser únicas concesionarias de servicios públicos****, en las localidades donde actúen deberán prestarlos a las oficinas de las reparticiones públicas nacionales, provinciales o municipales****, **sin el requisito previo de asociarse** y en las condiciones establecidas para sus asociados*".

En cuanto al Consejo de Administración, el artículo 24 al referirse al capital y su constitución sostiene: "*El capital se constituye por cuotas sociales indivisibles y de igual valor. // Acciones // Las cuotas sociales deben constar en acciones representativas de una o más, que revisten el carácter de nominativas. // Transferencia //* ***Pueden transferirse sólo entre asociados y con acuerdo del consejo de administración*** *en las condiciones que determine el estatuto*".

Asimismo, entre otras intervenciones le compete, artículo 35 "*El consejo de administración, sin excluir asociados, puede ordenar en cualquier momento la reducción de capital en proporción al número de sus respectivas cuotas sociales*".

Por el artículo 40: "*La memoria anual del consejo de administración debe contener una descripción del estado de la cooperativa con mención de las diferentes secciones en que opera, actividad registrada y los proyectos en curso de ejecución. Hará especial referencia a: 1º. Los gastos e ingresos cuando no estuvieran discriminados en estado de resultados u otros cuadros anexos; // 2º. La relación económico social con la cooperativa de grado superior a que estuviera asociada, con mención del porcentaje de operaciones en su caso; // 3º. Las sumas invertidas en educación y capacitación cooperativas, con indicación de la labor desarrollada o mención de la cooperativa de grado superior o institución especializada a la cual se remitieron los fondos respectivos para tales fines*".

En cuanto a la composición y elección del Consejo de Administración, el artículo 63 regula: "*El consejo de administración es elegido por la asamblea con la periodicidad, forma y número previstos en el estatuto. Los consejeros deben ser asociados y no menos de tres [...]*".

El artículo 72, establece que "*El consejo de administración puede designar gerentes, a quienes puede encomendar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la cooperativa y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los consejeros. Su designación no excluye la responsabilidad de aquellos*".

Y, por el artículo 75: "*El consejero puede hacer uso de los servicios sociales en igualdad de condiciones con los demás asociados. // Interés contrario // Cuando en una operación determinada tuviera un interés contrario al de la cooperativa deberá hacerlo saber al consejo de administración y al síndico y abstenerse de intervenir en la deliberación y la votación. // Actividades en competencia // No puede efectuar operaciones por cuenta propia o de terceros en competencia con la cooperativa*".

3.3.3.- Por su parte, la Ley Orgánica de las Municipalidades, Decreto ley 6769/1958, en lo específico, luego de disponer en el artículo 27 inciso 9, la competencia del Concejo Deliberante para reglamentar lo relativo a la instalación y el funcionamiento de establecimientos de servicios

públicos y en la medida de no oposición a las normas provinciales; en el artículo 52 también le concede: "[...] *disponer la prestación de los servicios públicos de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias y desagües pluviales, inspecciones, registro de guías, transporte y todo otro tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local, siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación. // Tratándose de servicios que puedan tener vinculaciones con las leyes y planes provinciales, el Concejo deberá gestionar autorización ante el Poder Ejecutivo o proceder a convenir las coordinaciones necesarias*".

Por el artículo 53: "*El Concejo autorizará la prestación de los servicios públicos de ejecución directa del Departamento Ejecutivo o mediante organismos descentralizados, consorcios, cooperativas, convenios y acogimientos. Con tal propósito, se podrá autorizar la obtención de empréstitos y la venta o gravamen de bienes municipales con arreglo a lo dispuesto para estas contrataciones. // Por mayoría absoluta del total de sus miembros el Concejo podrá otorgar concesiones a empresas privadas para la prestación de servicios públicos, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII*".

En dicho capítulo se regula "*De las Concesiones*", y entre su articulado el artículo 234 establece: "*En los contratos de concesión las empresas deberán aceptar que la Municipalidad fiscalice sus actividades en todo lo concerniente a la prestación del servicio, como, asimismo, al cumplimiento de las ordenanzas de tarifas y precios. Los funcionarios a quienes se confíe la aludida fiscalización, serán designados por el Departamento Ejecutivo*".

Corresponde al Concejo conforme al artículo 41: "[...] *autorizar consorcios, cooperativas, convenios y acogimientos a las Leyes provinciales o nacionales. Exímese de éste requisito en los casos de los convenios suscriptos con los organismos de la Administración Central, desconcentrados, descentralizados. Sociedades y Empresas del Estado de la Provincia de Buenos Aires*".

En cuanto a las cooperativas municipales, se predica en el artículo 44: "*Las cooperativas deberán formarse con capital de la Municipalidad y*

aporte de los usuarios del servicio o de la explotación a la cual se las destine".

Por su parte encomienda al Departamento Ejecutivo en sus competencias, artículo 108 inciso 9: "*Nombrar, aplicar medidas disciplinarias y disponer la cesantía de los empleados del Departamento Ejecutivo, con arreglo a las leyes y ordenanzas sobre estabilidad del personal*".

Y por el inciso 11: "*Representar a la Municipalidad en sus relaciones con la Provincia o terceros*".

Entre las competencias específicas: "c) *Sobre servicios públicos*", artículo 131: "La ejecución directa de los servicios de la Municipalidad corresponde al Departamento Ejecutivo, quien administrará los establecimientos por medio de empleados a sueldo, comisiones de vecinos u organismos descentralizados. En los convenios, cooperativas o consorcios, será obligatoria su participación en los órganos directivos".

Finalmente es el encargado, por el inciso 14 de: "Celebrar contratos, fijando a las partes la jurisdicción provincial".

Respecto a inhabilidades se regula, artículo 6: "*No se admitirán como miembros de la Municipalidad*: "[...] 2.- *Los que directa o indirectamente estén interesados en algún contrato en que la Municipalidad sea parte, quedando comprendidos los miembros de las sociedades civiles y comerciales, directores, administradores, gerentes, factores o habilitados. No se encuentran comprendidos en esta disposición, los que revisten en la simple calidad de asociados de Sociedades Cooperativas y Mutualistas*".

3.3.4.- La Municipalidad de Villa Gesell dio en concesión a la Cooperativa a través de los organismos correspondientes la autorización para prestar el servicio público de distribución y comercialización de energía en el área de concesión (Introducción y definiciones del contrato). Por el artículo que determina el objeto y el alcance se establece: "*el contrato tiene por objeto...la prestación en forma exclusiva del servicio público* [...]" (art. 1°).

3.3.5.- En otro aspecto de estricta y necesaria consideración se encuentra el Estatuto de la Cooperativa.

Al respecto cabe destacar el artículo 45: "*La administración de la cooperativa estará a cargo de un Consejo de Administración constituido por diez miembros titulares y tres suplentes*".

Continúa el artículo 46: "*El Municipio de Villa Gesell tendrá derecho a designar un miembro del Consejo de Administración, en cuyo caso este se compondrá de once titulares. La designación se hará* ***en la forma*** *que establezca el Honorable Concejo Deliberante y en caso de acefalía, por el Departamento Ejecutivo o Comisionado con cargo de dar cuenta cuando aquel se constituya para su rectificación o modificación*" (El remarcado nos pertenece).

3.4.- En la superficie del objeto del conflicto planteado surge -de admitirse la existencia y legalidad en la designación de un representante municipal en el Consejo de Administración de la Municipalidad de Villa Gesell- que no habría tal inconveniente en la interpretación del Estatuto y la LOM, por cuanto en el caso en análisis, -sin perjuicio de la real prevalencia de esta última norma- el Estatuto habla de "*forma*" al hacer referencia al mecanismo de selección (procedimiento) y no al acto mismo, de allí que siendo atribución del Departamento Ejecutivo el nombramiento y remoción de sus agentes, en el caso de quienes actuarán en su representación, tomando en cuanto los preceptos normativos antes expresados, competería al Departamento Ejecutivo el nombramiento definitivo, lo que arrojaría la nulidad del acto dispuesto por el Concejo Deliberante a través del Decreto 2030/2019 (especialmente, arts.108 incs. 9 y 11; 131 y 234, LOM).

3.5.- A lo expuesto cabe observar lo siguiente:

i.- La carencia de un procedimiento certero que regule idoneidades para la selección.

ii.- La ausencia también, de quién debe ser representante municipal, ello por cuanto se presentan *prima facie* personas que

no serían miembros de la Municipalidad o habrían dejado de serlo. Para ello, debería justificarse por qué se procede de tal manera, cuando está en juego tal representación. Es claro el artículo 108 inciso 11 de la LOM.

iii.- Recordar asimismo la necesidad del respeto al debido proceso y a las vías idóneas de impugnación por parte de las autoridades municipales a los fines de evaluar las irregularidades que se endilguen en caso de actos de esta naturaleza antes de provocar su anulación (art. 166, Constitución provincial).

iv.- Se advierte que no se dan los supuestos del artículo 31 de la LOM, dado que no se trata de un cooperativa formada o participada por la Municipalidad y antes bien se alzan los artículos 19 y restantes normas transcriptas de la ley 20.337, especialmente en lo que hace a la función y objeto del Consejo de Administración.

No se acredita el carácter "*asociativo*" de la municipalidad, y sí, en cambio, la existencia de un contrato de concesión sobre el cual la Municipalidad entre otros ejercería un debido control y fiscalización (v. arts. 66 y cc. de la ley 11.769; arts. 19 y 20, ley 20.337).

v.- La figura del Consejo de Administración no se presenta compatible con las particularidades de la gestión adoptada por la Municipalidad (confusión de intereses entre concedente y concesionario).

De allí que en el fondo no se encontraría un sustento suficiente para que designe un representante en tal organismo, cuyas competencias fueron reseñadas *supra* brevemente.

vi.- Por último, se advierte respecto a los inconvenientes que se denuncian (v. fs. 16), que la Municipalidad debería tener presente a la autoridad de aplicación en materia de energía (v. arts. 4° y 54, inc. "h", ley 11.769) y lo dispuesto en el artículo 29, entre otros: "[...] *la Municipalidad competente deberá arbitrar en todo momento los medios necesarios a fin de asegurar la continuidad en la prestación del servicio público de distribución de electricidad. En caso de*

que así no ocurriera, o en cualquier otra circunstancia mediando requerimiento de la Municipalidad competente, las facultades y atribuciones reconocidas a las municipalidades pasarán, a partir de tal momento, al Estado Provincial. En tal caso, la Autoridad de Aplicación podrá propiciar ante el Poder Ejecutivo el otorgamiento de una concesión provincial para la prestación de los servicios, hasta entonces a cargo del concesionario municipal, o acordar con un concesionario provincial o municipal existente la continuidad en la prestación de tales servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52".

IV.-

En consecuencia, poniendo como eje los intereses colectivos de los ciudadanos de Villa Gesell de avanzar lo observado en el punto 3.5.-, especialmente, en los apartados (iv) y (v) podrían arrojar una nulidad de oficio sobre lo actuado (Arts. 171 de la Constitución de la Prov. de Bs. As.; 1° y 21 inc. 24, ley 14.442; 34 inc. 4°, CPCC).

De así no estimarse y de darse en cambio la validez sustancial en cuanto a la participación de la Municipalidad en el Consejo de Administración de la Cooperativa, en cuyo caso, correspondería hacer lugar al conflicto planteado y declarar la invalidez del Decreto 2030/2019 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Villa Gesell (Arts. 689 y 690, CPCC).

La Plata, diciembre 26 de 2019.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 75.523

“C, M. J. c/ Concejo Deliberante Municipalidad de C. s/ conflicto art. 196, Constitución provincial, 261 y sigs. LOM”, fecha: 15-01-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"C. M. J. c/ Concejo Deliberante Municipalidad de C. s/ Conflicto Art. 196, Constitución Provincial y 261 y sgtes. LOM".

B 75.523

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a los fines de dictaminar en los términos de los artículos 689 y 690 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 344 y 346).

El concejal Sr. M. J. C. promueve demanda, denuncia la existencia de conflicto de poderes municipal y la nulidad del Decreto 11/2018 por el cual el Concejo Deliberante de la Municipalidad de C. dispone su destitución en el cargo que viene desempeñando como consecuencia del acto eleccionario del año 2017 (v. fs. 109/154).

Peticiona medida cautelar, la cual es concedida por el Tribunal; ordena la suspensión de los efectos del citado decreto hasta tanto se dicte sentencia en el presente proceso (v. fs. 163/168).

Solicita imposición de costas y costos a la demandada.

I.-

El Sr. C. expresa que el Decreto 11/2018 es dictado con fecha 4 de septiembre del año 2018, por el Concejo Deliberante, notificado en definitiva el día 5 de septiembre de igual año.

Requiere su nulidad por "*vicios intrínsecos*" y por "*vicios de procedimiento*", esto último lo expresa en cuanto algunos de los actos preparatorios reglados por el decreto ley 6769/1958 -en adelante LOM- necesarios

y esenciales que arrojarían irregularidades y deberían llevar a la declaración de su invalidez.

1.1.- Bajo el título antecedentes pasa a realizar una mención del procedimiento sancionatorio que tramita mediante expediente 04/2018, del Concejo Deliberante de C.

Refiere que en fecha 10 de diciembre del año 2017 asume el cargo de concejal de la Municipalidad de C., al haber sido electo en los comicios celebrados el día 22 de octubre de ese año.

Afirma que dichas fechas tienen relevancia por cuanto el Concejo Deliberante lo habría juzgado y sancionado por hechos anteriores a la elección, a la asunción del mandato.

Aclara que se trataría de cuestiones que habrían estado en conocimiento de los electores y no los juzgaron como irregulares.

Sostiene que no habría existido "*ruptura del contrato electoral*" (El subrayado pertenece al original; v. fs. 110).

Da cuenta que los señores O. y R. presentan denuncia por dos hechos ocurridos antes de la elección y lo hicieron con fecha 22 de marzo del año 2018.

Expone que en esa oportunidad solicitan al Concejo Deliberante que investigue la compra de durmientes que habría realizado en el mes de marzo del año 2015 a personal de la empresa Zonis, contratista de la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIF) para la reparación de las vías del tren Constitución-Mar del Plata.

Al respecto refieren los denunciantes en la presentación ante el Concejo Deliberante que el accionante debería haber conocido la irregular compra.

Asimismo, denuncian las gestiones para la reparación de dos puentes -el "*Cortejarena*" y el "*Lynch*"- ubicados sobre caminos rurales

de C. sitos en el Cuartel VIII de ese partido, acusando a C. de gestiones que constituirían "*tráfico de influencias*" con el fin de beneficiarse patrimonialmente.

El accionante expresa en cuanto a los durmientes, que habría resultado que el personal de Zonis no estaba facultado para venderlos, que se habría formado causa penal en la que fueron secuestrados. Aclara que no habría sido el único vecino "*defraudado*", y que en dicha causa habría sido citado únicamente como testigo.

Sostiene que habría sido "*víctima de un fraude*" al comprarlos de buena fe en el entendimiento de que la firma se encontraba autorizada para la venta, que estaban a la vista en su domicilio y que habría colaborado con la justicia a la hora de ser retirados.

En cuanto a los puentes, niega que las gestiones se hubieran realizado con algún fin de beneficio personal o familiar o por "*tráfico de influencias*" (v. fs. 110 vta.).

Puntualiza que la construcción de los puentes -a cargo del Ministerio de Infraestructura- estaba prevista desde el año 2012, remite a la memoria técnica; da cuenta que vecinos, entidades intermedias -como la sociedad rural- habrían solicitado la reparación e incluso el Intendente E. en el año 2016; remite a nota obrante a fs. 993 del expediente administrativo.

Precisa que su "*rol fue culminar con esos pedidos y gestiones, y debido a mi éxito se me denunció primero y sancionó después*" (v. fs. 110 vta.).

Expone sobre animosidad en la conducta del Intendente E. quien no habría podido realizar obras hidráulicas que beneficiaran a la población de C.

Reafirma que se lo habría juzgado y sancionado por hechos ocurridos antes de la asunción como concejal.

Destaca una finalidad persecutoria y de descrédito hacia su persona.

De los denunciantes expresa en lo principal, consideraciones vinculadas a la gestión como ex Intendentes y sobre los cuales habría realizado denuncias.

Hace saber que el mismo día de las denuncias -22 de marzo- el Concejo Deliberante las trata y "*concejales oficialistas intentaron armar una Comisión investigadora en los términos del art. 255, sin mayores elementos que las denuncias que ni siquiera estaban ratificadas y cuando se dieron cuenta que les faltaba un (1) voto pasaron el asunto ´a comisión´*". Remite a fs. 4 a 11, del primer cuerpo del expediente administrativo (v. fs. 111).

Precisa que el día 3 de abril a las 19.30 horas debía producirse el acto de apertura de sesiones del Concejo Deliberante con la presencia del Intendente E. Hace mención del artículo 108 inciso 16 de la LOM.

Da cuenta que había dado aviso de la imposibilidad de asistir a la sesión, la cual finalmente se frustra y pospone a pedido del Intendente, no obstante tener quorum suficiente. Aclara que el Intendente considera que habría mediado "*falta de consideración*" en alusión a la ausencia (v. fs. 111 vta.).

Hecho que el accionante entiende que se vincularía con el pedido de destitución.

Afirma que el Intendente no sería parte del Concejo Deliberante aun cuando su moción sería la votada en dicha oportunidad.

Destaca un eventual alineamiento de los concejales oficialistas al Intendente, la afectación a "*una real división de poderes*" y una actitud persecutoria a más de cuatro meses desde su asunción como concejal (v. fs. 111 vta.).

Precisa que el Concejo Deliberante contrata con fecha 19 de abril del año 2018, al Dr. I. T. y señala que tal vínculo se habría realizado sin la existencia de una Comisión investigadora, hecho que obraría de prueba sobre la decisión adoptada de destituirlo.

Refiere que la Presidencia del Cuerpo cita a Sesión Especial para el día 8 de mayo "*para tratar un supuesto despacho de comisión sobre la denuncia*" (v. fs. 112). Observa tal competencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 68 inciso 4 de la LOM.

Expone que habría una intención clara en provocar su destitución, destaca como esenciales las participaciones de dos concejales, a quienes menciona.

Indica que al día 8 de mayo, fecha de la sesión, no habría los votos necesarios para conformar la comisión investigadora y por presidencia se invoca que no estaría garantizada "*la seguridad y la libre voluntad de los concejales*" disponiendo la suspensión. Considera que se encubría la falta de *quorum* para su integración. Puntualiza que tal circunstancia no se correspondía con la realidad.

Continúa dando a conocer que el día 17 de mayo se habría conseguido los dos tercios que exige la norma.

Califica lo sucedido de "*lamentable, hasta vergonzante*". Luego precisa que los denunciantes, uno de ellos con lazos familiares con el Intendente habría sido objeto de una denuncia que el accionante habría efectuado y que habría dado lugar a una causa penal con sentencia de la Suprema Corte de Justicia.

Apunta que el oficialismo, el Intendente, busca su destitución. Aclara que C. habría sido el contrincante del Intendente E. en las elecciones a Intendente en el año 2015 y "*adversario político visible*" con aumento del caudal de votos en el año 2017, en referencia a la anterior elección.

Particulariza que en caso de ser destituido el suplente sería otro afiliado al PRO, partido al que pertenece también, el concejal F.

Invoca "*razones personales y mezquindades políticas*" y no de naturaleza institucional para provocar la destitución (v. fs. 112 vta.).

Señala que a través del Decreto 04/2018 el Concejo Deliberante crea la Comisión investigadora en los términos del artículo 255 de la LOM. Al respecto adelanta que por el artículo primero se establece que debe ser investigado y juzgado por hechos realizados en ejercicio de sus funciones y que sin embargo es destituido por hechos ocurridos antes de su asunción de concejal e incluso a la elección. Hace referencia al Decreto 11/2018.

Aduna que la Comisión Investigadora, integrada por todos los concejales sin contar al accionante, se constituye el día 21 de mayo.

En lo que hace al funcionamiento de la Comisión Investigadora califica de "*grosera irregularidad*" lo operado por el artículo 6° del Decreto 04/2018 que crea una Mesa Ejecutiva, ratificada mediante el artículo 6° de la Resolución 1/2018 de la Comisión investigadora quien dicta resoluciones.

Destaca que dicha Mesa Ejecutiva la integraban las concejalas oficialistas T. y S.

Afirma que, en los hechos, "*la Mesa Ejecutiva sustituyó la actividad del pleno de la Comisión Investigadora*" (v. fs. 113, lo subrayado pertenece al original)

Que ordena pruebas sin haber estado facultada, contrata profesionales, decide días de reunión, fija el orden del día, presenta los proyectos de actas, los hechos consumados, sin dar intervención a los concejales no oficialistas en su redacción.

Agrega que ello habría motivado una queja de las concejalas/concejal Sres. F., K. y L.

Señala, la comisión no habría funcionado como tal, no todos los concejales "*pudieron ejercer libremente el rol de investigadores, no existió le pluralismo*" y el cumplimiento del artículo 249 de la LOM, "*efectiva participación (y no un simulacro) de todos los bloques políticos*" (v. fs. 113).

Refiere que los Sres. R. y G. O. con fecha 21 de mayo de 2018 ratifican la denuncia a la que se suman un nuevo hecho que "*ocupaba espacio público*". Que la Comisión el día 23 de mayo cita a los denunciantes a que ratifiquen o rectifiquen su denuncia aun cuando concurren dos días antes de esa fecha.

Se detiene en el hecho de "*ocupación del espacio público*" y remite a la denuncia que diera lugar al expediente municipal 4023-E-107/17 con motivo de su casa y la cesión de tierras a la Municipalidad en los términos de la Ley 8912 y el fraccionamiento.

Aclara que dichos terrenos serían una calle lateral y un terreno al fondo de su casa. Afirma que el Intendente habría entendido que la casa era la cedida y que ello habría dado lugar a difamaciones en su contra y a la ampliación de la denuncia.

Luego continúa exponiendo que la Mesa Ejecutiva integradas por las concejalas T. y S. comenzaron a producir prueba sin la previa intervención del pleno de la comisión investigadora, librando oficios.

Recuerda que la Mesa Ejecutiva por el artículo 6° del Decreto 04/2018 tiene facultades para hacer requerimientos al investigado, pedir informes a reparticiones oficiales y citar testigos previamente elegidos por el Pleno de la comisión Investigadora, pero no requerir informes a sujetos privados sustituyendo la labor de la Comisión.

Añade que las actuaciones administrativas habrían sido guardadas por la Mesa Ejecutiva, única con "*acceso irrestricto a ellas*" e insinúa que también lo serían para el Departamento Ejecutivo (v. fs. 114).

Continúa exponiendo que la Sra. T., Presidenta de la Comisión, fija audiencia para tomar declaraciones testimoniales y contrata a la martillera S., P. para "*realizar un informe pericial sobre la incidencia patrimonial de las obras de los puentes terminados (Cortejarena y Lynch)*" sobre el inmueble de propiedad del accionante sito en el cuartel VIII del Partido de C. (v. fs.; 23 de mayo de 2018).

Observa que la pericia la ordena una sola concejala sin intervención de la Mesa Ejecutiva, sin consulta al pleno de la Comisión Investigadora a quien se informa después de su realización; se habría contratado sin exponer los antecedentes para su designación, sin atender al ámbito en que se desarrollaría su actividad profesional y sin meritar la experticia en tasar inmuebles rurales.

Expresa que el Comando de Prevención Rural de C. produce un informe en el que daría cuenta de los diferentes caminos que surcan el territorio del partido de C.

Al respecto apunta que del plano que consta en el informe se precisa la ubicación de los puentes Lynch y Cortejarena, y se puede precisar los caminos rurales que luego se mencionarían en las declaraciones testimoniales e informes.

Puntualiza que en el caso de los puentes Lynch y Cortejarena se ubicarían en el camino La Ensenada -en el mapa denominado Camino Correa-, que serían esenciales para unir las rutas once y dos. Detalla en particular el movimiento necesario para su vinculación, su alternativa y destaca en el caso de los puentes el beneficio de cercanía y de costos para la comunidad.

Da cuenta que el día 24 de mayo de 2018, realiza la primera presentación en la que manifiesta su oposición al nombramiento de oficio de un abogado. Invoca "*hostigamiento*" por parte de la Comisión Investigadora a este respecto en violación a su derecho y que expone se habría extendido "*hasta el día 4 de junio de 2018, fecha en que se tomaron las primeras declaraciones testimoniales*" (v. fs. 115 vta.; el subrayado pertenece al original).

Suma a ello, que en dicho acto acompaña prueba documental, ofrece testigos y solicita prueba informativa.

Aclara que como prueba documental adjunta una nota de la Sociedad Rural de C. dirigida a la Presidencia del Concejo Deliberante en la que se informa el pedido de reparación de los puentes Cortejarena y Lynch; se

explaya sobre la utilidad para la comunidad y en particular para los productores agropecuarios.

Aduna que solicita se libre oficio a dicha presidencia para la agregación del original, acto que se habría negado en ser producido como de recibir explicaciones sobre su eventual retención. Da cuenta que la Presidencia adjunta esta documental con su sola firma. Sostiene: "*Lo que para la Concejal es una ´mera manifestación´ para nosotros es una prueba*" (v. fs. 116). Situación que se reiteraría el día 4 de junio del año 2018 (v. fs. 118 vta. y 119).

En cuanto a esta prueba la considera de interés a los fines de demostrar que los puentes no fueron construidos en beneficio propio sino a favor de los vecinos productores rurales.

Afirma que la concejala T. sigue ocultando información y obstruyendo la investigación.

Observa la actuación de la concejala T. en cuanto no brindaría información al resto de la Comisión investigadora.

Luego pasa a referirse a una publicación vinculada al Intendente E. -de fecha 9 de junio del año 2017- sobre una reunión con productores rurales en la que informa de la reparación de los puentes Lynch y Cortejarena. Apunta que en dicho encuentro habría participado la concejala S. quien se habría negado a declarar. Invoca ocultamiento de prueba e información.

En cuanto a las notas periodísticas también acompañadas expone que serían demostración tanto del interés de los vecinos por las obras como que ellas corroboran su anterioridad a la asunción como concejal.

En otro aspecto invoca la invasión a la intimidad familiar con motivo del informe de la Secretaria de Obras Públicas del Municipio en cuanto expondría sobre sus inmuebles. Rescata de dicha prueba su desvinculación con los puentes y que no serían indispensables para la actividad productiva que desarrolla el accionante.

Pasa a referirse al informe presentado por el Secretario de Gobierno S. E., sobre acciones realizadas por el municipio vinculadas a las problemáticas hídricas del partido de C. Da cuenta que sería revelador del ocultamiento de pruebas que habría realizado el Departamento Ejecutivo Municipal.

Destaca que comienza dicho informe en el año 2016, que sin embargo no haría mención de la nota del mes de agosto de dicho año enviada por el Intendente E. y su Secretario de Obras Públicas, la cual habría sido considerada por el Intendente como una "*falta de respeto*" (v. fs. 116 vta.).

Se invoca el ocultamiento de información y sobre la presentación realizada solicitando tareas sobre los puentes y su vinculación con el Ministerio de Infraestructura.

Da cuenta que la concejala T. habría incorporado con su sola firma desgravaciones de audios en que se lo entrevista radialmente (29 de mayo de 2018).

Expresa que en las actuaciones administrativas se agrega un informe de una Trabajadora Social respecto del cual no surgiría cuándo se lo habría ordenado y en base a qué extremos se produciría. Sostiene que el mismo carece de valor por cuanto no sería un informe social, omitiría identificación fehaciente sobre personas o grupo familiar y otros elementos necesarios para su validación (31 de mayo de 2018).

Destaca que se agrega una nota presentada por la empresa constructora "*G y C - Construcciones*" que sería la encargada de la construcción de los puentes (31 de mayo de 2018).

Da cuenta que en presentación de fecha 31 de mayo del año 2018 denuncia irregularidades en la confección del acta de la Mesa Ejecutiva de fecha 29 de mayo de igual año.

Que en igual fecha se realiza una reunión de la Comisión investigadora, en la que la Mesa Ejecutiva pone en conocimiento, el informe de la

Tasadora P; refiere que en dicha oportunidad las concejalas L. y K. manifiestan la falta de consulta sobre la contratación de la martillera como de la producción de dicha prueba.

Con posterioridad, la accionante con fecha 8 de junio de 2018, presenta un escrito impugnando la tasación realizada por la Martillera P. (v. fs. 124 vta.).

En igual fecha la Comisión requiere una nueva tasación al Martillero V. (v. fs. 124) y otra tasación a la Martillera A. (v. fs. 124 vta.), presentando sus informes el día 11 de junio del año 2018.

Respecto a la Martillera A. refiere que se limita a decir que la hectárea sin mejora vale u$s 3000 y con mejora u$s 4000. No describiría las mejoras y el modo en que aumentan el valor de la hectárea.

Añade que tampoco discrimina las parcelas como si todas se vieran beneficiadas por igual, cuando uno de los campos no limita con los puentes, y los restantes están divididos por la ruta 11, encontrándose la mayoría de las hectáreas del otro lado de dicha ruta, por lo que no se verían afectadas por los puentes al tener salida directa a la ruta.

Por su parte refiere que el Martillero V. expresa que los puentes benefician a la zona y no solamente los campos en cuestión, que son preexistentes. Que los inmuebles pueden tener un incremento en su valor del 4% al 6% en más.

Expresa que aclara que no se estaría frente a una pericia sino a un "*mero informe*" por cuanto para que revista la calidad de informe se requeriría mayor información e ingresar a los campos para realizar una tasación.

Al respecto del informe afirma que carecería del rigor suficiente como para ser considerado una prueba pericial por resultar contradictorio y sesgado.

Observa: que la designación y contratación habría sido realizada solamente por la Concejala T.; que no explica la razón por la cual se la contrata, de sus antecedentes profesionales. Destaca que en dicho informe se establecen valores de mejoras sin dar explicaciones sobre sus conclusiones; que confundiría la cuestión del canal y desconocería la preexistencia de los puentes.

Añade que también se agregaron copias de los fallos del Tribunal de Cuentas relativos a los ejercicios 2013/2016 de la Municipalidad de C.

Observa el reproche del Tribunal al Intendente E. al condenar a multas y cargos por más de nueve millones de pesos, hecho que estima debiera ser objeto de investigación para descalificar la llevada adelante por el Concejo Deliberante sobre fondos de la Provincia; considera lo actuado por el Concejo como falto de razonabilidad.

El accionante pasa a hacer referencia a los informes producidos por la Intendencia sobre obras realizadas y expresa que se habría omitido acompañar la nota de agosto del año 2016 a que se hiciera referencia *supra* por la que solicita a la Provincia la reparación integral de los puentes Cortejarena y Lynch. Invoca ocultamiento de pruebas por parte del Departamento Ejecutivo (31 de mayo de 2018).

Destaca que el día 1° de junio de 2018, presenta un escrito para solicitar se oficie al Ministerio de Infraestructura y a la Presidencia del Concejo deliberante, en este último caso, para que acompañe el original de nota de la Sociedad Rural, destaca su falta de libramiento.

Que en igual fecha reitera la denuncia por irregular confección de actas dictadas durante el procedimiento y da cuenta que, la Concejala T. a pesar de su oposición, intenta nuevamente imponer un abogado para lo que firma un contrato con el Dr. A., S., a quien el accionante dice desconocer.

Discurre sobre el dispendio de gastos y molestias causados a la Municipalidad que llevaron a hacer concurrir al letrado a las

audiencias testimoniales del día 4 de junio de 2018, cuando C. habría concurrido con sus abogados resultando innecesario tal nombramiento.

Entre las medidas adoptadas refiere que se habrían realizado inspecciones oculares aplicadas a los durmientes y a los puentes.

Desconoce la utilidad de ir a ver los durmientes sobre los que no sería posible individualizar la procedencia.

En cuanto a los puentes apunta que demuestra el pésimo estado en que se encuentran por lo que vendría a justificar la necesidad de la reparación.

A continuación, pasa a hacer mención de las audiencias de testigos.

Las considera de importancia para la causa en cuanto demostrarían que la cuestión de los durmientes sería anterior a la elección y a la asunción en el cargo de Concejal; que no habría impedido ser electo y representante en el Concejo Deliberante.

Aduna que en el tema relativo a los puentes también lo serían y habría formado parte de la campaña electoral.

Puntualiza que los testimonios dan cuenta de la importancia de tal construcción para los vecinos de C., para la Sociedad Rural e incluso para el Intendente E. quien se habría mostrado conforme con esas obras.

Sostiene que carece de asidero afirmar que las obras de reparación eran de su particular interés. Pasa a referirse a cada testimonio (v. fs. 119 vta. /123).

Puntualiza que ofreciendo como testigos a los Sres. R. y G. O., la Comisión Investigadora se habría opuesto mediante el dictado de la resolución Ci N° 03/2018.

Precisa que por resolución CI N° 04/2018, atribuida a la Comisión investigadora aun cuando considera proveniente de las concejalas S.

y T. al contar solamente con sus firmas, la entiende "*sesgada y tendenciosa*", que descalifica a los testigos que habrían declarado en forma favorable al accionante y que no habría atendido a otras declaraciones producidas (v. fs. 123 vta.).

Hace saber que insistió en que se citen como testigos a los señores E., L. y la señora T.

Refiere que el día 7 de junio de 2018 se produce una reunión "*sumamente extraña*". La Sra. B., empleada del Concejo Deliberante "*se hace cargo de la rotura de un acta (la que yo denunciaba como alterada o perdida)*". Precisa que las actas estarían bajo la custodia de las concejalas T. y S. y que en el caso actuaba sobre ellas una empleada municipal (v. fs. 123 vta.).

Da cuenta que se agrega a las actuaciones la respuesta del Juez Padilla respecto a la causa penal en la que se investiga el robo de durmientes caratulada "*Contreras Ricardo s/ Denuncia FMP 1452/2015*", quien se niega a remitir copia ante la falta de participación del Concejo Deliberante en dicho proceso.

Apunta que sin embargo la Comisión investigadora no habría valorado que el accionante habría sido convocado a dicho proceso en carácter de testigo y el Ministerio fiscal no le habría formulado ninguna imputación o requerimiento de investigación. Transcribe lo pertinente (v. fs. 124).

Señala que la Comisión investigadora requiera una nueva tasación de propiedades del accionante (8 de junio de 2018).

Hace saber que las concejalas/concejal F., L. y K. habrían presentado una nota, inconformes con el funcionamiento de la Comisión Investigadora, en particular de la Mesa Ejecutiva en cuanto a la falta de acceso al expediente e intervención sobre las pruebas a producir. Remite a fs. 578/580, 4° c., expte. adm.

Expresa que del informe producido por la Estación Policía Comunal de C. se desprende "*que más de una persona fue defraudada con la venta de durmientes*", siendo varios los damnificados (v. fs. 125).

Añade que el día 13 de junio del año 2018 el Intendente E. habría presentado una nota en la que afirma ser su adversario y mantener una manifiesta enemistad.

El accionante expone: "*Si esto es como dice el intendente E., entonces todos los concejales oficialistas que están en la misma situación tienen conmigo una enemistad manifiesta*" (v. fs. 125).

Da cuenta que luego de insistir en la testimonial del Sr. L., Secretario de Vialidad municipal -quien ya habría renunciado a la fecha de su declaración del día 13 de junio del año 2018- expone su eventual enemistad con el accionante. Niega vínculos con la empresa Zonis quienes repararían vías y "*cuyos empleados vendieron los durmientes*" (v. fs. 125). Observa circunstancias vinculadas a un auto de carrera y la empresa en cuestión. Apunta que nada expresa en cuanto a la nota presentada junto al Intendente municipal de fs. 993 del expediente administrativo.

Que el día 14 de junio del año 2018 presenta diversas notas: citando a los denunciantes; solicitando información sobre prueba ofrecida; expresando disconformidad con la Resolución CI N° 4/2018 y acompañando imágenes fotográficas.

Refiere que antes de la finalización de la producción de la prueba la Comisión investigadora dicta la resolución CI N° 9/2018 por la cual da por finalizada la etapa de prueba.

Esgrime que existía prueba pendiente la cual habría sido producida con posterioridad, por la que sería imputado y le determinarían hechos en su contra.

Que contra lo actuado en dicha resolución se manifiesta en el escrito de descargo (v. fs. 125 vta.; fs. 1026/1037, 7mo cuerpo, expte. adm.).

Califica de irregular dicho acto.

Expresa que habría sido notificado antes de las declaraciones de los Sres. G. O. y F. E. , y que se agregue el informe del Ministerio

de Infraestructura (v. fs. 125 vta.; resolución de fecha 19 de junio y pruebas del 11 de julio).

Considera que resultarían esenciales y su evaluación incidiría sobre las conclusiones de los hechos investigados, no obstante, la Comisión Investigadora habría expuesto las conclusiones a través de la Resolución CI N° 9/18 sin esperar su producción.

Distingue la importancia de los dichos del Sr. G. O. Dice que al producir la denuncia habría afirmado que el accionante estaba en condiciones de conocer el procedimiento para la venta de rezagos ferroviarios y atendiendo a ello fue preguntado, expresando su desconocimiento.

Considera que se estaría en un absurdo al desconocer el procedimiento y la normativa que se le imputa conocer.

Respecto de la declaración del Intendente da cuenta que solicita el reconocimiento de la nota de agosto del año 2016 obrante a fs. 993 de las actuaciones administrativas, procediendo a su reconocimiento.

Aclara que en razón de su especialidad en derecho administrativo debiera de exponer del procedimiento especial para la venta de rezados ferroviarios a lo cual no habría contestado por desconocerlo o por evadir la respuesta (v. fs. 126).

Apunta que en igual fecha -11 de julio- se habrían vuelto a excusarse las concejalas S. y T.

En cuanto a la declaración del Sr. R. R. da a conocer que habría presentado un certificado médico cuyo tiempo de recuperación excedería el período de prueba.

El accionante retoma el escrito presentado con fecha 11 de julio de 2018, de descargo.

Transcribe lo propio, vinculado a la nulidad de los artículos 1° y 2° de la Resolución 09/2018 de la Comisión Investigadora, por cuanto

ampliarían y modificarían el objeto de investigación expuesto en el artículo 2° del Decreto 04/2018 del Concejo Deliberante.

Añade que las consideraciones vertidas en el artículo 2° de la resolución serían manifiestamente ilegítimas y nulas desde que implicarían prejuzgamiento.

Niega que resulten aplicables la Ley nacional 25.188 y la Ordenanza 03/2018. La primera por su ámbito de aplicación que no alcanzaría a los Municipios de la Provincia de Buenos Aires, y la segunda, por su carencia de retroactividad.

Afirma que el artículo 2° del Decreto 04/2018 y el artículo 2° de la Resolución CI 9/2018 serían abstractos y dogmáticos desde que no explican a partir de qué pruebas afirman que en la compra de durmientes se habría actuado a sabiendas, y no se expresa la normativa supuestamente infringida.

Da a conocer que las concejalas S. y T. se excusan de declarar.

Refiere que el Sr. R. R. presenta un certificado médico que aconseja reposo de tres días, que lo lleva al vencimiento del período de prueba.

Expresa que al realizar el descargo manifiesta que el artículo 1° de la Resolución 09/2018 de la Comisión Investigadora sería nulo al ampliar y modificar el objeto de investigación expuesto en el artículo 2° del Decreto 04/2018 del Concejo Deliberante.

Que las consideraciones que se vierten en el artículo 2° de la Resolución 09/2018 serían ilegítimas, nulas por implicar prejuzgamiento.

Expresa que ello sería demostrativo del desconocimiento del procedimiento que debiera de haberse adoptado al respecto.

Sostiene que la Resolución 09/2018, daría por cierto hechos acreditados en el expediente.

En relación a los durmientes invoca la adquisición de buena fe a personal de la empresa Zonis y en el convencimiento de que actuaban en nombre de ella.

Aclara que quienes acercaron los durmientes a su domicilio vestían uniformes de la empresa como así también utilizaban un medio de transporte de la misma, lo habrían hecho en horario matutino, que señala.

Añade que habrían sido depositados los durmientes a la vista, sin ocultamiento.

Afirma que habría sido víctima de fraude.

Refiere que el Concejo Deliberante no habría hecho prueba que acredite el elemento subjetivo del actuar a sabiendas.

Califica el hecho de una "*mera invención extraída de la misma*" (v. fs. 127).

Reitera que los hechos ocurrieron cuando yo no era concejal, adquirieron estado público por la prensa, por lo que las personas que habrían votado estarían en conocimiento del hecho.

Entiende que al ser sancionado se estaría buscando burlar la voluntad popular, con desviación de poder manifiesto.

En cuanto a la imputación relacionada con los puentes entiende que habría quedado demostrado que las obras se ejecutaron por la Provincia sin afectar al fisco municipal y que la decisión de hacerlas recaería también en ella.

Que el Intendente E. tenía conocimiento de ellas o las habría aprobado y solicitado en el año 2016, que era también de conocimiento de la concejala S. como resultado del pedido de productores y vecinos de la zona a beneficiar de los cuarteles octavo y noveno de C.

Acredita que ello surge de la documentación obrante en el expediente administrativo como de las declaraciones testimoniales.

Respecto de las tasaciones no advierte las consignas sobre las debían expedirse en los informes.

Observa que se expresa sobre mejoras en puente y canales y sobre estos últimos no la habría habido. Que ello sería el resultado desconocimiento sobre los elementos a evaluar.

Apunta que no se explicaría la relación entre la obra y el valor que atribuye a la propiedad. Apunta la falta de rigor técnico, la imposibilidad de reproducir el procedimiento utilizado y el razonamiento seguido por el tasador/tasadora.

Que no se habría considerado la preexistencia de las construcciones a los efectos definir el valor de la propiedad.

Advierte como irregularidad del procedimiento, el permitir la incorporación de prueba por parte del Intendente E., en fecha 12 de julio del año 2018.

Indica que la Comisión Investigadora dicta la Resolución 12/2018 del día 13 de julio, por la que da por finalizado el plazo de diez que tenía el accionante para presentar prueba y descargo.

Aclara que a partir de este acto el expediente "*se vuelve caótico difícil comprensión en cuanto a su evolución cronológica*" (v. fs. 128).

Precisa que, en esta fecha, 13 de julio, aparecerían por primera vez en el expediente las normas de ferrocarriles que supuestamente habría ignorado al realizar la compra, entiende que no sería la única persona que las ignora.

Califica de absurda y arbitraria la imputación sobre el conocimiento que debía tener de la normativa.

Puntualiza que se habría requerido de una pericia para compaginar la normativa en cuestión y descalifica las conclusiones a las que arriba.

Da cuenta que la Comisión Investigadora dicta la Resolución C 13/2018 por la que rechazaría el descargo (1° de agosto de 2018).

Al respecto señala que sería un acto ilegítimo al carecer de competencia para expedirse de tal forma. Invoca prejuzgamiento.

Hace saber que el Concejo Deliberante el día 2 de agosto -en proceder que califica de irregular- habría aprobado lo actuado por la Comisión Investigadora.

Observa la existencia de dos despachos de la Comisión Investigadora, uno de mayoría y otro de minoría.

Sostiene que respecto a este último no habría sido objeto de tratamiento ni evaluación por el pleno del Concejo Deliberante.

Hace mención, como irregularidad, la agregación de prueba por parte del Intendente E.

Al respecto califica de inadvertencia el hecho de incorporar la nota de la Sociedad rural por la que solicita tareas sobre los puentes de los cuarteles octavo y noveno y expone que correspondería a los puentes Cortejarena y Lynch.

Invoca gravedad, violación al derecho de defensa, al permitir el Concejo Deliberante agregar prueba luego de finalizada la etapa procedimental y de haber producido el descargo.

Manifiesta: "*Otra grave irregularidad en cuanto a las constancias de la formación de la voluntad de la Comisión investigadora. A fs. 1296 se dice que firman todos los integrantes, lo que no es cierto*" (v. fs. 129).

Pone en conocimiento que el día 3 de agosto, en trámite

que califica "*confuso*", la Comisión Investigadora habría elevado el informe al pleno (v. fs. 129)

Expresa que el Concejo Deliberante con fecha 13 de agosto, habría aprobado -por mayoría- lo actuado por la Comisión Investigadora, para lo cual dicta el Decreto 07/2018.

A continuación, refiere que el Concejo Deliberante mediante Decreto 09/2018, califica los hechos de graves y cita a Sesión Especial para el día 3 de septiembre.

Expone que en dicha fecha se realiza, ejerce su defensa *in voce* y por escrito. Apunta que no se le habría escuchado y entiende que la decisión ya habría estado adoptada.

Funda su afirmación en atención al comportamiento inmediato adoptado luego que ejerciera su derecho, el pasar a un cuarto intermedio y pasados "*los 30 minutos presentan un despacho que propone mi destitución*".

Agrega. "*Tardaron más de 2 horas en leerlo. 30 minutos para escribir algo qué lee en 2 horas no es creíble. No se me escuchó. Más aún, el decreto que dispone mi destitución no se diferencia en casi nada del informe de mayoría de la Comisión Investigadora*" (v. fs. 129 vta.).

Que el Concejo Deliberante dicta el Decreto 11/2018 el día 4 septiembre, por el cual lo destituye.

Califica lo actuado de arbitrario.

1.2.- El accionante pasa a referirse de la nulidad del Decreto 11/2018 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de C., el cual dispone la destitución como concejal.

1.2.1.- Entiende que dicho acto habría sido dictado en exceso del marco de competencia del Concejo Deliberante.

Pasa a transcribir el artículo primero del Decreto 4/2018 por el cual se crea la Comisión Investigadora para evaluar la responsabilidad del concejal C. "*en el ejercicio de sus funciones*" (v. fs. 130, lo subrayado pertenece al original).

Sostiene que debiera de haberse evaluado su responsabilidad por hechos acontecidos durante el ejercicio de sus funciones como concejal.

Añade que ello se compadece con lo dispuesto por el artículo 255 de la LOM, que transcribe.

Puntualiza que solamente puede incurrir en irregularidades quien ostenta la calidad de "*Concejal*".

Detalla que asume el cargo de concejal el día 10 de diciembre año 2017, por lo que a tenor del artículo 1° del Decreto 04/2018, solamente podría haber sido juzgado por hechos ocurridos con posterioridad a esa fecha.

Afirma que la decisión excede el marco de competencia impuesto por dicho artículo y por el 255 del decreto ley 6769/1958, debiendo ser declare nula.

En cuanto a los hechos mencionados en el artículo 2° del Decreto 04/2018, respecto de los cuales se habría producido la prueba, sostiene que habría quedado demostrado que acontecieron con anterioridad a la asunción como concejal.

Detalla:

-La compra de durmientes habría ocurrido en abril del año 2015, el allanamiento, el día 26 de junio de igual año. A más de tres años de la decisión y más de dos años de asumir de concejal.

-Las gestiones para construcciones de puentes datarían del año 2015, y se habrían continuado en el año 2016 y principios del año 2017.

En consecuencia, afirma: "*desde el momento que de los considerando del Decreto 11/18 surge que se me destituye con causa en hechos anteriores a que yo asuma el cargo de Concejal, dicho Decreto es nulo porque excede el marco competencia dispuesto por el art. 1 del decreto 04/18 y el 255 del Decreto Ley 6769/58 (LOM)*" (v. fs. 130 vta.; el subrayado pertenece al original).

1.2.2.- Invoca que el Decreto 11/2018 sería arbitrario, que no existiría gravedad institucional para la esfera municipal.

Sostiene que se estaría juzgando la conducta de los votantes.

Que habría violación del sistema representativo previsto en el artículo 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 1° de la Constitución Nacional; violación del derecho a ser elegido conforme al artículo 37 de la Constitución Nacional y 23 inciso b de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Pasa a referirse al sistema representativo argentino, transcribe el artículo 37 de la Constitución Nacional y lo propio del artículo 23 inciso b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Refiere que el acto de destitución violenta el derecho a ser elegido, el derecho de los ciudadanos a elegir, que el juzgamiento -contando el oficialismo con mayoría- se estaría haciendo a los más de dos mil doscientos cuarenta ciudadanos de C. que lo habrían votado y elegido para integrar el Concejo Deliberante.

Destaca la publicidad que tuvieron los hechos al momento en que ocurrieron, todas situaciones anteriores a la votación.

Que los votantes habrían decido con la votación de la situación y ahora sería lesionada esa voluntad ejercida, vendría a modificar el acto eleccionario cuando no habría habido ruptura del contrato con el electorado.

Afirma que la causa sería la que reviste gravedad y relevancia institucional en cuanto subvertiría las bases del sistema representativo

con la consiguiente responsabilidad de sus autores. Menciona los artículos 3 y 57 de Constitución de la Provincia.

Sostiene que lo actuado por el Concejo Deliberante con el dictado del Decreto 11/2018 sería arbitrario, desde que lo juzga indigno de representar a los ciudadanos que lo votaron en base a hechos que esos ciudadanos ya conocían al momento de elegirlo. Peticiona se declare la nulidad.

Deja planteada la cuestión federal e interamericana.

1.2.3.- Pasa a referirse al marco normativo y a la prohibición de retroactividad.

Da cuenta que se lo acusa de incurrir en una conducta no ética violando la Ley Nacional 25.188 y la Ordenanza 03/2018, cuando no serían normativas aplicables y cuando los hechos no serían tampoco alcanzados en el encuadre normativo que se pretenden introducir.

En el caso de la Ley 25.188, su ámbito de aplicación no alcanzaría a los Municipios de la Provincia de Buenos Aires y, no obstante, sus disposiciones estarían dirigidas a reglar los actos de los funcionarios públicos realizados en ejercicio de sus funciones. Transcribe el artículo primero.

En cuanto a la Ordenanza 03/2018 de la Municipalidad de C., esgrime que tampoco sería aplicable.

Expresa que al igual que la Ley Nacional 25.188 se dirige a funcionarios en ejercicio del cargo. Destaca del artículo 4°: "*los funcionarios municipales*" (v. fs. 133).

Sostiene que los hechos juzgados y sancionados serían anteriores a la sanción de la ordenanza y carecería de efectos retroactivos. Remite al artículo 15, el cual detalla su vigencia.

Que conforme al Decreto 11/2018, estaría voluntariamente sometido a la ordenanza y por ello alcanzado por su preceptiva. Da cuenta del considerando octavo, apartado quinto, que transcribe.

Manifiesta que sería aplicable frente a actos cometidos por personas que ejerzan un cargo público y con vigencia temporal a partir de su sanción.

Considera irrelevante la aplicación de la teoría de los actos propios al caso.

A todo evento, esgrime que de haber un juicio ético, ya habría sido juzgado por el electorado en las urnas.

En cuanto a la Ley provincial 14.828 anexo único-apartado 8.1.4 afirma que no sería aplicable al ámbito municipal y se orienta a: "*La intervención del ciudadano en el seguimiento de los procedimientos y procesos que lleve adelante la Administración Pública*" y no impondría deberes a los concejales (v. fs. 133 vta.).

Considera a la normativa como de aplicación sorpresiva e intempestiva al no incluirse en el artículo 2° del Decreto 04/2018; afirma que la inclusión en la instancia de destitución sería ilegítima y atentatoria contra el derecho defensa.

Que el Decreto 11/2018 sería "*sumamente irregular*" al pretender aplicar normas que no rigen en el ámbito municipal; hacerlo a hechos anteriores a su vigencia e inalcanzados por ellas por no acontecer durante el ejercicio de las funciones de concejal (v. fs. 134).

Invoca la afrenta al artículo 1° del Decreto 04/2018 y al artículo 255 de la LOM, por la indebida aplicación retroactiva de normas que no estarían vigentes al momento de los hechos; invoca que se ha hecho uso de un marco normativo incompleto y por ello erróneo, que debería llevar a su nulidad.

1.2.4.- Atiende a las irregularidades en el funcionamiento de la Comisión Investigadora. La Imposibilidad de saneamiento o convalidación por parte del pleno del Concejo Deliberante; peticiona la nulidad de lo actuado.

Precisa que la Comisión investigadora habría incurrido

en gran número de irregularidades, algunas de las cuales violarían el procedimiento reglado y conculcarían su derecho de defensa.

Así señala la contratación de profesionales; el reemplazo del p1eno de la Comisión Investigadora por una Mesa Ejecutiva integrada por dos concejales de igual signo político, con actuación en algunos casos de un único concejal y el "*direccionamiento*" de la recolección de la prueba.

Sobre este último aspecto destaca el menoscabo de la prueba que sería favorable "*ante tempus*" -resolución CI N° 4/2018-, su ocultamiento.

Da ejemplos: La falta de agregación de la nota original de Sociedad Rural dirigida a la Presidencia del Concejo Deliberante; explicaciones por parte del Intendente por la falta de acompañamiento de la nota de agosto del año 2016 por la que solicita a las autoridades provinciales que reparen los puentes; la participación de la concejala S. en los hechos investigados como Secretaria de la Producción, quien se habría negada a declarar y aportar información y el trato preferencial a ciertas personas que actuarían en busca de la destitución -como el propio Intendente- a quien se permitiera acompañar documentación luego de finalizada la etapa probatoria y pretendiendo revisar la declaración del testigo P. (v. fs. 134 vta.).

En cuanto al funcionamiento de la Mesa Ejecutiva invoca que habría desvirtuado la labor de la Comisión Investigadora al depositar su actuación en dos concejales de un mismo bloque partidario con "*direccionamiento de la investigación*" (v. fs. 134 vta.).

Precisa que la Mesa Ejecutiva según el artículo 6° del Decreto 04/2018 solamente tendría facultades para hacer requerimientos al acusado y citar testigos.

Afirma que no podría haber ordenado pericias, nombrar profesionales, pedir informes a particulares o fijar fecha de las reuniones de la Comisión Investigadora.

Que la facultad de reunir pruebas correspondía al pleno de la Comisión Investigadora conforme al artículo 9° del Decreto 04/2018.

Manifiesta que sin embargo la Mesa Ejecutiva a fs. 68/75, consta el pedido de informes realizados por T. y S. sin autorización previa de la Comisión Investigadora y a fs. 78/89, citación de testigos P., P. y R. realizados por las mismas concejalas sin autorización de la Comisión Investigadora.

Expone que la Mesa Ejecutiva podría citar testigos pero no haberlos elegido.

Agrega, a fs. 81, consta pedido de informes al Secretario de Seguridad Sr. Díaz sin autorización previa de la Comisión Investigadora; a fs. 82, contratación de la Martillera P. implementada por la concejala T. sin explicar la razón por la cual se contrata a dicha profesional ni sus antecedentes y en base a qué competencia.

A lo dicho suma que sin previa autorización de la Comisión Investigadora a fs. 83, se pidieran informes a GyC Construcciones y a fs. 84, a Infozona.

Da cuenta que a fs. 174, mediante resolución de fecha 29 de mayo del año 2018, habría tomado decisiones que corresponderían a la Comisión Investigadora como fijar fecha para testimoniales y a fs. 187, se oficia al Martillero V. -que si bien se expresa autorización de la Comisión- de ello no habría habido constancia.

El accionante sostiene que estas irregularidades demostrarían que en los hechos la Comisión investigadora habría sido reemplazada por una Mesa Ejecutiva de dos personas que pertenecían al mismo espacio político, con violación a los artículos 249 de la LOM y 6 del Decreto 04/2018.

Apunta que la Mesa Ejecutiva sustituye al pleno de la Comisión Investigadora al sostener que concejales de otros bloques políticos habrían visto dificultado el acceso a las actuaciones y que fueron conminados a realizar pedidos por escrito y en horario administrativo. Califica el hecho de absurdo.

Describe a título de ejemplo: Pedidos de copias: concejala L. a fs. 56, 77 y 438 y concejala K. a fs. 57, 76, 186 y 439.

Asimismo, refiere que las concejalas L. y K. realizan pedidos de copia de testimoniales del día 4 de junio del año 2018, por nota del día 6 junio, conforme fs. 511 y 526, que a esa fecha no habrían sido enviadas.

Refiere de pedidos de impugnación de las concejalas/ concejal F., L. y K., quejándose de la actuación de la Mesa Directiva, a fs. 578.

Que con fecha 15 de junio del año 2018, les habrían hecho la entrega de copias de actas que habrían sido solicitadas con anterioridad.

El concejal Cepeda invoca la violación al derecho de defensa.

Puntualiza que habría acontecido en los siguientes casos: Hostigamiento a través del intento de imponer un abogado (fs. 51; 92; fs. 558/559), a pesar que se dijo que no lo nombrara mediante nota de fecha 24 de mayo del 2018 (fs. 94), se realiza la contratación con fecha 1° de junio del año 2018 (fs. 391/394); por ocultamiento de pruebas en poder de la Presidenta de la Comisión Investigadora, a fs. 103 consta nota de la Sociedad Rural de C. dirigida Presidencia del Concejo Deliberante, la concejala T. a fs. 111 dice de la agregación del original que no se logra satisfacer durante el procedimiento; que el oficio que solicita a fs. 100 no se habría librado, no obstante figurar como agregada la documentación que acompañara el accionante a fs. 371; que con fecha 4 de junio del año 2018 a fs. 422, con la sola firma de la concejala T. tiene presente la solicitud y no habría ordenado el libramiento, calificando al pedido de "*meras manifestaciones*" *y* descalificando una prueba que entiende esencial para la defensa (v. fs. 136).

Continúa haciendo saber que la Mesa Ejecutiva no habría requerido al menos la firma a la concejala S., para disponer en las medidas adoptadas en las actuaciones en forma conjunta.

Cuestiona la admisión de las excusaciones del Intendente E., de las concejalas T., S. y del Sr. L.; precisa que las notas se presentan con identidad de formas e ingresan casi a la misma hora.

Al respecto esgrime que los testigos no podrían haberse excusado, deberían haberse presentado y en su caso, invocar si estaban impedidos de testimoniar, pero nunca excusarse.

Se agravia: de la negación mediante Resolución CI N° 03/2018 a citar a los denunciantes G. O. y a Riva; por desacreditar mediante Resolución CI 04/2018 *ante tempus* la credibilidad de testigos de la defensa; por injerencia del Intendente E. en su declaración del 11 de agosto del año 2018, quien habría solicitado la revisión del contenido de un testimonio -el del Sr. P.- y la Comisión procede a ello. Califica a este último hecho de inaudito; se agravia de la negativa a dar información y a declarar de la concejala S. en su carácter de Secretaria de la Producción del Municipio y con participación en reuniones en las que se había tratado la cuestión de los puentes; cuestiona la falta de colaboración y de aportes de pruebas de: E., quien no habría acompañado la nota del año 2016 por la que solicita la reparación de los puentes cuya copia obra a fs. 993; L., por negarse a declarar y a aportar información de la nota que firmara junto con el Intendente E. en dicho año; T., por no acompañar la nota de la Sociedad Rural de C. que el accionante agregara a fs. 103 y S., por no brindar testimonio sobre lo ocurrido en las reuniones a las que asistiera vinculadas a los hechos investigados.

Añade que con posterioridad del traslado de fs. 742, el día 22 junio, le manifiestan que para acceder a una copia del expediente debía pedirlo por nota; entiende que ello sería inadmisible y constituiría una obstrucción formal innecesaria que vulnera el ejercicio de su derecho de defensa; que dichas copias recién fueron entregadas el día 25 de junio, conforme fs. 752 del expediente administrativo.

Que luego de finalizada la etapa de prueba y del descargo, siguieron aportando pruebas alcanzadas por el Intendente E. pretensamente no favorables a la defensa.

Apunta también, que la Comisión Investigadora en una conformación mayoritaria oficialista habría actuado subordinada al Intendente municipal.

Califica de sospechosos los hechos que habrían rodeado la destrucción de actas. Remite a la denuncia de fecha 31 de mayo del año 2018, relativa a rotura de actas.

Al respecto sostiene que la respuesta brindada por la Comisión Investigadora no sería creíble, como tampoco, la auto-incriminación de la Sra. B.

Se cuestiona si los concejales tenían que presentar notas para pedir a la Mesa Directiva (Concejalas T. y S.) copias, cómo sería posible que las actas estuvieran a cargo de una empleada.

Afirma que la Resolución CI N° 9/2018, sería irregular.

Que siendo notificada el día 21 de junio del año 2018, "*pretende determinar los hechos, lo que no es admisible*" (*v.* fs. 137).

Observa que incumpliría el artículo 1° del Decreto 04/2018, al pretender juzgar hechos ocurridos mientras el Sr. C. no estaba en el ejercicio de su cargo.

Sostiene que no se individualiza cuál sería la normativa -ni el procedimiento- que supuestamente se habría violado con la adquisición de durmientes.

Entiende que se habría omitido meritar prueba esencial a favor del investigado, por ejemplo, nota del Intendente del año 2016 pidiendo que se reparen

los puentes, testimonios que dicen que muchas personas necesitaban de los puentes, y nota de la Sociedad Rural dirigía a la Presidencia del Concejo Deliberante.

Observa que el traslado para producir el descargo se produce con anterioridad a estar reunidas todas las pruebas, vrg.: Testimonio de los E. y G. O., documental agregada por el Intendente.

Peticiona la nulidad de lo actuado.

1.2.5.- El concejal C. pasa a referirse a la compra de durmientes.

Considera que el artículo 2° del Decreto 04/2018 parte de la afirmación de que habría adquirido los durmientes -bienes- a sabiendas de su procedencia no legal o bien haber sido sustraídos del patrimonio del Estado.

Luego expone que la Comisión Investigadora asevera que la adquisición habría sido irregular y en contravención a las normas vigentes, con mención del artículo 2 de la Resolución 09/2018.

En cuanto al Decreto 11/2018 señala que afirma que en la compra de los durmientes habría actuado con negligencia. Transcribe el considerando segundo y la mención que efectúa el Concejo Deliberante del artículo 249 de la LOM, respecto al término "*negligencias*" (v. fs. 138).

Añade que en el considerando 4° de este último acto se imputa al señor C. "*haber actuado con una <u>negligencia o imprudencia</u> no esperada <u>para el cargo que desempeña</u> lo que no se compadece con su trayectoria política institucional; que por ello analizamos el concepto de negligencia*" (v. fs. 138, el subrayado pertenece al original).

Mantiene que el Concejo Deliberante habría considerado que su actuación no lo habría sido con dolo sino con negligencia, por lo que se admitiría una actuación con buena fe.

Invoca que el Concejo Deliberante violenta las disposiciones del artículo 249 incisos 1° y 2° de la LOM, y caería en arbitrariedad.

Entiende que no habría incurrido en el supuesto del artículo 249 inciso 2° al no darse los extremos exigidos: la existencia de

negligencias reiteradas -más de una- lesivas del patrimonio municipal.

Sostiene que se acusa de un solo acto negligente y se estaría ante la ausencia de lesión al patrimonio municipal. Solicita la nulidad del Decreto 11/2018.

Manifiesta que tampoco estaría alcanzado por la previsión artículo 249 inciso 1° de la LOM.

Afirma: "*En efecto, este articulo 1° es residual, pero deben evaluarse los supuestos que es [se] subsumen en el mismo comparándolos con los [del] inciso 2° del mismo artículo 249*".

Continúa: "No *resulta razonable que 'un solo acto negligente que no causa perjuicio al patrimonio municipal' sea suficiente, cuando el inciso 2° exige 'más de un acto negligente y con perjuicio al patrimonio municipal'.*

Agrega: "Si se admitiera el primer supuesto el supuesto del inciso 2° sería ocioso. Estaría de más. ¿Para qué quiero exigir en el inciso 2° más de un acto negligente (reiterado) con perjuicio al fisco si en razón del inciso 1° se admitiera un solo acto sin perjuicio al fisco?" (v. fs. 138 vta.).

Señala que desde el momento en que el Decreto 11/2018, afirma QUE no habría actuado dolosamente y sin provocación de daños al patrimonio municipal, la conducta sería más leve que la del inciso 2° del artículo 249 de la LOM, y por ello no podría encuadrar en los incisos 1 y 2.

Precisa que de haber sido "*negligente*" habría asumido personalmente las consecuencias de un hecho ocurrido hacen más de tres años y con efectos exclusivamente en su esfera personal. Afirma la inexistencia de perjuicio hacia el Municipio (v. fs. 138 vta.).

Vuelve sobre el texto del considerando 4°, del Decreto 11/2018, que transcribe.

Considera que se produce otro error de juzgamiento que tacha de nulidad el decreto. Esgrime que la supuesta negligencia en que

habría incurrido no lo fue desempeñando el cargo de concejal.

A todo evento, esgrime que dicho hecho, personal, no lo habría inhibido para ser electo como representante y estar en pleno ejercicio de derechos políticos.

Asevera: "*No existe ninguna norma que diga: 'los negligentes en sus actos personales, ocurridos no estando en la función pública, no pueden ser electos concejales'. Y si existiera sería inconstitucional*" (v. fs. 139).

Acuerda que no habría elemento que demuestre que hubiera actuado "a *sabiendas*" -componente subjetivo-; que el informe producido por la Justicia Federal sería demostrativo de la inexistencia de dicha condición, por cuanto el Juez de la causa se niega a entregar copias por no ser el Concejo Deliberante parte en el proceso penal, y da a conocer la calidad de testigo del Sr. C., quien no habría sido imputado o requerido.

Puntualiza que de haber considerado que habría habido actuación "*a sabiendas*" lo hubiera imputado como partícipe o cómplice y no lo hizo (v. fs. 139).

Mantiene que, de mediar desencuentros en la consideración de la conducta en el caso, debería darse prevalencia a la penal.

Diferencia el "*modo*" en que ocurren los hechos de las "*consecuencias*".

Esgrime que respecto del modo no podría haber diferentes soluciones, a diferencia de las responsabilidades.

Que si el Juez decide que no ha sido participe y sólo intervino en el proceso de testigo, ello sería en razón de evaluar la falta de intencionalidad en el hecho (v. fs. 139 vta.).

Invoca haber sido una víctima de fraude y que no correspondería al Concejo Deliberante sustituir al Juez de la causa y dar por

acreditados hechos que no fueron admitidos tanto por el Juez como por el Ministerio Publico.

Alega que la adquisición de los durmientes ha sido de buena fe, detalla sobre la forma de adquisición y respecto del personal de la empresa Zonis. Aclara que la empresa Zonis estaría encargada de obras de mantenimiento de vías de ferrocarril y en ese contexto, no le parecía descabellado que pudiera vender rezados.

Asevera, el Concejo Deliberante no cita ninguna prueba que acredite el elemento subjetivo de haber actuado a sabiendas y ello lo determina, en definitiva, a calificar la conducta de negligente.

Luego de realizar calificaciones de la normativa vinculada a los rezagos ferroviarios, esgrime que los concejales que aprobaron la Resolución 09/2018 de la Comisión Investigadora y luego, el Decreto 11/2018, la habrían desconocido.

Añade que prueba de ello sería la falta de mención en dicha resolución, y cuando la citan en el Decreto 11/2018: "*lo hacen con errores y de manera insuficiente, lo que demuestra que no tienen en claro quién es el titular de dichos bienes*".

Continúa: "*Obsérvese que hablan de Ferrocarriles Argentinos o el área gubernamental que lo sustituya, cuando en realidad se trata de Sociedades del Estado que no integran ningún área gubernamental*" (v. fs. 140).

Expone que, en su calidad de concejal de C., estaría obligado a conocer "*prudentemente*" de la normativa local y la provincial, pero no la nacional en una materia tan específica como es la ferroviaria.

Razona que se habría dado por sentado el hecho de haber violado procedimientos y la normativa aplicable en la compra de rezagos ferroviarios -durmientes- sin embargo, considera que habría quedado demostrado que no era conocida la preceptiva por los acusadores.

Remite al respecto a las respuestas: Del denunciante, Sr. G. O., en declaración del día 11 de julio del año 2018; del Intendente E., en igual fecha, a fs. 1002/1003 del expediente administrativo y al hecho de la omisión de dicha normativa en la Resolución CI N° 09/2018.

Apunta que en la Resolución CI N° 13/2018 por primera vez, y ante los dichos del accionante, habrían hecho mención de la normativa.

Afirma: "*El desarrollo demuestra que estamos ante un tema complejo que no está al alcance de cualquier persona, al punto que esa virtual pericia que realiza la Comisión Investigadora para determinar el procedimiento y normativa aplicable está incompleta y es incorrecta*" (v. fs. 141; el subrayado pertenece al original).

Añade que la Comisión Investigadora habría omitido citar las siguientes normas específicas y vigentes para el presente caso: el Decreto Delegado 1.023/2001; el Decreto 1.030/2016 (reglamentario); la Ley 24.156 y la Ley 23.652.

Respecto de esta última norma invoca ser esencial e ignorada por el Concejo Deliberante, que remite a los estatutos de las Sociedades del Estado vinculadas al rubro y, que no estarían publicados en el Boletín Oficial, no pudiendo presumir su conocimiento general.

El accionante hace saber: "*luego de un profundo estudio, la venta de rezagos ferroviarios admite diversos procedimientos que puede contemplar la venta directa por* ***una empresa cuando por ejemplo la sociedad del estado (creada por la ley 23.652) los entrega como parte de pago (lo que es admisible).*** *No existe ningún óbice legal para ello*" (v. fs. 141, el remarcado pertenece al original).

Continúa: "*Por ello afirmar que actué a sabiendas de que estaba cometiendo una irregularidad no sólo resultaría falso sino que carece de una base fáctica y jurídica que la respalde. Se trata de una mera especulación teñida de intención*" (v. fs. 141 vta.).

Reitera lo expresado en cuanto a las circunstancias de tiempo del hecho investigado y sancionado; esgrime que la intencionalidad de

"*la mayoría oficialista en realidad lo que busca es burlar la voluntad popular. La desviación de poder es manifiesta*" (v. fs. 141 vta.).

El accionante pasa a evaluar las pruebas vinculadas al hecho de la compra de durmientes, señala: Respecto de las denuncias de los Sres. R. y G. O., que la Comisión Investigadora habría aseverado que no serían testimonios sino "*notitia criminis*" por lo que no valían como prueba. Remite a la Resolución 03/2018.

En cuanto a los testimonios expresa: del Sr. M., que no aportaría ningún elemento respecto de los durmientes, no conocería el tema; del Sr. O., no habría agregado elemento alguno que permitiera inferir que violentara alguna normativa, menos que lo fuera a sabiendas; de la Sra. A. M. iguales consideraciones, añade que en realidad probaría que el hecho tuvo difusión y ello no habría sido óbice para la elección de los votantes; del Sr. P., similar al de la Sra. M. y también el alcance; del Sr. L., que daría cuenta que le habrían ofrecido durmientes, no siendo ventas ocultas o furtivas; del testimonio del Sr. B., sobre la difusión del hecho y la evaluación por los votantes de C.; del Sr. M. y C. que no agregarían elementos a favor de probar que el hecho haya sido intencional; del Sr. D., que su conocimiento deriva de información pública.

En definitiva, expresa que el Sr. D. habría venido a opinar respecto de lo que escuchó por la radio; del Sr. M., que del hecho lo conocería por comentarios; del Sr. Z. que no aportaría elementos y su conocimiento sería por la prensa y del Sr. C., que tampoco aportaría ningún elemento sobre el tema durmientes.

En relación al reconocimiento ocular, entiende que no se constata fehacientemente que los durmientes de la foto sean los adquiridos. De hecho expresa que el personal policial no exhibe ninguna documentación que permita individualizarlos. Desconoce que aporte elementos de juicio.

En cuanto a la prueba de informes, alega que las constancias del expediente judicial penal de Dolores darían cuenta el carácter en

que habría citado, testigo, de lo que no sólo no surgiría ninguna responsabilidad, sino que, por demás, sería una prueba de que había sido víctima de un fraude.

Remarca el componente temporal en cuanto el artículo 1° Decreto 04/2018, atiende a "*que se determinará mi responsabilidad por hechos ocurridos en el ejercicio de mi función, y los hechos ocurrieron mucho antes*" (v. fs. 142 vta., lo subrayado pertenece al original).

Concluye la cuestión de los durmientes, afirmando que, un solo hecho negligente sin perjuicio al patrimonio municipal no podría haber sido considerado grave como para proceder a la destitución de un concejal; que sería, un hecho más leve que el previsto en el inciso 2° del artículo 249 de la LOM, por ello, no podría subsumirse en el inciso 1° del mismo artículo; que no se habría acreditado su obrar a sabiendas, faltando la demostración del elemento subjetivo.

A ello suma, que tampoco se habría demostrado la violación normativa ni acreditado la titularidad de los durmientes ni el procedimiento aplicable en cuanto a la enajenación de los mismos; mientras habría quedado probado que el hecho ocurrió cuando no era concejal.

Manifiesta que estaría demostrado que adquirió difusión y los votantes tenían suficiente conocimiento del mismo cuando lo eligieron para que los represente.

Agrega que no podría "*la mayoría oficialista pretender erguirse en censor del voto de la oposición y de esa forma modificar a su conveniencia la composición del HCD*" (v. fs. 143).

Concluye que no habría sido la única víctima de la estafa, conforme fs. 610 y 612, por lo menos otras dos personas también lo habrían sido, las cuales menciona (v. fs. 143).

1.2.6. En relación a los puentes la accionante estima que habría quedado demostrado que existían desde el año 1920, construidos por el Estado, que al ser preexistentes la reparación no podría representar aumento

patrimonial; que se investigaron hechos que ocurrieron en los años 2015, 2016 y a principios del año 2017.

Reconoce que efectúa tareas para impedir que dicha obra se perdiera para C.

Afirma que no podría subsumirse en el supuesto previsto en el artículo 1° del Decreto 04/2018 que pretende analizar la responsabilidad por hechos ocurridos en ejercicio de la función de concejal.

Expone que las obras se habrían realizado con dineros provinciales por lo que no habría mediado perjuicio al fisco municipal.

Da cuenta que sería la Provincia y no el Municipio quien tendría la competencia para evaluar la conveniencia de las obras sobre las cuales el Concejo Deliberante no podría decidir.

Apunta que el Intendente E. habría tenido conocimiento de ellas, habría dado su aprobación e incluso las habría requerido a la Provincia en el año 2016. Remite a fs. 933 de las actuaciones administrativas.

Aduna a ello que la concejala S. tenía conocimiento de que el Intendente E. las habría aprobado, que diversos productores y vecinos de la zona las reclamaban. Expresa que habría participado en la reunión del mes de julio del año 2017 y que, no obstante, se había negado a prestar declaración testimonial, cuyo juicio estima que hubiera sido valioso para arribar a la verdad.

Indica que la obra favorecería a diversos productores de los cuarteles VIII y IX de C., que no lo sería diferenciado a favor del accionante y que la evaluación provincial habría tenido en cuenta el beneficio general que los trabajos producirían a la comunidad.

Refiere que los testimonios probarían que los trabajos brindan un beneficio concreto a los productores rurales, que alcanzaría a todas aquellas personas (aun turistas) que desean transitar desde la ruta 2 a la ruta

11, extensible a instituciones y profesionales que prestan servicios, vrg. escuelas, médicos, ambulancias, bomberos, etc.

Detalla aspectos de las pruebas testimoniales, así: del Sr. T., a fs. 460, quien habría reconocido la importancia de los puentes para el paso de maquinarias pesadas y la dificultad de otro camino alternativo con los costos y el mayor tiempo; reconoce una fotografía que se le presenta sobre la reunión con el Intendente E. en donde se habría tratado el tema de los puentes, que daría cuenta que la Sociedad Rural habría pedido la realización de estas obras consideradas de importancia; del Sr. T., quien fuera Presidente de la Sociedad Rural, a fs. 463, quien asiente que los puentes se encontrarían "*rotos*", intransitables, que habría enviado notas a la Gobernación de la Provincia reclamando por su reparación, reconoce la nota de fs. 103 remitida a la Presidenta del Concejo Deliberante y la nota de fs. 105 enviada a la Provincia, también imagen fotográfica de fs. 106, de una reunión con el Intendente E. por el tema puentes, entiende que sería utilidad para la zona y permitirían desplazar la producción lo cual presentaría mayores dificultades de utilizar otras vías de comunicación -apunta que se vendrían reclamando desde hace más de veinte años-; del Intendente E., a fs. 466, quien habría reconocido la nota de fecha 25 agosto del año 2018, que habría recibido "Hidráulica" el día 31 agosto del año 2016 por la que solicita la reparación integral de los dos puentes del camino "*La Ensenada*" sobre los canales Lynch y Cortejarena. Remite a fs. 993, del expediente administrativo, nota que habría firmado junto con su Secretario de Obras Públicas, el Sr. L., quien se habría negado a declarar; del Sr. U., a fs. 470, vecino de la zona, quien expone de la utilización de los puentes para concurrir a la escuela y para la producción; señalaría el beneficio para los cuarteles octavo y noveno de C. y la diferencia para el paso de maquinarias en relación a otros puentes. Habría agregado que desde el año 2005, se habrían hecho gestiones para que se reparen los puentes y que ello arrojaría beneficios para actividades comunes; del Sr. L., ex Intendente de C., a fs. 479, da cuenta que el concejal C. seguramente habría estado realizando gestiones por estas obras, que los puentes eran una realización importante para todos los vecinos, que durante su gestión como Intendente, los vecinos pidieron por la reparación de los puentes, que la

Sociedad Rural de C. realizaba también reclamos y sería de beneficio para los cuarteles VIII y IX; del Sr. B., vecino de C. y productor agropecuario, a fs. 501, expone de las bondades para los cuarteles mencionados y en especial para retirar la producción de la zona, y los inconveniente para transitar cuando lo es con carga de gran peso; del Sr. C., vecino de C. y productor agropecuario, a fs.504, hace saber que un grupo de vecinos habría solicitado la reparación de los puentes a través del concejal F., quien sería productor, que la producción se sacaría a través de los puentes y que hubo una reunión de vecinos para tratar el tema, que esos vecinos eran I., B., U. y C.. Manifiesta que todos usarían los puentes en razón de ser el único paso entre la ruta 11 y la ruta 2, porque el terraplén sur estaría desmoronado, que, en el estado actual de los puentes, los camioneros no se animarían a pasar, que tienen que dividir la carga y los puentes serían de "*necesidad imperiosa*" para productores como para turistas que visitan el canal 15 (v. fs. 145 vta.).

El accionante considera que los testimonios serían reveladores de la necesidad de las obras para el partido de C. y la utilidad que tienen para conectar la ruta 2 con la ruta 11, para sacar la producción de los cuarteles VIII y IX, para permitir la circulación de camiones y maquinaria agrícola de gran porte y para que la población de la zona pueda circular hacia Cerro de la Gloria y hacia C., ciudad.

Refiere que el testimonio del Sr. L. habría dejado probado que, como ex Intendente, habría gestionado la mejora de los puentes, lo que probaría que sería un reclamo que se remonta a larga data, que tendría como beneficiaría a la comunidad de C. y trasciende la gestión que pudiera haber realizado C..

Reafirma que los trabajos en los puentes serían tan necesarios que hasta el propio intendente E. habría solicitado la reparación en el año 2016.

Sostiene que la nota agregada a fs. 993, reconocida por el Intendente E. en su testimonial de fecha 11 de julio del año 2018, probaría las gestiones realizadas por el él.

El concejal C. expresa que vecinos se dirigieron directamente a la Gobernación solicitando la reparación de los puentes, vrg. nota a fs. 992, del Sr. I. y la Sra. A., en la que expresan el pedido realizado a los Sres. E. y L., oportunamente.

Reitera que la mejora de los puentes habría sido un reclamo de vecinos de C. y del propio Intendente, que también había actuado con tal finalidad instituciones como la Sociedad Rural, con la presentación de tres notas, detalla (v. fs. 146 vta.).

Respecto de las tasaciones obrantes en el expediente, esgrime que independiente de la inconducencia de dichas probanzas, deja a salvo la producida por el Martillero V., entiende que las restante no debieran de ser consideradas "*serias*" (*v.* fs. 146 vta.).

Precisa que ninguno de los informes explicaría por qué con los viejos puentes las hectáreas tenían un valor y con los nuevos adquirirían uno mayor.

Amplía que dejan sin justificar el beneficio que los puentes proyectan a todas las hectáreas cuando la mayor cantidad de ellas estarían del otro lado de la ruta 11; que los informes no desarrollarían una adecuada relación de causalidad ente los puentes reparados y el supuesto mayor valor adquirido.

Detalla en particular los informes vinculados a tasaciones, insiste en la falta de justificación de las contrataciones (v. fs. 147/148). Las califica en general de "*absurdas, técnicamente pobres, improvisadas y desprovistas de todo rigor*' 147 vta.).

Observa que solamente la labor realizada por V, haría hincapié de que se trata de un informe mas no de una tasación al faltar elementos suficientes para emitir tal juicio.

Respecto del informe presentado por el Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires expone que de él surgiría la Resolución del día 18 de mayo del año 2017, por la que se aprobaría la obra y

demostraría que sería anterior a que el concejal C. asuma como tal. Remite a fs. 781, de las actuaciones administrativas.

Relata que la Memoria descriptiva de la obra del año 2012, haría referencia a la necesidad de reparar los puentes para comunicar ruta 11 con acceso puente Pascua; estima que ella sería prueba de la declaración de necesidad con data del año 2012, v. fs. 994.

Expresa que la Memoria descriptiva de la obra del año 2016, hablaría también, de la necesidad de reparar los puentes para comunicar la ruta 11 con acceso puente de Pascua. Sostiene que probaría que, en el año 2016, continuaba la necesidad.

Por su parte, la Memora descriptiva del año 2017, dejaría constancia de puentes que se encuentran en estado de obsolescencia y que es necesario conectar la ruta 11 con el Puente de Pascua, antes mencionado.

Hace mención de la nota firmada por el Intendente E. y por el Sr. L., de fecha 25 de agosto del año 2018, en la que solicitan la reparación integral de los dos puentes del camino La Ensenada sobre los canales Lynch y Cortejarena, vrg. fs. 993, en concordancia con solicitud de vecinos a fs. 992.

Reafirma, la evaluación de la necesidad de realizar una obra pública con fondos provinciales sería competencia de dichas autoridades, sin perjuicio del acuerdo expresado por el Intendente E.

Realiza apreciaciones de la conducta y de declaraciones atribuidas al Intendente E. (v. fs. 148 vta. y 149).

Pasa luego a formular observaciones en relación al informe de la Trabajadora Social obrante a fs. 191, de las actuaciones administrativas; detalla imprecisiones que partirían de la motivación para la contratación y la indefinición de los elementos a evaluar (v. fs. 149 y 149 vta.).

Atiende que el Decreto 11/2018 en el considerando segundo, apartado 2.2. dice que las obras de los puentes Cortejarena y Lynch "*se*

incluyeron a través de la resolución 474/2017 del Ministerio de Infraestructura en su Art. tercero el cual expresa: ´establecer que la presente gestión se atenderá con cargo a la siguiente imputación: presupuesto general Ejercicio 2017-Ley 14879- [...]" añadiendo, Fondo de infraestructura Municipal (v. fs. 149 vta.).

Refiere que la mención perseguiría "*llegar a la falaz y falsa conclusión de que los puentes se pagaron con fondos municipales*", que ello no sería así, que el artículo tercero de la Resolución 474 no haría mención al Fondo de Infraestructura Municipal (v. fs. 149 vta.).

1.3.- Ofrece prueba, documental, informativa y testimonial.

Solicita medida cautelar con la suspensión de los efectos del Decreto 11/ 2018 del Concejo Deliberante de C..

Deja presentado el caso federal e interamericano.

Peticiona en definitiva se haga lugar a la demanda en todas sus partes e imponga costas a la demandada.

II.-

Corrido traslado de la demanda, el Concejo Deliberante de C. se presenta y solicita el rechazo del conflicto planteado (v. fs. 182/226 vta.).

Se verifica que el Dr. Sr. I. D. T., en carácter de apoderado, con la representación otorgada del Concejo Deliberante por Decreto 12/2018 (v. fs. 182).

En tal menester niega las denuncias del Señor M. J. C. al considerar que carecería de fundamentos, como de prueba suficiente al plantear la nulidad del Decreto 11/2018 por vicios intrínsecos y vicios de procedimiento e irregularidades en los actos preparatorios, señalando que se persigue el juzgamiento por hechos anteriores al acto comicial en que fue electo concejal.

En este sentido el presentante refiere que en uno de los considerandos del decreto destitutivo se expresa que se ha practicado un "*…autopase…*", porque habría principiado con la gestión de los puentes en marzo del año 2017 después de haber fenecido su mandato en el año 2009, y así recoger su propia jugada al resultar electo en octubre de 2017, para luego realizar gestiones ofreciendo su campo e instalaciones para que funcionara el obrador de la empresa contratista.

Destaca que la obra todavía no se habría ejecutado totalmente, aunque C. a la vez está en la banca pese a ser destituido.

Esgrime que la obra se ha iniciado antes de su asunción encontrándose regida por la Ley 6021 de Obras Públicas, que se concretaría con demora de algunos años. Le atribuye al concejal la falsedad de su expresión sobre "*…los hechos por los que se me sancionó no ocurrieron durante el ejercicio de mi mandato…*", pues la obra se encontraría en ejecución y a su vez colaboraría o permitiría que la empresa contratista cometa infracciones municipales por no estar habilitada conforme declaraciones del acta de la inspección ocular del día 2 de junio de 2018 celebrada por la Comisión Investigadora (v. fs. 183).

Marca que dicha situación luce ilustrada por once fojas de fotografías del estado actual de la construcción de dichos puentes que lucen a fojas 415/421 del expediente administrativo.

Distingue que las afirmaciones brindadas por el concejal referentes a los durmientes serían suposiciones vacías de contenido, sin probanzas, que debieron aportarse oportunamente, en la investigación penal, que esta última a su vez no fue remitida.

Por otra parte, se recuerda que a fs. 13 se sostiene las bondades que acarrearía realizar dichos puentes y que ello lo sería sin prueba alguna, sin informe alguno.

Por lo tanto, considera que debería ser desechado, no serían más que dichos que ni siquiera habrían sido preguntados a los testigos.

Con similar apreciación a fojas 18 del escrito inicial descansa la apreciación técnica de los profesionales que actuaron para informar sobre distintos temas relativos al valor de los puentes, tasación del campo, entre otros, que habría sido rechazada, mientras no se podría refutar la conclusión del informe sin nueva información que le contradiga.

Se ocupa en especial al insistir que el denunciado quiere verse separado del cargo por la fecha en que ocurrieron los hechos referidos a los durmientes, siendo que la causa penal de los durmientes no ha sido clarificada aún.

Entiende mediante otra mirada que se ha apropiado de dichos bienes de rezago del Estado, ante la existencia de un régimen especial para su adquisición como habría quedado demostrado en el Decreto 11/2018.

En este aspecto explica que ceñirse a rajatabla a la letra de un concepto indeterminado del derecho público, limitado al ejercicio de su cargo o mandato, cercenaría la posibilidad de enmarcar a la ética pública como principio constitucional republicano a ser cumplido, como a la probidad como virtud por excelencia a ser cumplida por cada funcionario público.

Por otro lado, enumera la coherencia del artículo 249, por extensión de los dispositivos 250 y 255 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en sus incisos 1° y 3° al enlazarse perfectamente con lo que se decidiera sobre la conducta de C., entendidas como transgresiones diferentes a las del artículo 248.

Suma a este cuadro irregular que C. en la misión de equilibrar la tensión entre los fines constitucionales y la justicia del caso a fs. 46 de su escrito, trataría de fundar su actuación en una especie de aceptación democrática por el pueblo de su situación procesal, transformándola como que el pueblo conocía muy bien lo sucedido con los durmientes, como de los puentes.

Aquí traza una observación en cuanto a las causas penales o judiciales sobre la inconducta de un funcionario público que no serían

ventiladas total o públicamente; y que no debieran funcionar como dice, por no haberse roto el contrato electoral al ser juzgado por una minoría.

Desde este punto de vista considera que por el resultado eleccionario la mayoría no lo habría votado, realiza apreciaciones al respecto.

Da a entender que se sustituye el respeto de las mayorías y minorías, al no poder una persona arrogarse de manera personalista, la representación como escudo, para dar explicaciones sobre su conducta.

Aduce la simplificación incorrecta que luce a fs. 20, al quejarse del incumplimiento del debido proceso, pese a que la Comisión Investigadora le intima a nombrar abogado defensor en cumplimiento de la manda constitucional y convencional.

Agrega que incluso a fs. 20 refiriéndose a las fotografías, se observa la actualidad de la obra y ello haría desplomar la idea que se trataría de un caso anterior al ejercicio de su mandato.

Que en este espacio adquiriría solidez en tanto las obras se están ejecutando, por lo que el conflicto de intereses y su inhabilidad sería actual.

En otras palabras, deduce que, si la Comisión Investigadora no hubiera verificado el estado de la construcción de los nuevos puentes, se podría haber endilgado la falta de conocimiento sobre su estado.

El Concejo Deliberante descalifica el hecho de que se considere el concejal C. como si fuera víctima en la venta de durmientes, que ello no se compadecería con el hecho de no haber realizado denuncia, ofrecido y producido prueba.

Le endilga que a fs. 39 se queja del desorden normativo, aunque expresa que debe reconocerse que es de difícil consecución la normativa específica en materia de Ferrocarriles por los vaivenes público-privados que ha tenido la entidad.

Infiere que nadie puede evadirse de entender que se trata de bienes del Estado y que por ser tales están sometidos a un régimen distinto al de la compraventa privada. Con ese rumbo anticipa que C. habría visto el negocio y se apropió del material en desuso sin presentar factura, ni recibo, ni el nombre del supuesto vendedor, en una palabra, sin ofrecer prueba.

Expone una razón que no puede devenir en parte de las premisas que justifiquen una decisión al hacer hincapié sobre las pruebas ofrecidas en el escrito del conflicto obrante a fs. 87, que serían reveladoras de un interés orientado hacia el Sr. L. más que en acreditar la compra de los durmientes.

Asimismo, le atribuye la propuesta de testigos nuevos nunca ofrecidos en los periodos probatorios ante la Comisión Investigadora, y propone a otros que ya declararon, al mismo tiempo de querer interrogar a quienes expusieron motivos para no hacerlo.

Esgrime que las denegatorias a solicitudes de declaraciones habrían tenido causas justificadas o el haber expirado el plazo para requerirlas y no dar razón de ellas.

Adiciona en relación a los antecedentes y comprobación de hechos denunciados, en las actuaciones de investigación remitidas y justipreciadas mediante Resolución C.I. N° 14/2018, en el expediente 04/2018, referidas a los dos hechos centrales que han sido motivo de investigación por parte de la Comisión Investigadora, que surgiría la gestión de la construcción de dos puentes en su campo y la compra de durmientes de ferrocarril sin las formas regulares de dicha operación, las que han sido descriptas por las denuncias y sendas resoluciones de la Comisión Investigadora con la correspondiente prueba producida.

Por otro extremo, en primer orden compendia las consideraciones pertinentes del Concejo respecto de la Resolución N° 09/2018 de la Comisión Investigadora a los efectos de abreviar, y sin perjuicio de los fundamentos en que se sustentan, que resuelve ratificar los hechos que se denuncian y que han sido mencionados y descriptos por el Decreto N° 4/2018

de creación de la Comisión Investigadora al determinar, definir y atribuirle los siguientes hechos realizados por el concejal C..

Hechos que expresa, *prima facie* le son reprochables por la Comisión Investigadora, sin perjuicio de lo que resulte, en definitiva, por incumplimiento de los deberes de su cargo.

Indica la vulneración de la Ley Nacional 25.188, art. 2°, incisos a) a d), e i), normas municipales de ética pública (OM N° 3/2018, arts. 4° de incisos a) a e) y j) a l) incluidos, Ley 14.828 (Anexo único art. 8.1.4. y demás concordantes), Constitución Provincial (art. 3°) y por ende de la Ley Orgánica de las Municipalidades (arts. 255, 249, 241 y ss.), vigentes, al haber sido autor responsable de las tratativas sobre la gestión, consecución y posterior construcción ante autoridades provinciales competentes, de dos puentes, denominados Cortejarena y Lynch, por un monto total de más de quince millones de pesos, ubicados en su campo o en sus proximidades, que lo benefician directa o indirectamente, habiendo sacado provecho de su cargo o candidatura para su consecución o realización ulterior.

Concibe luego que un concejal sería asimilable al funcionario público, al dirigente político, o al candidato que, con su jerarquía de forma directa se interesa en miras de un beneficio propio o de su familia, en una gestión u operación en la que habría intervenido en razón de su cargo o su posición política jerárquica (v. fs. 195 vta.).

En segundo orden manifiesta el incumplimiento por parte del concejal C., de los deberes de su cargo, normas municipales de ética pública, de la Constitución Provincial y por ende la Ley Orgánica de las Municipalidades vigentes al respecto en la compra irregular de durmientes pertenecientes a Ferrocarriles Argentinos o al área gubernamental federal que lo haya sustituido, hechos denunciados por ante el Juzgado Federal de Dolores, a cargo del Dr. Ramos Padilla, que continuarían en proceso, atribuidos, que resultarían incompatibles con el interés público y la ética pública, y por ende, generando tal conflicto de intereses y en contravención a normas legales vigentes y en provecho propio.

En tercer orden distingue que los hechos que se endilgan serían transgresiones diferentes a las del artículo 255 primer párrafo, en el período del ejercicio de sus diferentes funciones o candidaturas políticas como concejal o candidato a Intendente Municipal, por lo que se encuadran en los artículos 255 quinto párrafo, y 249 inciso 1° y concordantes de la Ley Orgánica de las Municipalidades sin perjuicio de su evaluación posterior.

Por otro extremo hace referencia al Anexo I de la Resolución C.I. N° 14/2018 y transcribe la relación circunstanciada de los hechos denunciados que obran en el informe conclusivo de la Comisión Investigadora y, que habrían sido cotejados con la prueba producida e imputaciones al concejal C..

Resalta que el Sr. C. habría hecho gestiones para la realización de los puentes personalmente, conforme obra a fojas 8 y 9, 430 a 432, fs. 433 a 435, 622, fs. 453 a 455.

Apunta que dichos puentes habrían sido construidos en su campo o en el acceso al mismo conforme a los informes de dominio de Catastro, policial, acta de la comisión de constatación de la obra puente Cortejarena y acta de constatación de obra Puente Lynch obrantes a fs. 8/9 y 415/421 de las actuaciones administrativas (v. fs. 196).

Que C. habría reconocido hacer gestiones para la construcción de los puentes a fs. 8 y 9, declaración testimonial de Francisco E. a fs. 1005 a 1019, otorgar permiso a la constructora a fs. 1005 a 1019, que sería su campo y a los puentes inclusive, hasta les podría poner su nombre.

Refiere que se ha sostenido que las obras que se están realizando tienen un expediente provincial sobre su construcción obrantes a fs. 778 a 997 y se certifica por escribano público las obras de construcción a fs. 637 a 650, junto al informe de infraestructura a fs. 778 a 997.

Que los testigos habrían reconocido que es el campo de C. y que beneficia solamente a él o a muy pocos vecinos del lugar conforme fojas 490/493 y 487/489.

Que los vecinos o beneficiarios serían muy pocos y el camino sería escasamente transitado de acuerdo al informe del Comando de Prevención Rural de C., que detallan lugares estratégicos del partido de C., caminos vecinales menos transitados en los que se sitúa "*Camino a lo Correa*"; mapa de caminos; Declaración de C. y U. conforme fojas fs. 85/90, 470/474 y 504/506.

Puntualiza que los testigos habrían reconocido el mayor valor adquirido con la construcción a fs. 490/493, 487/489; también los tasadores a fs. 345/351, 587/597 y 604/605.

Dice que en su esquema saltaría a la vista que el Sr. C. tiene una larga trayectoria política en C. y que durante la adquisición de durmientes y la construcción de los puentes habría estado militando, actuando o siendo candidato, conforme la gran mayoría de las declaraciones de los testigos, agregadas a fs. 449 a 506. Realiza detalle sobre su trayectoria política.

Observa que, en el mes de abril del año 2016, C. habría admitido ser candidato a concejal para el año 2017, cuando la obra fue solicitada en el mes de marzo y C. compite en dicho año.

En función de ello estima comprobado en su extensa trayectoria política institucional no se le reconoce más que la gestión de una sola obra, la de su campo que lo beneficia directamente. Detalla con testimoniales, pone énfasis en la cuestión de las tasas e impuestos y en la gravedad de la transgresión que entiende producida en perjuicio del patrimonio municipal desde que las obras de los puentes no se encontraban en el presupuesto provincial 2017 y se habrían incluido a través de la resolución 474/2017 del Ministerio de Infraestructura.

En otro aspecto sobre la adquisición de los durmientes de Ferrocarriles Argentinos encuentra comprobado que el concejal C. habría reconocido que los habría adquirido sin presentar factura o cumplimentar formalidades, hecho que constituiría una irregularidad manifiesta, negligencia o incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Da cuenta de la causa penal, del allanamiento al domicilio del Sr. C. y al hecho de encontrar aproximadamente ochenta durmientes, con remisión a la prueba.

Precisa que la adquisición de bienes del Estado sería un procedimiento distinto al de la compra privada que revestiría el carácter de compleja y sometida a legislación nacional, restringido y público y generalmente por remate o licitación.

Entre otras consideraciones jurídicas sobre los durmientes los conecta con la Ley Orgánica de las Municipalidades que en su artículo 249 refiere la voz "*negligencias*".

Detalla y precisa las normas que se encuentran involucradas en los hechos investigados y distingue las responsabilidades política y penal.

Explicita: "*En caso que un concejal incurra en alguna mala práctica o que, en alguno de sus actos, en el período electoral inmediatamente anterior a asumir o luego de asumir, lo ejerza en provecho personal o de modo que afecte la transparencia o el interés público o institucional del cuerpo o del municipio, podrá ser destituido. La destitución, la necesidad de creación y la conformación de la comisión investigadora previa, serán dispuestas mediante el voto de las dos terceras partes computadas con relación a los miembros capacitados para votar. El Concejal imputado no tendrá derecho a voto*" (v. fs. 205 vta.; con mención de la Ordenanza 03/2018 y Reglamento del CD).

Remite a lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley 24.759, menciona lo normado por la Ley 25.188 en el capítulo segundo, que transcribe.

Luego ilustra de la importancia de la Ordenanza Municipal Plan Estratégico de ética, modernización y transparencia para la Administración Pública de la Municipalidad de C. y da cuenta de lo preceptuado en el dispositivo cuarto.

En cuanto a la Ley 14.828 provincial sobre "Ética, modernización estatal y transparencia", expone que define como una de las actividades tendientes a lograr mayor participación ciudadana "*Promocionar las buenas prácticas y la ética para la toma de decisiones en la gestión de gobierno de la Provincia de Buenos Aires*".

Simplifica que todas estas directivas normativizadas serían aplicables al caso y contra el concejal C., para precisar la norma local, su actuación habría sido también en contravención, entre otras, al artículo 4°, incisos a) a e) incluidos, y j) y k) de la Ordenanza 03/2018.

Abunda en el marco normativo aplicable, principios y valores que entendiera el Concejo Deliberante aplicables, en los que estaría en juego la ética pública, como los artículos 36 de la Constitución Argentina, la Ley 25.188, que considera Ley de Bases y la mencionada ordenanza.

Para reforzar cita la Ley 24.759, la constitucionalización de las medidas preventivas del Artículo III de la Convención, artículo 3° de CPBA, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Concluye en general que las actuaciones se encuentran imbuidas, de los recaudos de legalidad y razonabilidad, necesarios para poder predicar su legitimidad.

Entiende que bastaría para arribar a tal convencimiento, el verificar la gravedad de las transgresiones que se enrostran a C. en el expediente 04/2018, con sus dos causas, cargos estos que no habrían sido desvirtuados por el concejal y se encontrarían fehacientemente acreditados en las actuaciones.

Aduna que no concurrirían los supuestos excepcionales de flagrante arbitrariedad o de absurdidad o ilegalidad manifiesta que autorizarían la revisión judicial de la estimativa administrativa.

En el ámbito de la controversia esgrime que el control de las transgresiones imputables al Sr. C. por mal desempeño, supone la vulneración de los intereses políticos, comunitarios y jurídicos confiados por la comunidad, a

través de su voto, con una gravedad tal que, tendrían un significado institucional los asuntos en los que la conducta del concejal es sujeta a reproche por haber quebrantado la confianza y constituir una amenaza seria para la conciencia cívica y el crédito público de que deben gozar las instituciones públicas surgidas del voto popular.

Afirma en lo principal que el reproche se sustenta en las normas o principios que están en la base del orden social justo, cuales son las que hacen referencia a que un funcionario no podría actuar desde la función pública o desde su carrera política en beneficio propio poniendo sus intereses por encima de los intereses institucionales, públicos, comunitarios.

Aclara que el orden o sistema constitucional argentino se vertebra sobre una base sólida conformada por pilares graníticos cuales son los principios que surgen de la soberanía popular, la república, la democracia y el estado federal.

Continúa destacando la vigencia del principio de transparencia en el ejercicio de los mandatos públicos. Indica los artículos 33 y 36 de la Constitución Argentina, 3 y 56 de la Constitución Bonaerense y tratados.

Recuerda que ningún concejal, podría trabajar en política para sacar provecho de su influencia gestionando, colaborando y realizando acciones concretas y ofreciendo sus bienes a disposición de obras públicas cuyo principal beneficiario sea él mismo.

Ensaya que ello desvirtuaría toda lógica democrática o republicana, pues qué sería de una democracia si cada Intendente o cada concejal en cada municipio, gestionara obras de mejoras de sus respectivas casas o bienes inmuebles, privilegiándolas respecto de las otras obras públicas que necesita con mayor urgencia y necesidad la comunidad.

Establece que existiría una gran diferencia entre la transgresión y el buen ejemplo, lo que la comunidad hubiera preferido es que el Sr. C. se hubiera excusado de estar participando en el entretejido de un acuerdo

político o gubernamental, cuyo producto, el pedido, gestión, y la realización de la obra pública de los puentes en su campo, lo beneficie sobre el resto de los intereses públicos comunitarios.

Esgrime que sin excusarse habría insistido con su actividad de colaboración con la empresa, cediendo terrenos para la instalación del obrador; remite a declaraciones para afirmar que existiría una distorsión de percepción de lo que es público y de lo que es privado.

Puntualiza que la Comisión Investigadora aconseja se apruebe el informe y declare que se está frente a una cuestión pública con la trascendencia del tema. Se apunta a preservar la transparencia y la honestidad del gobernante más allá de las relaciones privadas.

Manifiesta que se habría tenido en cuenta que la misma LOM "*inhabilita para ser miembros de la Municipalidad*" (art. 6.2) a "*Los que directa o indirectamente estén interesados en algún contrato en que la Municipalidad sea parte...*".

De esta situación desprende las transgresiones de C. en razón de ignorar valores supremos de la república, del orden social, de la democracia, omitir la finalidad primordial de servir a la comunidad y generar una incompatibilidad ética en el hecho de pedir, gestionar y facilitar la construcción de una obra en su propio campo que lo beneficia directamente.

Exhibe que estos actos alientan sospechas o presunciones de parcialidad e influencias que lesionan la autoridad moral de la Administración Pública, reflejo directo de sus agentes más encumbrados.

Apunta que no puede argüirse que se trata de una acción privada exenta de la autoridad de los Magistrados, por cuanto las cláusulas constitucionales de los artículos 19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución Provincial, obligan a distinguir entre acciones privadas de las que no lo son, entre ética privada y moral pública.

Añade que el beneficio directo que habría obtenido el Sr. C. por sus propias gestiones ante autoridades provinciales a partir de una

reunión clave para la decisión de la obra pública con el propio Vicegobernador, le habría reportado una ventaja de más de quince millones de pesos junto a una renta potencial por el cambio de su matriz productiva, así como también beneficios en la actividad ganadera.

Afirma la configuración de la transgresión y del mal desempeño, por incumplimiento de los deberes de funcionario público, unido a un enriquecimiento indebido, ilícito o sin causa en detrimento del patrimonio municipal, por cuanto la obra sería imputada al fondo de Infraestructura Municipal, de forma inconsulta con los demás poderes constituidos competentes, es decir, Departamento Ejecutivo y Concejo Deliberante en violación al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, ilegitimidad, antijuridicidad.

Concluye en particular que no se habría ofrecido ningún tipo de prueba respecto de los durmientes.

Sostiene que el concejal no habría detallado ni realizado explicación de las defensas o pruebas que se habría visto privado, ni la relación que mediaba entre ellas y el resultado de la investigación.

Puntualiza que, por la actuación del concejal C. respecto de la solicitud, gestión, cooperación en la construcción de dos puentes dentro o en el acceso contiguo de su finca, a tenor del artículo 6 inciso 2 de la LOM, lo inhabilitaría para ser miembros de la Municipalidad.

Aduna que por estar C. involucrado en una estipulación en que la Municipalidad es parte directa y afectar montos del Fondo de Infraestructura Municipal de la Provincia, se hallaría incurso en las irregularidades impuestas por el Concejo Deliberante para ser declarado inhábil para el ejercicio del cargo de concejal.

Del mismo modo refiere que su actuación respecto de la apropiación de durmientes de ferrocarril sin haber podido comprobar su adquisición regular o lícita, deviene irregular al haber adquirido, apropiado o tomado la tenencia de bienes de rezago, alrededor de ochenta durmientes

de una entidad autárquica o descentralizada del Estado Federal, Ferrocarriles Argentinos o quien sea su continuadora legal, sin haber demostrado ni haber aportado prueba alguna, durante el proceso investigativo de cómo lo adquirió por fuera de las formalidades exigidas, legal o reglamentariamente, circunstancia que le responsabilizaría por su negligencia, irregularidad o incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Expone que ello sería aun cuando no se pudiera demostrar el ilícito penal, por cuanto lo colocaría en una infracción contra el ordenamiento jurídico y de los deberes de probidad, transparencia y ética pública.

Mantiene el incumplimiento por parte del concejal C. de los deberes de su cargo, de las normas municipales de ética pública, del artículo 36 de la Constitución Nacional, de Tratados Internacionales, del artículo 3° de la Constitución provincial, de la LOM, de los artículos 4° de incisos a) a e) y j) a l) de la Ordenanza 3/2018 y artículo 8.1.4 del anexo de la Ley 14.828. Lo aplica a la compra calificada de irregular, a sabiendas de su procedencia no legal o bien haber sido sustraídos del patrimonio estatal de durmientes pertenecientes a Ferrocarriles Argentinos o al área gubernamental federal que lo haya sustituido.

Entiende el Concejo Deliberante que los hechos evaluados oportunamente que dieran lugar a la destitución del concejal C. resultarían incompatibles con el interés y la ética pública, por ende, generaría su conducta un conflicto de intereses por haberse realizado en contravención a normas legales vigentes y en provecho propio.

Sostiene el cumplimiento de las garantías adjetivas y sustanciales a favor del concejal a lo largo del procedimiento de destitución.

Funda en doctrina y jurisprudencia. Deja planteado el caso federal y solicita la vigencia del Decreto 11/2018, el rechazo del conflicto y se condene en costas al promotor.

III.- La Suprema Corte de Justicia dicta resolución con fecha 26 de septiembre del año 2018, por la cual dispone entre otras medidas, suspender hasta tanto se dicte sentencia en el proceso los efectos del Decreto

11/2018 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de C. (v. fs. 163/168).

Abierta la causa a prueba y luego de su producción (v. fs. 231/232 y 344), dispone el pase a la Procuración General (art. 689 y 690, CPCC).

IV.-

Paso a dictaminar propiciando hacer lugar al conflicto promovido por el concejal Martín Javier C. (art. 196, Constitución de la Prov. de Bs. As.).

4.1.- Ese Tribunal de Justicia ha sostenido que la intervención requerida en los conflictos municipales presenta tres notas concurrentes:

A) El planteamiento -a efectos de la admisibilidad extrínseca de la acción- de la efectiva existencia de la materia justiciable que enmarca la competencia de la Corte, es decir "*la contienda interna municipal*"; **B)** El análisis de lo que se ha dado en denominar "*legalidad del procedimiento*", esto es, la verificación del cumplimiento de las normas rituales que rigen la cuestión y la sujeción a las garantías y principios constitucionales y **C)** Resueltos los puntos anteriores, el juzgamiento sobre la razonabilidad o absurdo de la decisión motivante del conflicto, en los términos del artículo 264 de la Ley Orgánica Municipal (SCJBA, en lo pertinente: B 68.800,"*Trama*", sent., 26-12-2007, voto de la Señora Jueza Kogan, consid. primero, recordando lo así sostenido entre otras sentencias e integraciones del Alto Tribunal: la causa I- 11 (ex B 47.342): "*Coronel Rosales. Carlos Morilla contra Concejo Deliberante - Conflicto de Poderes*", voto del Señor Juez Althabe a la segunda cuestión, "*Acuerdos y Sentencias*", 1974-III-623, cc. causas RB 49.772, "*Meschini*", res., 19-06-1984; B 69.493, "*Losada*", sent., 23-04-2008, voto del Señor Juez de Lázzari, consid. segundo apartado primero; B 70.742, "*Urriza*", sent., 16-03-2011, voto del Señor Juez Pettigiani, consid. segundo apartado primero).

Asimismo, habré de atender, a tenor de lo establecido en el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que esta clase de

conflictos involucran actos que se vinculan con el ejercicio de la representación que el pueblo ha conferido en el caso, al Sr. C. como concejal de la Municipalidad de C.

La competencia de la Suprema Corte de Justicia es instituida en miras del restablecimiento de la legalidad vulnerada, por el hecho de impedirse el ejercicio de la representación que el pueblo -fuente de toda soberanía y origen de toda jurisdicción en la República Argentina; arts. 1, 5 y 121 de la Constitución Nacional y 1, 2, 58, 59 y 190 de la Constitución de la Provincia- le ha conferido en elecciones sobre cuya validez ha recaído pronunciamiento definitivo de la Junta Electoral (arts. 62 y 63 incs. 4 y 5 de la Const. Prov.; doct. causa B 44.585, "*Marcos Paz. Concejal Rodolfo Gernhardt. Conflicto*", "Acuerdos y Sentencias" 1965-II-755).

De tal manera he de señalar que el planteo formulado se encuadra dentro del ámbito de la competencia que a esa Suprema Corte de Justicia fijan los artículos, 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 261, siguientes y concordantes de la Ley Orgánica de las Municipalidades.

A) El Sr. Martín Javier C. es elegido como concejal titular de la Municipalidad de C. -Distrito 023 Sección Quinta- como resultado del acto electoral llevado a cabo el día 22 de octubre del año 2017.

Asumidas sus funciones, el Concejo Deliberante de la Municipalidad de C. dicta el Decreto 11, "C., *04 de Septiembre de 2018*", el cual habría sido "*aprobado en Sesión Especial del día 03 de septiembre*" (v. fs. 1534/1575 y 1576 en adelante "*expte. adm.*" N° 4/2018).

Decide su destitución en los términos de los artículos 255, 249 incisos 1 y 2 y según el procedimiento del artículo 250 "*provocando con su conducta en el ejercicio de sus funciones y por las razones expresadas y probadas en los considerandos del presente, inhabilidad (art. 6° .2 del Decreto Ley 6769/58, Ley Orgánica de las Municipalidades), gravedad institucional y lesión al interés público y patrimonial de la Municipalidad y comunidad de C.. Asimismo viola otras normas*

fundamentales las que son aplicables: incumplimiento por parte del Concejal C. de los deberes de su cargo, Ley Nacional 25.188, Art. 2°, incisos a) a d) e i) [...] normas municipales de ética pública (OM N° 03/2018, Arts. 4° de incisos a) a e) y j) a l) incluidos, Ley 14828 (Anexo único Art. 8.1.4. y demás concordantes), Constitución provincial (Art. 3°) y por ende de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Arts. 255, 249, 241 y ss.), y Reglamento Interno de Honorable Concejo Deliberante de C. (Art. 12, seg. párr.) vigentes y, principios constitucionales, preámbulo provincial ("lograr el mejor gobierno de todos y para todos"), artículo 33 (CN), artículo 56 (CPBA) y Tratados internacionales citados en los considerandos (Art. 75.22 CN) [...]" (v. art. 1°, del Decreto 11, a fs. 1576, expte. adm.).

De este acto es definitivamente notificado el Sr. C. el día 5 de septiembre del año 2018 (v. fs. 36 /57 y 58 y 58 vta.).

Promueve demanda el día 11 de septiembre del año 2018 (v. fs. 109/154; art. 263 bis, LOM; SCJBA, doct. causasB. 58.000, "*Mitre*", res. del 18-03-1997; B 73.856 "*Monzón*", res., 14-10-2015, cc y cf. doct. causa B 71.247, "*Concejo Deliberante del Municipio de General Lavalle*", res., 17-11-2010).

Los artículos 261 y 264 de la Ley Orgánica confieren una protección especial a quienes promueven el conflicto municipal frente a determinados actos, como el que produce la destitución de un concejal que quiebra la continuidad en las funciones de quien ha sido elegido por mandato representativo.

El Concejo Deliberante de la Municipalidad de C. encausó los hechos y las decisiones en el procedimiento establecido en el Capítulo X de la LOM (Sanciones y Procedimientos).

De tal manera, habiéndose configurado la situación descripta por el artículo 196 de la Constitución y prevista en los artículos 261 y 263 bis de la LOM, encuentro que la acción es extrínsecamente admisible y le asiste legitimación a quien se presenta, por lo cual estimo que correspondería el entendimiento por ese Alto Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Art. 689, CPCC).

B) Pasaré a abordar el análisis de lo que se ha dado en denominar "*legalidad del procedimiento*", la verificación del cumplimiento de las normas rituales que rigen la cuestión y la sujeción a las garantías y principios constitucionales.

En atención al contenido de los cuestionamientos planteados por la accionante haré referencia al encuadre legal para luego abordar las cuestiones puntuales en orden a su significancia para este proceso.

Los conflictos que el artículo 196 de la Constitución de la Provincia confía a la decisión originaria, exclusiva de ese Alto Tribunal de Justicia, se inician a instancia de denuncia de alguno de los órganos que considere avasalladas sus atribuciones ante la acción u omisión del otro, ya sea que se produzca entre los Departamentos Ejecutivo y Deliberativo o que ocurran en el seno de este último; o los que se originan entre distintas Municipalidades o con otras autoridades de la Provincia.

En atención a los que se ocasionen entre los Departamentos: Ejecutivo y Deliberativo, la Ley Orgánica para las Municipalidades hace referencia en el Capítulo X a las decisiones del Concejo Deliberante que dan lugar a la suspensión preventiva o destitución del "*Intendente Municipal*" (Cf. arts. 249 y 250; 194 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Por su parte extiende el procedimiento a los concejales en las circunstancias allí descriptas, en virtud del artículo 255 de la LOM, párrafo quinto: "*En el caso que un Concejal incurriera en los supuestos comprendidos en el artículo 249, se procederá en idéntica forma y procedimiento, establecidos para el Intendente*" (Arts. 194 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 261 y sigs. del dec. ley 6.769).

Ese Tribunal ha interpretado en numerosos antecedentes que, conforme a la legislación reglamentaria, las decisiones del Concejo Deliberante susceptibles de ser revisadas judicialmente por la vía del conflicto al que se refiere el artículo 196 de la Constitución con la expresión "*que*

ocurran en el seno" del Departamento Deliberativo, son aquellas por las que se dispone la suspensión preventiva o destitución del Intendente municipal o de cualquier concejal -excepto que estas decisiones se fundamenten en la comisión de delitos dolosos-, así como también, sólo con relación a los concejales, las que apliquen determinadas sanciones (SCJBA, B. 69.922, "*Miño*", sent., 09-09-2009 y sus citas; B 70.973, "*Coronel*", sent., 07-12-2011; B 72.438, "*Tellechea*", sent., 03-09-2014; B 72.094, "*Altieri*", sent., 15-06-2016, e.o.).

B1.- La Ley Orgánica de las Municipalidades establece que la Municipalidad de C. elige para su Concejo Deliberante 10 concejales (Art. 284 inc. 2, cc. art. 2).

Por su parte para el "*juzgamiento*" la citada legislación determina en el artículo 249 "A *tal efecto designará una Comisión Investigadora integrada por Concejales* *con la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros*".

Es decir, que el cálculo de las mayorías necesarias para decidir ha de efectuarse sobre el total de los miembros del Concejo sin exclusión alguna, desde que el apuntado artículo 249 -al cual remite el 255- no establece restricciones o excepciones a los fines de dicho cómputo.

Ha señalado la Suprema Corte de Justicia, en la interpretación de las normas es prudente estar a la que más directamente surge de su letra, de la que no cabe prescindir cuando es clara y precisa, especialmente cuando a una interpretación contraria no podrá llegarse sin forzar el propio texto legal (conf. doct. causas B 50.534, "*Siemens*", sent., 16-04-1991; B 53.190, "*Urretavizcaya*", sent., 6-04-1993; B 55.074, "*Ardanáz Otaño*", sent., 13-05-1997; B. 60.694, "*Checa*", sent., 15-06-2005; B 57.162, "*Trípoli*", sent., 02-11-2005; B 60.491, "*Rodríguez*", sent., 04-04-2006; B 60.693, "*Vázquez*", sent., 18-06-2008, e.o.).

B2.- En el caso se propone en Sesión Extraordinaria el "*pase a comisión*" de la denuncia presentada para la aprobación de la formación

de una Comisión Investigadora (v. fs. 3/11, expte. adm., de fecha según ella refiere: 22 de marzo de 2018, v. fs. 4).

Advierto que no se acredita el cumplimiento de los extremos determinados en el artículo 68 inciso 5° de la LOM, que tampoco se dice si existía la comisión, lo cual también imponía de no haberla, su aprobación.

En dicho acto se abre la votación para el "*pase a comisión*": cinco votos a favor, cuatro en contra y votación por Presidencia que entiende, aplicando el artículo 83, inciso 3° de la LOM, la aprobación por mayoría (v. Sesión extraordinaria del 26 de marzo, fs. 10, C.1°expte. adm.).

Encuentro irregularidades en esta gestación, no solamente por la decisión del pase a comisión de la denuncia presentada, sino por la forma en que se resuelve la aprobación, por cuanto no se daba el supuesto exigido por el artículo 68 de la LOM. y no consta ninguna salvedad previa que se hubiera consensuado por el Concejo sobre el voto de la Presidencia.

A ello se suma que al disponerse el pase a comisión debería de haberse identificado quienes serían los que producirían el dictamen y, por otro lado, adjuntar en forma lo oportunamente aconsejado, circunstancia que no encuentro avalada por lo expresado a fs. 29.

Según lo dispuesto por la LOM, a los efectos de manifestar la voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado, el Concejo Deliberante debe dictar una resolución que, como todo acto emanado de ese cuerpo, corresponde se adopte en una sesión pública, en la que la mayoría absoluta del total de concejales que constituyen el Concejo formará quórum para deliberar y resolver todo asunto de su competencia (arts. 68, 69, 71 y 77, 4° párrafo, decreto-ley 6769/1958).

Sólo en ese ámbito y cumpliendo con las formalidades prescriptas para cada supuesto, en caso de existir paridad, el Presidente del cuerpo tiene la facultad de decidir mediante el doble voto -art. 83 inc. 3°, LOM- (SCJBA, B 74.039, "*Vera*", res., 09-03-2016).

Esta última competencia no estaría habilitada por el legislador para las situaciones previstas en el procedimiento de suspensión o destitución.

B.3.- Por Presidencia se hace referencia a la "*Sesión Extraordinaria del día 29 de marzo del 2018 según fs. 1/11*" (debe leerse día 26, cf. fs. 3, expte. adm., C.1°); la titular del cuerpo cita a los señores concejales a Sesión Especial, no se expresa el motivo ni obra la resolución del Concejo que así lo dispone (7 de mayo; v. fs. 12, expte. adm., C.1°.).

No se acredita el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 68 inciso 4° para provocar la convocatoria a Especiales: "*Las que determine el Cuerpo dentro del período de sesiones ordinarias y de prórroga, [...]*".

Agrega la norma: "*En estos casos, solo el Concejo se ocupará del asunto o asuntos que fije la convocatoria, empezando por declarar si ha llegado el caso de urgencia e interés público para hacer lugar al requerimiento*".

La convocatoria debiera haber sido realizada por el Concejo Deliberante, no por Presidencia. No media constancia al respecto en la etapa del procedimiento que venimos analizando.

De tal manera no se presentaba satisfecha la exigencia para la convocatoria a Sesión Especial a los fines de tratar -se supone- la designación y aprobación de la Comisión Investigadora.

Las cédulas de notificaciones obrantes a fs. 13/26 vta. son demostrativas de tal anormalidad en el procedimiento para convocatoria de la Sesión Especial para el día 8 de mayo.

Sesión que habría fracasado porque "*no estarían dadas las condiciones democráticas mínimas*".

Ello lo vierte por escrito con su firma la Presidencia (v. fs. 27, expte. adm. C.1°).

No se exterioriza ni adjunta constancia que avale tal

aserto por parte de algún miembro del cuerpo.

Toda decisión administrativa debe dar cumplimiento a los elementos del acto administrativo, sustanciales y formales, circunstancia que no se ha satisfecho en la especie (v. art.198, OG 267/1980).

B.4.- Con fecha 17 de mayo se expone que se aprueba por mayoría "*con dos terceras partes*" de los miembros del Concejo Deliberante el despacho de Comisión de mayoría con voto afirmativo de los concejales y las concejalas: M., P., P., S., B., F. y T., y con voto negativo: K., L. y C..

A continuación, en igual fecha se pone en consideración del cuerpo, "*el decreto de conformación de Comisión Investigadora resultando aprobado por mayoría con 2/3 partes de los miembros de este cuerpo deliberativo con el voto afirmativo de los concejales M. S., P. N., P. E., S. M., B. M., F. I. y voto negativo de los concejales K. A., L. G., C. M.*" (v. fs. 31, expte. adm. C.1°.).

Volviendo sobre el artículo 249 de la LOM ya descripto: "A *tal efecto designará una Comisión Investigadora integrada por Concejales con la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros*".

De manera que, conforme lo expuesto, el cómputo de la mayoría de votos requeridos para la aprobación de la designación de una Comisión Investigadora debe efectuarse en relación al total de los miembros del Concejo, es decir, sobre diez concejales. Recaudo que, en el caso, no luce cumplido.

La aprobación requiere de 7 miembros (cf. a la doctrina de las causas B 64.827, "*Intendente Municipal del Partido de Las Flores*", res., 27-11-2002; B 69.009, "*Intendente Municipal Interino de Mercedes*", sent., 12-03-2008 y B 69.922, cit.).

De la simple constatación se presenta solamente seis votos positivos, no satisfaciendo lo dispuesto en el artículo 249 de la LOM.

Corresponde señalar que, existe en este caso materia propia del conflicto que el artículo 196 de la Constitución de la Provincia confía

a la decisión exclusiva de ese Tribunal en instancia originaria (SCJBA, doct. causa B 64.827, cit.).

La decisión de crear la Comisión Investigadora que prevé el artículo 249 constituye el inicio del procedimiento allí reglado para juzgar entre otros a los concejales, por lo que es esa Suprema Corte de Justicia la encargada de revisar la regularidad de ese trámite, la legitimidad y razonabilidad de la sanción que eventualmente se dicte (arts. 196, Constitución de la Provincia; 263 bis y 264, Ley Orgánica de las Municipalidades), tal como se expusiera *supra*.

En el caso, la conformación de la Comisión Investigadora sin reunir las mayorías legalmente impuestas resulta nítida.

De allí que, sin perjuicio de la existencia de circunstancia que la diferencian de la causa "*Flores*", en la presente los actos posteriores fueron el resultado de un proceso viciado.

Así se sostuvo: "*pues los actos ulteriores que de ella emanarían se encontrarían viciados por tal déficit de origen*" (v. doct. cit, "Flores").

De tal modo, siendo que el artículo 249 de la Ley Orgánica de las Municipalidades prevé que para crear una Comisión Investigadora se requiere la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Concejo Deliberante y que, en este caso, la Municipalidad de C. creó una comisión mediante el voto de seis de los diez miembros, corresponde declarar la nulidad del acto por medio del cual ello se decidió, en tanto carece de un requisito esencial para su validez.

En dicha oportunidad (causa "*Flores*") V. E. sostuvo: "*En rigor, se trataría de un acto inexistente, porque un grupo de concejales que no constituyen las dos terceras partes del Concejo carece de la atribución que en este caso ejerció, violando flagrantemente la ley aplicable*".

De allí que ante lo observado correspondería hacer lugar al conflicto promovido por el señor concejal Martín Javier C. y, en consecuencia, declarar nulo y sin ningún valor tanto el Decreto 04/2018 por el cual se crea la

Comisión Investigadora como los actos posteriores dictados en su consecuencia, con alcance al Decreto 11/2018 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de C. (arts. 195 y 196 de la Constitución de la Provincia; 69, 249, 264 y conc. decreto ley 6769/1958).

El procedimiento regulado en los artículos 249 y 250 "*cumplidos los requisitos del artículo anterior* [...]" de la Ley Orgánica para las Municipalidades tiende, sin lugar a dudas, a garantizar el debido proceso y asegurar también el derecho de defensa para el investigado. No siendo por ello disponible por voluntad del Cuerpo Deliberante e implicando tal comportamiento omisivo un apartamiento a dichas exigencias.

Por ello, atendiendo a los marcos regulatorios y a la télesis de tal normativa que tienden a garantizar la defensa y el debido proceso cuando ha de desvincularse a una autoridad pública elegida por el Pueblo, estimo que deben ajustarse las exigencias y recaudos en pos de verificar su cabal cumplimiento (cf. arts. 10, 11, 15 y 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

La Procuración General al dictaminar en la causa B 57.166, "*Gaynor*", ha expresado: "*Un derecho constitucional puede ser agraviado de muchas maneras* [...] *aquéllas que se perpetran manifiestamente, ostensiblemente, con grosería y aquéllas que cuidan el respeto por las formas externas y ofrecen una apariencia de legalidad en el obrar*". Para continuar: "*No caben dudas que, aun cuando ambas padecen la misma antijuridicidad, las primeras son potencialmente mucho menos peligrosas que las segundas. Una violación manifiesta es fácilmente detectable, tiene remedios efectivos y, generalmente, tiene corta vida. Por el contrario, una violación constitucional bien elaborada, requiere del análisis cuidadoso* [...] *que determine si, efectivamente, tal conducta, revestida de tales formas, engendra un agravio a la Constitución*"(v. Dict., 18-04-1996, del Sr. Procurador Eduardo de Lázzari, con cita de A. B. B., "*El exagerado rigor formal como principal enemigo del derecho a la defensa en juicio*", " ED 136-472, 1990).

No cabe duda que el procedimiento se cumplió

revestido de una suficiente legalidad externa, pero conforme a lo expuesto *supra*, no alcanza el análisis a lo querido por el legislador en el artículo 264 del decreto ley 6.769/1958, para conformarnos con ello. Lo importante es si estuvo provisto de la legalidad interna o sustancial.

Ante la gravedad de la consecuencia que recae la decisión de separación de un representante del pueblo c., es menester que haya contado con reglas claras a las que deba atenerse y con la posibilidad cierta de su respeto cabal, a lo largo de un recorrido dividido en etapas que no son disponibles a voluntad.

La garantía constitucional de la defensa incluye la de asegurar al imputado un organismo de investigación designado conforme lo exige la ley y que actúe con la imparcialidad de la misión también legalmente encomendada, en concordancia con los preceptos constitucionales de los artículos 10, 11 y 15 de la Constitución Provincial, 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Argentina y arts. 1.1., 8.1 y 25, CADH, y sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos (cc. Juan Francisco Linares "*La Garantía de defensa ante la Administración*", "*La Ley*" T. 142, p. 1.138, con cita de Joaquín Víctor González, Dict. cit.; CIDH, "*Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*", sent. 31/01/2001, párr. 77: "*En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete*").

En virtud de la conclusión a la que he arribado, resulta innecesario el análisis de los restantes agravios expuestos por el presentante.

V.-

La Suprema Corte de Justicia en virtud de lo aquí sostenido podría hacer lugar al conflicto interpuesto por el concejal Sr. M. J. C. en los términos antes indicados.

La Plata, enero 15 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 75.662-B

“Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de General Pueyrredón c/ Concejo Deliberante de la Municipalidad de General Pueyrredón s/ conflicto art. 196, Constitución Provincial”, fecha: 07-12-2019

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de General Pueyrredón c/ Concejo Deliberante de la Municipalidad de General Pueyrredón s/ Conflicto art. 196 Constitución Provincial".

B 75.662

Suprema Corte de Justicia:

El Sr. Carlos Fernando Arroyo, en su condición de Intendente del municipio de General Pueyrredón, por medio de su apoderado, interpone el presente conflicto interno municipal a los efectos de que V.E. disponga, en primer lugar, la suspensión de la Ordenanza 0-18.189 (sancionada el 15-11-2018) y la Ordenanza de insistencia -luego del veto por parte del Departamento Ejecutivo de fecha 4 de diciembre, también de 2018.

En segundo lugar, solicita se las declare nulas por considerar que violentarían "*flagrantemente*" los artículos 192 y 195 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 29, 31, 34, 35, 36, 75, 79, 107, 109, 114, 118 y 124 del decreto ley 6769/58 (v. fs. 136/147).

I.-

a) Respecto a la solicitud de suspensión de las ordenanzas aquí impugnadas, entiende que conforme a los antecedentes agregados habiendo justificado los recaudos de admisibilidad, se encontrarían reunidos "*prima facie y con grado de entidad suficiente, los presupuestos establecidos en el art. 261 del decreto ley 6.769/38, por lo que debe otorgarse efecto suspensivo automático a la*

mera promoción del presente conflicto de poderes". Cita jurisprudencia de V.E. que sería aplicable al presente (v. fs. 137).

b) En lo que se refiere a los requisitos de admisibilidad expresa que se encontrarían cumplidos, a saber: 1.- El más Alto Tribunal de Justicia provincial sería competente para actuar a tenor de lo previsto en el artículo 196 dela Constitución provincial y 261 de la denominada Ley Orgánica Municipal; 2.- La demanda habría sido interpuesta en tiempo y forma, toda vez que la comunicación de la ordenanza de insistencia ante el veto por parte del Departamento Ejecutivo habría sido realizada el 5 de diciembre de 2018; 3.- En lo que se refiere a la legitimación activa, expone que interviene el Sr. Intendente Municipal "*cuyas competencias asignadas constitucional y legalmente de modo privativo y excluyente, han sido desconocidas, a través de una arrogación indebida por parte del Honorable Concejo Deliberante*" (v. fs. 137 vta.) y 4.- Las normas que por este medio se denuncian provienen del Concejo Deliberante de General Pueyrredón, con lo que quedaría cumplido con el recaudo del artículo 196 de la Constitución provincial y 261 del Decreto Ley 6769/58.

c) Respecto a los hechos que motivaron el presente caso, relata el apoderado del denunciante que el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de General Pueyrredón se encuentra a cargo del Dr. Carlos Fernando Arroyo, quien se impuso en las elecciones municipales del año 2015 "*participando dentro de la alianza Cambiemos, con un partido vecinal, de su pertenencia política, denominado* AGRUPACION ATLANTICA" (En mayúsculas en el original, fs. 138vta.).

Destaca que la mayoría de las decisiones que se fueron adoptando durante los tres primeros años de la gestión, "*estuvieron teñidas de un permanente consenso, acordándose, en todos los casos, con los distintos referentes de los sectores de la coalición, las resoluciones que, a la postre, llegarían al seno del Cuerpo Deliberativo para garantizar alcanzar las mayorías necesarias que permitieran la aprobación de las iniciativas de gobierno*" (v. fs. 139).

Señala que, en los últimos meses, "*este marco de concordia, se ha visto sustancialmente alterado, debido al venidero calendario electoral y la proximidad de renovación de autoridades municipales convocadas para el año próximo*" (v. fs. 139),

Sostiene a tenor de lo antes manifestado que "*puede comprenderse la configuración de las nuevas mayorías conformadas en el Honorable Concejo Deliberante que colaboraron, con su voto de insistencia, en la aprobación de las ordenanzas aquí impugnadas*" (v. fs. 139).

Subraya que las razones que llevaron a la insistencia por parte del Concejo Deliberante no tendrían fundamento legal, "*sino que obedecen a una clara especulación de orden político tendiente a satisfacer reclamos del sector educativo que, como es de público conocimiento, viene adoptando, en los últimos tiempos, un tono combativo y virulento, contra la administración nacional, provincial y municipal*" (v. fs. 139).

Indica el apoderado del Sr. Intendente Municipal que en ese momento las cuentas públicas municipales se encontrarían equilibradas, y se habría revertido, por medio de un programa de ordenamiento en la asignación de los recursos fiscales, "*un deficit operativo*" que habría heredado de la anterior gestión (v. fs. 139).

Sobre la cuestión normativa explica su origen. En efecto, relata que, durante el año 2012, el Concejo Deliberante de General Pueyrredón sanciona la Ordenanza 20.760, mediante la cual se aprueba el Régimen para el Personal Docente Municipal que regula diversos aspectos de esta relación de empleo público.

En este sentido, transcribe el artículo 82 de aquella ordenanza, por la que se establecía: "*la retribución mensual de cada uno de los cargos del Escalafón Docente General Municipal será equivalente a la abonada para idénticos cargos del personal docente por la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. En ningún caso el sueldo de maestro de*

grado, sección y/o especial podrá ser inferior al nivel 8 del Escalafón Municipal. De la diferencia entre el sueldo y bonificaciones asignadas por la Provincia de Buenos Aires para el cargo de maestro de grado y el del mencionado Nivel 8, surgirá una bonificación que será abonada a la totalidad de los cargos del Escalafón Docente General Municipal, excepto en el caso de preceptores y profesores por horas cátedra o módulos a quienes les será liquidado proporcionalmente" (v. fs. 140).

Indica que, en el año 2013, a la citada normativa se le habría introducido por parte del Concejo Deliberante una ligera modificación, agregándosele -por medio de la Ordenanza 21.609- un último párrafo al texto antes transcripto, por el que se habría dispuesto *que* "*En el supuesto de que a un establecimiento se le asigne una categoría superior, el personal directivo del mismo percibirá las bonificaciones correspondientes a su nueva categoría. Cuando a un establecimiento se le asigne una categoría inferior, el personal directivo continuará percibiendo la remuneración correspondiente a la categoría anterior*" (v. fs. 139 vta.).

Expone que "*con una deficiente técnica legislativa*" en el año 2014 por medio de la Ordenanza 21.902 fue derogada la anteriormente citada Ordenanza 21.609, y se sanciona un nuevo artículo 82, el cual transcribe, con una redacción similar a la norma anterior que "*sustituyó como parámetro de referencia mínima, al Nivel 8 por el Nivel 12*" (v. fs. 139 vta. in fine y 140).

Explica *que* "*bajo este esquema normativo, el Departamento Ejecutivo de la actual administración de gobierno, durante los períodos 2016, 2017 y 2018, siempre efectuó las previsiones de las partidas presupuestarias para afrontar las erogaciones, con la afectación de los recursos correspondientes*" (v. fs. 140).

Menciona que frente a cambios sobrevinientes por los aumentos salariales periódicos que incrementan el gasto, el propio Concejo Deliberante mediante la Ordenanza 23.069 -Complementaria del Presupuesto vigente al momento de ser interpuesta la presente, habría autorizado al Departamento Ejecutivo a proceder a la aplicación de todas aquellas modificaciones salariales correspondientes al área de educación, implementadas y otorgadas por el Gobierno dela Provincia de Buenos Aires,

"*con la reglamentación pertinente por parte del Departamento Ejecutivo, en cuanto a la modalidad y montos aplicables en función de la política salarial municipal vigente*" (v. fs. 140 vta.).

Refiere que, al inicio del tercer cuatrimestre del año 2018, el Poder Ejecutivo provincial establece las pautas de liquidación aplicables al personal docente a partir del mes de enero del citado año, criterio que a tenor de lo previsto en el artículo 82 de la Ordenanza 20.760 -y sus modificaciones- debería adoptarse en el ámbito de la Municipalidad de General Pueyrredón.

Precisa que es en ese momento que el Departamento Ejecutivo habría advertido el pago de sumas por fuera de las pautas contempladas en el Régimen para el Personal Docente Municipal.

Agrega que "*efectuado un exhaustivo relevamiento de las normas vigentes, no pudo encontrarse ninguna disposición que expresa o implícitamente de modo razonable habilitara a efectuar el cálculo sobre 35 horas semanales y jornada de 4 horas y media equivalente a jornada de 7 horas diarias del resto del personal municipal. Una auditoría en el proceso de liquidación de haberes de los docentes administrados por el municipio, echó luz sobre numerosas irregularidades*" (v. fs. 140 vta.).

Continúa exponiendo que el Departamento Ejecutivo, a tenor de las atribuciones que surgen de los artículos 107 y 108 inciso 3 del decreto ley6769/58, el día 25 de octubre de 2018 emite el Decreto 2272/2018 "*y procedió a trasladar el aumento otorgado en el ámbito provincial a los agentes municipales, incluyendo a los docentes*" y *que "ello fue siguiendo las bases fijadas en el art. 82 de la Ordenanza 20.760 (texto según Ord. 21.902)*" (v. fs. 141).

Señala que aquélla circunstancia "pese a estar sustentada en el debido respeto de la legalidad" habría generado resistencias y cuestionamientos en diferentes ámbitos "al extremo que aquello que se hizo

durante mucho tiempo de facto al margen de las normas jurídicas vigentes, se pretendió mantenerlo de cualquier manera" (v. fs. 141).

En aquél mismo sentido destaca que el Concejo Deliberante habría aprobado por mayoría -en la sesión del día 15 de noviembre del año 2018- la convocatoria de los Sres. Secretario de Economía y Hacienda Hernán José Mourelle, y del Secretario de Educación, Luis Alberto Distéfano, para que suministraran informes y explicaciones respecto del Decreto 2272/2018 (v. fs. 141).

Refiere que, en la misma fecha, se sanciona la OrdenanzaO-18.189, a través de la cual el Departamento Deliberativo, modifica el artículo 82 del Régimen para el Personal Docente Municipal (Ordenanza 20.760, texto según Ord. 21.902). Texto que el apoderado del aquí denunciante transcribe en los siguientes términos:

"*Artículo 82°: La retribución mensual de cada uno de los cargos del Escalafón Docente General Municipal será equivalente a la abonada para idénticos cargos del personal docente por la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. En ningún caso el sueldo de maestro de grado, sección y/o especial podrá ser inferior al Nivel 12 del Escalafón Municipal con 35 horas semanales y jornada de 4 horas y media equivalente a jornada de 7 horas diarias del resto del personal municipal.* De la diferencia entre el sueldo y bonificaciones asignadas por la Provincia de Buenos Aires para el cargo de maestro de grado y el del mencionado Nivel 12, surgirá una bonificación que será abonada a la totalidad de los cargos del Escalafón Docente General Municipal, excepto en el caso de preceptores y profesores por horas cátedra o módulos a quienes les será liquidado proporcionalmente.

Cuando por razones especiales y transitorias se asigne a un docente funciones de mayor jerarquía que las del cargo del cual es titular, percibirá la asignación correspondiente al cargo que se le confíe.

En el supuesto de que a un establecimiento se le asigne una categoría superior, el personal directivo del mismo percibirá las bonificaciones

correspondientes a su nueva categoría. Cuando a un establecimiento se le asigne una categoría inferior, el personal directivo continuará percibiendo la remuneración correspondiente a la categoría anterior" (el destacado corresponde conel original, y según los términos de la presente denuncia, habría sido hecho para identificar el agregado incorporado (v. fs. 141 vta.).

Continúa relatando el apoderado del Sr. Intendente Municipal que una vez comunicada la sanción por parte del Concejo Deliberante, el titular del Departamento Ejecutivo procede a vetarla íntegramente mediante el Decreto 2483/2018, de fecha 3 de diciembre de 2018.

Subraya que mientras transcurría el plazo para la promulgación o el ejercicio del veto, el Presidente del Concejo Deliberante a través del Decreto 440 del día 26 de noviembre de 2018, dispone para el día 4 de diciembre de ese mismo año concurran los Sres. Secretarios de Economía y Hacienda, y de Educación, a la Sesión Pública Especial, la cual fuera convocada a ese solo efecto.

Sigue explicando que la "Sesión Especial", se lleva a cabo con total normalidad. Aclara que el Concejo Deliberante ya se encontraba formalmente anoticiado del ejercicio de la facultad de veto por parte del Departamento Ejecutivo.

Apunta, por tal razón, que "*de un modo manifiestamente irregular*", luego de culminada la intervención de los funcionarios citados, en esa misma sesión el Concejo Deliberante "*fuera de lo previsto en el Orden del Día, aprobó sobre tablas la Ordenanza de insistencia, violando de esta manera las normas que regulan el procedimiento para la sanción de las ordenanzas*" (v. fs. 141 vta.).

Respecto a la alegada ilegitimidad de lo actuado por el Concejo Deliberante, afirma que tales actos deberían ser anulados y en su consecuencia, dejadas sin efecto en su integridad (v. fs. 142).

Explica que el diseño constitucional de la provincia de Buenos Aires, dedica un apartado especial al régimen municipal, de donde surgiría

que la administración de los intereses y servicios locales en la capital y cada uno de los partidos que formen la provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento de liberativo.

Agrega que por el artículo 191 se determina que la Legislatura sería la encargada de deslindar atribuciones y responsabilidades de cada Departamento, siendo atribuciones inherentes al régimen municipal, dictar reglamentos y ordenanzas, mientras que por el artículo 192 inciso 5, se establece que el Departamento Deliberativo vota anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo y que vencido el ejercicio administrativo sin que el Concejo Deliberante sancione el presupuesto de gastos, el intendente deberá regirse por el sancionado para el año anterior.

Detalla que las ordenanzas impositivas mantendrán su vigencia hasta que sean modificadas o derogadas por otras. Menciona que el mismo inciso 5 del artículo 192 de la Constitución provincial establece que el presupuesto será proyectado por el Departamento Ejecutivo y el Deliberativo no se encontraría facultado para aumentar su monto total y "si aquél no lo remitiera antes del 31 de octubre, el Concejo Deliberante podrá proyectarlo y sancionarlo, pero su monto no podrá exceder del total de la recaudación habida en el año inmediato anterior".

Indica que, en caso de veto total o parcial, si el Concejo Deliberante insistiera por dos tercios de votos el Intendente estará obligado a promulgarlo y que toda ordenanza especial que autorice gastos no previstos en el presupuesto, deberá establecer los recursos con que han de ser cubiertos (v. art. 192 inc. 5 CPBA).

Recalca lo previsto en el artículo 195 de la Constitución por el que se afirma que "*todos los actos y contratos emanados de autoridades municipales que no estén constituidas en la forma que prescribe esta Constitución, serán de ningún valor*"(v. fs. 142 vta.).

Destaca que el presupuesto "*operaría como una estimación de los gastos y los recursos que se prevén para un período anual determinado, donde la diagramación, proyección y confección de sus contenidos, está atribuida al Departamento Ejecutivo de manera excluyente, quien además posee por mandato constitucional y legal, la iniciativa en esta faena*" (v. fs. 142 vta.).

Alude que más allá del aspecto formal del presupuesto, el mismo se basa en una idea aproximada de lo que "*ocurrirá con los ingresos y egresos del Estado*", es decir "*una suposición con mayor o menor aproximación a la realidad fáctica, un resultado sobre la caja, que aparece exteriorizada en un balance entre recursos y gastos*" (v. fs. 142 vta.).

En lo que se refiere a la situación puntual del presente caso, manifiesta que el municipio de General Pueyrredón contaría con un presupuesto para el ejercicio 2018 (aprobado por Ordenanza 23.645), donde se habría cumplido con los procedimientos institucionales de confección, elaboración y elevación por parte del Departamento Ejecutivo. Y que, por su parte, el Concejo Deliberante finalmente lo habría aprobado a fines del mes de abril.

Enuncia que el presupuesto asciende a la suma de casi los ocho mil quinientos millones de pesos ($ 8.500.000.000.-), en el cual se habría previsto el pago de las bonificaciones a los docentes municipales, cuyo cálculo y previsión dice haberse efectuado sobre la base de los parámetros fijados en el artículo 82 de la Ordenanza 20.760 -texto según Ordenanza 21.902- (v. fs. 142 vta.).

Hace saber que del examen de las normas que regulan esta cuestión en el plano legislativo y reglamentario, "*se advierten numerosas disposiciones que impiden al Honorable Concejo Deliberante modificar el presupuesto una vez que éste se encuentra aprobado, y que en todo caso, a esos fines la iniciativa corresponde al Departamento Ejecutivo*" (v. fs. 143).

Así destaca que la Ley Orgánica de las Municipalidades prevé que "*corresponde al Departamento Ejecutivo proyectar las Ordenanzas impositivas y el Presupuesto de Gastos y Recursos*" (*art.* 109); "*el Departamento*

Ejecutivo podrá dictar el Clasificador de Gastos, enumerando las especies comprendidas en cada rubro del Presupuesto. Dicho Clasificador formará parte del Presupuesto anual que el Intendente eleve al Concejo Deliberante en cumplimiento del art. 109" (art.1 14); "el presupuesto anual constituye el límite de las autorizaciones conferidas al Intendente y al Presidente del Concejo en materia de gastos" (art. 118)" (v. fs. 143).

Realiza expresa mención de otras disposiciones de la Ley Orgánica de las Municipalidades, por ejemplo los artículos 34 y 35: "* *todos los años, para el subsiguiente, el Concejo sancionará el Presupuesto de Gastos y Cálculo de recursos de la Municipalidad (...) promulgado que sea el Presupuesto, no podrá ser modificado sino por iniciativa del Departamento Ejecutivo" (art.34); "el Concejo considerará el proyecto remitido por el Departamento Ejecutivo, y no podrá aumentar su monto total" (art. 35)"* (v. fs. 143).

Puntualmente sobre el caso presente, explica que la modificación llevada a cabo al artículo 82 de la Ordenanza 20.760 (texto según Ord.21.902), "*se traduce en una modificación del presupuesto aprobado*", que produciría "un impacto directo en los aspectos económicos financieros, que no pueden soslayarse" (v. fs. 143 in fine).

A renglón seguido hace referencia al informe producido por el Secretario de Economía y Hacienda, elevado al Departamento Ejecutivo, por el que se expresa que "*El municipio de General Pueyrredón sostiene instituciones educativas, como parte de la gestión estatal de manera complementaria y no supletoria de la responsabilidad del gobierno provincial". Más adelante, continúa transcribiendo el informe de aquél funcionario, del que surge que, como resultado de una auditoria llevada a cabo en el proceso de liquidación de haberes de los docentes administrados por el municipio, se detectó en el mes de setiembre de 2018 que se estaba liquidando una bonificación establecida en la ordenanza complementaria vigente (Ordenanza 23.069 Artículo 40%) "sin sustento legal o normativo*".

Agrega el informe transcripto que la bonificación consistiría "*en garantizar un salario mínimo del escalafón 12 municipal cuando*

el salario TOTAL docente establecido por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires fuese inferior al mismo y en dicho caso abonarla diferencia", pero, advierte que como el escalafón 12 municipal tendría trece diferentes módulos horarios semanales distintos, "*el área de liquidaciones tomaba como referencia el módulo de 33 hs. semanales, cuando los distintos cargos docentes tienen establecidos módulos semanales de 20 hs. y 22,5 hs. semanales*" (v. fs. 143 vta.; la mayúscula en el original).

Subraya que frente a tal situación el Departamento Ejecutivo habría procedido "*a reglamentar el Artículo 40 de la Ordenanza 23.069mediante el dictado del Decreto 2272 del 2018, estableciendo el módulo de 24 hs. semanales como marco de referencia*", *y que el objeto de la reglamentación habría tenido en miras "corregir el impacto presupuestario en la liquidación de haberes correspondiente al presupuesto 2018 de la Secretaría de Educación municipal*" (v.fs. 143 vta. in fine).

El apoderado del Sr. Intendente Municipal expone que el presupuesto 2018 presentado al Concejo Deliberante el día 31 de octubre de igual año, por expediente 2018-11615/9, habría contemplado la corrección en la liquidación de haberes del personal docente y se establecería un gasto salarial de pesos mil sesenta y tres millones novecientos sesenta y un mil doscientos setenta y uno c/18 ($1.063.961.271,18.-) en gasto salarial del personal de la Secretaría de Educación (v. fs.144).

Indica que el "*el impacto de la bonificación especial docente que se venía liquidando, sin sustento legal, se estimó para el año 2019 en $267.000.000 de gasto salarial en personal para la Secretaría de educación, adicionales a lo presupuestado, y que esa cifra "representa: a) el 25% de los presupuestado para el año 2019, o b) un 29% de lo presupuestado para el año 2018en el caso de ser prorrogado*".

Apunta que para solventar el gasto presupuestado para el año 2018 se habría usado "*en el pago de salarios el total del Fondo Federal Educativo previsto por la Provincia por $202.000.000 y destinado prioritariamente*

para afrontar la reparación de la infraestructura edilicia de las escuelas municipales y provinciales" (v. fs. 144 vta.).

Recalca que la Ordenanza registrada bajo el número18.257, de insistencia por parte del Concejo Deliberante de fecha 4 de diciembre del año 2018 y que fuera notificada al Departamento Ejecutivo el día siguiente, "*al establecer el módulo horario de referencia en 35 hs. semanales y que la jornada de 4horas y media de un docente equivale a jornada de 7 hs. diarias del resto del personal municipal, importa una aplicación de recursos que no fueron contemplados con ese destino en el presupuesto 2018 y previstos para otros fines y provoca un sustancial incremento del gasto y una alteración del presupuesto 2019 en proceso de análisis del Concejo Deliberante de General Pueyrredón*" (v. fs. 144 vta.).

Refiere que también se agravia por el desconocimiento por parte del Concejo Deliberante de la potestad reglamentaria que posee el Departamento Ejecutivo.

Al respecto, recuerda que el Ejecutivo es la autoridad "*encargada de implementar, llegar al plano de la realidad concreta, el mandato general previsto en el régimen del Personal Docente Municipal, en particular, establecer el modo y la forma en que deben practicarse las liquidaciones, pudiendo a tales fines implementar distintos mecanismos o metodologías, cuya elección y determinación están reservadas en ese espacio o margen de ponderación que posee el órgano administrador*" (v. fs. 145).

Por último, hace hincapié en una cuestión de carácter formal, supuestamente producida durante el trámite de la sanción de la ordenanza de insistencia.

En este sentido manifiesta que la sesión convocada para el día 4 de diciembre del año 2018 "*tenía un único y excluyente objetivo, que era exigirá los Auxiliares del Departamento Ejecutivo (Secretarios de Economía y Hacienda como el de Educación), que brindaran explicaciones acerca del Decreto*

2272/2016, *Pueyrredón, por el cual se reglamentó el pago de las bonificaciones a los docentes*" (v. fs. 145).

Pero advierte que "*en un proceder absolutamente irregular*", luego de que se retiraran aquéllos funcionarios del recinto, el cuerpo "*seguidamente se reunió e inmediatamente votó sobre tablas la Ordenanza de insistencia, la cual comunicó al día siguiente al Departamento Ejecutivo*" (v. fs.145vta.).

Por ello entiende que también, desde el punto de vista formal, la ordenanza de insistencia debería ser declarada nula, toda vez que el tratamiento de la insistencia no habría estado previsto en el orden del día del Concejo Deliberante de General Pueyrredón (v. fs. 145 vta.).

Para finalizar, acompaña prueba documental y deja planteado el caso federal (v. arts. 14 y 15 de la Ley N* 48; fs. 146 vta.).

II.-La Suprema Corte de Justicia, atento a lo peticionado, *dispone* "*hasta tanto se dicte sentencia*" hacer lugar a la suspensión de las ordenanzas cuestionadas Nros. 18.189 y 18.257 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de General Pueyrredón (v. fs. 149/153).

III. -El Presidente del Concejo Deliberante de General Pueyrredón, con patrocinio letrado, contesta el traslado conferido, solicitando su total rechazo, con costas (v. fs. 186/ 196).

Manifiesta, en primer lugar, que viene por la presente a contestar "*la insólita denuncia planteada en estos autos, solo demostrativa de la incapacidad de la política para consensuar y resolver los disensos, e intentar judicializar los mismos*" (v. fs. 187).

Califica a la presente demanda como "*improcedente, ilegítima [y] inconstitucional*", toda vez que considera que el Sr, Intendente por medio de la misma pretendería arrogarse funciones y atribuciones propias del Cuerpo Deliberativo, "*impugnando e impidiendo por esta vía impropia, la ejecución de Ordenanzas sancionadas por el mismo, en ejercicio de su competencia, que*

tienen jerarquía de Ley formal material (conf. Art. 77 de la LOM), - y por tanto son de aplicación inmediata en sede administrativa-, sin plantear su supuesta ilegalidad o inconstitucionalidad por las vías procesales pertinentes" (v. fs. 187).

Luego de efectuar, por imperativo procesal, una negativa a todo lo afirmado por el Sr. Intendente Municipal que no sea expresamente reconocido, sostiene que tanto la ordenanza impugnada, como así su insistencia luego del veto por parte del Sr. Intendente Municipal, habrían sido sancionadas con sujeción al marco legal, sea en su aspecto formal, como así en su faz substancial, en el sentido de que no habría habido una invasión de competencias.

En lo que se refiere a los hechos, explica que las escuelas municipales de General Pueyrredón, surgieron en la década de 1960, con el objeto decubrir las necesidades de escolarización en zonas situadas fuera del ejido de la Ciudad de esa época. Por ello sostiene que dicho sistema educativo municipal era una novedad, "*el cual fue sostenido con fondos municipales, y tuvo características propias en tanto sus docentes fueron – y siguen siendo – trabajadores municipales a quienes se les encomienda una especifica función docente, con título profesional, capacitación continua e ingreso y carrera por concurso de oposición y antecedentes, con doble control funcional, por la DIPREGEP, a nivel Provincial, y por la Municipalidad*", por lo cual, al efecto fue creada una Secretaría de Educación (v. fs.189).

Agrega que "*como incentivo a los trabajadores municipales que cumplían funciones docentes*", desde el año 1989 se les reconoce además de una remuneración equivalente a la abonada para idénticos cargos del personal docente de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia una "*bonificación especial según la cual en ningún caso la remuneración de un docente municipal podía ser inferior al Nivel 12 del Escalafón Municipal*" (v. fs. 189).

Explica, asimismo, que dicha bonificación era de carácter remunerativa desde el año 2006, por lo cual integraría el salario municipal docente y estaría sujeta a las cargas sociales y previsionales de ley (v. fs. 189),

Advierte que esa bonificación habría sido incorporada más tarde al Convenio Colectivo de Trabajo y presentada para su registro ante el Ministerio de Trabajo Provincial. De allí que entiende que la mentada bonificación vendría siendo percibida por los docentes municipales desde el año 1989, "*en forma pacífica y continua, siendo reconocida y abonada por todos los gobiernos municipales desde esa época, incluso por el actual D.E. municipal durante los dos primeros años y nueve meses de su gestión*", y habría culminado con el dictado del Decreto 2272/18, que diera origen al proyecto de ordenanza de octubre del año 2018,y luego sancionado por medio de las Ordenanzas 18.189 y su insistencia 18.257, que derivaran en el actual conflicto de poderes municipal (v. fs. 189 vta.).

Solicita a V.E. que, al momento de ser resuelto el presente conflicto, se tenga en cuenta que el órgano Deliberativo por medio de la sanción delas Ordenanzas Nros. 18.189 y 18.257 "*no creó nuevos cargos docentes no previstos presupuestariamente, ni incremento extrapresupuestariamente las bonificaciones de los docentes municipales, sino que sólo respetó el status jurídico consolidado y adquirido por los trabajadores municipales docentes desde antiguo, a fin de evitar reclamos y juicios futuros, frente a la intempestiva sanción y notificación del Decreto2272/18 del Departamento Ejecutivo municipal que invadiendo atribuciones propias de este Cuerpo, dictó un acto administrativo a nuestro juicio arbitrario e ilegítimo*". Agrega que dicho decreto habría sido dictado por un órgano incompetente (el Departamento Ejecutivo local), por medio del cual, aduce que fueron afectados derechos adquiridos, en supuesta violación de normas constitucionales y legales (v.fs. 190).

Más adelante, expresa que la pretensión del Departamento Ejecutivo municipal, de plantear el presente conflicto de poderes, y de esta formare que ir la convalidación del Decreto 2272/18, como así solicitar la suspensión de la ejecución de las Ordenanzas 18189 y 18257 "*es notoriamente ilegítima e improcedente y no puede tener amparo jurisdiccional*" (v. fs. 191 vta.).

Manifiesta el Presidente del Concejo Deliberante que, si a criterio del Sr. Intendente Municipal las ordenanzas precitadas fueran

anticonstitucionales o ilegítimas, debía haberlas impugnado por las vías procesales idóneas para ello, y no plantear "*un inútil e improcedente conflicto de poderes para que V.E se vea obligado a ordenar su suspensión conforme a la excepcional disposición cautelar del art. 261 de la LOM. -expresamente planteada en el punto IV de la demanda-, liberándose así del deber jurídico de ponerlas en ejecución y cumplirlas conforme al art. 107 de la ley citada*" (v. fs. 191 vta.).

Subraya que luego de sancionada la Ley 14.656 –por la que se estableció el nuevo "*Estatuto para el Personal de las Municipalidades-Paritarias*", *la competencia para reglamentar lo relativo al empleo municipal y determinar el escalafón y las nóminas salariales*, "*fue atribuida por la ley citada al H. Concejo Deliberante conforme resulta de su artículo 1, primer párrafo y de su art.46*" (v. fs. 192).

Por tal razón sostiene que el Concejo Deliberante, por medio de la sanción de las Ordenanzas 18.189 y 18.257, habría actuado dentro de su estricta competencia legal, "*respetando derechos adquiridos, sin crear nuevos cargoso bonificaciones salariales, sino solo manteniendo las vigentes, ya presupuestadas yen ejecución, en cumplimiento de los Principios de Orden Público...* " (v. fs. 192 vta.).

Aclara que los docentes municipales, "*son también trabajadores municipales, en una relación jurídica de empleo público directa con la Municipalidad de Gral. Pueyrredón, (no con la Provincia)*", por lo que su vínculo laboral estaría regido por la Ley Nº 14.656, y por tal razón, según su parecer, "*la competencia para regular la relación jurídica de empleo público entre los mismos con el Municipio, está atribuida por la Ley 14.656 a los Departamentos Deliberativos Municipales, conforme resulta del primer párrafo del art. 1 y del art. 46 de dicha ley, máxime si -como en el caso -, no existe un Convenio Colectivo de Trabajo registrado*"(v. fs. 193 vta.).

Para finalizar, ofrece prueba documental e informativa y solicita que V.E. deje sin efecto la suspensión cautelar de las ordenanzas aquí en crisis. Plantea el caso federal (v. fs. 194/196).

IV.-

A fojas 203 V.E. *resuelve "desestimar el pedido de levantamiento de la medida cautelar ordenada a fojas* 149/ 153" y dispone el pase delas presentes actuaciones a esta Procuración General a los fines de dictaminar de conformidad a lo dispuesto en el artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

V.-

Adelanto mi opinión en el sentido de que V.E. debería hacer lugar al conflicto promovido (art. 690 del CPCC).

1.- En primer lugar, considero que la cuestión planteada por el señor Intendente de la Municipalidad de General Pueyrredón es de aquéllas que ese Tribunal estaría llamado a decidir por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ya que, como se ha resuelto, la competencia que le confiere ese artículo comprende a las contiendas que involucren a los dos departamentos que componen el poder municipal, siempre y cuando se susciten con motivo de sus respectivas atribuciones, como cuando uno desconoce al otro la facultad que éste sea tribuye o invade directa o indirectamente la esfera del otro ("Acuerdos y Sentencias", serie 9, t, 85, p. 429; t. 186, p. 542; 1974-I11-623; causas B. 51.873, res. del 26-IV-1988; B. 53.253, res. del 4-IX-1990; B. 54,089, res. del 26-XI-1991; B. 58.988,"Ríos", res. del 21-IV-1998; B. 62.928, res. del 7-XI-2001; B. 63.420, res. del 24-IV-2002; B.68.363, sentencia de 6-1X.2006; B.68.664, sentencia de 30-IX-2009;B.70.800, sentencia de 16-I1I-201 1; entre otras).

En efecto, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece, en lo que se refiere al régimen municipal *que "la legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales..."* (v. art. 191).

Por su parte el artículo 192 de la Carta Magna local, indica en el inciso 5 como competencia inherente al régimen municipal "*votar*

anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo... ".

En el siguiente párrafo de este inciso 5 se ordena que "*el presupuesto será proyectado por el departamento ejecutivo y el deliberativo no está facultado para aumentar su monto total...".*

2.- En materia presupuestaria, se advierte que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece para el régimen municipal un sistema similar al previsto a nivel provincial: iniciativa del Poder Ejecutivo y posterior sanción por parte del Poder Legislativo.

Así en el presente y de las actuaciones acompañadas, se observa que:

i.- El entonces proyecto de ordenanza de "presupuesto General de Gastos del Ejercicio 2019" fue presentado por el titular del Departamento Ejecutivo, que ingresó por mesa de entradas el 4 de octubre de 2018 (v. fs. 69/ 96);

ii.- Un grupo de concejales, con fecha 1 de noviembre de 2018 presentó un proyecto de modificación al artículo 82 de la Ordenanza 20.760 "ref. Régimen para el Personal Docente Municipal" (ver acápite1.7 del anexo documental acollarado al presente).

iii.- El proyecto de modificación al artículo 82 de la Ordenanza 20.760 "ref. Régimen para el Personal Docente Municipal" es debatido ya probado por el H. Concejo Deliberante, en la sesión del día 15 de noviembre de 2018bajo el número de Ordenanza Nº 18.189 (fs. 25; y Diario de Sesiones del HCD de General Pueyrredón, acápite 1.17 del anexo documental).

iv.- Decreto 2483/18 del Departamento Ejecutivo por el que procedió a vetar a la Ordenanza 18.189 (fs. 56/ 60).

v.- Finalmente consta copia certificada del Diario de Sesiones correspondiente a la sesión del día 4 de diciembre de 2018, en el que consta la interpelación a los Secretarios de Hacienda y Educación y la insistencia

de la ordenanza N* 18.189 (fs. 26; y Diario de Sesiones del HCD de General Pueyrredón, acápite 1.16 del anexo documental).

3.- El Presupuesto -como previsión financiera de recursos ("*ingresos potenciales*") y gastos ("*egresos potenciales*")- anticipa el movimiento del tesoro durante un ejercicio financiero, generalmente anual.

Es una anticipación del tesoro y los elementos de este último son los ingresos y los egresos, pero legitimados en la normativa previa que habrá de regularlos y determinarlos. Esa normativa es el Presupuesto.

Cabe aclarar que en el orden provincial nuestra Constitución ha dispuesto, en materia de presupuesto, que corresponde al Poder Ejecutivo proyectarlo y al Poder Legislativo "*fijarlo*" (ver arts. 103 inc. 2ñ y 144 inc.16 CPBA).

La elaboración y definición del presupuesto general- por ser un cálculo complejo- deberá ser diseñado tanto en el ámbito provincial como así también en los distintos municipios, por el gobernador y el intendente municipal, respectivamente.

La Constitución provincial también establece que cuando se trate de incorporar nuevos gastos dentro de la ley de presupuesto, la iniciativa recaerá en el Poder Ejecutivo, tal como surge del artículo 103 inciso 2%, primer párrafo.

V.E. ha considerado esta norma razonable a tenor de que la ley de presupuesto es "*la base a que debe sujetarse todo gasto en la administración general de la Provincia* (*art.* 103, *inc.* 2%, 2º *párr.*, Constitución de la Provincia) y el *Gobernador es el jefe de la Administración* (*art.* 144, *proemio*) *y, como tal, responsable primario de la ejecución del presupuesto* (*arts.* 144, *incisos* 2º 6 º 9 º *y* 16)" (SCIBA, B 66.093 "Gobernador de la Provincia de Buenos Aires sobre Conflicto de Poderes", sent., 10-10-2003).

Este espíritu de la norma se repite en el artículo 192 inciso5 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

La Ley Orgánica de las Municipalidades establece, por su parte, las competencias del Departamento Ejecutivo.

Respecto al tema que nos ocupa, el artículo 109 preceptúa que "*corresponde al Departamento Ejecutivo proyectar las ordenanzas impositivas y el presupuesto de gastos y recursos debiendo remitirlo al Concejo con anterioridad al 31 de octubre de cada año*"; los artículos 110 a 114 detallan qué cuestiones deben contener los proyectos de presupuesto de gastos.

El artículo 115 reza que una vez devuelto el proyecto de presupuesto con modificación total o parcial y habiendo finalizado el período de sesiones de prórroga, el Departamento Ejecutivo convocará a sesiones extraordinarias para su consideración, como así también, en el supuesto de que el Concejo no lo hubiere considerado.

El artículo 116 ordena que, en el presunto caso de no haberse aprobado el proyecto de presupuesto en las sesiones extraordinarias, el Departamento Ejecutivo debe poner en vigencia el presupuesto del año anterior; el artículo 117º mientras tanto prescribe que le corresponde al Ejecutivo la recaudación de los recursos y la ejecución de los gastos de la Municipalidad con la excepción delos gastos que le correspondiere ejecutar al Concejo Deliberante.

Se advierte, por lo tanto, que el proyecto debe tener inicio en el ámbito del Departamento Ejecutivo, Órgano que debe remitir su contenido al Concejo Deliberante a los efectos de hacer modificaciones o no, al proyecto de ordenanza (art. 115 L.O.M.); una vez devuelto el proyecto, el Ejecutivo estudia las propuestas del Departamento Deliberativo, pudiendo insistir con su redacción originaria o aceptar las propuestas.

4.- El núcleo del presente caso consiste en determinar si el Concejo Deliberante -al aprobar e insistir posteriormente al veto con lo oportunamente sancionado- viola lo previsto en el artículo 192 de la Constitución Provincial, como así a la Ley Orgánica de las Municipalidades.

Y la respuesta es afirmativa.

Por ello entiendo que le asiste razón al señor Intendente Municipal al sostener que ha habido una invasión de competencias del Departamento Ejecutivo al momento de sancionar la Ordenanza 18.189, por haber sido dictada por el Concejo Deliberante prescindiendo de su voluntad, lo que la hace inconciliable con el plexo normativo citado.

De aceptarse que el Concejo Deliberante dispusiera por sí la incorporación de gastos por fuera del presupuesto proyectado, tal como lo hizo el Concejo Deliberante de General Pueyrredón, se podría generar una ruptura en el equilibrio institucional que debería existir en la relación entre el Departamento Ejecutivo y el Departamento Deliberativo, "*confiriéndole a éste poderes excesivos sobre una materia que no le compete*" (causa B. 68.111, "Intendente Municipal de San Martín", sent. del 28-IX-2005; causa B. 73.014, "Intendente Municipal de Carmen de Areco", sent. del 01-XI-2015; B. 74.042, "Ostoich, Oscar Dario -Intendente Municipal de Capitán Sarmiento", sent. del 26-X-2016).

5.- De esta forma, de las pruebas documentales agregadas alas presentes actuaciones, advierto que el Concejo Deliberante en forma indirecta ha alterado la previsión presupuestaria, cuestión que tenía vedada (conforme expediente N° 11.615/09-2018, proyecto de presupuesto y cálculo de recursos, ejercicio 2019, presentado con fecha 4 de octubre de 2018, fs. 69 y siguientes y Cálculo de Recursos y Gastos Ejercicio 2019).

Tales razones me obligan a dictaminar en el sentido de que el Concejo Deliberante ha ejercido -en lo que se refiere a remuneraciones- una invasión de competencias, ya que, en el caso bajo examen, las normas aplicables son claras en el sentido de conferirle al titular del Departamento Ejecutivo municipal, la exclusividad en esta temática.

Aparece como un hecho ostensible que el Concejo Deliberante de General Pueyrredón, por medio de la sanción de la Ordenanza identificada como O-18.189, como así su posterior insistencia del día 4 de diciembre de 2018, dispuso la modificación de la Ordenanza 20.760 y sus modificatorias, correspondiente *al "Régimen para el Personal Docente Municipal"*.

Al hacer esto, dicho Departamento Deliberativo creó y dispuso una erogación no prevista, de lo cual se colige un obrar de carácter irregular, toda vez que dicho cuerpo colegiado no está habilitado a tener iniciativa en materia presupuestaria, teniendo vedada esta potestad.

En sentido opuesto, tanto la Constitución provincial como así la Ley Orgánica de las Municipalidades ponen en cabeza exclusiva del Ejecutivo, la competencia para aumentar los gastos establecidos en la ordenanza por la que sea probara el presupuesto municipal (art. 192 inciso 5" de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 34 *in fine* del decreto ley 6769/58 y sus modificatorias).

De tal modo, resulta indiscutible que la ejecución de la O-18.189, como así su par por la que se efectuó la insistencia del día 4 de diciembre de2018, importa un "nuevo gasto", que consiste en el monto global que debe detraerse para abonar a los empleados alcanzados por la medida.

En una anterior decisión V.E. sostuvo –en un caso que posee algunas notas similares- que si el Intendente Municipal está condiciones de " *"instituir" bonificaciones con carácter permanente o transitorio, general o sectorial y es quien 'determina' el sueldo, es forzoso concluir que el Departamento Deliberativo no puede disponer el pago de una suma fija a todos los agentes de la comuna ni fijar el* ***quantum*** *que debe pagarse al personal...*" (SCJBA, B 67.596,"Intendente Municipal de General San Martín", sent., 07-07-2004).

Así, a tenor de las constancias obrantes en autos la Ordenanza impugnada fue sancionada en forma definitiva al insistir en su aprobación el Concejo Deliberante en la sesión llevada a cabo el día 4 de diciembre de 2018. De esta forma la Ordenanza aquí cuestionada se tornó aplicable en forma inmediata en la propia esfera municipal con independencia de su publicación, más a esa misma fecha estaba rigiendo el presupuesto local y el Decreto 2272/18 (v. fs. 26; 28/ 34).

Se concluye, entonces, en que la implementación de esta norma importa una nueva erogación, fácil es colegir que sólo se pudo haber sancionado a instancias del Sr. Intendente Municipal, lo que no ha ocurrido en

tanto el proyecto fue presentado por una serie de concejales, miembros del Departamento Deliberativo del Partido de General Pueyrredón (v. fs. 24).

Ha resuelto V.E. que el conjunto de normas de la Ley Orgánica de las Municipalidades por las que se estableció que la iniciativa presupuestaria es competencia propia del Departamento Ejecutivo "tiene por objeto que sea el poder administrador quien formule el plan de gobierno anual a través del proyecto de presupuesto, ya que a dicha autoridad le incumbe ejecutarlo y responsabilizarse con base a ese instrumento financiero" (causa B. 68.725,"Intendente Municipal de San Andrés de Giles", sent., 8-08-2007).

VI.-

En el presente, claramente se advierte un avasallamiento por parte del Concejo Deliberante de facultades que la Constitución y las leyes reglamentarias pusieron en cabeza del titular del Departamento Ejecutivo.

Por lo expuesto, considero que V.E. podría hacer lugar al presente conflicto de poderes municipal (art. 196 Const. Prov.)

La Plata, diciembre 7 de 2019.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.696

“Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N.° 2 de Defensa del Consumidor en autos: “Barletta Valeria Gisela s/ denuncia c/ IOMA (arts. 161, inc. 2° y art. 196, Constitución Provincial)”, fecha: 29-06-2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N° 2 de Defensa del Consumidor en autos: "Barletta Valeria Gisela s/ Denuncia c/ IOMA" (Arts. 161, inc. 2° y 196 Constitución Provincial).

B 74.696

Suprema Corte de Justicia:

El Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires por apoderada, promueve conflicto en los términos de los artículo 161 inciso 2° y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires con motivo de haberse arrogado el Juez de Faltas N° 2 en expediente N° 4061-1025618/2017, caratulado: "*Barletta, Valeria Gisela s/ Denuncia c/ IOMA*", facultades y potestades propias de la Provincia de Buenos Aires. Solicita se resuelva el así presentado y se anule lo actuado por el funcionario municipal (v. fs. 10/16vta. y 19/20vta.).

I.-

La apoderada realiza en primer término consideraciones formales vinculadas a las notificaciones de las providencias de fechas 3 y 10 de marzo de 2017 y su falta de cumplimiento hacia el representante legal de la Provincia; expresa la invalidez de las realizadas ante el Instituto de Obra Médico Asistencial y requiere se omita el cómputo de los plazos procesales desde la fecha de la notificación al IOMA, y se la tenga por notificada en forma personal.

En cuanto a los antecedentes, expone que la Sra. Valeria Gisela Barletta inicia ante el Juzgado de Faltas N° 2, de la Plata, expediente administrativo por el cual denuncia al Instituto de Obra Médico Asistencial, -en adelante IOMA-, como consecuencia del rechazo a su solicitud

de afiliación voluntaria. Expone en ella, que en el año 2016 fue desafiliada del Instituto denunciado por falta de pago y, en enero de 2017 resolvió solicitar su reincorporación. Que dicho pedimento fue rechazado bajo el argumento de la existencia de "*enfermedad preexistente*". Aclara que durante el período en que era afiliada ya padecía de la misma patología (nódulo mamario de carácter benigno).

Continúa expresando que el Juez de Faltas ordena -en forma urgente y con carácter de medida para mejor proveer-, la celebración de una audiencia informativa y conciliatoria. Que en dicho acto, la Sra. Barletta ratifica la denuncia; mientras que el IOMA plantea la incompetencia del Juzgado sin efectuar manifestación alguna respecto a los motivos que dieron su origen. En virtud de ello, el Juez de Faltas dicta la resolución de fecha 10 de marzo de 2017, notificada al Instituto de Obra Médico Asistencial el 16 de marzo del igual año.

Bajo el título "*Conflicto de Poderes*", la apoderada del Fisco manifiesta que la medida precautoria dispuesta por el Juez de Faltas "*... irrumpe en un área que no le compete en el ámbito del derecho público provincial*" (Fs. 12). Que se han ejercido atribuciones que constitucional y legalmente no le corresponden, invadiendo la esfera de competencias de la Provincia (Poder Ejecutivo-IOMA y Poder Judicial) e impidiendo el ejercicio, a éste último por resultar el competente para dictar estas clases de resoluciones.

Destaca que el IOMA como sujeto que opera en un Estado de Derecho, debe atenerse a la normativa vigente que diseña su competencia, a la Ley N° 6.982, a su Decreto Reglamentario N° 7.881/84; a la Ley N° 11.405, de Medicamentos de la Provincia de Buenos Aires, y a las resoluciones que dicte el Directorio.

La apoderada refiere que ante el pedido de afiliación voluntaria efectuado por la Sra. Barletta ante el IOMA, se da curso mediante expediente administrativo N°11-441-55662/16; que analizada la documentación acompañada -historia clínica y estudios médicos-, se determina que padece de una patología mamaria benigna no resuelta, susceptible de encuadrarse como enfermedad preexistente, prevista por la Resolución N° 2062/15.

Da cuenta que el IOMA dicta la Disposición N°1085/15 por la cual dispone el rechazo a la afiliación peticionada. Que notificada, en fecha 1 de marzo del corriente año, la Sra. Barletta solicita ante el Instituto la devolución de los estudios médicos para ser presentados en una prepaga. Que sin sujeción a los procedimientos ordinarios para acudir a la justicia a fin de hacer valer sus derechos, se presenta ante la Justicia de faltas con competencia en Defensa del Consumidor, intentando enmarcar su pretensión como una "*relación de consumo*", que se niega que sea tal.

La apoderada considera que al contar con un acto administrativo y buscando su nulidad, la pretensión debería haberse enderezado a través del proceso contencioso administrativo. Cita los artículos 166, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2, 6, 12, 13, 14, 16 y 18 de la Ley N° 12.008-texto según Ley N° 13.101-. Que al dictar la medida precautoria, el Juez de Faltas Municipal se ha atribuido una función que no le es propia, conforme el carácter municipal de su jurisdicción. Realiza una reseña de la competencia de dicha jurisdicción administrativa y su distinción con la judicial. Cita fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y de esa Suprema Corte de Justicia.

En la demanda esgrime que no le compete la defensa de las pretensiones invocadas en la denuncia radicada ante el Juzgado a su cargo, en principio porque la alegada relación de consumo no se halla consumada, dado que no se encuentran involucrados todos los elementos que caracterizan a dicha relación. Que el rechazo a la afiliación voluntaria no le da la condición de agente en actividad que el artículo 1° de la Ley N° 6982 contempla para cumplir con el objetivo para el cual ha sido creado el IOMA y que, aun de considerar que fuere un sujeto de la relación IOMA-afiliado, no encuadran en ninguno de los casos previstos por los artículos 1, 2 y 3, que transcribe, de la Ley N° 24.240 y 42 de la Constitución Argentina.

Entiende que de las definiciones brindadas por la Ley Nacional de Defensa al Consumidor se desprende que la relación de consumo es

aquella de carácter jurídico que se presenta entre el consumidor y el proveedor mientras aclara que dicho organismo del Estado Provincial realiza sus fines "*... en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para los sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen...*". Con transcripción en lo sustancial del artículo primero; para afirmar que no desarrolla actividad lucrativa o comercial alguna.

Atiende al marco de actuación del Juez de Faltas y a la relación de consumo; sostiene que el IOMA, no suministra, ni fabrica, ni presta, ni comercializa, o importa o pone en el mercado sus bienes y servicios a disposición de los consumidores de manera profesional, ni actúa en carácter de proveedor, ni participar de una relación de tal naturaleza. Considera que dicha normativa le es ajena como que ello determina la incompetencia de la referida dependencia municipal, la cual no ostentaría atribuciones suficientes a los efectos de disponer una medida precautoria como la ordenada, respecto a un organismo provincial.

La apoderada afirma que la medida ordenada ha sido dictada por un funcionario municipal que no reviste, en términos técnicos, la calidad de juez de la órbita del Poder Judicial. Realiza aclaraciones sobre la naturaleza de los Municipios para indicar sus límites dentro del federalismo.

Reitera que el Juzgado de Faltas Municipal, no forma parte del Poder Judicial del Estado Provincial; por lo tanto, no tendría competencia para juzgar ningún tipo de actuación de la Provincia, tal como lo ha hecho al dictar la resolución mencionada. Cita doctrina jurisprudencial de esa Suprema Corte de Justicia, en causa B 62.266,"*Andrenacci, Roberto Enrique contra Municipalidad de Bahía Blanca*", vinculada a la existencia de la Justicia de Faltas.

Añade que dicha intromisión de la Justicia de Faltas evidencia una clara violación del sistema republicano de gobierno, al principio de división de poderes y del principio constitucional del juez natural ocasionando tal obrar que reputa ilegítimo, un "*...claro innecesario conflicto de poderes...*" (v.fs. 15vta.).

Solicita se haga lugar al planteo presentado, y, que V.E. proceda a declarar la nulidad de todo lo actuado, "*...por la flagrante exorbitancia jurisdiccional en que incurriera el funcionario comunal, sin contar con potestades para hacerlo*" (v. fs. 15vta.). Cita doctrina jurisprudencial de ese Tribunal de Justicia en la causa B 74.025 "*Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires c/ Juzgado de Faltas N° 3 del Municipio de Presidente Perón s/ Conflicto de Poderes Art. 196, Constitución Provincial*", en cuanto a la naturaleza de la Justicia de Faltas municipal.

Plantea el caso federal constitucional.

II.-

V.E. requiere las actuaciones administrativas (v. fs. 17, 24 y 25/64); previo a ello se advirtió que no se encontraba acreditado que el titular del órgano provincial involucrado en el conflicto denunciado hubiera encomendado al señor Fiscal de Estado la promoción de la presente denuncia de conflicto de poderes, por lo que dispuso que debería subsanarse esta deficiencia y acreditarse "*...mediante la documentación pertinente, la voluntad administrativa de la autoridad pública para promover el conflicto en tratamiento*" (v. fs. 18).

A tenor de lo requerido, la apoderada del Fiscal de Estado acompañó copia de la Resolución Nro. 1668/17 del Directorio del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires, por cuyo artículo 1°, se ratificó lo actuado por el señor Fiscal de Estado en estas actuaciones, como así también autorizarlo para la continuación del trámite judicial del presente caso (v. fs. 19 y 20).

Resuelta esta cuestión previa y agregadas las fotocopias certificadas del Expediente N°4061-1025618/2017, se dispuso el traslado a la Municipalidad de La Plata (v. fs. 66).

III.-

La Municipalidad de La Plata se presenta por apoderado, y afirma que el Juez de Faltas Municipal titular del Juzgado N° 2 actuó dentro de

los límites de su competencia, sin extralimitarse ni invadir potestades propias de la Provincia, razón por la cual solicita el rechazo (v. fs. 69/ 80).

Explica que la Sra. Valeria Gisela Barletta se presentó ante la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor para formular denuncia y solicitar una medida cautelar contra el I.O.M.A. como consecuencia de negarle la solicitud de afiliación. Continúa manifestando que en el año 2016 habría sido desafiliada del Instituto por no haber podido continuar con los pagos (porque no le habrían llegado a su domicilio las boletas de pago) solicitando en enero del corriente año su reincorporación.

Añade que ante ello el I.O.M.A. le exigió la realización de un chequeo médico completo en base al cual, luego, denegó la solicitud de afiliación con el argumento de *padecer* "*…una patología susceptible de encuadrarse como enfermedad preexistente prevista por la Resolución* N° 2062/15". También agregó que la Sra. Barletta afirmó que "*…durante el período en que era afiliada con cobertura normal, un estudio diagnosticó un nódulo en una de las mamas de carácter benigno con la única recomendación de controlarlo*". De allí entiende que cuando estaba afiliada habría padecido la misma patología, la cual sería benigna y sólo sujeta a controles periódicos (v. fs. 70).

Subraya que con motivo de la audiencia conciliatoria llevada a cabo el día 9 de marzo pasado, la representante de la Fiscalía de Estado planteó la incompetencia del Juzgado de Faltas "*…conforme lo instruido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires*" agregando que no realizaría ninguna manifestación sobre el motivo de la denuncia y que "*...en el marco del derecho administrativo, la denunciante puede presentar una nota solicitando un recurso de reconsideración a los efectos de que se revea el rechazo a su afiliación*" (v. fs. 70).

Expone que luego de esta audiencia el Juez de Faltas municipal dictó una medida precautoria ordenando al I.O.M.A. "*…el inmediato cese de su conducta que se reputa en violación a la legislación de defensa del consumidor, debiendo dejar sin efecto el acto administrativo que rechazó la afiliación de la*

denunciante y proceder al dictado de un nuevo acto conforme lo señalado en la Resolución". Añade que esta resolución se fundaría en la supuesta desprotección que emanaría de la falta de cobertura de salud, lo que conculcaría derechos de raigambre constitucional como el acceso a la salud (v. fs. 70).

Sobre la supuesta errónea notificación, afirma sería de aplicación el artículo 45 de la Ley N° 24.240 y el artículo 51 de la Ley N° 13.133 según los cuales: "*En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería*". Y al respecto agrega que en la audiencia conciliatoria, el Instituto denunciado habría constituido el domicilio de la sede del I.O.M.A. donde fuera posteriormente notificado (v. fs. 70 vta.).

Ahora bien, respecto al fondo de la presente denuncia de conflicto de competencia, entiende que la posición asumida por el Juzgado Municipal de Faltas en materia del consumidor es "*cierta e incuestionable*", en cuanto a la validez de la medida precautoria ordenada por el mismo "*...en resguardo del derecho humano a la salud y del interés público que detenta el derecho del consumidor*". Defiende a la Justicia de Faltas municipal sosteniendo que debería ser considerada como "*...un verdadero poder judicial independiente*" (v. fs. 70 vta.).

Para arribar a esa conclusión sostiene que el régimen constitucional bonaerense luego de la reforma efectuada al artículo 166 en el año 1994, indica que se podrá establecer un procedimiento judicial de revisión en materia de faltas municipales, "*...siendo la única mención en todo el texto constitucional bonaerense*". De allí que considera que el término "*...podrá establecer*", implicaría no sólo dejar librado a lo que resuelva la legislatura, "*...sino que la misma no puede ser aislada y ajena a los principios que impone la supremacía de la constitución nacional (arts. 5°, 31 y 123), fortaleciendo la institución municipal y no subordinando sus decisiones al control del Poder Judicial Provincial, sino reconociendo una justicia municipal con facultades jurisdiccionales en materia local propia*" (v. fs. 71).

Advierte que el control de las decisiones de la Justicia de Faltas por parte del Poder Judicial Provincial genera una subordinación impropia

a la luz del principio de autonomía e independencia institucional-política que reconoce nuestra Constitución (v. fs. 70).

Luego de efectuar un análisis del artículo 42 de la Constitución Nacional y 38 de su par provincial, cita jurisprudencia que considera de aplicación. Así también entiende que debería prestarse especial atención al artículo 41 de la Ley Nacional N° 24.240 -por las que se ordena a las provincias a que actúen como autoridades locales de aplicación de la Ley del Consumidor-.

Recuerda que la Ley provincial N° 13.133, "*...en consonancia con la política nacional de descentralización*", habría delegado la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en los Municipios de la Provincia de Buenos Aires a través de los artículos 79, 80 y 81 inciso a, "*...donde ordena a cada Municipio la implementación del funcionamiento de un organismo o estructura administrativa encargados de ejecutar las funciones emergentes del Código Provincial*" (v. fs. 72).

De allí, continúa, la Municipalidad de La Plata mediante Decreto N° 1089/2004 estableció por una lado, una Oficina Municipal de Defensa del Consumidor "*...con ámbito de actuación en los procedimientos iniciados como consecuencia de las denuncias que presentan instancia conciliatoria*", y por otro lado "*...el Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor con competencia en la 'instancia resolutiva', en la que se materializa la intervención oficiosa del Estado Municipal en el ejercicio del poder de policía en materia de relaciones de consumo y la actuación jurisdiccional sancionatoria específica*" (fs. 72).

Entiende por lo tanto que se estaría en presencia de una "*...delegación operada por el artículo 79 de la Ley N° 13.133, al encomendar a los Municipios el ejercicio de las funciones emergentes de la misma, debe interpretarse como excepción a la regla de la improrrogabilidad de la competencia*". Que en este sentido considera que el Juzgado de Faltas Municipal intervendría como "*autoridad de aplicación de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor*" (v. fs.72).

El apoderado de la Municipalidad de La Plata, a continuación, indicó que la naturaleza de la actividad que desarrolla el I.O.M.A. y el vínculo con sus afiliados está determinada por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 24.240.

Para arribar a esta conclusión, sostiene que I.O.M.A. es "*...una persona jurídica de naturaleza privada [sic] que desarrolla de manera profesional una actividad de comercialización (en el caso de los afiliados voluntarios) de un servicio destinado a consumidores o usuarios*". Entiende que de los términos del artículo 1° de la Ley Orgánica del I.O.M.A. también surgiría que las prestaciones que brinda se corresponderían con una relación de consumo (v. fs. 73 vta.).

Cita y transcribe como doctrina supuestamente aplicable en autos a un manual escrito justamente por el Juez de Faltas Municipal interviniente en el expediente que diera origen al presente proceso. También enuncia y alude a jurisprudencia referida a esta materia (v. fs. 74).

Respecto a lo afirmado por la apodera de la Fiscalía de Estado, en el sentido de que la señora Barletta debió haber efectuado un reclamo a I.O.M.A. en los términos del Decreto Ley N° 7647/70, entiende el representante de la Municipalidad de La Plata que esta postura sería equivocada toda vez que ese régimen no constituye un procedimiento administrativo diseñado "*...para dar adecuada respuesta a dichos reclamos en términos de eficacia, tal como garantiza la Constitución Nacional*". Agrega que los afiliados al I.O.M.A. gozarían del derecho a contar con procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos a tenor de lo previsto en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 15, de la Carta Magna provincial (v. fs. 76).

Afirma en definitiva que, "*...los mecanismos administrativos indicados a la denunciante, aun cuando su funcionamiento resulte verdaderamente efectivo, no desplazan al sistema público tutelar instaurado a partir del año 1993 con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor*" (v. fs. 76 vta.).

Para finalizar defiende la validez de la medida precautoria dispuesta por el Juez de Faltas Municipal, transcribe jurisprudencia que respaldaría su posición; denuncia violación a la garantía de igualdad ante la ley y ausencia de acreditación del perjuicio ocasionado. Plantea cuestión federal en el hipotético caso de que V.E. haga lugar a la presente denuncia de conflicto de competencia (v. fs. 79 vta.).

IV.-

Con fecha 23 de junio del corriente, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General de la Suprema Corte de Justicia a los fines de dictaminar (v. fs. 81; art. 690, CPCC).

IV.1.- En primer término, respecto a la admisibilidad, se advierte que la cuestión planteada por la apoderada del Fiscal de Estado, es de aquéllas que ese Tribunal posee la competencia de decidir a tenor de lo previsto en el artículo 196 de la Constitución de la Provincia ya que, como se ha resuelto, la misma comprende los denominados conflictos externos municipales (Doctr., SCJBA, causas B. 57.409, "*Juez de Paz Letrado de Pinamar*", resolución de 1-X-1996; B. 57.644, "*Municipalidad de San Nicolás (Juzgado de Faltas)*", resolución de 5-XI-1996; B. 61.715, "*Juzgado de Faltas de Coronel Suárez*", resolución de 7-II-2001; B. 68.214, "*Juzgado de Faltas de Chacabuco*", sentencia de 29-VI-2005, entre otras).

IV.2.- Despejado lo anterior, la cuestión medular consiste en determinar si el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de La Plata al dictar una medida cautelar contra el Instituto de Obra Médico Asistencial en una cuestión de índole funcional administrativa de dicho organismo -afiliación- habría invadido competencias provinciales.

Anticipo que soy de la opinión de que V.E. debería hacer lugar al presente conflicto de poderes, en el sentido de reconocer la competencia provincial, por las razones que paso a exponer.

Esta propuesta, irá acompañada a tenor de la materia en discusión -*derecho a la salud*- de una solicitud a ese Alto Tribunal a favor de la

afiliación voluntaria de la señora Valeria G. Barletta.

IV.3.- V.E. ha expresado que, para la determinación de la competencia, corresponde atender principalmente a la exposición de los hechos expuestos, "*...y sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión*" (Doct. SCJBA, causa B. 68.059, "*Báez*", resolución de 3-XI-2004; B. 72.273 "*Añón*", resolución de 24-IV-2013, entre otras).

IV.3.1.- Del sustento fáctico obrante en autos surgiría que la señora Barletta, estuvo afiliada al IOMA en forma voluntaria, en los términos del artículo 18 de la Ley N° 6982 (según texto de la Ley N°13.965), y del artículo 18 del Decreto reglamentario N° 7881/84, norma esta última que establece que terceros "*...podrán afiliarse en forma directa voluntaria e individual, cumplimentando los requisitos y condiciones que para cada caso el Directorio establezca*".

Expresa la misma denunciante que durante el año 2016, y por falta de pago, se produjo su desafiliación en forma automática, cuestión que se produce cuando se verifica un atraso en los pagos superior a los sesenta días (v. art. 36 del Decreto N° 7881; fs. 27).

La señora Valeria G. Barletta pretendió su reafiliación. Previo a resolver esta solicitud, le requirieron la realización de exámenes médicos, a los efectos de comprobar la inexistencia de patologías preexistentes (Conf. arts. 2 y 3 de la Resolución del Directorio de IOMA N° 438/04).

Agregada la historia clínica donde obrarían estudios oportunamente ordenados, se habría verificado la existencia de una "*...patología susceptible de encuadrarse como enfermedad preexistente prevista en la Resolución N° 2062/15, por lo que sugieren* NO ACCEDER *a la afiliación solicitada*". Por este informe la Directora de la Dirección Regional La Plata de IOMA, con fecha 13 de febrero del corriente año dispuso el rechazo de su afiliación (La mayúscula pertenece al original, fs. 30).

Ante ello, la señora Barletta, el día 1° de marzo de 2013, efectuó denuncia en la Dirección Operativa de Defensa al Consumidor de

la Municipalidad de La Plata, iniciando el expediente administrativo N° 4061-1025618/2017 (v. fs. 27).

IV.3.2.- Como se advierte, el supuesto agravio que surge del presente caso tuvo origen en el ejercicio de una función administrativa regida por normas de Derecho Público, y llevada a cabo por un órgano descentralizado de la administración pública de la Provincia de Buenos Aires. La pretensión indudablemente tuvo por objeto la obtención de la anulación de una decisión vinculada a la función administrativa, para que la Sra. Barletta sea aceptada como afiliada voluntaria en la obra social denunciada.

Un funcionario de un organismo administrativo municipal procede a dictar una "*medida cautelar*" paralizando el accionar administrativo de un organismo del Estado provincial.

Cabe recordar que la actual organización de la Justicia de Faltas fue instituida por el decreto ley N° 8751/1977. Por el artículo primero, se regula: "*Este código se aplicará al juzgamiento de las faltas a las normas municipales dictadas en el ejercicio del poder de policía y a las normas nacionales y provinciales cuya aplicación corresponda a las Municipalidades, salvo para las dos últimas cuando para ello se hubiera previsto un procedimiento propio*".

V.E. en la sentencia dictada en la causa: B.74.025, "*Fiscal de Estado*", resolución de 13-IV-2016, recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido -bien que en términos generales- que la Justicia municipal de Faltas no posee las notas propias del Poder Judicial, constituyendo sólo órganos administrativos cuyas decisiones no revisten el carácter de sentencias (C.S.J.N. Fallos 310:674, 1380; 311:334; 326:4087). Que en similar sentido se ha expresado esa Suprema Corte al resaltar que la índole de las funciones que ejercen y el grado de autonomía funcional con que el legislador los ha dotado -que presenta similitudes con la estrictamente jurisdiccional-, no alteran esa calidad de órganos de la administración municipal (causa B. 72.697 "Inostrosa", res. del 9-X-2013 y sus citas).

No es de recibo la argumentación ensayada por el apoderado municipal para justificar que la Justicia de Faltas debería gozar de mayor reconocimiento institucional, el pretender una asimilación a las funciones que desarrolla el Poder Judicial. Actos como el dictado por el IOMA, cuentan con una instancia judicial constitucional que garantiza un juicio pleno, tal el caso de la instituida por el Constituyente provincial en el artículo 166, y reglamentada por la Ley N° 12.008, e incluso la de poder recurrir a la mayor garantía constitucional: al amparo (Art. 20, apartado segundo). Una autoridad administrativa, no es un juez de aquellos a los que aluden las mentadas cláusulas constitucionales.

Al ejercer un acto típicamente judicial, es claro que la llamada cautelar adoptada por el Juez de Faltas, es manifiestamente ilegal en tanto trasunta el ejercicio de funciones judiciales por parte de una autoridad administrativa (Doct. Causa B 74.025, cit.).

V.E. en forma clara al resolver una cuestión de competencia, estableció las líneas diferenciales de cuándo nos encontramos con una función administrativa o consecuencia de ella, a cuándo están en juego normas de otro carácter y de extraña competencia a la administrativa. Así lo hizo al decidir en la causa citada, "Añon" (v. art. 40 bis, párrafo final, de la Ley N° 24.240).

En el caso actual planteado la función administrativa surge connatural a la naturaleza contenida en la pretensión de acceder a ser afiliada al IOMA. La Provincia de Buenos Aires persigue un sistema sanitario asistencial cuyo objetivo coincide con la finalidad del IOMA, dentro de sus posibilidades, ampliar el marco de sus beneficiarios dándole contenido social a su gestión médico-asistencial, haciendo viable la extensión de la cobertura a todos los habitantes de la Provincia de Buenos Aires (v. arts. 36 inc. 8 y 37, párrafo primero, de la Constitución provincial; art. 1°, párrafo segundo, de la Ley N° 6982).

De tal manera es claro que el Juez de Faltas al disponer la medida cautelar, invadió la esfera de atribuciones del IOMA y, sin contar con la competencia para ello.

IV.4.- Despejada la cuestión de la competencia, peticiono a V.E. como Ministerio Público, en protección de los derechos en juego, y contralor de la legalidad, haga saber al IOMA la necesidad y urgencia de reconsiderar su decisión en cuanto a la Sra. Barletta (cf. Arts. 1; 21 incs. 7 y 24, de la Ley N° 14.442; art. 34 inc. 5, apart. "e", del CPCC).

Ello lo fundamento atendiendo a los hechos que surgen de las actuaciones, y normativa propia, del IOMA.

La Sra. Barletta ha afirmado que habría dejado de pagar la cuota al IOMA por su afiliación voluntaria en el año 2016 "*por estar fuera de la ciudad*" (v. fs. 27); e inicia su nuevo trámite, reincorporación, en enero de 2017.

Recuerdo que el artículo 7 de la Resolución N° 438/04 del IOMA, que regula la "*Apertura de la afiliación voluntaria individual*", expresamente exceptúa de realizar los estudios para detectar patologías preexistentes, a todos aquellos que habiendo sido afiliados voluntarios fueran dados de baja del sistema, y solicitaran su reincorporación antes de cumplirse un año de acaecida esa baja. Esta es la situación de la denunciante Valeria G. Barletta. Por lo que entiendo que debió haber sido reincorporada.

Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Agregó que "*el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*" ("Fallos", T. 329:4918, "Mosqueda"; T 330:4647, "María Flavia Judith"; "Sánchez, Elvira", sentencia de 15-V-2007, entre otras).

La protección de este derecho está consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (v. arts. 5° y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (v. art. 75,

inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. "c" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1° de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Más acá en el tiempo el Máximo Tribunal de la Nación ha dicho que en nuestro país "*...el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional*". Y agregó que: "*...es deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales*", e indicó: "*... la responsabilidad que cabe a las jurisdicciones provinciales en la protección de la salud, en línea con el reconocimiento de las facultades concurrentes*" (CSJNA, "*Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*", sentencia de 27-X-2015).

IV.5.- Por lo precedentemente expuesto correspondería declarar que en el caso se ha configurado un conflicto de los previstos en el artículo 196 de la Constitución provincial, anular todo lo actuado por parte del Juez de Faltas en el marco del expediente administrativo N° 4061-1025618/2017.

Asimismo, a la hora de resolver, atender a lo solicitado por este Ministerio Público, de así estimarlo oportuno.

La Plata, junio 29 de 2017.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.083

""Municipalidad de San Nicolás c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción – Subsecretaría Actividades Portuarias – Puerto de San Nicolás) s/ conflicto de poderes - Art. 196 de la Constitución Provincial", fecha: 17-08-2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Municipalidad de San Nicolás c/ Provincia de Bs As. (Ministerio de la Producción- Subsecretaría Actividades Portuarias-Puerto de San Nicolás) s/ Conflicto de Poderes- Art. 196 Constitución Provincial".

B 74.083

Suprema Corte de Justicia:

Viene la presente causa para dictamen de la Procuración General (Fs. 276; arts. 689 y 690, CPCC).

I.-

Haré una breve reseña de las actuaciones hasta el dictado del acto de ese Tribunal que, resolviera sobre su competencia en razón de lo dispuesto por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

1.- La Municipalidad de San Nicolás por apoderado promueve pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos ante el Juzgado Contencioso Administrativo Nº 1 de San Nicolás, contra la Dirección Provincial de Actividades Portuarias de la Provincia de Buenos Aires Delegación Paraná Inferior, Puerto de San Nicolás invocando el impedimento del ejercicio del poder de policía municipal (Fs. 17/29).

2.- La Magistrada resuelve declararse competente, habilita la instancia y a los efectos de resolver el pedido de medida cautelar, requiere informe a la Dirección provincial mencionada (Fs. 30/31).

3.- El apoderado municipal denuncia hecho nuevo, amplia demanda y ofrecimiento de prueba, vinculado a la causa "Ruiz Gabriel

Rogelio el PEN si Amparo" por ante el Juzgado Federal de San Nicolás, Secretaría Civil (Fs. 32 y vta).

4.- Por la Dirección Provincial de Gestión Portuaria del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires se acompaña informe (Fs. 36 y 37/45, junto a documental, fs. 46/126). A fs. 125/126, consta copia de informe de inspección municipal, fechado el 22 de junio de 2012). En dicha presentación hace saber, entre otras consideraciones en apoyo de la competencia de la Provincia de Buenos Aires, del artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Luego de una áclaración del Delegado Administrador de los Puertos del Paraná Inferior (Fs. 166), la Jueza actuante resuelve dar traslado a la Municipalidad del informe y documental (Fs. 167), el que es respondido a fs. 168 y vta., con ratificación de la presentaci_ón originaria y reiteración de la petición de medida cautelar.

5.- La Unidad Funcional de Instrucción Nº 3 del Departamento Judicial San Nicolás, en IPP Nº 16-00-006116-12, caratulada: "Ruiz Gabriel Rogelio (D); Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público", solicita copia de las actuaciones; se dispone en consecuencia (Fs. 171). Luego de realizarse actuaciones informativas en cuanto al derecho fijo Bono Ley Nº 8480 (Fs. 173/174 y 176/178), la parte actora reitera el pedimento de cautelar (Fs. 179).

6.- La titular del Juzgado resuelve adecuar la caratula de la causa; y, por los fundamentos que expresa respecto al compromiso sobre la competencia asignada a V.E., oír a la parte actora y anoticiar al Fiscal de Estado del informe producido por la Provincia, como del plazo para responder la demanda (Fs. 180 y vta.).

7.- La accionante se expresa nuevamente ratificando a favor de la competencia local, contenciosa administrativa. (Fs. 182 y vta.). Por su parte el Fiscal de Estado se presenta por la Delegada Fiscal sosteniendo la competencia originaria de ese Alto Tribunal de Justicia, la existencia de conflicto y la incompetencia del Juzgado actuante (Fs.189/192). La parte actora realiza

nuevos pedidos para que se resuelva la petición de medida cautelar (Fs. 198, 201 y 203 y vta.).

8.- La Magistrada en lo que es de interés a la causa, resuelve ante la presentación provincial, planteada la incompetencia, conceder traslado a la accionante (Fs. 204). En una nueva presentación la actora rechaza la existencia de conflicto municipal y reitera su pedido de cautelar (Fs. 205/206).

9.- Por resolución de fecha 23 de febrero de 2016, la Magistrada resuelve inhibirse y remitir las actuaciones ante esa Suprema Corte de Justicia (Fs. 207/210).

10.- Puestos los autos para el Acuerdo, el Tribunal

declara su c9mpetencia a tenor del artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; radican las aGtuaciones y, confiere a las partes plazo para adecuar las presentaciones al proceso reglado en los artículos 689 y 690 del Código Procesal Civil y Comercial; con notificación a la Jueza que previno (Fs. 218/221).

II.-

La Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos por apoderado, ante la resolución de ese Tribunal de Justicia adecua la demanda y promueve en consecuencia, conflicto de poderes contra el Ministerio de Rroducción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires - Subsecretaria de Actividades Portuarias - Delegación Portuaria Paraná Inferior -Puerto San Nicolás- (Fs. 229/240vta.; Arts. 196, de la Constitución de la Provincia de Bs.As.; 689 y 690 del CPCC).

Expresa que ha pretendido realizar y ejercer el poder de policía de la seguridad e higiene en las empresas privadas que se instalan en la delegación portuaria; de construcción y las que surgen del Reglamento de Construcción Municipal dispuesto mediante Ordenanza Municipal Nº1 111/76, al que añade, el que le corresponde en materia ambiental. Exceptúa a la Administración Portuaria “en sí” (Fs. 231)

Manifiesta que en su cumplimiento han"...*chocado insistentemente con el abuso de la autoridad de la Delegación Puerto San Nicolás de la Dirección Provincial de Actividades Portuarias, la que en forma persistente hanegado el acceso a los terrenos de dicha administración portuaria y expresado aún ante 1d; autoridades provinciales la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre los mismos, ni aún con el auxilio de la fuerza pública que en su oportunidad solicitó este municipio*" (Fs. 231). Menciona jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a las competencias municipales y provinciales sobre establecimientos de utilidad nacional, con mención del entonces artículo 67 inciso 27, actual 75 inciso 30, de la Constitución Argentina.

La accionante señala que el máximo Tribunal ha querido armonizar. y conciliar el ejercicio del poder de policía municipal, con el interés provincial o nacional, evitando q e los poderes municipales queden cohibidos innecesariamente, frente a otros intereses jurisdiccionales, en tanto y en cuanto fueren compatibles con la utilidad del establecimiento. Que, de tal manera, no pudiendo interferir en las instalaciones, operación o actividad de puertos con el fin del establecimiento; conservan"..*las facultades y poderes de policía locales, tales como el poder de policía edilicio referente a la construcción y que ésta se realice conforme al reglamento de construcción; como así también el poder de policía de seguridad e higiene respecto de las empresas allí instaladas*" (Lo subrayado pertenece al original, fs. 232). Menciona y transcribe los artículos 121 y 123, de la Constitución Argentina.

Afirma que, en el " ...*sistema federal de gobierno las provincias y municipios gozan de poderes de policía e impositivos que les son propios (originarios) en función de su autonomía, garantizados por nuestra Constitución Nacional; los que no pueden ser cercenados*" (Fs. 232). Menciona y transcribe contenidos de los artículos 191 y 192 incisos 4, 5 y 6 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Hace lo propio con el decreto ley Nº 6769/58 y modificatorios, en cuanto a los artículos 27, incisos 1, 8, 24 y 226, en lo que estima de relevancia. Pasa luego a mencionar y transcribir los artículos 121 y 196 de la Ordenanza Fiscal al regular la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene y los Derechos de construcción.

Refiere y reitera: La Delegación de la Dirección Provincial de Actividades Portuarias, " .. *.en forma persistente ha negado el acceso a los terrenos de dicha administración portuaria y expresado aún ante las autoridades provinciales la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre los mismos, ni aún con el auxilio de lafuerzapública que en su oportunidad solicitó este municipio*" (Fs. 223).

En cuanto al poder de policía sobre la zona portuaria y al alcance de las atribuciones municipales, destaca: El artículo segundo de la Ordenanza Nº 7777, y la Ley Nº 11.459 -de Radicación Industrial- y el decreto reglamentario Nº 1741/96, en sus artículos 78 y 82. Refiere que se prevé por parte del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, -OPDS-, delegación a los Municipios "tareas de contralor" sólo de los establecimientos de Primera Categoría, para añadir que en relación a••los de segunda y tercera se vinculan a la capacidad operativa de cada Municipio, pudiendo ser esta de carácter total o parcial para los segundos y solo parcial para los de tercera, en cuyo caso las tareas se efectuaran en forma coordinada (Fs. 233).

Hace saber: " *...solo se ha permitido el ingreso de personal municipal a los establecimientos portuarios en oportunidad de acompañar al personal de la Secretaría de Política Ambiental ... caso contrario se ha denegado la inspección como consta en actuaciones llevadas a cabo en fecha 20/Q2/07 en Expte. Municipal Nº 11145/D/05*" (Fs. 233).

Expone que se le habria impedido al personal municipal el acceso a la zona portuaria invocando la jurisdicción y competencia territorial provincial de la zona portuaria y que alcanzaría a los inmuebles allí ubicados; que se daba razón en las leyes Nros. 11.206 y 11.535; los decretos Nros. 1579/92 y 1838/02 y que, ello surgiría del expediente Nº 2709-240/02.

Afirma respecto de los alcances del poder de la policía de los Municipios de la Provincia de Buenos Aires, que éstos tienen jerarquía institucional demarcada por la Constitución local, la cual les ha conferido las facultades necesarias para que puedan atender eficazmente los intereses y servicios locales; no pudiendo tales atribuciones ser interferidas por actos

emanados de autoridades nacionales o provinciales, que los priven de las atribuciones y recursos necesarios para el desempeño del cometido previsto por el artículo 191 de la Constitución Provincial. Que de encontrase sujetos a las decisiones " . . .de una autoridad extraña, ésta podría impedirles el cumplimiento de sus funciones negándole los recursos necesarios, causando el consecuente desorden administrativo o la ruina económica" (Fs. 233vta.). Cita sentencia de ese Tribunal en la causa laboral, "Michelena". Sostiene la existencia necesaria del régimen municipal surgido por el artículo 5º de la Constitución Nacional, con ámbito propio a administrar y, el artículo 192 inciso 5 de la Carta Magna Bonaerense, para discernir sus atribuciones y los recursos a través de su Presupuesto.

Invoca doctrina de ese Tribunal, en cuanto a las competencias en materias susceptibles de ser gravadas, -omite mencionarlas-, para invoca las facultades y competencias municipales surgidas de los artículos 191 y 193 inciso 2º de la Constitución provincial y de Ley Orgánica municipal, en especial, los artículos, 25, 40, 93 a 105 y 226.

En relación a las competencias tributarias de los municipios en aquellos lugares afectados a jurisdicción nacional, dentro de sus distritos, recuerda la reforma constitucional del año 1994 y precisa en el artículo 75 inciso 30 que, transcribe. Descalifica a cualquier norma que imponga "*...a las municipalidades cargas económicas, en tanto las mismas importen prestación 'de servicios o realización de mejoras por obras, que beneficien sin la correspondiente contraprestación, en la medida que esos servicios u obras no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines específicos de utilidad federal*" (Fs. 234vta.). Cita sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de difícil individualización, no así, la doctrina que menciona sobre las exenciones impositivas nacionales y su consecuencia en aplicación a los establecimientos u organismos federales. Menciona sin precisar opinión de la Asesoría General de Gobierno sobre las facultades municipales para reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de la actividad comercial e industrial; también con igual falta de esa Suprema Corte de Justicia en cuanto a potestades reglamentarias municipales.

Menciona transcribe los artículos 5, 121 y 123 de la Constitución de la Nación Argentina. Reivindica los poderes impositivos como propios tanto de las provincias como para los municipios, que explicita, están garantizados por la Constitución Nacional y no podrían ser objeto de cercenamientos. Cita sentencias de esa Suprema Corte de Justicia, en cuanto a que su existencia es originaria, pero devendría en delegado en cuanto a su contenido o extensión en razón de la determinación legal para la amplitud de su ejercicio. Transcribe el artículo 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires junto al artículo 192 inciso5 de la Constitución Provincial, al asignarles, competencia presupuestaria. Mencionay transcribe lo pertinente del artículo 226 incisos 3, 4, 17 y 31 referidosa qué constituyen recursos municipales; cita jurisprudencia de apelación civily comercial, relacionada a las facultades municipales de imposición y la competencia en la materia asignada a los Con os Deliberantes. Cita los artículos 27, 29, 93a 105 de la Ley Orgánica Municipal; 192 inciso 2º de la Constitución provincial.

Transcribe el artículo 121 de la Ordenanza Fiscal de la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos que, refiere es del año 2010. Hace mención del poder de imposición a través de Ía ordenanza tarifaría, respecto de los servicios generales de zonificación y control de seguridad, salubridade higiene en el ámbito urbano, suburbano y rural, y por los servicios específicos de inspección, información, asesoramiento, destinados a preservar la seguridad, sal) lbridad, e higiene en ocasión del ejercicio o, como consecuencia de la existencia de un ámbito y/o instalaciones destinadas a ejercer actividades comerciales, industrias, locación de bienes y servicios, locación de obras, actividades de servicios y otras asimilables, aún cuando se trate de servicios públicos.

Menciona opinión -sin individualizar- de la Asesoría General de Gobierno sobre las potestades tributarias de los municipios para inspeccionar, habilitar y cobrar las tasas respectivas a todo local, negocio o establecimiento que se encuentre en el ámbito territorial de su partido, en ejercicio de la potestad de policía e impositiva que sobre ellos les compete. Aduna doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "*Ferrocarriles*

Argentinos e/Municipalidad de Rosario", y otros que menciona, en cuanto al poder de policía municipal. Menciona doctrina en relación al artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional, sobre los poderes de imposición provinciales Y municipales sobre los establecimientos de utilidad nacional con el límite de no interferencia en el cumplimiento de sus fines, y, la compatibilidad de su existencia.

Destaca en cuanto a la tasa de inspección de seguridad e higiene que no perseguiría la retribución de un servicio de fiscalización de las tareas técnicas específicas que allí se realicen, sino de, inspección de un lugar con acceso al público, con la finalidad de proveer a la salubridad, seguridad e higiene de la población, potestad de inspección que estaría genéricamente reconocida a las autoridades municipales en el ámbito de sus atribuciones. Afirma que su realización es obligatoria, "...pues en general, se justifican por motivos de policía" (Fs. 236vta.). Aclara: "*...las empresas que desarr.ollan su actividad en el Puerto de San Nicolás, son personas jurídicas de derecho privado realizando una actividad comercial y lucrativa dentro del Partido de San Nicolás*" (Fs. 236vta. /237).

La accionante da cuenta que la Municipalidad de San Nicolás "*...en uso de las atribuciones delegadas para la administración de los intereses y servicios del partido, puede ejercer en cuanto a la actividad que desarrollan las personas físicas o jurídicas sobre la zona o área portuaria de San Nicolás, el poder de policía referido a la preservación de la seguridad, salubridad e higiene de la población, mediante el servicio de inspección determinado en la Ordenanza Fiscal y Tarifaría vigente*" (Fs. 237). Adjunta opinión de la Asesoría General de Gobierno sobre consulta efectuada por la Comuna.

En capítulo aparte distingue el "*Poder de Policía-La cuestión ambiental*" (Fs. 237).

El apoderado de la Municipalidad de San Nicolás hace saber de reclamos que irían en aumento referentes al tema ambiental, en el área portuaria. Expone que serían de conocimiento de V.E.. Que en ellos se reclama que la Municipalidad reglamente y ejerza la defensa en las cuestiones ambientales, en cumplimiento al artículo 41 de nuestra carta Magna; recuerda su importancia.

También menciona doctrina, y lo propio del artículo 28 de la Constitución Provincial, como una obligación para el Municipio en cuanto a ejercer el poder de policía ambiental que, dice se ha encontrado impedido de hacerlo por haber sido desconocida la competencia por el ente demandado que impediría el acceso al área portuaria de los inspectores, agentes y funcionarios municipales.

La accionante pasa a realizar diversas consideraciones en cuanto al valor de lo ambiental. Se sustenta en doctrina; en lo contemplado en la Ley Nº 25.675 nacional, en los artículos 4 y 5, con los principios de prevención y precautorio, sin descuidar otros, que señala: de responsabilidad, de solidaridad y de subsidiariedad; también menciona la Ley Nº 11.723; la Ley Orgánica Municipal y da cuenta que se habrían emitido ordenanzas en concordancia con los parámetros impuestos por la Constitución Argentina y tratados intemacional_es. Menciona alguno de ellos y doctrina.

Finaliza sosteniendo que la actividad administrativa de policía del municipio, en sentido amplio y restringido, debe permitir su ejercicio sobre todo el ámbito del partido de San Nicolás, incluyendo el área portuaria. Pretende el otorgamiento de medida cautelar. Funda en derecho; ofrece prueba documental y peticiona se haga lugar a la demanda, con más los costos y las costas del juicio.

III.-

El Fiscal de Estado se presenta por apoderada y manifiesta que únicamente debería adecuar la presentación ante la Suprema Corte de Justicia la parte actora y, recién debería proceder a responder la demanda (Fs. 250 y vta.).

El Tribunal se expide y entre otras cuestiones manda a individualizar la documentación que se menciona a fs. 240 vta., que solicita se reserve; también dispone el traslado al Fiscal de Estado y pasar los autos al acuerdo a los fines de resolver sobre el pedido de medida cautelar (Fs. 252).

En fecha 7 de septiembre de 2016, se decide: "... *ordenar que hasta tanto se dicte sentencia en el asunto, la Delegación San Nicolás*

dependiente de la Subsecretaría de Actividades Portuarias del Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires permita el ingreso de los agentes, inspectores y funcionarios municipales a los fines de que puedan llevar a cabo las actividades policiales que legítimamente se encuentren facultados a ejercer, quedando supeditada la validez de tales procedimientos a lo que aquí en definitiva se vaya a resolver" (Fs. 253/255). A fs. 256 y vta., se libra oficio para notificar a la demandada de lo así resuelto. Luego de una presentación de la parte actora, y de dar respuesta V.E, se presenta la apoderada del Fiscal de Estado y se resuelve en definitiva, librar la notificación.al representante de la Provincia (Fs. 263; 264 y 268 y vta.; 269 y 270/275vta.).

IV.-

El fiscal de Estado se presenta por apoderada y responde al traslado conferido de la demanda promovida por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos; solicita su rechazo (Fs. 270/275vta.).

Explica que la Municipalidad de San Nicolás pretendía ejercer su poder de policía respecto de la seguridad e higiene de los establecimientos existentes en la delegación portuaria. Fue en esa oportunidad en la que a la autoridad municipal le fue negado el acceso a dicha delegación, por parte de la Dirección del Puerto San Nicolás.

Considera que los municipios "*...se encuentra,; facultados para inspeccionar, habilitar y cobrar las tasas respectivas a todo el local, negocio o establecimiento que se encuentre en el ámbito territorial del partido, en ejercicio de la potestad que le compete sobre ellos*". (Fs. 270 vta.). También que por medio del artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional se estableció que las autoridades provinciales y municipales poseen poder de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional, en tanto no interfieran con el cumplimiento de aquellos fines.

Refiere que la comuna conserva las facultades y poderes de policía locales, tales como el poder de policía edilicio, y que estas facultades

sean realizadas conforme el reglamento de construcción. Asimismo reconoce el poder de policía de seguridad e higiene respecto de las empresas allí instaladas, conforme los arts. 121 de la Constitución Argentina y 191 y 192 de la Constitución Provincial (Fs. 270vta.).

Afirma que la Ley Orgánica de Municipalidades regula la competencia de la comuna en tanto no se oponga con las normas que dicte la•Provincia al respecto para reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de establecimientos comerciales e industriales, y que la Ordenanza Fiscal regularía la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene y los Derechos de Construcción.

En forma previa recuerda que el proceso de privatización, descentralización y desregulación estatal derivó en la sanción de la Ley Nº. 24.093 de Actividades Portuarias y su Decreto Reglamentario Nº 763/93.

Manifiesta que luego del convenio celebrado entre el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, "*... se produjo la transferencia de Puertos de la Nación a la Provincia, ratificado por la Ley Nº 11.206*". Que dicha ley indica "*...que la Provincia dispondrá el sistema de administración y explotación de los puertos. conforme al ordenamiento jurídico vigente, establecerá el régimen tarifario, regulando. fiscalizando, coordinando y controlando las prestaciones de los servicios portuarios, contemplando la protección de los usuarios y de los bienes del Estado*" (Cláusulas 6, 8 y1O, subrayado en el original; fs. 271).

La apoderada sostiene también que, a tenor de dicho convenio la Provincia podría disponer modificaciones, ampliaciones, construcciones, demoliciones y otras obras en la infraestructura portuaria y su equipamiento. Sostuvo que por medio del Decreto Nº 1579, del Poder Ejecutivo provincial, se reglamentó la Ley Nº 11.206, -por la que se ratificó el Convenio de "*Transferencia de Puertos Nación Provincia*", estableciéndose que la Dirección de Actividades Portuarias iba a ser la autoridad de aplicación y responsable del manejo de la cuenta especial denominada Fondo Provincial de Puertos.

Afirma que con posterioridad se dictó el Decreto Nº 2273/94 por el que se reglamentó la administración y explotación de los inmuebles y espejos de agua en jurisdicción de los puertos que se encuentran bajo la órbita de la Subsecretaria de Actividades Portuarias; aclara que por medio del Decreto Nº 184/97 se dispuso la derogación del anterior decreto, aprobándose el "Reglamento de Permisos de Usos Portuarios y los Cuadros Tarifados". Sobre la base de lo antes relatado considera que "la Provincia ostenta atribuciones para dictar la legislación y los actos necesarios para el cumplimiento de los fines referidos a la administración y explotación del Puerto de San Nicolás" (el subrayado se corresponde con el original).

Ahora bien, y en lo que respecta al conflicto de poderes presentadó, entiende qut: más allá de las competencias que posee el municipio, el mismo pretendería aplicar sobre el área de jurisdicción portuaria su poder de policía respecto de seguridad e higiene edilicia; inspección, construcción y observancia de la ejecución de las obras al reglamento de construcción municipal a tenor de lo preceptuado en la Ordenanza Municipal de San Nicolás Nº 1111/76; y facultades de policía ambiental.

Al respecto advierte que la actividad desplegada por la Municipalidad de San Nicolás fue realizada en contraposición con los fines que la Provincia de Buenos Aires tendría en materia portuaria, por lo que entien' de que no existiría la potestad concurrente reclamada por parte del municipio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que considera de aplicación al presente.

Resalta la importancia económica y estratégica que poseería el Puerto de San Nicolás. Y en este sentido la Provincia se encontraría desarrollando estas actividades de acuerdo a un 'Plan Maestro', " *... dentro del cual se regulan cuestiones como el uso del suelo, zonificación y especialización... ello, conforme informara oportunamente la Subsecretaría de Actividades Portuarias en autos*" (Fs. 272). De allí que entiende que resultaría improcedente la pretensión de la comuna tendiente a pretender aplicar su Reglamento de Construcción

Municipal sobre el espacio portuario, y en sentido contrario, "*...toda obra que se realice dentro de los límites de dicho puerto debe cumplir con los requerimientos que establece el Decreto* 185/07" (Fs. 272, cit.).

Explica que la autoridad portuaria posee un Departamento de Ingeniería que analiza las obras propuestas y toma intervención en todos los casos la Dirección de Infraestructura Portuaria, dependiente de la Subsecretaría de Actividades Portuarias y que dichos órganos técnicos provinciales son los encargados de evaluar si los emprendimientos proyectados se adecúan a las necesidades actuales y las planificadas para el desarrollo del servicio portuario. Por ello entiende que, el ordenamiento del ámbito espacial del puerto, las normas edilicias y de edificación integran la planificación y la política que en materia portuaria ejerce el Estado Provincial.

De esta forma considera que la pretensión del Municipio de San Nicolás de intervenir a los efectos de reglamentar los derechos de construcción en la zona portuaria sería contraria a los fines del servicio portuario.

Este mismo criterio lo sostiene al considerar que la comuna no posee competencia para regular en materia de habilitación de establecimientos en el ejido portuario. Así explica que el Decreto Nº 185/07 establecería los requisitos para el otorgamiento de una solicitud de un permiso de uso. Transcribe el artículo 4º del decreto antes señalado. Hace también, ,lo propio, con el artículo 7 del Decreto Nº 187/07, que indica que el permiso de uso es otorgado por la autoridad ministerial competente, previa intervención de los organismos legales pertinentes y la obtención del Certificado o Declaración de Aptitud Ambiental según corresponda en los términos de la normativa vigente.

De esta norma la apoderada de la Fiscalía de Estado entiende que sería la autoridad provincial la competente para otorgar el permiso de uso en jurisdicción portuaria, lo que incluiría el otorgamiento de la habilitación para la empresa, por lo que entiende que sería esto incompatible con la facultad que pretende ejercer la Comuna en la zona.

A su vez considera que también resultaría ilegítima la pretensión de la Municipalidad al querer la percepción de la tasa de seguridad e higiene dentro del puerto de San Nicolás. Para sostener esta postura entiende que el Decreto Nº 185/07 establecería que la Delegación Portuaria sería la encargada de otorgar los permisos de construcciones que se realizan en el Puerto de San Nicolás, así como las cuestiones vinculadas al medio ambiente.

También afirma que dicha actividad se encontraría regulada en el Reglamento para Servicios Técnicos Administrativos, documentación que dice estar acompañada en las presentes actuaciones. Por ello entiende que existiría "*...una clara colisión entre el servicio prestado por la Autoridad Portuaria competente, y la pretensión de la Comuna respecto del cobro de la tasa de seguridad e higiene*" (Fs. 273).

Por su parte hace mención la apoderada de la Fiscalía de Estado sobre lo argumentado por la Municipalidad respecto a la supuesta función deliberativa municipal para reglamentar las condiciones de higiene y salubridad de los sitios públicos, lugares de acceso público y baldíos -conforme al artículo 27 inciso 8-, pero aclara que la citada ley limitaría tales facultades cuando la ejecución de dichas competencias recayeran en el Estado Nacional o Provincial. Cita para justificar, lo establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. ,

Sobre la cuestión ambiental, transcribe lo establecido en la Ley Nº 11.723 respecto a que "*...los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una* DECLARACION DE IMPACTO AMBIENTAL *expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo 11 de la presente ley*" (En mayúscula, en el original, fs. 273 y vta.).

A su vez menciona la Ley Nº 11.459 (de Radicación de Industrias) contestando a la cita de la parte actora para expresar luego de recordar

las categorias de industrias, que la reglamentación establece que los formularios Base para la categorización serán entregados por los municipios o Autoridad Portuaria bajo cuya jurisdicción se encuentra o encontrara el establecimiento a categorizar, para continuar con lo dispuesto en el artículo diez. También hizo lo propio con el segundo párrafo de dicho artículo que expresa: "*La Autoridad de Aplicación será la encargada de categorizar los emprendimientos, para lo cual contará con un plazo de veinte (20) días, contados a partir de la recepción de la documentación necesaria por parte del Municipio respectivo o Autoridad Portuaria*". A *su vez hace lo propio con el artículo 11 que establece que "La AutoridíJd de Aplicación remitirá al Ministerio de la Producción y el Empleo de la Provincia de- Buenos Aries, un listado de los establecimientos industriales categorizados en el territorio bonaerense, para su conocimiento. Por último cita lo establecido en el siguiente párrafo, por el que se establece que "las actuaciones relativas a establecimientos clasificados en la 1° y 2° categoría serán giradas a los Municipios a los fines de la notificación de la categorización y debida continuación del trámite.* ***Si se tratare de establecimientos de esas categorías que fueren a instalarse en zonas portuarias, no será de aplicación lo dispuesto, quedando las actuaciones en el ámbito de la Autoridad de Aplicación,*** *observándose en cuanto sea aplicable lo prescripto en el párrafo siguiente* (en resaltado, en el original; fs. 273vta.).

De las normas transcritas entiende que surgiría que, en la actividad industrial desarrollada en la zona portuaria, no sería el Municipio la autoridad que debería intervenir en el trámite y expedición de las habitaciones ambientales sino el OPDS con intervención de la Autoridad Portuaria Provincial (Fs. 274).

Cita y detalla otras normas provinciales que sustentarían la postura por la cual la autoridad municipal sería ajena a intervenir tal como lo pretendió el Municipio de San Nicolás. Transcribe jurisprudencia de V.E. que entiende aplicable al presente caso. In re: "*Copetro S.A.*".

También observa que V.E. en fecha más reciente habría rechazado la pretensión de una Comuna de percibir una tasa por publicidad en un área portuaria. In re: "*Ford Argentina SA*".

De dicho precedente transcribe: "*...en el caso, no se trata de crear un área de exclusión y exclusividad provincial en la jurisdicción portuaria -en desmedro de la autonomía municipal- sino de proveer lo conducente a la más efectiva funcionalidad de un establecimiento que en su momento fue de utilidad nacional, y que fue transferido a la órbita de la Provincia de Buenos Aires*" (Fs. 274vta.). Continúa con transcripción del citado fallo y, mención de la sentencia "Cadegua SA" vinc lada a la tasa de publicidad.

Por dichas razones considera probado que las facultades que pretendería ejercer la Municipalidad de San Nicolás sobre el Puerto de San Nicolás obstaculizarían los fines que cumpliría la Provincia de Buenos Aires en materia portuaria, y que resultarían incompatibles con las competencias provinciales, debiendo primar en tal caso la norma del artículo 31 de la Constitución Argentina y, rechazarse en todas sus partes el escrito en traslado.

Para finalizar ofrece prueba documental y plantea el caso federal.

V.-

Abordaré el análisis del presente conflicto denunciado por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, proponiendo a ese Tribunal de Justicia, se haga lugar.

V.1.- Un primer aspecto que corresponde analizar es el de la admisibilidad del conflicto. Al respecto, en conformidad a lo resuelto por V.E. entiendo que se encuadra en el supuesto previsto en el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Arts. 689 y 690, CPCC).

En la Provincia de Buenos Aires, desde el texto constitucional del año 1873, se prevé la competencia de la Suprema Corte para resolver las causas de competencia entre los Poderes del Estado (Art. 156, inc. 2°); es en la Constitución del año 1889 que se previó en forma expresa la cuestión de la revisabilidad de "*los conflictos municipales*", sometiéndolos al control judicial, que en este caso se dividía entre ese Tribunal y las respectivas Cámaras de

Apelación (Arts. 157 inc. 2º y 21O); fórmula que en la Constitución del año 1934 continuó pero precisando la competencia exclusiva en la Suprema Corte de Justicia (Arts. 149, inc. 2º y 187). Este sistema se mantuvo en la última reforma del texto constitucional (Año 1994.), donde expresamente se regula en el artículo 196: "*Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia serán dirimidos por la Suprema Corte de Justicia*" (SCJBA, I 72.060, "Altieri", sentencia de 15NII/2015, considerando II.2, voto Juez Negri; Convención Constituyente, año 1934, Taller de Impresiones Oficiales, cuarta reunión, convencional Rodolfo Moreno, Tomo II p. 303)

La Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos denuncia un conflicto de poderes con la Provincia de Buenos Aires alegando la imposibilidad de ejercer su actividad vinculada al cumplimiento del "poder de policía" en el ámbito del puerto homónimo situado dentro de su partido; con motivo de los impedimentos que le habría impuesto la respectiva delegación portuaria, negándole a sus agentes el ingreso a dichos terrenos -incluso mediante el auxilio de la fuerza pública-, invocando una jurisdicción exclusiva sobre ellos.

La Comuna considera que la conducta de las autoridades provinciales resulta lesiva de su autonomía, justamente, al verse impedida de desplegar sus potestades regulatorias o tributarias en materia de edificación, seguridad, salubridad, higiene y principalmente, de tutela del medio ambiente en el espacio físico ocupado por el puerto. Invoca la manda del artículo 75 inciso 30 de la Constitución Nacional, en la medida en que entiende que tales atribuciones no interfieren con el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado dicho establecimiento de utilidad nacional, hoy administrado por la Provincia (Cfr. Leyes Nros. 24.093 y 11.206 y Decreto Nº 1579/92).

Funda su pretensión en los artículos 5, 41, 75 inciso 30, 121 y 123 de la Constitución Argentina; 28, 190, 191, 192 incisos 4° y 5° y 193 inciso 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; en los artículos 4 y 5 de la

Ley Nº 25.675; 25, 27 incisos 1, 8 y 24, 29, 40, 93 a 105, 226 incisos 3, 4, 17 y 31 de la Ley Orgánica Municipal; en la Ley Nº 11.723; en la Ley Nº 11.459; en el artículo 121 de la Ordenanza Fiscal y Tarifaria; en las Ordenanzas Nros. 1111 y 7777.

A fs. 36/45 luce agregado, informe producido por el Director Provincial de Gestión Portuaria en el cual confirma los hechos resaltados por la Municipalidad de San Nicolás, al reconocer que, "No existiendo fundamento jurídico que habilitara el ingreso de los mencionados inspectores a la zona operativa portuaria, el Delegado Portuario Paraná Inferior, procedió a denegar el mismo, por expresa instrucción que recibiera de la Dirección Provincial de Gestión Portuaria" (Fs. 44). A ello añade entre otras consideraciones en afirmación a la exclusiva competencia provincial: "*...en el ámbito portuario, resultan de aplicación las normas del Código internacional para la protección de buques e instalaciones portuarias, cuya autoridad de aplicación resulta ser la Prefectura Naval Argentina. Dicha autoridad marítima, ha sancionado la Ordenanza N°06/03 (DPSJ) para la obtención de la declaración de cumplimiento de las citadas normas, resultando importante destacar que las medidas de seguridad para el ingreso a las zonas operativas portuarias son severas, debiendo darse estricto cumplimiento a las pautas preestablecidas*" (Fs. 44, cit.).

También advierto como lo hiciera ese Tribunal que, en rigor, no se individualiza "decisión" o cuáles edificios o lugares o actividades especificas dentro de la zona portuaria serían los alcanzados, se cuestiona una concreta actividad material por parte de las autoridades portuarias que impediría llevar adelante los cometidos municipales en dicha zona portuaria.

Ese Tribunal de Justicia ha resuelto en muchas ocasiones que las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia a las que alude el artículo 161 inciso 2° de la Constitución de la Provincia, al igual que los conflictos que se producen entre las municipalidades y autoridades de la Provincia a los que se refiere el artículo 196 de dicha Carta, requieren para su configuración la existencia de una contienda entre los órganos involucrados con motivo o en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, lo que ocurre

cuando. alguno de ellos aduce que el otro ha invadido o intenta invadir su esfera de competencias (Cf. SCJBA, causas B 71.532, "*Municipalidad de La Plata*", sentencia de 7-III-2012; B 72.132, "Fiscal de Estado", resolución de 19-IX-2012; B 73.060, "*Municipalidad de Pilar*", resolución de 19-Ill-2014; B 74.025, "Fiscal de Estado", resolución de 13-IV- 2016, entre otras).

De allí que atendiendo a lo antes expresado; a las competencias asignadas por el Constituyente nacional y provincial a los Municipios de la Provincia de Buenos Aires como, a las que surgen de la Ley Orgánica, a raíz de lo denunciado advierten a ese Tribunal de una grave y delicada parálisis en el ejercicio de las funciones municipales que se manifiestan con derecho a ejercer y, me llevan a considerar reunidos los presupuestos establecidos en el artículo 261 del decreto ley Nº 6769/1958 y modíficatorios (Conf. arts. 5, 41, 75 incs. 10 y 30, 122 y 123 de la Constitución de la Argentina; 1, 3, 11, 27, 28, 45 y 190 y sig., Constitución de la Provincia de Bs. As.; 25, 27, 226 y conc. de la Ley Orgánica Municipal).

En consecuencia la acción interpuesta por el titular del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos que denuncia un conflicto con autoridades de la Provincia, en virtud de lo establecido en el artículo 196 la Carta provincial, correspondería a la Suprema Corte en ejercicio de la competencia originaria que esa norma constitucional le atribuye y, decidir sobre él, en definitiva (Cf. art. 161 inc. 2, de la Constitución de la Provincia).

V.2.- En cuanto al fondo de la denuncia promovida parto del artículo 75 inciso 30 de la Constitución Argentina. El establece en cuanto a las competencias del Congreso: "*Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*".

La Constitución Argentina, no sólo en esta norma, reconoce la exÍstencia de tres. niveles de gobierno: Nación, provincias y mun1c1pios.

El tema federal fue el tema básico de la Constitución de la República.

La Constitución de 1853 fue un gran compromiso; para todos ceder para la formación del "*gobierno general*" que llama Alberdi al gobierno nacional (Juan Bautista Alberdi, Obras Selectas, Nueva edición, ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V González, Senador Nacional, Tomo X "*Bases y Comentarios de la Constitución Argentina*", *Buenos Aires*, *Librería* "*La Facultad*", 1920, "*Causas de la Anarquía en la República Argentina*", pág. 439).

Las provincias, si bien se reservan los poderes no delegados, le entregan al Estado nacional a través de su Constitución, la determinación de sus competencias, en respeto sustancial de sus autonomías y de las instituciones preexistentes y por ella reconocidas. Para ello, establecen ciertos requisitos y recaudos de los cuales no pueden apartarse. Esto está regulado en el artículo 5° cuando establece como cláusula esencial del sistema federal, con la imposición a las provincias de la obligación de dictar sus Constituciones bajo ciertas y determinadas condiciones, la cláusula de garantías. Una de ellas, es la de "asegurar" el régimen municipal. Esto quiere decir que no puede haber una Constitución provincial que no la asegure. Obligación que se extiende en respeto y reconocimiento a todos los niveles de gobierno.

El verbo que utiliza el Constituyente es "*asegurar*", " ... *que asegure* ...", hace referencia a algo que ya existe. Reconocimiento de un poder, el municipal, que ya tiene una preexistencia (Cf. al artículo 170 de la entonces Constitución de 1854 del Estado de Buenos Aires: "*El régimen municipal será establecido en todo el Estado. La forma de elección de los municipales, las atribuciones y deberes de estos cuerpos, como lo relativo a sus rentas y arbitrios, serán fijados en la ley de la materia*").

La ley de convocatoria a la Convención Constituyente del año 1994 que introdujo las modificaciones al entonces artículo 67 inciso 27, no solo pregona •a favor del federalismo, en esta etapa, sino trata el fortalecimiento del régimen federal, es decir, no pretende analizarlo sino entrar a buscar las

formas y los elementos para fortalecerlo (Convención Constituyente, Reunión del 10 de agosto de 1994, convencionales: Juañuk, p. 3661; Biazzi, p. 3717; Olmedo, p 3932, señalando solo algunos, de los que participaron en esta cuestión).

Fue la misma Convención que iba a producir el actual artículo 123, reconociendo conforme la maduración de cada provincia la autonomía municipal. Lisandro de la Torre fue quien ya en el Congreso Nacional, en el año 1912, presenta un proyecto de ley para regular las autonomías municipales; que por cierto no prosperó. También el senador Mario Bravo presenta otra iniciativa. Inclusive es interesante destacar que algunos de los argumentos en contra de las dos normas fue su carácter inconstitucional, porque aparentemente estarían violentando la autonomía provincial al legislar sobre los municipios.

El sistema rentístico y financiero fue concebido por Alberdi como un todo sistémico. Se trata de un sistema perfectamente determinado que trataba de conciliar los intereses de la Nación con los de las provincias. Así vemos cómo los artículos 4, 1O, 11, 12, 13, 17 y por supuesto varios incisos del artículo 75, establecen la distribución de competencias y de recursos fundamentalmente derivados• de los impuestos directos, atribuidos a las provincias y, de los impuestos de correos y de aduanas, asignados a la Nación.

El inciso 27 del entonces artículo 67, clave en nuestra Constitución, no queda igual. Agregan dos cuestiones que estaban reconocidas por la jurisprudencia y la legislación: La facultad impositiva y el poder de policía de las provincias y de los municipios sobre los establecimientos de utilidad nacional y la reserva de facultades jurisdiccionales en aquello que no afecte el interés nacional.

En el Debate de la Convención del año 1994 se dijo: "*... Así se afirma el dominio provincial pleno respecto de los recursos naturales renovables y no renovables; la participación efectiva en la renta federal convenida entre la Nación y las provincias y las facultades provinciales en los establecimientos de utilidad nacional •dentro de su te,:ritorio, no prevista por el texto constitucional, pero reconocida por la doctrina y ju;isprudencia de la Corte Suprema de Justicia de*

la Nación". (Debates de la Convención Constituyente, Convencional Estabillo, 27 reunión 9 de agosto, p. 3419)

También se sostuvo: "*La modificación del inciso 27 del artículo 67 de la Constitución, propuesta por artículo 7 del despacho parcial en mayoría, representa un importante adelanto, porque reconoce potestades concurrentes y recupera para las provincias la posibilidad de contar con el régimen originario de sus tributos en los establecimientos de utilidad nacional, además del ejercicio del poder de policía. La redacción que se propone es la siguiente: "Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.*" Para continuar: "*Esta es la redacción del dictamen de mayoría que representa un avance sustancial en cuanto al manejo de los establecimientos de utilidad nacional, rescatando para las provincias el ejercicio originario del poder tributario y del poder de policía. Se ha avanzado en la actual redacción del inciso 27, porque en uno de sus párrafos se reconoce poderes concurrentes en los que invariablemente la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República ha sido pendular. Por ello, rescatamos el avance que este inciso referencia para el nuevo texto de la Constitución Nacional, porque las provincias deberán seguir ejerciendo el reclamo cesada la causa de la utilidad nacional para recuperar el dominio a su estado originario*" (Debates de la Convención Constituyente, Convencional Guinle, 28 reunión, 10 de agosto p. 3636).

Correspondió al Convencional René Orsi la eliminación de la calificación "todo": "*...solicito a la comisión que se elimine la calificación de 'todo' el territorio de la Capital y de 'todo' el territorio de la República. En el inciso 27 originario de la Constitución de 1853 hoy vigente, este calificativo tiene perfecta aplicación ya que se habla de 'ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión'. Es decir que la expresión 'todo el territorio', a pesar de ser redundante, tenía la faerza*

necesaria para afianzar la redacción del inciso. Pero en este caso se ha eliminado ese inciso 27 y se ha agregado la expresión 'Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía... '. Entonces, propongo que la comisión elimine en la primera frase el término "todo", de modo que quedaría redactada de la siguiente manera: 'Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación, y dictar la legislación.necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el ámbito de la República'. Ámbito es sinónimo de territorio, y cuando se habla de ámbito nacional se hace referencia a todo el territorio nacional" (Convención Constituyente, Convencional Orsi, 28 reunión, 10 de agosto pp. 3856 y 3857).

Otro aspecto del fortalecimiento del régimen federal se reconoce en la existencia de facultades concurrentes respecto de los "*establecimientos de utilidad nacional*", admitiéndose la jurisdicción provincial y municipal en el ejercicio de su poder de policía e imposición, en tanto ella no interfiera en los fines nacionales de estos establecimientos. Esta delimitación de las facultades concurrentes venía imprimiéndose además de la jurisprudencia en los lineamientos contenidos en el decreto ley Nº 18.310, BONA del 25/8/1969) que reglamentara el entonces inciso 27 del artículo 67 de la Constitución Argentina, -ver artículos 2º y 3º-. Pero al adquirir rango constitucional con la reforma del año 1994, viene a consagrar definitivamente un ámbito de concurrencia, sumamente necesario para provincias y municipios que albergan en su territorio instituciones nacionales, 0 provinciales, que ejercen funciones de utilidad nacional.

El ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los artículos 41, 43, 75, incisos 17, 18, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno (CSJN, "Fallos", "P*apel Prensa* SA", T 338:1183, considerando quinto).

A partir de este justo reconocimiento federal, se ha pensado, que se podría coordinar un uso más eficiente y eficaz de los bienes y espacios asignados para tales fines, entre la Nación, las provincias, los municipios sin que ello implique un avasallamiento de sus respectivas jurisdicciones, y

atendiendo a las responsabilidades que cada una debe cumplir como herramienta para equilibrar un crecimiento armónico del país. Sin embargo, la situación que se da a conocer en las presentes actuaciones, a casi veintitrés años de la reforma de la Constitución Nacional, nos hace reflexionar de la dificultad que aún persiste, en fortalecer el federalismo.

V.3.- El artículo 75, inciso 10 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso "*...habilitar los puertos que considere convenientes*". En cumplimiento de esta pauta, el Congreso, sancionó la ley Nº 24.093 (BONA 26/6/1992), cuyo artículo 1º dispone: "*Todos los aspectos vinculados a la habilitación, administración y operación de los puertos estatales y particulares existentes o a crearse en el territorio de la República, se rigen por la presente ley*".

La Ley Nº 24.093 y su Decreto Reglamentario Nº 769/93 (BONA 22/4/1993) significaron una suerte de complementación del régimen implantado por el Convenio celebrado entre la Nación y la Provincia de Buenos Aires el 12 de junio de 1991, de tal suerte que las disposiciones de ambos regímenes deben ser interpretados en forma conjunta y armónica procurando que las normas de uno no desvirtúen o desnaturalicen a las demás. Asimismo, dicha interpretación debe ser respetuosa de la reforma operada en la Constitución Argentina en el año 1994 en la cláusula del artículo 75 inciso 30.

La transferencia entre otros, del Puerto de San Nicolás a la Provincia de Buenos Aires incluyó el dominio y administración del puerto en cuestión (Cf. art. 2° de la Ley Nro. 24.093). Por tanto, si lo que se transfirió fue el derec o de dominio sobre el Puerto, va de suyo que también se transmitió las funciones derivadas o las consecuentes para la necesaria administración; compete al Estado Provincial la actuáción sobre los dominios portuarios asentados en su jurisdicción. El propio inciso 30 del artículo 75 expone: "*...en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*".

Ya tuvimos oportunidad de expedimos al dictaminar y V.E. al resolver en la causa B 72.380, "*Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires el Municipalidad de San Nicolás si Conflicto. Art. 196 de la Constitución de*

la Provincia de Bs.As." (Sentencia de 28 de septiembre de 2016, dictamen de 30 de diciembre de 2013).

Allí señalamos que de acuerdo al reparto de competencias establecido en materia de puertos, la Provincia es quien la detenta para dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos en lo que hace a la administración propia de sus dependencias o establecimientos afectados a sus fines, mientras las autoridades municipales conservan los poderes de policía e imposición, en la medida en que no interfieran en el cumplimiento de aquellos (CSJN, "Fallos", "*Casino Estrella de La Fortuna*", dictamen al que se remitió la CSJN, T. 325:766; se puntualizó que el principio de concurrencia puede aplicarse también en el ámbito portuario, según dispone el artículo 21 de la Ley de Puertos Nro. 24.093; ce. art. 27 inc. 1º, dec. ley Nro. 6769/58).

El establecimiento de esta jurisdicción, las atribuciones y potestades en esta materia (Arts. 75, incisos 10, 12, 13, 18, 26, y 99, inciso 21, y 126 de la C.N.), no excluyen el poder de policía local, como expresamente lo prevé el artículo 75, inciso 30 *in fine*, de la Ley Fundamental.

Por otro lado, el decreto ley Nº 18.310, al que hicimos mención supra, reglamentario en su momento del inciso 27 del artículo 67 del texto anterior de la Constitución, dispone que la jurisdicción ejercida por la Nación sólo es exclusiva en dos casos:

a) Desmembración del territorio de una provincia con pérdida del dominio eminente; y

b) Lugares destinados a fines de defensa nacional (Cf. Art 1º).

En los establecimientqs de utilidad pública de la Nación, sólo imperarán la jurisdicción y las leyes nacionales en lo afectado o inherente a esa utilidad nacional, para servir a objetivos expresamente encomendados al Gobierno general por la Constitución y las leyes nacionales, cuya competencia en el caso ejerce por la transferencia, la Provincia de Buenos Aires. En lo no comprendido

en ese uso, las municipalidades podrán ejercer los actos vinculados al ejercicio tributario y de policía, siempre que no interfieran directa o indirectamente en las actividades normales que tal utilidad nacional implique (v. art. 2 y 3 dec. Ley cit.), a cuya reglamentación debemos sumar el texto actual y los comentarios realizados sobre la tesis que motivó la modificación del entonces artículo 67 inciso 27.

A diferencia del caso mencionado, "Fiscal de Estado", en autos la Provincia pretende desconocer en forma total lo normado en el artículo 75 inciso 30 e incluso, a la propia Ley de Puertos, artículo 21 de la ley Nro. 24.093 (Ce. Art. 21, dec. Nro. 769/93; art. 2, ley Nro. 11.206, BOBue 14/4/1992; Puntos, quinto y sexto del Convenio de Transferencia de Puertos). Conforme al artículo 21: "*...Todos los puertos comprendidos en la presente ley están sometidos a los controles de las autoridades nacionales competentes, conforme a las leyes respectivas, ...y las normas referentes a la navegación y el transporte por agua, y sin perjuicio de las competencias constitucionales locales*". *Para seguir*: "*Las autoridades de aplicación deben coordinar tales controles ejercidos en razón de las responsabilidades inherentes a los organismos nacionales al solo efecto de que no interfieran con las operaciones portuarias*".

Los argumentos sostenidos por la apoderada del Fisco incitan al desconocimiento de las competencias que por las Constituciones y por las leyes tienen asignadas los municipios e incluso se alza contra la cláusula de garantía a favor del "*régimen municipal*" que impone el artículo 5 de la Constitución Argentina.

Debe atender la Provincia que acuerdos anteriores a la reforma del año 1994 no pueden oponerse al reconocimiento de competencias y obligaciones a cargo de los municipios, tales como las que consagra, en algunos casos exclusivamente, en otros en coordinación con la Provincia, tal el caso del artículo 75 inciso 30 (Cf. Art. 31, Constitución Argentina; 1º de la Constitución de la Provincia de Bs.As.).

Entre las competencias propias y reconocidas también en concurrencia podemos mencionar algunas de ellas. Así, los artículos: 41 (Lo

ambiental como carga para todas las jurisdicciones de gobierno: "... *Las autoridades proveerán ...;" Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales*"), 75 *inciso* 30 ("*Las autoridades ...y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos ....*" y 123 ("*Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5°, asegurando la autonomía municipal ...*" *de la Constitución Argentina*; 28 " ... *Todapersonafisica o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo*", 190, "*La administración de los intereses y servicios locales ...estará a cargo de una municipalidad ....*", 191 *inciso* 4, "*Las funciones municipales serán carga pública se la que nadie podrá excusarse sino por excepción fundada en la ley de la materia*", 192 *incisos* 4° , "*Tener a su cargo el ornato y salubridad, ...y la vialidad pública*" , 5° "*Votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo ...*" *y* 6° "*Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones*" *y* 194, "*Los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables, no sólo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes....*", *de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; de la Ley Orgánica Municipal: Artículos* 25, "*Las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales*"; 26 "*Las ordenanzas y reglamentaciones municipales podrán prever inspecciones, vigiláncias, clausuras preventivas, desocupaciones, demoliciones, reparaciones, adaptaciones, restricciones,.... y cuantas más medidas fueren menester para asegurar el cumplimiento de sus normas*"; 27, *entre algunas de su competencia: Incisos*: 1, "*La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales*"; 2 "*El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puentes,*

túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles en las situaciones no comprendidas en la competenc' ia provincial"; 3 "*La conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico*"; 5, "*Las obligaciones de los vecinos respecto de los servicios de la Municipalidad ...*"; 8, "*Las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos*"; 9 "*La instalación y el funcionamiento de establecimientos sanitarios y asistenciales; de difusión cultural y de educación física; de servicios públicos y todo otro de interés general en el partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia*"; 1O "*La elaboración, transporte, expendio y consumo de materias o artículos alimentarios, exigiendo el cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial que establezcan las normas de aplicación, así como también el certificado de buena salud de las personas que intervengan en dichos procesos*" 22, "*El transporte en general y, en especial, los servicios públicos de transporte de pasajeros, en cuanto no sean materia de competencia nacional o provincial*"; y 24 "*La construcción, ampliación, modificación, reparación y demolición de edificios públicos y privados, así como también sus partes accesorias*", 28 inciso 7, "*Las zonas industriales y residenciales del partido, imponiendo restricciones y límites al dominio para la mejor urbanización*"; 29, "*Corresponde al Concejo sancionar las Ordenanzas Impositivas y la determinación de los recursos y gastos de la Municipalidad ...* "; 40, ".. .podrá establecer un régimen de exenciones parciales o totales de tributos municipales, las que serán de carácter general y tendrán vigencia por el ejercicio correspondien_te al de la fecha en que se dicte la medida, siempre que no resulten incompatibles con los beneficios otorgados en el orden Provincial ... " y 52: "Corresponde al Concejo disponer la prestación de los servicios públicos de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias y desagües pluviales, inspecciones, registro de guías, transporte y todo otro tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local, siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación. Tratándose de servicios que / puedan tener vinculaciones con las leyes y planes provinciales, el Concejo deberá gestionar autorización ante el Poder Ejecutivo o proceder

a convenir las coordinaciones necesarias". A las que podemos añadir para el cumplimiento de los intereses municipales, los artículos 93 a 105, 226 incisos 3, 4, 17 y 31 de dicha Ley; las asignadas por la Ley Nº 11.723, en sus fundamentos: "... *Se enumeran los principios fundamentales de la política ambiental, lo que habrán de constituir los referentes de la actividad estatal, provincial y municipal, para una adecuada administración del ambiente ...*".; *artículo* 4, "*El Poder Ejecutivo Provincial, a través del Instituto Provincial del Medio Ambiente, deberá.fijar la política ambiental, ,..., y coordinar su ejecución descentralizada con los municipios, a cuyo efecto arbitrará los medios para su efectiva aplicación...*"; 1O: "*Todos los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una declaración de impacto ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación...* "; 27, "*El Poder Ejecutivo Provincial, a través del Instituto Provincial del Medio Ambiente, instrumentará el sistema Provincial de Información Ambiental, coordinando su implementación con los municipios. Dicho sistema deberá reunir toda la información existente en materia ambiental proveniente del sector público y privado, y constituirá una base de datos interdisciplinaria accesible a la consulta de todo aquel que así lo solicite*", entre otras; la Ley Nº 11.459, entre sus fundamentos a destacar: " ...La Autoridad de Aplicación pasa a ser la Municipalidad, quedando el Poder de Policía en manos de la provincia. Asimismo el Ministerio de la Producción es responsable de llevar los registros de los certificados de Radicación Industrial y habilitaciones que expidan los municipios ...";"... El artículo noveno plantea la descentralización concretamente, transfiriendo a los municipios la responsabilidad del otorgamiento de los certificados ...."" ... El inciso *b) obliga a adecuar las obras edilicias a las normas municipa/,es vigentes en la materia...*"; "*...El artículo once determina los pasos a seguir por cada Municipa/,idad a/, recibir una solicitud persiguiendo siempre la simplificación del trámite, su descentralización y el otorgamiento a las comunas de un rol esencial en el proceso...*";"*...El séptimo capítulo prevé en su artículo treinta y tres que la autoridad de aplicación serán los municipios, reservando el Poder de*

Policía para el Estado provincial. En el último párrafo se precisa que cualquiera de las dependencias provinciales o municipales, que actuando dentro de la competencia que esta ley le otorga, comprobaría alguna infracción, deberá comunicarlo a la autoridad de aplicación para que instruya las actuaciones pertinentes ...“, y los artículos respectivos de la ley; a lo que sumamos las competencias no cuestionadas en su constitucionalidad por el fisco, de las Ordenanzas Fiscal y Tarifaria, y las números 1111-Reglamento de edificación- - y 7777 -De Habilitaciones comerciales e industriales-.

De tal manera mal podría impedir, la Delegación San Nicolás dependiente de la Subsecretaría de Actividades Portuarias del Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires, el ejercicio de las competencias discernidas a favor de los Municipios por el ordenamiento jurídico vigente, e incluso su base primaria de recursos y finalidad social, tales como las atinentes a la moralidad, buenas costumbres, salubridad y otras materias que se han reconocido como inherentes al poder municipal (SC.B.A., I 1248, “Sancho”, sentencia de 15-V- 1990; B 61.397, “*Sociedad Española de Socorros Mutuos de Tres Arroyos*”, sentencia de 8-VII-2008; B 60.709, “Ford”, sentencia de 27-VI-2012, considerando III, voto Juez de L)

Sarmiento recordaba:”...*La municipalidad es la sociedad en relacfón al suelo, es la tierra, las casas, las calles y las familias consideradas como una sola cosa ...*” Domingo Faustino Sarmiento, “*Comentarios de la Constitución*”, *ed. Sociedad dé Abogados Editores*”, 1853, p. 133).

La atribución de facultades conferidas a la Provincia no es excluyente de las potestades de reglamentación y policía que las municipalidades están llamadas a ejercer conforme a las leyes de su institución y organización (CSJN, “*Compañía de Transportes de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener* S.A.”, considerando cuarto, “Fallos”,” 325:723; “Emebal S.R.L.”, considerando cuarto, T. 302:742; “Litoral Gas S.A”, T. 327:1416 y su reenvío a “*Gas Natural Ban* S.A”: “ *...la jurisdicción nacional -a menos que contenga alguna exención acordada en virtud del artículo 75, inciso 18, de la Constitución*

Nacional- es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias y de sus municipalidades, ya que es la regla -y no la excepción- la existencia de jurisdicciones compartidas entre el Estado Nacional y los Estados locales). El ordenamiento constitucional y legal de la Provincia de Buenos Aires confiere a los municipios suficientes potestades para disciplinar variados aspectos -incluido el tributario- referentes a las obras que se desarrollan en el espacio público local, como en bienes de su dominio privado, y en el interés urbano-ambiental (I 1992, "*Aguas Argentinas* SA", Sentencia de 7-III-2005, voto Juez Soria, considerando II.3,"d" e I 2021, "*Municipalidad de San Isidro*", sentencia de 27-VIII-2014, voto Juez Soria, en lo pertinente considerando II.2."f").

La situación que puso en evidencia la Municipalidad de San Nicolás en el caso traído a decisión de ese Tribunal, es la de omisión por la Provincia de lo obrado por el constituyente del 94 superando el concepto de exclusiva legislación que antes preveía la nonna (Cf. CSJN, "Fallos", in re "*Provincia de Neuquén*", T. 292:26); aun cuando en numeras decisiones del Máximo Tribunal de Justicia advertía la necesidad de respetar el "régimen municipal", cuya denominación de relevancia había exaltado Varela (Luis V. Varela, en "*Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires*", Talleres de Impresiones oficiales, 1907; Informe de la Comisión Revisora de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, Ed. "La República", 1883, p. 123 a 125); o como se la llamara haciendo alusión a Tocqueville la "*Pequeña República*" (Cf. Diario de Sesiones, Convención _Constituyente de Buenos Aires, año 1934, Tomo II, Taller de Impresiones Oficiales, 13 reunión, palabras del convencional Kaiser, p. 655) o mejor aún, "La institución capaz de hacer apta a la sociedad argentina para el régimen democrático ..." (Juan Bautista Alberdi, "*Elementos de Derecho Público provincial argentino*", Tomo V, ed. El Ateneo, p. 328).

Viene al caso destacar algunas sentencias, que como hubiera dicho el Juez Hitters, me parece importante "*poner la pica en Flandes*" (*in re L.* 70.654, "W, A.", sentencia 10-III-2004, a la primera cuestión, entre otros).

Son los fallos que aún históricos recuerdan que no todas las actividades que se desarrollen dentro del concepto protegido de "*utilidad pública*" son las comprendidas dentro de los propios giros económicos que puedan incluso cumplirse en la zona portuaria; no toda dependencia del ferrocarril comentaba la Corte cae bajo la protección de la eximición impositiva (CSJNA," Cía. de Tierras Central Argentina", T 32:318; "*Ferro Carril Central Argentino*", I 04:73; "P. *Cesari y Cía.*", T. 123:313; considerando cuarto).

Cabe preguntarse si la Provincia en el caso, debería haber precisado aquellas actividades que cuentan con alguna consideración legal que las eximiría de la tributación municipal (CSJNA, "*Municipalidad de Córdoba*", T. 113:165; "*Municipalidad de Córdoba*", T.115:174; vrg. art. 1° y 3, Decreto Nº 185/2007, cf. Decreto Nº 981/14, PBA, "*Reglamento de permisos de usos portuarios*"; Competencias de la Subsecretaria de Actividades Portuarias, puntos 13, 15, 16 y 17, Decreto Nº 1168/16, PBA). El conflicto viene de una larga data, sin solucionarse (v. Demanda ante el Juzgado Contencioso, con fecha 1° de agosto, (Fs. 29); hecho nuevo denunciado, del 31 de agosto, (Fs. 32) ; informe del Director provincial de Gestión Portuaria, de fecha 6 de septiembre, todos del año 2012 (Fs. 162).

Es decir, la única manera en que se podría impedir el ejercicio de las competencias municipales y por cierto, conforme a las finalidades que deben declararse y fundamentarse, es por medio de una ley, y siempre teniendo present(, que todo privilegio debería de ser por tiempo determinado (CSJNA, "Fallos", "*El-Ferrocarril Central Argentino*", T. 68:227, con intervención entre los magistrados, de Luis V V arela).

Actualmente se sostuvo que, en ausencia de una norma del Congreso de la Nación que establezca la exención o inmunidad alegada por la Aduana, su oposición al pago de la tasa municipal de alumbrado, barrido y conservación de la vía pública al que había sido intimada por la comuna resulta infundada (CSJN, "Fallos", "*Administración Nacional de Aduanas*", T. 324:933, considerando once). Y así mismo expresó la Corte:"... *de consagrar*

-en la esfera de su competencia constitucional- exenciones fiscales en el orden pmvincial y municipal, ...deben ser dispuestas de modo inequívoco, porque las exenciones revisten carácter excepcional, requieren de una manifestación cierta de voluntad legislativa y no pueden ser resueltas sobre la base de meras inferencias" ("*Fallos*", "C.O.P.1C.A., S. R L. ", T. 248:736, cit. T. 324:933).

Mientras el ejercicio del poder de policía local y la imposición de gravámenes por los servicios municipales prestados en tal marco, no importe una inconciliable contradicción, una "*franca oposición*" con aquellas otras facultades o poderes en cabeza del Gobierno provincial que recaigan sobre una misma actividad, no puede predicarse una interdicción a pretensiones tributarias como la que en el sub examine se cuestiona (SCJBA, B 61.397, "*Sociedad Española de Socorros Mutuos de Tres Arroyos*", sentencia de 8- VII-2008, entre otras).

Por último, hace al caso tener presente, que la distribución de los recursos fiscales entre jurisdicciones debe consensuarse en el marco de acuerdos propios del federalismo de concertación (CSJN, "*Formosa, Provincia de*", T.338:1498, considerando séptimo; "*Santa Fe, Provincia de*", T. 338:1389, considerando VIIl.4; SCJBA, B 56.707, "*Carba SA*", sentencia 23-IV- 2008, voto Juez Soria, considerando II.3) y la Provincia, no ha intentado siquiera demostrar de qué manera la pretensión tributaria municipal frustraria o dificultaría el cumplimiento de los fines que pretende proteger y que tiene a su cargo, por lo cual los argumentos expuestos por la demandada, sobre esa base, resultan claramente inatendibles.

Por todolo expuesto, entiendo que correspondería hacer lugar al conflicto promovido por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos. Atiendo a las atribuciones con las que el Constituyente y el Legislador de la Provincia han dotado al régimen municipal y que deben ser respetadas (Arts. 5 y 123 de la Constitución Argentina; 190 y sigs. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 25, 27, 226 y conc. de la LOM) y asimismo, en el logro al reconocimiento del principio de concurrencia d competencias en

materia de establecimientos de utilidad nacional contenido en el artículo 75 inciso 30 de la Constitución Argentina (Arts. 196, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 690 del CPCC).

La Plata, mayo 17 de 2017.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 76.036

“Juzgado de Faltas Municipal -Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ conflicto de poderes (art. 161, inc. 2°, Constitución provincial). En autos “Dotti, Fabián Ernesto...”, fecha: 15-07-2019

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Juzgado de Faltas Municipal -Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué s/ Conflicto de Poderes (Art. 161 inc. 2do. Constitución provincial).
En autos "Dotti, Fabián Ernesto..."
B 76.036

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a los fines de emitir dictamen en la causa de referencia, con motivo del conflicto de competencia suscitado entre una autoridad municipal y un órgano del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 49; arts. 161 y 196, CPCC).

I.-

El presente conflicto tiene como origen la infracción constatada en el acta de inspección municipal de la ciudad de Tapalqué del día 3 de febrero de 2019, "*en el marco de directivas emanadas por la superioridad, en relación a control de comercios de expansión nocturna y similares*" (v. fs. 3).

Según surge de dicho documento, el inspector municipal acompañado de personal policial, se constituyó en un local comercial denominado "El Viejo Correo", sito en la calle San Martín 115 de aquélla ciudad, siendo recibidos por su propietario, el Sr. Fabián Dotti.

Se constata que dicho comercio posee vigente el Registro de Expendio de Bebidas Alcohólicas (REBA), más observa "*personas en la pista de baile danzando*" (v. fs. 3). En virtud de lo cual, la Subcomisaria Marisol Magnin1 resuelve el inicio de actuaciones contravencionales, "*dándole intervención a S.S. Juzgado de Paz Letrado Tapalqué a cargo del Dr. Darío lelesias*", y dispone que sea

notificado el presunto infractor del inicio de actuaciones fijando audiencia para el día 5 de febrero del corriente año, a los efectos de que al presunto infractor brinde declaración indagatoria contravencional (v. fs. 5).

Dicha funcionaria al momento de anoticiar al Sr. Juez de Paz el inicio de las actuaciones, explica que en el local dondese llevó a cabo la inspección se habría constado "*personas bailando en la pista de baile, como así también, música alta y luces rítmicas, sin tener el lugar habilitación municipal para el desarrollo de esa actividad como local bailable*" (v. fs. 6).

A fojas 8 se libra un oficio al Sr. Intendente Municipal a los efectos de que se sirva informar si el comercio denominado "*El Viejo Correo*" poseía habilitación municipal, y en caso afirmativo, informe respecto a qué rubro y categoría y si dicho local comercial se encuentra habilitado comolocal bailable.

A fojas 9/9vta. y 10/10vta. obran declaraciones testimoniales del Sr. Maximiliano Gómez, quien fuera el agente policial que acompañó al inspector municipal al momento de inspeccionarel local, y del Sr.

Luis Alberto Benavente quien como funcionario municipal participó en el labrado del Acta de Inspección que diera origen a las actuaciones administrativas. En ambas declaraciones se brindan mayores detalles de lo presenciado y constado el día 3 de febrero luego de ingresar al local antes referido.

El Sr. Ariel Facundo Ávila también declara como testigo, quien cumplió tareas de disc Jockey el día en que se efectuó la inspección antes referida; también lo hace el Sr. Alejandro Alberto Ledesma, quien firmó comotestigo en el acta de inspección (v. fs. 11 y 13).

El Sr. Fabián Ernesto Dotti, en su condición de propietario del local "*El Viejo Correo*", se presenta ante la autoridad policial con motivo del llamado a efectuar declaración indagatoria contravencional. Una vez iniciada dicha audiencia, hace uso de su derecho a no declarar, y manifiesta que "*sólo declarará ante magistrado interviniente*". También se niega a que se le

extrajeran tres fichas dactilares, con el objeto de "*tramitar la correspondiente planilla de antecedentes por ante el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires*" (v. fs. 16 y 17).

II.-

Las actuaciones fueron remitidas al Juzgado de Paz de Tapalqué(v. fs. 19 y 20).

Dicho órgano jurisdiccional, con toda la documentación acompañada, Expediente N° F- 1311-2019, declara su incompetencia. Invoca: "*Que porlos arts. 1, 19, 28 y concs. de la Ley 8751, el Juzgamiento de la infracción al art. 86 del Decreto- Ley 8031 [1973], compete a la Justicia de Faltas Municipal*" (v. fs. 21).

III.-

El citado expediente es remitido al Juzgado de Faltas Municipal de Tapalqué (v. fs. 25 y 26), resolviendo la Jueza dar trámite a las actuaciones por la presunta infracción al artículo 86 de la Ley 8031.

Solicita a la Oficina de Comercio de la municipalidad la remisión de copias certificadas referidas a la habilitación, como así también, toda otra información respecto al local comercial "*El Viejo Correo*". Por último, dispone convocar a una audiencia al Sr. Ernesto Fabián Dotti con el objeto de que efectúe su descargo (v. fs. 27 y vta.).

El Subdirector de Recaudación de la Municipalidad de Tapalqué contesta el oficio librado e informa queel local, propiedad del Sr. Dotti, se encuentra habilitado para funcionar en los rubros "*restaurante y resto-bar*"; adjunta ficha del comercio y copia del certificadode habilitación (v. fs. 28, 30; 32/35).

Por su parte, el Sr. Fabián E. Dotti, por medio de patrocinio letrado, presenta por escrito su descargo.

En dicha presentación, solicita sea declarada la incompetencia de la Justicia de Faltas para intervenir en el presente caso, a tenor

de lo dispuesto en el artículo 106 del Decreto Ley 8031/73. Para ahondar en argumentos considera aplicable la jurisprudencia de la Suprema Corte en casos similares en los que se determinó la competencia de la Justicia de Paz en materia de faltas provinciales.

Agrega queel artículo 172 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así el artículo 106 del dec. Ley 8031/73 "*deben ser interpretados a tenor de los normado en el Código Procesal Penal de la provincia -Ley 11.922 y modif. - sancionado con posterioridad a la reforma constitucional provincial, en cuanto establece que los jueces en lo correccional, entenderán "...en carácter originario y de alzada respecto de faltas o contravenciones municipales, provinciales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes*"..."23. De allí que concluye que el juez competente para el juzgamiento delas faltas provinciales, debería ser el Juzgado de Paz Letrado de la ciudad de Tapalqué(v. fs. 37/38).

Peticiona, asimismo, que el Acta de Constatación sea declarada nula, al igual que el "*procedimiento llevado adelante, en lo que hace a la imputación al suscripto*", y que al momento de resolver se ordeneel archivo de la causa, y se disponga su sobreseimiento (v. fs. 38/40).

La Sra. Jueza de Faltas Municipal resuelve declarar su incompetencia y remite las actuaciones al Juzgado de Paz Letrado de la ciudad de Tapalqué (v. fs. 41 y vta.; 44/46).

IV.-

El Sr. Juez de Paz de Tapalqué dispone, en definitiva, la remisión de lo actuado a la Suprema Corte de Justicia con el objeto de que se resuelva el conflicto de competencia planteado entre el citado Juzgado de Paz Letrado y el Juzgado de Faltas Municipal(v. fs. 47).

V.-

La Suprema Corte, por Secretaría, atento estar en presencia de "*un conflicto de competencia entre una autoridad municipal y un órgano del Poder Judicial de la Provincia... estando suficientemente expuestas las*

razones en las que cada uno de los órganos involucrados sustenta su posición", ordena dar intervención a esta Procuración General en los términos de los artículos 161 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y artículo 34 inc. 5, ap. "a" y "e", y artículo 690 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 49).

VI.-

He de proponerel siguiente dictamen a tenor de los antecedentes expuestos y de la jurisprudencia sobre el tema, a favor de la competencia del Juzgado de Paz de Tapalqué.

1.- En primer lugar, se aprecia que la cuestión planteada es de aquéllas que la Suprema Corte de Justicia está llamada a decidir por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia ya que, como se ha resuelto, la competencia que le confiere la Constitución en dicho precepto comprende los denominados conflictos externos municipales (doct. causas B. 57.409, "Juez de Paz Letrado de Pinamar", res., 01-10-1996; B. 57.644, "*Municipalidad de San Nicolás (Juzgado de Faltas)*", res., 05-11-1996; B.

61.715, "Juzgado de Faltas de Coronel Suarez", res., 07-02-2001, entre otras).

2.- Dicho ello, las actuaciones han tenido como origen la presunta comisión de infracciones al Decreto Ley 8031/73.

En atención al carácter netamente provincial de tal normativa, resulta aquí comprometida la justicia correccional competente en materia de faltas provinciales (arts. 1, 172, 192 y 216, Constitución de la Provincia; conf. doctrina de la SCJBA, causas: B. 68.214, "*Juzgado de Faltad de Chacabuco*", sent., 29-06-05; B. 68.215, "*Juzgado de Faltas de Chacabuco*", sent., 06-07-2005; B. 68.246, "*Juzgado Municipal de Faltas de Pergamino*"; B. 68.247, "*Juzgado Municipal de Faltas de Pergamino*", ambas sentencias del 07-09-2005, B. 69.323, "*Juzgado de Faltas Municipal* n° 1 de Florencio Varela.

Juzgado de Paz Letrado de Florencio Varela", sent., 20-02-2008; B.71.930 "*Juzgado de Faltas de General Pinto*", sent., 22-08-2012, entre otras).

Por su parte el artículo el Artículo 106 (Texto Ley 11.411) establece que "La jurisdicción en materia de faltas será ejercida por Jueces de Paz Letrados en sus respectivos Partidos, y donde no existieren Juzgados de Paz Letrados por los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, que al efecto serán "*Jueces de Faltas*".

Por otro lado, el artículo 2° del decreto ley 8031/1973, resuelve las situaciones de doble regulación en esta materia, dando preeminencia a las previsiones del Código de Faltas provincial, aplicable en la especie por sobre cualquier otra ley provincial, ordenanza o reglamento de carácter general, salvo expresa disposición en contrario (SCJBA, doct. causa B- 68.215, cit.).

Por lo precedentemente expuesto podría V.E. disponer la competencia del Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué.

La Plata, julio 15 de 2019.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.829

“Juzgado de Faltas. Exaltación de la Cruz, Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz s/ conflicto de poderes (art. 161, inc. 2° de la Constitución provincial)”, fecha: 13-07-2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Juzgado de Faltas. Exaltación de la Cruz- Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz s/ Conflicto de Poderes (Art. 161 inc. 2 de la Constitución provincial") En autos: "Rodríguez María del Carmen..."

B 74.829

Suprema Corte de Justicia:

El presente conflicto tuvo como origen la denuncia presentada por la Señorita María de los Ángeles Rodríguez ante la autoridad policial comunal, Destacamento Parada Robles, con sede en el Municipio de Exaltación de la Cruz (v. fs. 1).

En dicha denuncia se expresa: "...*que el día sábado 17 de octubre siendo las 16:20 horas en circunstancias en que la misma se dirigía a la localidad de Capilla del Señor a su lugar de trabajo circulando en rollers por la ruta N° 192 es que a 200 metros aproximadamente de cruzar las vías en dirección a Capilla del Señor la denunciante es sorprendida por un perro el cual se le tira encima, que al observar esto la dicente realiza una maniobra sobre sus rollers para evitar la mordedura del mencionado perro, es que en ese momento pierde el equilibrio cayéndose hacia atrás al piso, poniendo sus manos para evitar el impacto del resto del cuerpo, que la misma una vez en el piso pudo observar que se trataba de un perro de pelaje negro, de contextura grande, que por sus características podría llegar a ser cruza con Rottwellers, [Rottweiler] siendo su propietaria la señora Carina Ruiz Díaz, que en ese momento observo que se asomó el hijo menor de la mencionada Ruiz Díaz el cual al ver que el perro quería morder a la dicente procedió a llamar al*

Can para luego meterse dentro de su casa, no recordando con qué nombre llamó al Can …ya en su lugar de trabajo …al no aguantar el dolor que tenía en su mano se dirigió al Hospital San José de Capilla donde fue atendida por el médico de guardia el cual realizó curaciones momentáneas que el día de la fecha la dicente seguía con dolor en su mano…se hizo presente nuevamente en el Hospital de Capilla donde fue atendida por médico …,el cual le extendió un precario [certificado] médico por traumatismo de muñeca, pero el mismo le ordenó una resonancia magnética ya que la dicente sufrió una fractura en la muñeca…" . Aclara: "*…que no es la primera vez que ese perro muerde a alguien o lo hace caer…*" (v. fs. 1).

I.-

Elevada la denuncia al Juzgado de Paz letrado de Exaltación de la Cruz, la Jueza de Paz resolvió declararse incompetente "*…para seguir entendiendo en autos, correspondiendo remitir la presente al Juzgado de Faltas de Exaltación de la Cruz en conformidad con la Ley Nro.* 14.107" (v. fs. 13 y vta).

Para así hacerlo, consideró la magistrada que "… íntimamente relacionado con los hechos denunciados se encuentra la Ley Nro. 14.107 la cual regula la tenencia de perros potencialmente peligrosos, *disponiendo en el anexo I un listado de razas consideradas como tal, haciendo mención entre otras a los perros rotwailer*". Agrega que "*…establece asimismo dicha ley en su artículo 8 qué medidas han de ser tomadas por quien resulte propietario de alguno de estos animales, indicando los requisitos que deberá cumplimentar la propiedad donde se encuentren los canes así como también qué recaudos habrá de tener el dueño al circular en la vía pública…*" (v. fs. 13).

Aduna respecto al órgano de contralor:"*…dispone el artículo 3 que deberá existir en cada municipio el correspondiente registro de propietarios de perros potencialmente peligrosos en el cual serán inscriptos los dueños de los mismos… quedando a cargo, conforme el artículo 11 de la Justicia de Faltas el juzgamiento de las infracciones cometidas*" (v. fs. 13 *in fine*).

Por dicha razón, entiende que la denuncia formulada "*... encuadra dentro del ámbito de aplicación de dicha ley*" y "*corresponde a la suscripta declararse incompetente...*" (v. fs. 13 vta.).

II.-

Habiéndosele remitido las presente actuaciones al Juez de Faltas municipal, por su parte también se consideró incompetente para entender en las mismas (v. fs. 19/20).

Fundó esta decisión en el hecho de que el artículo 3 de la ley Nro. 14.107 dispone la creación de la Delegación Municipal del "*Registro de Propietarios de Perros Potencialmente Peligrosos de la Provincia de Buenos Aires*". Pero resalta que no fue creado aún dicho registro en el ámbito local.

Por otra parte agrega que el hecho denunciado -ataque de perro- estaría alcanzado por lo previsto en los artículos 46 y 47 del decreto ley Nro. 8.031/73, "*materia sobre la que resulta competente la Justicia de Paz Letrada...*" (v. fs. 19 vta.).

III.-

La Jueza de Paz Letrada, luego de ser recibidas una vez más, las actuaciones, y fundando en doctrina jurisprudencial su incompetencia, resuelve elevar la causa a la Suprema Corte de Justicia (v. fs. 25).

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a tenor de lo dispuesto en los artículos 161 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires recepta las actuaciones y ordena el pase a dictamen a esta Procuración General (v. fs. 26; arts. 34 inc. 5°, apartado "a" y "e"; 690 y cc. del CPCC).

IV.-

Efectuada la reseña de los antecedentes, las posiciones de las partes y atendiendo a lo decidido por ese Tribunal de Justicia en la causa B 73.933, caratulada: "*Juzgado de Faltas de Exaltación de la Cruz - Juzgado de*

Paz Letrado de Exaltación de la Cruz. Conflicto art. 161 inciso 2º, Const. prov. en autos: 'B., A. *Denuncia*", de fecha 13 de abril de 2016, correspondería hacer lugar al promovido por la titular del Juzgado de Paz de la Municipalidad de Exaltación de la Cruz (v. fs. 25, con observación de la caratula de la causa).

Se aprecia que la cuestión planteada es de aquéllas que ese Tribunal está llamado a decidir por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia; que comprende los denominados conflictos externos municipales (SCJBA, doct. causas B. 57.409, "*Juez de Paz Letrado de Pinamar*", resolución de 1-X-1996; B. 57.644, "*Municipalidad de San Nicolás (Juzgado de Faltas)*", resolución de 5-XI-1996; B. 61.715, "*Juzgado de Faltas de Coronel Suárez*", resolución de 7-II-2001; B. 71.930, "*Juzgado de Faltas de General Pinto*", sentencia de 22-VIII-2012, entre otras).

El núcleo de la situación de conflicto traída a esa Suprema Corte de Justicia radica en determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde la atribución de juzgar los hechos denunciados en autos.

V.-

La normativa dada por la Ley N°14.107 (BOBue 20 y 21/1/2010), determinó la decisión de la Jueza de Paz Letrada a fs. 13; 13 vta. y 25; dicha preceptiva establece las normas aplicables a la tenencia de especies caninas potencialmente peligrosas para hacerlas compatibles con las seguridad de las personas y de otros animales (v. art. 1), precisa qué animales deben considerarse comprendidos en esa norma (v. art. 2 y Anexo I), creando un Registro de Propietarios de Perros de la Provincia de Buenos Aires (v. art. 3). En cuanto al juzgamiento de las infracciones dispone que estará a cargo de la Justicia de Faltas y el procedimiento se regirá por lo establecido en el Código de Faltas Municipales, decreto ley N° 8.751/1977 (v. art. 11).

En el mismo sentido, la Municipalidad de Exaltación de la Cruz sancionó la ordenanza N° 25/12 con el objeto de regular la permanencia en lugares públicos de los animales de compañía, considerados domésticos,

estableciendo una serie de requisitos para su circulación (v. art. 2º) y sancionando sus infracciones con la pena de multa (v. art. 5º), sin perjuicio de lo que dispongan otras normas nacionales y provinciales (v. art. 4º). (v. dictamen de esta Procuración General, en la causa B 73.933, cit.)

Siendo así, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 47 inciso "a" del decreto ley N° 8.031/1973, dada la especificidad de la ley N° 14.107, dictada con posterioridad al Código de Faltas provincial, me inclinan a propiciar que en los supuestos como los denunciados, el legislador provincial, teniendo en miras "*...resolver la problemática resultante del creciente número de accidentes causados por ciertas razas caninas*" (v. los fundamentos de la ley N° 14.107), ha regulado en forma especial la cuestión, atribuyendo la competencia para sus juzgamiento a los órganos del decreto ley N° 8.751/1977.

VI.-

Por lo expuesto, V.E. considero que correspondería hacer lugar al conflicto de competencia promovido por la titular del Juzgado de Paz de la Municipalidad de Exaltación de la Cruz y atribuir la competencia al Juzgado de Faltas de dicha municipalidad, para entender en la presente denuncia (Arts. 161, inc. 2 y 196, Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

La Plata, julio 13 de 2017.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.828

“Juzgado de Faltas. Exaltación de la Cruz, Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz s/ Conflicto de Poderes (Art. 161 inc. 2 de la Constitución provincial)”, fecha: 13-07-2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Juzgado de Faltas. Exaltación de la Cruz- Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz s/ Conflicto de Poderes (Art. 161 inc. 2 de la Constitución provincial" En autos: "Sánchez Micaela..."

B 74.828

Suprema Corte de Justicia:

El presente conflicto tuvo como origen la denuncia presentada por la Señorita Micaela Sánchez ante la autoridad de la Subestación Los Cardales, Partido de Exaltación de la Cruz de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (fs. 1).

En dicha denuncia se expresa: "...*que en el día de la fecha [10 de octubre de 2014] en momentos en que circulaba de a pie, junto a su hijo de diez años, por calle Alsina en sentido a Calle De Luca, este medio, es que al estar cruzando por la intersección de las arterias Alsina e Irigoyen, de este medio, es sorprendida por tres canes de raza Pitbull, los cuales salieron del interior de una vivienda ubicada en la esquina de mención, la cual según sus conocimientos resulta ser del señor Verón, del cual ignora demás datos personales, los cuales se abalanzan sobre ésta comenzando a ladrarle ferozmente hasta que en un determinado momento uno de estos canes, más precisamente el de color negro, la muerde en su pierna izquierda a la altura de la pantorrilla sin llegar a dañarle el pantalón pero sí hincándole los dientes en el lugar de mención, por lo que esta comienza a gritar a este animal para que desista de su accionar logrando de este modo que el can se aleje e ingrese*

nuevamente a la vivienda de la cual salió". Aclara: "*…es de su conocimiento que estos canes ya han mordido a varias personas de esta localidad y que hasta el momento no se ha tomado determinación alguna al respecto…*" (v. fs. 1 y vta.).

I.-

Elevada la denuncia al Juzgado de Paz letrado de Exaltación de la Cruz, la Jueza de Paz resolvió declararse incompetente "*…para seguir entendiendo en autos, correspondiendo remitir la presente al Juzgado de Faltas de Exaltación de la Cruz en conformidad con la Ley Nro. 14.107*" (v. fs. 4 y vta.).

Para así resolver consideró la magistrada que "… íntimamente relacionado con los hechos denunciados se encuentra la Ley Nro. 14.107 la cual regula la tenencia de perros potencialmente peligrosos, disponiendo en el anexo I un listado de razas consider*adas como tal, haciendo mención entre otras a los perros ptibull*". Agrega: "*…establece asimismo dicha ley en su artículo 8 qué medidas han de ser tomadas por quien resulte propietario de alguno de estos animales, indicando los requisitos que deberá cumplimentar la propiedad donde se encuentren los canes así como también qué recaudos habrá de tener el dueño al circular en la vía pública…*" (v. fs. 4).

Aduna respecto al órgano de contralor: "*…dispone el artículo 3 que deberá existir en cada municipio el correspondiente registro de propietarios de perros potencialmente peligrosos en el cual serán inscriptos los dueños de los mismos… quedando a cargo, conforme el artículo 11 de la Justicia de Faltas el juzgamiento de las infracciones cometidas…*" (fs. 4 y vta.).

Por dicha razón, entiende que la denuncia "*…encuadra dentro del ámbito de aplicación de dicha ley…*" y que " *corresponde a la suscripta declararse incompetente…*" (fs. 4 vta.).

II.-

Habiéndosele remitido las presente actuaciones al Juez de Faltas municipal, por su parte también se consideró incompetente para entender en las mismas (v. fs. 19/20).

Fundó esta decisión en el hecho de que el artículo 3 de la ley Nro. 14.107 dispone la creación de la Delegación Municipal del "*Registro de Propietarios de Perros Potencialmente Peligrosos de la Provincia de Buenos Aires*". Pero resalta que no fue creado aún dicho registro en el ámbito local.

Por otra parte agrega que el hecho denunciado -ataque de perro- estaría alcanzado por lo previsto en los artículos 46 y 47 del decreto ley Nro. 8.031/73, "*materia sobre la que resulta competente la Justicia de Paz Letrada...*" (v. fs. 19 vta. y 20).

III.-

La Jueza de Paz Letrada, luego de ser recibidas una vez más, las actuaciones, y fundando en doctrina jurisprudencial su incompetencia, resuelve elevar la causa a la Suprema Corte de Justicia (v. fs. 33).

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a tenor de lo dispuesto en los artículos 161 y 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, recepta las actuaciones y ordena el pase a dictamen a esta Procuración General (v. fs. 34; arts. 34 inc. 5°, apartado "a" y "e"; 690 y cc. del CPCC).

IV.-

Efectuada la reseña de los antecedentes, las posiciones de las partes y atendiendo a lo decidido por ese Tribunal de Justicia en la causa B 73.933, caratulada: "*Juzgado de Faltas de Exaltación de la Cruz - Juzgado de Paz Letrado de Exaltación de la Cruz. Conflicto art. 161 inciso 2º, Const. prov. en autos: 'B., A. Denuncia'*", de fecha 13 de abril de 2016, correspondería hacer lugar al promovido por la titular del Juzgado de Paz de la Municipalidad de Exaltación de la Cruz (v. fs. 33, con observación de la caratula de la causa).

Se aprecia que la cuestión planteada es de aquéllas que ese Tribunal está llamado a decidir por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia; que comprende los denominados conflictos externos municipales (SCJBA, doct. causas B. 57.409, "*Juez de Paz Letrado de Pinamar*", resolución de

1-X-1996; B. 57.644, "*Municipalidad de San Nicolás (Juzgado de Faltas)*", resolución de 5-XI-1996; B. 61.715, "*Juzgado de Faltas de Coronel Suárez*", resolución de 7-II-2001; B. 71.930, "*Juzgado de Faltas de General Pinto*", sentencia de 22-VIII-2012, entre otras).

El núcleo de la situación de conflicto traída a esa Suprema Corte de Justicia radica en determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde la atribución de juzgar los hechos denunciados en autos.

V.-

La normativa dada por la Ley N° 14.107 (BOBue 20 y 21/1/2010), determinó la decisión de la Jueza de Paz Letrada a fs. 4; 4 vta. y 33; dicha preceptiva establece las normas aplicables a la tenencia de especies caninas potencialmente peligrosas para hacerlas compatibles con las seguridad de las personas y de otros animales (v. art. 1), precisa qué animales deben considerarse comprendidos en esa norma (v. art. 2 y Anexo I), creando un Registro de Propietarios de Perros de la Provincia de Buenos Aires (v. art. 3). En cuanto al juzgamiento de las infracciones dispone que estará a cargo de la Justicia de Faltas y el procedimiento se regirá por lo establecido en el Código de Faltas Municipales, decreto ley N° 8.751/1977 (v. art. 11).

En el mismo sentido, la Municipalidad de Exaltación de la Cruz sancionó la ordenanza N° 25/12 con el objeto de regular la permanencia en lugares públicos de los animales de compañía, considerados domésticos, estableciendo una serie de requisitos para su circulación (v. art. 2º) y sancionando sus infracciones con la pena de multa (v. art. 5º), sin perjuicio de lo que dispongan otras normas nacionales y provinciales (v. art. 4º). (v. dictamen de esta Procuración General, en la causa B 73.933, cit.)

Siendo así, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 47 inciso "a" del decreto ley N° 8.031/1973, dada la especificidad de la ley N° 14.107, dictada con posterioridad al Código de Faltas provincial, me inclinan a propiciar que en los supuestos como los denunciados, el legislador provincial, teniendo

en miras "*...resolver la problemática resultante del creciente número de accidentes causados por ciertas razas caninas*" (v. los fundamentos de la ley N° 14.107), ha regulado en forma especial la cuestión, atribuyendo la competencia para sus juzgamiento a los órganos del decreto ley N° 8751/1977.

VI.

Por lo expuesto, V.E. considero que correspondería hacer lugar al conflicto de competencia promovido por la titular del Juzgado de Paz de la Municipalidad de Exaltación de la Cruz y atribuir la competencia al Juzgado de Faltas de dicha municipalidad, para entender en la presente denuncia (Arts. 161, inc. 2 y 196, Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

La Plata, julio 13 de 2017.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: B 74.705

“Intendente Municipal de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante de Villa Gesell s/ conflicto art. 196, Constitución Provincial. Art. 261 LOM”, fecha: 06-06-2017

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Intendente Municipal de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante de Villa Gesell s/ Conflicto art. 196 Constitución Provincial. Art. 261 LOM"

B 74.705

Suprema Corte de Justicia:

El señor Intendente Municipal de Villa Gesell Dr. Gustavo Norberto Barrera promueve en los términos de los artículos 196 de la Constitución de la Provincia y 261 de la Ley Orgánica de las Municipalidades el presente conflicto contra el Concejo Deliberante comunal, con el objeto de que la Suprema Corte declare la nulidad de la Ordenanza N° 2556 de fecha 14 de febrero de 2017 sancionada por insistencia con la sanción de la Ordenanza N° 2559 del 3 de abril del corriente año, atento al veto parcial llevado a cabo por el aquí denunciante por medio del Decreto 555/17. De esta forma el Concejo Deliberante de Villa Gesell modificó la Ordenanza Fiscal e Impositiva 2156/08 (fs. 5/ 13).

También solicita que en forma previa al traslado de la demanda, V.E. dicte como medida cautelar la suspensión de la vigencia de la citada Ordenanza N° 2556 (fs. 6).

I.-

Respecto a los hechos relata el aquí denunciante que el día 14 de Febrero de 2017 el Concejo Deliberante de Villa Gesell sancionó la Ordenanza N° 2556 por la que se modificó al Código Tributario que fuera aprobado por medio de la Ordenanza N° 2156 del año 2008. Así por medio de la citada ordenanza el órgano deliberativo efectuó modificaciones al artículo 109 del

Código Tributario Ordenanza "*no contempladas por el Departamento Ejecutivo, y que por ello fue materia de veto*" (fs. 6 vta.).

Explica que por medio de la modificación al artículo 109 llevada a cabo por la citada Ordenanza N° 2556 aquí impugnada se establecieron valores máximos anuales en concepto de tasas municipales a aplicar a superficies de parcelas superiores a 7500 metros cuadrados (fs. 6 vta.).

Sigue expresando que el día 2 de marzo de 2017 el aquí denunciante, en su condición de titular del Departamento Ejecutivo municipal dictó el Decreto N° 555/17 por el cual vetó parcialmente la Ordenanza N° 2556. Finalmente el día 3 de Abril de 2017, el Concejo Deliberante "*sin fundamentar su decisión y sobre tablas ratifica la ordenanza ut supra mencionada insistiendo con la misma y la sanciona en forma definitiva con el dictado de la Ord. Registro H.C.D. 2559*" (fs. 6 vta.).

Aclara que los hechos aquí puestos en conocimiento de V.E. son de carácter muy similar al oportunamente denunciado por el mismo intendente municipal contra el Concejo Deliberante local en la causa B. 74.539 ("Intendente Municipal de Villa Gesell c/ Concejo Deliberante de Villa Gesell s/ Conflicto art. 196 Const. Prov. y art. 261 de la L.O.M"), ya que el objeto consistió en "*bajar los tributos municipales a las grandes parcelas, con la única diferencia que el año anterior lo hacía con las mayores a 2500 metros cuadrados y ahora sólo con las mayores de 7500 metros cuadrados, es decir que el único cambio fue limitar número de contribuyentes beneficiados con la baja de tasas*". A modo de denuncia agrega el señor Intendente Municipal que "*igualmente algunos concejales se siguen beneficiando con ello al igual que sus parientes directos: ascendientes, hermanos e hijos a quienes cedieron sus bienes*" –sic-, (fs. 7).

Considera que la consecuencia de los efectos de la Ordenanza N° 2559 será "*colocar a la comuna en un grave estado de inseguridad jurídica y financiera que afecta negativamente la gestión de los servicios públicos indispensables*" (fs. 7).

Entiende que con la sanción de ambas ordenanzas, el órgano deliberativo ha desconocido los principios de iniciativa y responsabilidad fiscal en materia presupuestaria establecidos por el ordenamiento legal que rige la especie, todo lo cual fundamentaría la promoción de este proceso (arts. 192 inc. 5°, Const. prov.; 34, 109, 124 y conc., LOM; fs. 7/ 8vta.).

Subraya que las normas citadas establecen que es competencia del Departamento Ejecutivo formular el plan de gobierno anual a través del proyecto de presupuesto, por ser el encargado de ejecutarlo. Por eso infiere que "*toda iniciativa de modificación normativa o cuantitativa que ataña a la ordenanza del presupuesto, deberá generarse desde su órbita*". En sentido contrario señala que el Departamento Deliberativo podría llegar a sancionar ordenanzas presupuestarias sin la correspondiente financiación "*y al mismo tiempo, reservarse la potestad de enjuiciar al otro Departamento por insuficiencia o deficiencia en la ejecución*" (cita jurisprudencia del Alto Tribunal provincial, que considera aplicable; fs. 9).

Indica que por las razones expuestas le compete al Departamento Ejecutivo preparar la ordenanza presupuestaria; y eventualmente su modificación sólo debería serlo por el mismo órgano. Agrega que "*el alcance de esta atribución, no debería relegarse únicamente al aspecto cuantitativo del mismo, sino a la integralidad de la Ordenanza Presupuestaria, (normativa y cuantitativa)*" (fs. 9).

Considera que esta posición se vería reafirmada luego de la de la sanción de la Ley N° 11.582, norma por la cual se establece la responsabilidad solidaria de los ediles que sancionaran presupuestos deficitarios "*o que contribuyan con su accionar u omisiones, a la provocación de desequilibrios estructurales en los presupuestos*" (fs. 9).

Destaca que conforme surgiría de un informe realizado por el Contador Municipal, con la reforma a la ordenanza Fiscal Impositiva, 172 parcelas "*se verán beneficiadas con la reducción en las tasas municipales...*" Y que dicha reducción de las tasas traería "como consecuencia

III.-

El Señor Cristian Leandro Angelini, en su condición de Presidente del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Villa Gesell, por medio de patrocinio letrado, contestó el traslado conferido, solicitando que al momento de resolver V.E. disponga el rechazo del presente conflicto de poderes municipal, con costas (fs. 37/ 4vta.).

Considera que debería declararse la inexistencia del conflicto, como así también la validez de las ordenanzas impugnadas. Así advierte que el Intendente Municipal cometió un "*error garrafal*", al suponer la existencia de un conflicto de poderes y por entender que el artículo 34 de la Ley Orgánicas de las Municipalidades reservaría al Departamento Ejecutivo la iniciativa de modificar las ordenanzas impositivas. Al respecto entiende que "*esa exclusividad no solo no surge del mencionado precepto, sino que -ya lo he dicho- el artículo 29 inciso 1° de la misma ley autoriza a los miembros del H. Concejo Deliberante a presentar un proyecto en la especie*". Advierte que la única limitación que el artículo 34 de la LOM impondría, consistiría en la imposibilidad de modificar la ordenanza presupuestaria sino por iniciativa del Departamento Ejecutivo (fs. 39).

Agrega al respecto que las ordenanzas que aprueben presupuestos "*efectivamente, deben ser proyectadas por el Departamento Ejecutivo y el Deliberativo no está facultado para aumentar su monto total (arts. 192 inc. 5° de la Const. Prov. y 35 de la LOM)*" (fs. 39 vta.).

Pero considera que este criterio no debe seguirse en las ordenanzas impositivas, "*dado que admiten su modificación a instancia de uno o más ediles (art. 29 inc. 1° de la LOM)*". Advierte el Presidente del Concejo Deliberante que en sentido contrario a las ordenanzas de naturaleza presupuestaria, las ordenanzas impositivas poseen "*vocación de permanencia*", y "*mantienen su vigencia hasta tanto no sean modificadas o derogadas por otras (art. 192 inc. 5° párrafo 2° de la Const. Prov.), y por ello, claramente se inscriben dentro del poder general de legislar que corresponde con exclusividad al Concejo Deliberante (art. 24 de la LOM)*". (fs. 39 vta.).

En sentido contrario, observa que las ordenanzas que sancionan el presupuesto de gastos y cálculo de recursos, poseen vigencia exclusivamente para el ejercicio administrativo de que tratan, "*porque el plan de gobierno anual que propone el Departamento Ejecutivo*", más allá de que sea el Concejo Deliberante el órgano que a tenor de lo previsto en el artículo 192 inciso 5 lo apruebe (fs. 39 vta.).

Luego de un extenso desarrollo jurisprudencial y doctrinario que considera aplicable, subraya que "*los antecedentes fácticos evidencian que no es un conflicto de atribuciones lo que subyace en la pretensión anulatoria deducida por el señor Intendente Municipal, sino la diferente opinión que tiene respecto al tratamiento fiscal que corresponde dar a las parcelas de superficie mayor a los 7.500 metros cuadrados, en cuanto a la Tasa por Servicios Urbanos*" (fs. 41vta.).

De esta forma aduce que la posición adoptada por el Sr. Intendente Municipal no respondería a una supuesta invasión de competencias de un departamento a otro de la Municipalidad de Villa Gesell, sino a que "*es de toda evidencia que al señor Intendente no le satisface o no le agrada -desde su punto de vista político- la reforma introducida por el Concejo Deliberante al artículo 109 de la Ordenanza Fiscal n° 2156/08 ... y es por ello que en el ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 108 inciso 2° de la LOM procedió a vetarla*". Y luego de la insistencia por parte del Concejo Deliberante "clausuró las posibilidades de hacer valer su criterio, el que fue rechazado por la mayoría de los representantes del pueblo", y por ello habría ocurrido ante V.E. por la vía del conflicto de poderes (fs. 42).

Para finalizar, adhiere a la prueba documental ofrecida por la parte denunciante, y deja planteado el caso federal.

IV.-

A fojas 48 se dispuso el pase en vista a esta Procuración General en los términos del artículo 690 del Código Procesal en lo Civil y Comercial.

En primer lugar considero que la cuestión planteada por el señor Intendente de la Municipalidad de Villa Gesell es de aquéllas que

ese Tribunal estaría llamado a decidir por el artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ya que, como se ha resuelto, la competencia que le confiere ese artículo comprende a las contiendas que involucren a los dos departamentos que componen el poder municipal, siempre y cuando se susciten con motivo de sus respectivas atribuciones, como cuando uno desconoce al otro la facultad que éste se atribuye o invade directa o indirectamente la esfera del otro ("A*cuerdos y Sentencias*", serie 9ª, t. 85, p. 429; t. 186, p. 542; 1974-III-623; causas B. 51.873, res. del 26-IV-1988; B. 53.253, res. del 4-IX-1990; B. 54.089, res. del 26-XI-1991; B. 58.988, "Ríos", res. del 21-IV-1998; B. 62.928, res. del 7-XI-2001; B. 63.420, res. del 24-IV-2002; B.68.363, sentencia de 6-IX.2006; B.68.664, sentencia de 30-IX-2009; B.70.800, sentencia de 16-III-2011; entre otras).

Respecto a la cuestión de fondo denunciada por el Sr. Intendente, adelanto mi opinión en el sentido de que V.E. debería hacer lugar al presente conflicto de poderes municipal.

En efecto, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece, en lo que se refiere al régimen municipal que "la legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales…" (art. 191 Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Por su parte el artículo 192 de la Carta Magna local, indica en el inciso 5 como competencia inherente al régimen municipal "votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo…".

En el siguiente párrafo de este inciso 5 se ordena que "el presupuesto será proyectado por el departamento ejecutivo y el deliberativo no está facultado para aumentar su monto total…".

En materia presupuestaria, se advierte que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece para el régimen municipal un sistema similar al previsto a nivel provincial: iniciativa del Poder Ejecutivo y posterior sanción por parte del Poder Legislativo.

Así en el presente y de las actuaciones acompañadas, se observa que:

Que el Departamento Ejecutivo con fecha 5 de enero del corriente año presentó un proyecto de modificación del Código Tributario, bajo el Expediente identificado como "D N° 10.847/17". El señor Intendente Municipal solicitó a la Presidenta del Concejo Deliberante que el citado proyecto como así también el proyecto de Ordenanza de Presupuesto sean tratados en sesión extraordinaria (fs. 1 y 2 del Anexo Documental II).

El proyecto del Departamento Ejecutivo de reforma al Código Tributario local obra a fojas 3 a 18 del Anexo Documental II.

El Bloque de Concejales Peronistas en el Frente para la Victoria, por su parte, presentó un proyecto de ordenanza por el cual se propusieron modificaciones al Código Tributario, aprobado por medio de la Ordenanza N° 2156/08 (fs. 19/31 del Anexo Documental II).

Siete concejales presentaron un proyecto de ordenanza por el que se disponía la modificación a los artículos 105, 109, 125, 135, 145, 209, 295, 296 y 297 de la Ordenanza N° 2156/08 –Código Tributario- (fs. 56/58 del Anexo Documental II)

El Concejo Deliberante de Villa Gesell con fecha 30 de enero de 2017 aprobó por medio de la Ordenanza N° 2550, la modificación a los artículos 105, 109, 125, 135, 145, 209, 295, 296 y 297 de la Ordenanza N° 2156/08 –Código Tributario- (fs. 47/52 del Anexo Documental II).

El Concejo Deliberante conjuntamente con la Asamblea de Mayores Contribuyentes, finalmente, aprobó por medio de la Ordenanza N° 2556 las modificaciones propuestas (fs. 59/61 del Anexo Documental II).

El señor Intendente Municipal con fecha 6 de marzo del corriente por medio del Decreto 555/17 promulgó la Ordenanza N° 2556, pero observó la modificación efectuada al artículo 109 de la Ordenanza N° 2156/08 -Código Tributario- (fs. 67/ 72 del Anexo Documental II).

una pérdida de recursos de este ejercicio fiscal 2017 por la suma de $ 13.049.538" (fs. 9 vta.).

Expone que el Departamento Deliberativo introdujo reformas sustanciales a la Ordenanza Fiscal Impositiva sin que haya mediado la iniciativa del Departamento Ejecutivo, "*en franca violación con los preceptos legales normados en el artículo 192 de la Const. Provincial, 34 y 109 de la L.O.M., por lo que resulta que la norma atacada padece de un vicio que la torna nula (art. 240, decreto ley 6769/1958)*" (fs. 9 vta.).

También entiende que el Concejo Deliberante habría violado lo previsto en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 193 inciso 2°, por el que se dispone que "las atribuciones expresadas tienen las siguientes limitaciones: 2. Todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras, necesita ser sancionado por mayoría absoluta de votos de una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes de impuestos municipales". De allí infiere que mientras que la Ordenanza N° 2556/17 –que modificó el Código Tributario aprobado por Ordenanza N° 2156/08 fue aprobada mediante una asamblea compuesta por concejales y mayores contribuyentes, la Ordenanza de insistencia N° 2559/17 no respetó este mecanismo, lo que "indefectiblemente genera como consecuencia inevitable la nulidad insalvable de la misma, solicitando así VE lo resuelva" (fs. 10 vta.).

Para finalizar solicita que V.E., a tenor de lo previsto en el artículo 261 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, ordene la suspensión de la vigencia de la Ordenanza N° 2556; ofrece prueba documental e informativa (11 vta./ 13).

II.-

V. E. dispuso suspender "*hasta tanto se dicte sentencia en este conflicto, los efectos de la Ordenanza N° 2556/17 de la Municipalidad de Villa Gesell*" (fs. 15/18).

Por último, con fecha 3 de abril el Honorable Concejo Deliberante, por medio de la Ordenanza N° 2559 dispuso insistir en la modificación al artículo 109 de la Ordenanza N° 2156/08 (73 y 74 del Anexo Documental II).

Como se adelantara, la presente denuncia de conflicto de poderes municipal debería prosperar.

La Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto Ley 6769/58) determina las competencias del Departamento Ejecutivo. Respecto al tema que nos ocupa, el artículo 109 establece que "corresponde al Departamento Ejecutivo proyectar las ordenanzas impositivas y el presupuesto de gastos y recursos debiendo remitirlo al Concejo con anterioridad al 31 de octubre de cada año"; los artículos 110 a 114 detallan qué cuestiones deben prever estos proyectos de presupuesto de gastos.

Por su parte el artículo 115 establece que una vez devuelto el proyecto de presupuesto con modificación total o parcial, y habiendo finalizado el período de sesiones de prórroga, el Departamento Ejecutivo convocará a sesiones extraordinarias para su consideración, como así también en el supuesto de que el Concejo no lo hubiere considerado.

A su vez el artículo 116 ordena que en el presunto caso de no haberse aprobado el proyecto de presupuesto en las sesiones extraordinarias, el Departamento Ejecutivo deberá poner en vigencia el presupuesto del año anterior; el artículo 117° prescribe que le corresponde al Ejecutivo la recaudación de los recursos y la ejecución de los gastos de la Municipalidad con la excepción de los gastos que le correspondiere ejecutar al Concejo Deliberante.

Se advierte, por lo tanto que este tipo de proyectos deben tener inicio en el ámbito del Departamento Ejecutivo, órgano que debe remitirlo al Concejo Deliberante a los efectos de que en este ámbito se efectúen -o no-, enmiendas al proyecto de ordenanza (art. 115 L.O.M.); una vez devuelto el proyecto, el Ejecutivo estudia las propuestas del Departamento Deliberativo, pudiendo insistir con su redacción originaria o aceptar las propuestas.

Estas normas reglamentarias son concordantes con el espíritu del artículo 192 inciso 5 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, su norma jerárquicamente superior.

Así, por un lado, conforme al citado artículo 192 inciso quinto de la Constitución provincial es una atribución inherente al régimen municipal votar anualmente el presupuesto y los recursos para costearlo y se pone en manos del Concejo Deliberante la potestad de sancionarlo. Tal atribución reglamentada por la Ley Orgánica de las Municipalidades aparece en principio como una competencia exclusiva del Concejo para la determinación de los recursos y gastos anuales (arts. 29, 34 primera parte a 38).

Pero por otro lado, conforme al artículo 190, concordante con el 192, ambos de la Constitución Provincial, la responsabilidad de gobierno recae en ambos departamentos, e incluso de no ser sancionado deberá el Ejecutivo estarse al anteriormente existente y aprobado (art. 37 del Decreto ley 6.769), no estando incluso el Deliberativo –conforme a Constitución- autorizado a disponer el aumento del monto total (art. 192 inciso 5to. de la Constitución Provincial).

Y ello forma parte de una derivación del principio de buena administración económica de la Comuna, dado que es competencia del departamento indicado ser el primario responsable de la administración comunal en las áreas de su competencia, y para el cual colaboró en su determinación conforme a las necesidades presupuestadas (arts. 109 y concordantes de la Ley Orgánica de las Municipalidades).

Razón por la cual entiendo que la modificación efectuada por el Concejo Deliberante al artículo 109 del Código Tributario, sin que haya habido iniciativa por parte del Departamento Ejecutivo, es contraria a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y a la Ley Orgánica de las Municipalidades.

Así por la Ordenanza 2156 y su insistencia efectuada por medio de la Ordenanza 2159, ambas del año 2017 - cuya iniciativa correspondió

a uno de los bloques de concejales de ese cuerpo deliberativo-, se dispuso la reducción de las alícuotas de las tasas municipales sobre las parcelas mayores a 7.500 metros cuadrados. Esta reducción indudablemente incide en forma directa en la previsión de los recursos económicos con los que cuenta el Departamento Ejecutivo para afrontar los gastos e inversiones tenidos en cuenta en la Ordenanza de presupuesto.

Téngase en cuenta que, tal como se recordara con anterioridad, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al momento de deslindar competencias entre el Gobernador y la Legislatura, reitera la misma lógica en materia presupuestaria.

Así la Carta Magna local ha dispuesto, que corresponde al Poder Ejecutivo proyectar el presupuesto y que corresponde al Poder Legislativo "fijarlo" (ver arts. 103 inc. 2º y 144 inc. 16 C.P.).

El Presupuesto -como previsión financiera de recursos ("*ingresos potenciales*") y gastos ("*egresos potenciales*")- anticipa el movimiento del tesoro durante un ejercicio financiero, generalmente anual. Es una anticipación del tesoro y los elementos de este último son los ingresos y los egresos, pero legitimados en la normativa previa que habrá de regularlos y determinarlos.

De esta forma la Constitución provincial dispone que la elaboración y definición del presupuesto general -por ser un cálculo complejo- deberá ser diseñado tanto en el ámbito provincial como así también en los distintos municipios, por el gobernador y el intendente municipal, respectivamente.

La misma Carta Magna local establece que cuando se trate de incorporar nuevos gastos dentro de la ley de presupuesto, la iniciativa recaerá en el Poder Ejecutivo, tal como surge del artículo 103 inciso 2º, 1er párrafo, de la Constitución de la Provincia. V.E. ha considerado esta norma razonable a tenor de que la ley de presupuesto es "la base a que debe sujetarse todo gasto en la administración general de la Provincia (art. 103, inc. 2º, 2º párr., Constitución de la Provincia) y el Gobernador es el jefe de la Administración (art. 144, proemio) y,

como tal, responsable primario de la ejecución del presupuesto (arts. 144, incisos 2º, 6º, 9º y 16)" (SCBA, B 66.093 "Gobernador de la Provincia de Buenos Aires sobre Conflicto de Poderes", s. 10/10/2003).

Volviendo al ámbito municipal, en atención al principio rector de responsabilidad en la ejecución y administración del mismo, también le corresponderá al Departamento Ejecutivo la elaboración de este proyecto, siendo competencia del Concejo Deliberante su aprobación sin aumentar su monto total, ni crear cargos con las excepciones dispuestas en la ley (cf. art. 35, Dec. Ley 6.769).

Es evidente que tanto el aumento del monto total, como así también la disminución de los recursos financieros –como es en el presente caso- pueden provocar un desequilibrio presupuestario. Para evitar esto, tanto el constituyente como el legislador han puesto como único iniciador de este tipo de ordenanzas al titular del Departamento Ejecutivo.

Al respecto, V.E. ha expresado que "*la Constitución provincial establece que es atribución inherente al régimen municipal el votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo, siendo competencia del Departamento Ejecutivo su proyección y del Concejo Deliberante su aprobación (conf. art. 192 inc. 5º). Corresponde, entonces, al Departamento Ejecutivo preparar la ordenanza presupuestaria.* ***A su vez, cualquier modificación posterior a su aprobación por el Concejo Deliberante, deberá serlo a iniciativa del mismo órgano que tiene la prioridad sobre su formulación y ejecución*****"** (SCBA, B 73014, "Intendente Municipal de Carmen de Areco c/ Concejo Deliberante de Carmen de Areco s/ Conflicto art. 196, Constitución provincial", s. 01-IV-2015, el resaltado me corresponde).

También ha dicho ese Alto Tribunal que es al poder administrador a quien compete formular el plan de Gobierno anual a través del proyecto de presupuesto, "*ya que a dicha autoridad incumbe ejecutarlo y responsabilizarse con base a ese instrumento financiero*". Agregó V.E. que "*de allí que toda iniciativa normativa o cuantitativa relativa a la ordenanza del presupuesto, deberá generarse desde su órbita... de lo contrario, el Departamento Deliberativo*

podría sancionar presupuestos no susceptibles de adecuada financiación y al mismo tiempo, reservarse la potestad de enjuiciar al otro Departamento por insuficiencia o deficiencia en la ejecución" (SCBA, B 68.111, "Intendente Municipal de General San Martín" s.28-IX-2005; B 68.725 "Intendente Municipal de San Andrés de Giles", s. 08-VIII-2007; B 69.803 "Intendente Municipal de Coronel Rosales", s. 07-IX-2011, entre otras).

Por ello, soy de la opinión que lo actuado por el Concejo Deliberante respecto al artículo 1 de la Ordenanza N° 2556/17 y su insistencia por medio de la Ordenanza N°2559/19, no se ajustan a lo constitucional y legalmente vigente, y por lo tanto corresponde sea alcanzado por la nulidad (art. 195 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Antes de finalizar, y sin que esto altere el sentido y alcance del presente dictamen, considero que, no le asiste razón al aquí denunciante cuando supuestamente denuncia que el Concejo Deliberante, al momento de insistir por medio de la Ordenanza N° 2159, debió haberlo hecho por medio de una sesión conjunta de concejales y de mayores contribuyentes. Para arribar a esta conclusión el artículo 69 de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que "el concejo conferirá sanción definitiva a las ordenanzas vetadas por el intendente, de insistir con el voto de los dos tercios del total de sus miembros".

Por su parte, el artículo 93 del Decreto Ley N° 6769/58 establece que la integración y funcionamiento de la Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes "se regirá de acuerdo a las normas del presente capítulo (Capítulo III de la Ley Orgánica de las Municipalidades). En dicho capítulo no está prevista la posibilidad de insistencia por parte de esta Asamblea ante un veto del señor Intendente Municipal. Por lo tanto, es el Concejo Deliberante -a tenor de los términos del citado artículo 69 de la Ley Orgánica de las Municipalidades- el único competente para insistir ante una ordenanza vetada, sin que sea necesario convocar nuevamente a una Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes.

Por lo expuesto entiendo que la competencia ejercida por el H. Concejo Deliberante al sancionar e insistir en una materia exclusiva

del Departamento Ejecutivo debería ser declarada nula, por haber ese cuerpo deliberativo ingresado en la zona de reserva asignada a la otra rama de gobierno municipal, excediendo, por lo tanto, el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, y con ello configurando el choque de atribuciones a los que tiende a solucionar la manda del artículo 196 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

La Plata, junio 6 de 2017.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 74.308

“Stagnaro, Gustavo Rubén c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ inconstitucionalidad Ordenanza N.° 4087/2016”, fecha: 10-08-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Stagnaro, Gustavo Rubén c/ Municipalidad de San Antonio de Areco s/ Inconstitucionalidad Ordenanza 4087/2016".

I 74.308

Suprema Corte de Justicia:

El Sr. Gustavo Rubén Stagnaro por su propio derecho y con patrocinio letrado, inicia demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de San Antonio de Areco reclamando la declaración de ilegitimidad por inconstitucionalidad de la Ordenanza 4087/2016, sancionada el día 4 de mayo del año 2016 por el Concejo Deliberante y promulgada por el Intendente municipal, mediante decreto 559/2016 del día 10 de mismo mes y año, por estimarla contraria y violatoria de la normativa constitucional nacional y provincial.

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 1 de Mercedes en quien recae la demanda, resuelve por encontrar comprometida la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia, declarar su incompetencia y elevar la causa al alto Tribunal.

V.E. se declara competente y dispone conferir el plazo de 10 días para la adecuación de la presentación al proceso originario de inconstitucionalidad (v. fs. 39 y vta. y 47/64).

I.-

Al demandar expresa que se encuentra legitimado para promover la acción, por entender vulnerados sus derechos como contribuyente, en el caso de aplicarse las normas que se impugnan.

Manifiesta que resulta propietario de un local comercial dedicado a la elaboración y comercialización de piezas de platería, ubicado en las calles Arellano y Matheu de la ciudad de San Antonio de Areco.

También expresa que dicha actividad comercial se encuentra habilitada por el Municipio, en el rubro "Platería, Casa de Antigüedades, café y bar", desde el día 5 de diciembre del año 2001 (cfr. Expediente n° S/2001-4102-1389/01, nro. 4.581), habilitación que se encuentra vigente y ha sido concedida con el carácter de "definitiva".

Destaca que se halla al día con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el Municipio y lo manifiesta en cuanto al pago de la tasa retributiva de servicios por Inspección de Seguridad e Higiene, como contribuyente "responsable inscripto".

En cuanto a la admisibilidad formal de la demanda afirma su cumplimiento: Que se promueve por parte interesada, se funda en la violación de preceptos de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires -y concordantes de la Constitución Argentina- e individualiza los preceptos cuestionados.

El accionante, al ocuparse de los hechos, expone que el Concejo Deliberante de San Antonio de Areco aprueba la Ordenanza 4087 -cuyos preceptos más relevantes transcribe- imponiendo a los comerciantes que desarrollan actividades económicas dentro del partido la obligación de incorporarse al sistema de pago por débito automático para mantener la habilitación comercial de sus locales y establecimientos, como única forma de cumplimiento de pago, con obligación de adhesión a dicho sistema en un plazo perentorio y fijando como consecuencia de la omisión la sanción de cancelación de la habilitación.

Da cuenta que a través del Departamento de Recaudación se habría comunicado el decreto 444, con la obligación de incorporación de los contribuyentes monotributistas al sistema, haciendo saber que de ello dependía la

habilitación comercial, la documentación requerida junto a la prórroga dispuesta para el cumplimiento.

Hace saber que el artículo 120 de la Ordenanza Fiscal 4071, sanciona con inhabilitación provisoria ante la falta de pago de tres períodos mensuales, y de revocación de la habilitación si, debidamente intimado, el contribuyente no cancelase la obligación dentro del plazo de 15 días.

El accionante sostiene que el referido decreto 444, es inconstitucional por desvirtuar el tributo al disponer la inhabilitación por la falta de pago cuando en realidad la finalidad de la habilitación tendría por causa la preservación de la higiene, salubridad y seguridad.

Expone que se habría convertido a la tasa en un impuesto ajeno al servicio municipal que lo fundamenta derivando en una improcedente doble tributación del impuesto provincial a los ingresos brutos.

Sostiene que la norma afecta el derecho del contribuyente a trabajar y ejercer industria lícita con mención de los artículos 27 de la Constitución de la Provincia y 14 de la Constitución Argentina.

Aduna que, al obligar a la adhesión al sistema de pago por débito automático se convierte lo que según las normas generales de la Ordenanza Fiscal sería una opción de forma de pago, en una nueva obligación respecto de algunos contribuyentes.

Señala que un beneficio se vuelve en una obligación para determinados contribuyentes con alteración del principio de igualdad en la imposición de cargas, de tributos y del criterio de razonabilidad de las normas.

Explica que para los contribuyentes alcanzados por la preceptiva se crea un impedimento adicional, dificultando la facultad de realizar el pago por otros medios cancelatorios, como en efectivo, con el único propósito de facilitar la recaudación al Municipio, garantizándose el cobro de un modo coercitivo mediante el ejercicio abusivo del poder, toda vez que el Ejecutivo

municipal contaría con otros mecanismos legales -como el juicio de apremio- para recaudar los tributos en caso de incumplimiento.

Invoca jurisprudencia en relación al estándar de razonabilidad -artículo 28 de la Constitución nacional- con que debe ejercerse la potestad reglamentaria de la Administración, señalando que se trata de "*...un requisito esencial de legitimidad que deben observar todos los actos de las autoridades públicas, entre cuyas manifestaciones se exige la fundamentación suficiente de la decisión que se adopte para justificar su dictado...*" , con referencia de la causa de la Suprema Corte de Justicia, *in re* "*Zarlenga*" (2002).

El accionante enfatiza que de la disposición que impugna se extrae una clara finalidad recaudatoria, que en nada vela por el cumplimiento de las normas que hacen a la seguridad, salubridad e higiene de los comercios que antes bien perseguiría encorsetar al contribuyente para obligarlo al pago.

Además, entiende que se vulneraría el principio básico de irretroactividad de la ley al alcanzar a los contribuyentes que ya han obtenido la habilitación y sujetarlos mensualmente al cumplimiento de un requisito vinculado al pago de la obligación y su realización exclusivamente mediante el sistema de débito automático.

El presentante sostiene que la arbitrariedad de la norma resulta manifiesta al impedir realizar el pago mediante otros mecanismos igualmente lícitos, e imponer hacer lo que la ley no manda, afectando el ámbito de su privacidad y comprometiendo el libre ejercicio de su profesión y actividad comercial.

Cuestiona la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción, en tanto no expresaría en forma clara y precisa el hecho determinativo, exhibiendo una falta de correlación entre el hecho imponible -"*servicios generales de inspección, verificación, reglamentación, zonificación, destinados a preservar la seguridad, salubridad, higiene y protección del medio ambiente en locales...*"- con la obligación de sometimiento al sistema de pago por débito automático

para todos los comerciantes previstos en el ámbito de dicha tasa, excediendo el Municipio notoriamente sus facultades para establecer cargas y contribuciones a los ciudadanos.

Recuerda que la doctrina ha dicho que "*Toda norma que impone sanciones, debe necesariamente identificar cuál es el bien jurídico que está destinada a proteger...*", cita doctrina.

Destaca que, en la norma que cuestiona, el bien tutelado resultaría distorsionado pues en lugar de ser la seguridad e higiene de la comunidad, lo sería el erario público, en tanto la norma sólo pretendería asegurar el cobro de la tasa.

Insiste en afirmar la irrazonabilidad de la exigencia impuesta por no guardar relación con el hecho imponible en sí, y por apartarse del concepto de igualdad al fundarse en

la capacidad económica financiera del contribuyente sin alcanzar a todos los que tienen el deber de tributar la tasa.

El accionante afirma que la ordenanza violenta el principio de legalidad tributaria, en tanto modificaría el artículo 43 de la Ordenanza Fiscal 4.071 al establecer una única forma de pago del tributo.

También la tacha de inconstitucional porque tal modificación se habría dispuesto con apartamiento del régimen jurídico vigente, al incumplirse el procedimiento legislativo que requiere la convocatoria a una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes, con mención de los artículos 192 y 193 de la Constitución de la Provincia.

Afirma que, por carecer de los presupuestos de legitimidad la ordenanza impugnada deviene, asimismo, inoponible e inaplicable.

Denuncia la desigualdad en el trato que la norma consagra al desconocer las disposiciones previas del mismo municipio por las que

se otorgaron las habilitaciones a los comercios y devenir en discriminatoria por elegir a determinados contribuyentes con inequidad tal que pondría de manifiesto el afán persecutorio del municipio.

Considera que habría una nula relación de causalidad entre la imposición y la sanción para el caso de incumplimiento. Se sancionaría al comerciante que se negara a someterse al sistema de pago por débito automático con la inhabilitación de su comercio, cuando se hallaría supeditado a otros controles que hacen a la esencia de la obligación tributaria, esto es, al mantenimiento de la higiene, seguridad y salubridad en los locales.

Asevera la afectación del derecho al trabajo, a ejercer industria lícita y a comerciar generados por una arbitraria decisión de realizar el pago exclusivamente por el sistema impuesto.

Añade que el acto de la administración municipal que impone una modalidad de pago determinada establecería una restricción que rebasa el legítimo ejercicio del denominado poder de policía, configurando un típico caso de alteración irrazonable de los derechos, en contra de lo establecido por el artículo 28 de la Constitución nacional.

La accionante por otra parte destaca que resultaría violado el principio de irretroactividad de las normas, en tanto al momento de decidir la apertura de su comercio se habría sometido al cumplimiento de todas las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico vigente.

Que, en consecuencia, la aplicación retroactiva de la ordenanza en crisis provocaría la revocación del permiso que le fuera otorgado para el ejercicio del comercio al impedirle el pago de sus tributos en efectivo, como lo ha venido haciendo.

Menciona como fundamento jurídico de su pretensión los artículos 11, 25, 26, 27, 31, 39, 56 y 57 de la Constitución de la Provincia, doctrina y jurisprudencia citadas y aplicables al caso.

Considera procedente la acción intentada pues se impugna una norma municipal -la ordenanza 4.087 (Sin publicación en BOM 81/2016, 13 de mayo)- por lesionar en forma actual y con arbitrariedad manifiesta los derechos constitucionales antes mencionados.

Asimismo, da a conocer que se entabla dentro del plazo del artículo 684 del Código Procesal Civil y Comercial.

No obstante, entiende abierta la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia en continuidad ininterrumpida por cuanto, en el presente caso, los preceptos impugnados aún no le habrían sido aplicados. Cita doctrina.

Ofrece prueba y deja planteado el caso federal.

Peticiona en suma de lo expuesto que, V.E. dicte sentencia haciendo lugar a la demanda, declare la ilegitimidad por inconstitucionalidad de la ordenanza 4.087 y del decreto de promulgación 559/2016.

II.-

El Intendente de la Municipalidad de San Antonio de Areco se presenta, contesta la demanda y solicita el rechazo (v. fs. 72/75 vta.).

Luego de negar todos y cada uno de los hechos alegados por la parte actora que no se reconocen expresamente, solicita que V.E. declare a la cuestión planteada por el accionante como abstracta.

Esgrime que a tenor del artículo 684 del Código Procesal Civil y Comercial el precepto que se impugna debe afectar los derechos patrimoniales del actor y la acción correspondiente debe interponerse dentro de los treinta días contados desde la afectación.

Aduce que en el caso particular no se presenta el referido requisito de afectación concreta al patrimonio del actor al no registrar deuda por tasas municipales por el período fiscal 2016 y hasta la actualidad, pese a no contar con el débito automático que exige la normativa que cuestiona.

Afirma que el contribuyente ha podido cancelar el pago de las tasas municipales y mantenerse al día, sin que se le haya revocado la habilitación, por lo que no se habrían afectado sus derechos durante la vigencia de la ordenanza fiscal 4.071.

Entiende que frente a tal situación la cuestión se habría tornado abstracta para el accionante por no afectar sus derechos y en razón de la falta de vigencia de la ordenanza fiscal sancionada para el año 2016.

Reconoce la validez del certificado de habilitación, hace saber que no habría sido revocada conforme constancia de la Subsecretaría de Inspección General y Habilitaciones municipal.

Afirma que para que la acción tenga viabilidad procesal debe estar sustentada en un interés que sea legítimamente defendible en el ámbito del derecho. Destaca que pese a no contar con el débito automático que exige la norma que tacha de inconstitucional no habría incurrido en falta de pago, manteniendo sus obligaciones como contribuyente al día, de modo que no se habría operado afectación patrimonial en los términos del artículo 684.

Señala que el período fiscal del año 2016 al que alude la ordenanza no se encuentra vigente, por lo que se estaría solicitando la declaración de inconstitucionalidad de una norma que no constituiría derecho positivo, por lo que les estaría vedado a los jueces emitir declaraciones abstractas sobre puntos de derecho.

Fundamenta en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en la Ley Orgánica de las Municipalidades, en las Ordenanzas 4.071 y 4.087; en doctrina y jurisprudencia.

Ofrece prueba y deja planteado el caso federal, para peticionar finalmente, el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

III.-

V.E. da por contestada la demanda y confiere traslado a la actora de lo expuesto en el punto III.1 del escrito de responde (v. fs. 86, planteo de cuestión abstracta).

La actora contesta el traslado, precisa que la petición de inconstitucionalidad no se refiere a la ordenanza 4.071, sino a la 4.087, que la modifica e impone una obligación –la adhesión al sistema de pago por débito automático para la cancelación de las tasas por servicios de seguridad e higiene- a una categoría de contribuyentes que tributan esa tasa: los responsables inscriptos frente al IVA.

Recuerda que dicha ordenanza habría sido sancionada mediante un procedimiento irregular sobre el cual no se ha expresado la demandada.

A su vez, rechaza la afirmación del Municipio acerca de que la modificación dispuesta por la norma habría perdido actualidad, hace saber que sus disposiciones habrían sido reproducidas en la ordenanza fiscal aprobada para el año 2017 (v. ordenanza 4.064/16). También rechaza la aseveración sobre la inexistencia de daño concreto por no haberse efectivizado la clausura, por cuanto la Municipalidad lo habría intimado en dos oportunidades para que adhiriera al sistema de pago por débito automático y atento a que la norma seguiría vigente en los mismos términos y la Comuna podría exigir su cumplimiento cuando así lo estimare, permaneciendo el riesgo de que ante la negativa del contribuyente a someterse al sistema se ordene la clausura de su comercio.

Expresa que el hecho de no haberse aplicado la norma hasta el presente, no le quitaría la ilegitimidad que ostenta por irrazonable, arbitraria y coercitiva.

Advierte sobre la actitud abusiva y antijurídica de la municipalidad, en tanto presionaría a los contribuyentes con amenazas de clausura, obligando a acatar disposiciones discrecionales y arbitrarias.

Adjunta al escrito, copia de la citada ordenanza 4.064 sancionada para el ejercicio fiscal del año 2017, donde se desprende la transcripción en idénticos términos de las disposiciones denunciadas en la presente demanda.

Así destaca que el artículo 54 es reproducción exacta de la ordenanza 4.087 que se tacha de inconstitucional (v. fs. 98/99 vta.).

IV.-

Corrido traslado del escrito y la documentación acompañada a la parte demandada, se presenta el Municipio a través de nuevo apoderado (v. fs. 103/104), quien se ocupa de destacar que los actos administrativos gozan de presunción de "legalidad" y, por ello, su ejecución es siempre posible, rechazando además las acusaciones respecto de amenazas o presiones de parte del Municipio.

Asimismo, sostiene que la ordenanza que la actora acompaña no prueba la existencia de ilegalidad en la norma atacada en estas actuaciones.

V.- A fs. 107, V.E. dispone abrir la causa a prueba (v. arts. 365 y 687, CPCC).

La actora produce la oportunamente ofrecida mientras que respecto de la brindada por la demandada formula acuse de negligencia por no haberse producido en su totalidad dentro del plazo establecido (v. fs. 115).

Corrido el traslado a la Municipalidad, por nuevo apoderado, solicita se deje sin efecto el pedido de negligencia, a la vez que requiere se produzcan las pruebas ofrecidas por su parte (v. fs. 124 y vta.).

V.E. resuelve hacer lugar al acuse formulado por la actora y declara negligente a la parte demandada en la producción de la prueba confesional, informativa y testimonial (v. fs. 126/127).

Vencido el plazo de producción de la prueba y dispuesta su agregación, por Secretaría se disponen los autos a los fines de alegar,

presentándose únicamente el correspondiente a la parte actora (v. fs. 397/399).

A esta altura del proceso V.E. dispone el pase de las actuaciones a dictamen de la Procuración General (art. 687 CPCC).

VI.-

A los fines de emitir opinión, habré de examinar en primer término la tempestividad de su articulación y la legitimación del accionante, para luego abordar su procedencia.

6.1.- Sin perjuicio de la alegación de la actora respecto a que el plazo del artículo 684 del ritual se encontraría abierto por considerar que los preceptos impugnados aún no han sido aplicados, de lo que se colige la finalidad preventiva de la demanda (cfr. art. 685 in fine, CPCC), lo cierto es que la Ordenanza 4.087, objeto de impugnación fue sancionada por el Concejo Deliberante con fecha 4 de mayo del año 2016, y promulgada por el Intendente Municipal con fecha 10 de mayo del año 2016 (v. fs. 198/200), por lo que habiendo el accionante deducido su reclamo -luego readecuado como demanda originaria de inconstitucionalidad- con fecha 21 de junio del mismo año (v. cargo de fs. 35 e intimación del 20 de julio de 2016), debe tenérsela por presentada en término.

6.2.- A los fines de atender a la legitimación para promover la demanda originaria de inconstitucionalidad el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires exige que la norma objeto de la demanda sea "*controvertida por parte interesada*".

Así, la Suprema Corte de Justicia sostiene: "*De acuerdo a una reiterada jurisprudencia sobre el punto, el interés que califica a la `parte´ -en la expresión del precepto constitucional citado- debe, en principio, revestir la cualidad de ser `particular´ y `directo´, situación que se configura cuando el ejercicio del derecho constitucional de quien deduce la acción se halla afectado -o ha de ser ineludiblemente lesionado, de intentarse la acción con carácter preventivo- por la sanción o la aplicación de la norma jurídica cuya constitucionalidad controvierte*".

Para continuar: "*…el agravio que se invoca debe responder a un interés concreto y no a un móvil genérico abstracto -y, como tal, ajeno a la función de la Cortey debe estar vinculado con la reparación del derecho vulnerado de quien acciona*" (conf. I 72.036, "*Pena*", sent., 07-05-2014; I 68.475, "A.R.I.", sent., 02-03-2011; I 2.211, "*Flores*", sent., 14-05-2008; entre otras).

i.- La Ordenanza 4087 expresa en sus considerandos: "*Que en la Ordenanza N° 3405/08, se expresan los requisitos para la Habilitación Municipal, ya sea en carácter Precaria, Provisoria o Definitiva, presentando deficiencias con relación a la forma de pago de las obligaciones* fiscales; *// Que el artículo 20, inc. 4 de la Ordenanza Fiscal establece que ´Cuando una actividad requiera habilitación, permiso municipal o autorización municipal, salvo que especialmente se establezca otra forma, ésta se otorgará previo pago de los derechos y gravámenes correspondientes; la iniciación del trámite y el pago del derecho respectivo no permite el funcionamiento que deberá ser expresamente autorizado´; // Que asimismo, el Artículo 42 segundo párrafo establece que ´será facultad del Departamento Ejecutivo disponer de oficio el cobro de cuotas vencidas del año en curso, juntamente con la liquidación de cuotas a vencer´;// Que, según lo informado por la Secretaría de Ingresos Públicos, se advierte una importante mora o retraso en el pago de los tributos en el segmento de Contribuyentes de la Tasa de Seguridad e Higiene Régimen General, esto es, aquellos registrados como Responsables Inscriptos frente al IVA; // Que a tenor de lo establecido en el Artículo 112° y cc. de la Ordenanza Fiscal vigente, para dicho segmento de contribuyentes ´la base imponible de ésta Tasa estará constituida por los ingresos brutos devengados durante el período fiscal por el ejercicio de la actividad gravada, con un gravamen mínimo cuyo monto se determinará en base a las características y condiciones de cada local, oficina o establecimiento aplicándose para cada categoría los montos que se determinen en la Ordenanza Impositiva anual y sobre las declaraciones juradas presentadas por los contribuyentes y/o responsables´; // Que corresponde a la gestión de gobierno municipal fijar las reglamentaciones que requiere la Ordenanza Fiscal e Impositiva para optimizar el cobro de las respectivas obligaciones fiscales, a fin de contar en tiempo y forma con los recursos presupuestarios que se requieren para atender las*

necesidades públicas; // Que en este sentido, y teniendo en cuenta la morosidad informada, ***resulta conveniente incorporar a la totalidad de contribuyentes de la Tasa de Seguridad e Higiene alcanzados por el Régimen General (No Monotributistas) al sistema de pago por débito automático****; // Que el Artículo 54° de la Ordenanza Fiscal vigente establece un descuento del 15% para aquellos contribuyentes que se incorporen al sistema de pago por débito automático, el que será reglamentado por la autoridad de aplicación* [...] *Por ello, el Honorable Concejo Deliberante de San Antonio de Areco, por mayoría, resuelve sancionar la siguiente*: ORDENANZA"

"*Artículo 1°:* ***Establecer como requisito necesario para mantener la Habilitación Municipal para los contribuyentes alcanzados por el Artículo 112° de la Ordenanza Fiscal (Contribuyentes No Monotributistas), y en los términos del Artículo 120°, la incorporación al sistema de pago por débito automático*** *con el alcance del Artículo 54° de la mencionada Ordenanza Fiscal // Artículo 2°: Establécese un plazo para tramitar la incorporación al sistema referido en el artículo precedente, cuyo vencimiento operará el día 30 de mayo de 2016 //Artículo 3°: Encomiéndase a la Secretaría de Ingresos Públicos a notificar la presente a los Contribuyentes alcanzados por el Artículo 1° //Artículo 4°:* ***El incumplimiento de lo estipulado en la presente será causal de revocación de la Habilitación y/o Permiso otorgado, debiendo procederse a la clausura del Establecimiento y remisión de las actuaciones al Juzgado de Faltas*** *para la aplicación de las sanciones correspondientes por funcionamiento no permitido //Artículo 5°: De forma*".

La Ordenanza fue promulgada por Decreto 559 del Departamento Ejecutivo, del día 10 de mayo del año 2016 (expediente N° 10.825/2016 del Concejo Deliberante). Ordena el artículo 3°: "*Regístrese, comuníquese, publíquese, dese al Boletín Oficial. Cumplido, archívese*".

ii.- El Señor Gustavo Rubén Stagnaro desarrolla su actividad comercial: "Platería-Casa Antigüedad, Café y Bar", en domicilio habilitado para tal finalidad ubicado en las calles Arellano 53 y Matheu de la Municipalidad de San Antonio de Areco, radicado desde el año 1974, con desarrollo de distintas

disciplinas de las artesanías criollas, número de obligado 23-10688393-9, comercio 111 y folio N° 4581 de la Municipalidad, con Certificado de habilitación

(4102) N° 3118, de fecha 5 de diciembre del año 2001, expediente administrativo S-4102-1389/01.

El accionante, con fecha 20 de julio del año 2016 es intimado por la Dirección de Ingresos Públicos municipal mediante cédula, por la falta de adhesión al débito automático para el pago de la tasa de seguridad e higiene "***requisito necesario para mantener la habilitación municipal según lo establecido por el ´Decreto´ 4087/16*** [...] *El incumplimiento de esta medida será causal de inhabilitación del comercio y aplicación de multas a través del Juzgado de Faltas*".

iii.- En sencilla vinculación entre la norma y el sujeto alcanzado por su aplicación se desprende que el accionante se encuentra legitimado para cuestionar, por la vía originaria la validez de la Ordenanza 4.087, por estimarla contraria al ordenamiento constitucional.

El hecho de haber abonado la tasa en cuestión no hace perder la vitalidad del agravio, por cuanto a tenor de los términos de la propia norma podría ser pasible de ser sancionado al no dar adhesión al sistema del débito automático y por ello alcanzado por las consecuencias de su aplicación, las cuales podrían ser ejercidas por la Municipalidad (v. art. 278, Ley Orgánica de las Municipalidades).

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2546 establece dentro de las disposiciones de prescripción liberatoria y adquisitiva, que "*El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable*". Y el artículo 2547 dispone que "*Los efectos interruptivos del curso de la prescripción permanecen*

hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal"

De tal manera entiendo que queda demostrado el interés particular y directo que le asiste para demandar, en tanto la norma municipal, de carácter general y abstracto, le impone -por su condición de contribuyente no monotributista- la obligación de adherir al sistema de pago por débito automático, como condición para mantener la habilitación municipal.

La circunstancia de su falta de ejecución por la Municipalidad no libera a quien demanda del derecho frente a una situación cierta de incertidumbre que no se torna abstracta por el hecho de cumplir con sus obligaciones fiscales y adoptando un medio de pago que justamente es el que pretende legitimar constitucionalmente el aquí demandante.

A ello se suma la regularidad en el dictado de la ordenanza en crisis, sobre cuyos aspectos no ha esgrimido defensa la Municipalidad y queda pendiente de decisión.

Consecuentemente, entiendo que debe ser rechazado el planteo formulado por la Municipalidad y me lleva a aconsejar a favor del dictado de una sentencia útil.

6.3.-. En cuanto a la procedencia de la acción cabe tener presente que el cuestionamiento constitucional que el accionante somete a conocimiento de esa Suprema Corte de Justicia posee diversos aspectos:

A.- Por un lado, se argumenta que el procedimiento legislativo para la sanción de la ordenanza en cuestión, que modifica el artículo 43 de la Ordenanza Fiscal imponiendo una única modalidad de pago de la tasa, viola el principio de legalidad tributaria pues no respeta los requisitos impuestos por los artículos 192 y 193 de la Constitución de la Provincia y la Ley Orgánica de las Municipalidades.

B.- Por el otro, se alude a la afectación a la garantía que consagra el artículo 27 de la Constitución provincial que establece que "*La*

libertad de trabajo, industria y comercio es un derecho asegurado a todo habitante de la Provincia, siempre que no ofenda o perjudique a la moral o a la salubridad pública, ni sea contrario a las leyes del país o a los derechos de terceros", toda vez que la ordenanza cuestionada privaría a los comerciantes comprendidos en sus disposiciones de la libertad de hacer frente a sus obligaciones tributarias mediante uno de los modos de pago legalmente permitidos.

Y, finalmente, se aduce la afectación al principio de irretroactividad por cuanto la disposición en crisis provocaría en el supuesto de no adherir el contribuyente al pago por débito automático la revocación del permiso otorgado para el ejercicio del comercio, afectando el derecho adquirido al amparo de la legislación anterior.

6.4.- Opino que V.E. debería hacer lugar a la demanda incoada, abordaré en sentido positivo ambas cuestiones.

Tengo en cuenta para fundamentar tal ponencia que el examen conglobado de las disposiciones normativas relacionadas con la temática en discusión conduce a sostener la falta de validez del precepto cuya inconstitucionalidad se demanda, por establecer una limitación irrazonable que, afectando derecho adquiridos, compromete al ejercicio garantizado por el artículo 27 de la Constitución de la provincia a todos sus habitantes a ejercer la libertad de trabajo, comercio e industria.

Paso a explicarlo:

De acuerdo a la Ordenanza Fiscal 4.071, sancionada el 6 de enero del año 2016 en el Municipio de San Antonio de Areco, se establece que el pago de los gravámenes debe efectuarse en efectivo o mediante cheques o giro a la orden de la Municipalidad (v. art. 43).

El mismo ordenamiento dispone -además- un descuento del 15 % sobre todas las tasas establecidas para todos aquellos contribuyentes que se incorporen al sistema de pago por débito automático, según se reglamente por la autoridad de aplicación (v. art. 54).

En orden a la tasa por inspección de seguridad e higiene, la Ordenanza la establece por los servicios destinados a preservar la seguridad, salubridad, higiene y protección del medio ambiente en establecimientos -locales, industrias, comercios, oficinasque desarrollen actividad económica, determinando la base imponible a partir de los ingresos brutos devengados durante el período fiscal por el ejercicio de la actividad gravada (v. arts. 111 y 112).

Prescribe, que la falta de pago de tres (3) períodos mensuales, daría lugar a la inhabilitación provisoria del establecimiento habilitado, agotados previamente los mecanismos administrativos y legales establecidos en la norma. De no cancelarse la obligación previa intimación en tal sentido dentro de los quince (15) días de intimado, se revocaría la habilitación oportunamente otorgada (v. art. 120).

Asimismo, el día 7 de enero del año 2016, se sanciona la Ordenanza Impositiva consecuente, determina en relación a la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene las alícuotas que gravan cada actividad, los mínimos y los importes fijos que corresponden según cada una (v. art. 4°, 4.072/16).

A los pocos meses de la sanción de las Ordenanzas precedentemente mencionadas, el Concejo Deliberante sanciona, por mayoría, la Ordenanza 4.087 por la que dispone en lo principal y sobre la cual ya se detalla *supra*: "*Establecer como requisito necesario para mantener la Habilitación Municipal para los contribuyentes alcanzados por el artículo 112° de la Ordenanza Fiscal (Contribuyentes No Monotributistas), y en los términos del artículo 120°, la incorporación al sistema de pago por débito automático con el alcance del artículo 54° de la mencionada Ordenanza Fiscal*" (art. 1°), y determina que: "*El incumplimiento de lo estipulado constituye causal de revocación de la Habilitación y/o Permiso otorgado, debiendo procederse a la clausura del establecimiento y remisión de las actuaciones al Juzgado de Faltas*" (art. 4°).

Esta Ordenanza fue promulgada por el Ejecutivo municipal, según decreto 559 del 10 de mayo del año 2016.

Con la vigencia de la Ordenanza 4.087, el Sr. Stagnaro alcanzado por la imposición que la misma establece atento su condición de contribuyente responsable inscripto al I.V.A., se encuentra con una novedosa modificación del régimen tributario vigente que altera una situación legítimamente adquirida, vino a hacer depender el mantenimiento de la habilitación de su local comercial al sometimiento de una modalidad de pago exclusiva y excluyente de cualquier otra forma legítima.

En efecto, la compulsividad de la norma, amén que amenaza sólo a los contribuyentes no monotributistas con la pérdida de la habilitación en caso de incumplimiento de su manda: la adhesión al sistema de pago por débito automático, además de consagrar una suerte de discriminación en tanto no abarca a todos los obligados al tributo, importa una concreta y evidente incongruencia con la ordenanza fiscal que esta nueva ordenanza pretende reglamentar y con los derechos garantizados en el mencionado artículo 27 de la Constitución provincial.

Ello así pues, mientras la Ordenanza Fiscal 4.071 del año 2016 (y las de los ejercicios posteriores -ver página web "*areco.gob.ar*"-), establecen las formas en que pueden abonarse los gravámenes, e incluso permiten la posibilidad de obtener un descuento para todos los contribuyentes que se incorporen al sistema de débito automático, la ordenanza en crisis la modifica, priva al contribuyente al que alude -el alcanzado por el artículo 112 de la O.

F.- de elegir libremente la forma de pago legalmente prevista que más le convenga, quedando compelido, bajo amenaza de clausura, a adherirse al débito automático (v. arts. 765, 865, 867, 868 y 895, CCC).

De este modo, el Municipio impone una nueva condición para mantener la habilitación comercial, que nada tiene que ver ni con el sentido de la imposición de la tasa, incluso actúa una competencia sospechosa en pos de garantizar la prestación de una obligación pública: la preservación de la higiene, seguridad y salubridad y ambiente en los establecimientos con actividad económica violentando el propio procedimiento regulado por la Ordenanza

Fiscal y lo establecido en los artículos 1°, 25, 192, inciso 5, 193, inciso 2° y 195 de la Constitución de la Provincia (cf. art. 31, Constitución Argentina).

Queda puesta en evidencia la irrazonabilidad de lo dispuesto por la Ordenanza 4.087 y de los actos consecuentes en su correlación con lo estatuido por la que procura reglamentar, es decir, la Ordenanza Fiscal del año 2016.

Tal como ha sostenido reiteradamente esa Suprema Corte de Justicia, el requisito de razonabilidad (arts. 28 y 33, Constitución Argentina, 11 y 56, Constitución de la Provincia de Buenos Aires) es el límite al que se halla sometido para su validez constitucional todo el ejercicio de la potestad pública: "*Su control, implica verificar -además de los requisitos ineludibles del fin público, medio adecuado y ausencia de iniquidad manifiesta- la existencia de circunstancias justificantes, es decir que la restricción impuesta a los derechos ha de hallarse fundada en los hechos que le dan origen, procurando que las normas aplicables mantengan coherencia con las reglas constitucionales, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la ley fundamental*" (cfr.

Causas I 1.499, "*Fiscal de Estado Prov. Bs.As.*", sent., 09-03-1999; B 59.819, "*Borone*", sent., 23-04-2008; I 2.545, "*Boragina*", sent., 11-11-2015; I 3.186, "*Visiglia*", sent., 04-08-2016, e. o.).

En el supuesto de autos, interpreto que la circunstancia invocada por el Municipio para sancionar la ordenanza cuya constitucionalidad se cuestiona -el propósito recaudatorio que se desprende de los Considerandos de la Ordenanza n° 4.087- no satisface el estándar de razonabilidad que exige la Carta Fundamental, y que "*...se encuentra presente también en la Constitución provincial como expresión de la garantía amplia e innominada del debido proceso sustantivo que debe contener toda regulación de derechos -art. 56 Const. provincial-*" (cfr. causa I 74.078, "*Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales*", sent. 19-09-2018).

A su vez, advierto que la norma, al imponer la necesaria sujeción a un único y excluyente medio de pago para evitar la pérdida de la

habilitación comercial vigente, afecta de modo patente el ejercicio de un derecho adquirido por el contribuyente, en tanto habiendo cumplido con todos los recaudos exigidos para ejercer el comercio de conformidad con las disposiciones vigentes, este derecho, reconocido por el artículo 27 de la Ley Suprema de la Provincia, se pone en crisis ante la nueva disposición que amenaza con la clausura de no procederse como ella lo compele.

Tiene reiteradamente dicho V.E. que "*La protección que la Constitución acuerda a los derechos adquiridos implica que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido con todas las condiciones sustanciales y los requerimientos formales previstos por esa norma para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por dicha ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal se hace inalterable y no puede ser suprimida por una ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado en el artículo 31 del texto constitucional provincial*" (conf. Causas I 2.204, "*Zamarreño*", sent., 08-10-2008; B 63.257, "*Marrero*",

sent. 03-03-2010; I 2.201, "*Search Organización de Seguridad S.A.*", sent., 22-06-2016;

A 72.807, "*Méndez*"; sent., 05-04-2017; B 62.471, "*Oreópulos*"; sent., 20-12-2017, e. o.).

VII.-

Por todo lo expuesto aconsejo a V.E. el acogimiento de la acción de inconstitucionalidad impetrada.

La Plata, agosto 10 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 76.490-1

“Maccario, Susana Margarita c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley”, fecha: 03-08-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Maccario Susana Margarita c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad dec. ley 9020/1980".

I 76490 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La escribana Susana Margarita Maccario interpone demanda en los términos de los artículos 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 683 y 685 del Código Procesal Civil y Comercial, con el fin de que V.E. declare la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, en tanto establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales, la edad de 75 años en vulneración a principios y derechos constitucionales, especialmente los establecidos en los artículos 10, 11, 27, 31 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

La promueve con carácter preventivo, toda vez que el día 1° de febrero del año 2021, con setenta y cinco años de edad, resultará alcanzada por dicha inhabilidad.

Solicita medida cautelar.

I.-

La parte actora expresa que en fecha 27 de mayo del año 1984 comienza a ejercer funciones como Titular del Registro Notarial 53 del Distrito Notarial de Avellaneda, desarrollando labores en dicha Ciudad.

Da cuenta que en su legajo personal surge que no posee constancias de aplicaciones de sanciones disciplinarias vigentes ni inhabilitaciones en ejercicio de la profesión.

Expone que, con motivo de que en el mes de enero del año 2021 alcanzará la edad de setenta y cinco años -lo cual se acredita con la copia del Documento Nacional de Identidad- quedará comprendida por la inhabilidad dispuesta por el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978.

Señala que la mencionada inhabilidad impone que el Poder Ejecutivo disponga su cese como Notaria de manera inexorable una vez operado el hecho dispuesto en la mencionada norma.

Destaca luego de analizar la situación vigente en relación al ejercicio de la profesión que desempeña, que se encuentra en plenitud tanto física como intelectual que le permiten ejercer la función notarial como la ha venido cumpliendo y que se ve obligada a la promoción de la presente demanda.

Al ingresar a los fundamentos de la pretensión expresa:

1.1.- De la naturaleza de la función notarial.

La accionante sostiene que la actividad notarial no sería una actividad de empleo estatal si de un profesional encargado de una función pública, asimilable en ciertos puntos al funcionario público, pero sin sus notas tipificantes.

Afirma que el hecho de ser un profesional encargado de una función pública coloca al notario dentro del rubro: profesiones liberales, asimilable a otras como la abogacía, la medicina, arquitectura y no le sería aplicable la discrecionalidad de manejo por parte de Estado en cuanto a la designación y consecuencia del empleo público. Recuerda lo sostenido al respecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Franco”.

Apunta que esta circunstancia opera en la violación del artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978.

1.2.- Esgrime que el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978 violenta el derecho a la libertad de trabajo. Hace referencia de este derecho y sus notas relevantes.

Resalta que el principal significado del trabajo estaría dado por el modo de realización personal en la vida de las personas, y que la imposibilidad de continuar trabajando por cualquier motivo podría ocasionar un grave daño al proyecto de vida y realización de la persona.

Puntualiza que este derecho encuentra su consagración en los artículos 27 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 14 de la Constitución Nacional y convenciones internacionales incorporadas a ella por su artículo 75, inciso 22, en particular los artículos XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo; 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo; y 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido.

Recuerda la consideración del concepto de libertad de trabajo dentro de la normativa nacional e internacional que lleva a ser considerado dentro de los "derechos humanos básicos" y el impacto directo que arroja en la forma de vida, en la manera en proveerse el sustento y en la realización humana.

Manifiesta que el hecho de que a partir enero del año 2021 por cumplir la edad de 75 años la normativa considere inhábil a la actora para ejercer la función notarial sin tener en cuenta que se encuentra en plenas facultades tanto físicas como mentales, afecta de manera directa el derecho a la libertad de trabajo ya que pone fin al ejercicio de la profesión de notaria, creando en los hechos una *presunción iure et de iure* de que automáticamente una persona por cumplir la edad de 75 años no se encuentra en condiciones para ejercer tal ministerio, lo cual remarcan resultaría repugnante a la Constitución Provincial, Nacional y Tratados internacionales en la materia.

1.3.- Invoca irrazonabilidad manifiesta del artículo 32 inciso 1°, su arbitrariedad al establecer una limitación temporal del ejercicio de la profesión que no guardaría adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido.

Explica que el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revelaría la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada.

Añade si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad estaría suficientemente resguardada en otras normas del decreto ley 9020/1978, con mención del artículo 32 incisos 2° y 3°.

Entiende de importancia de señalar que las leyes que regulan el ejercicio de la actividad notarial en cada provincia, en su gran mayoría, ya han tenido en cuenta la situación y habrían eliminado las normas que cercenen el ejercicio de la profesión por el solo hecho automático de cumplir una cierta edad. Da de ejemplo la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires que solicita se tenga en cuenta a los fines de la decisión final.

1.4.- Invoca la inconstitucionalidad por violación al derecho de igualdad ante la ley que habría sido consecuencia del actuar del "legislador" al establecer una discriminación en perjuicio de los escribanos a diferencia de otras profesiones con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar, imponiendo una incapacidad laboral que califica de inconcebible por su propia restricción. Recuerda lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en la mencionada causa "Franco", en cuanto a la presunción fijada por la ley como así también lo decidido en diversas causas por la Suprema Corte de Justicia, con mención de lo propio de la cuestión, especialmente de los casos "*Briceño*", "*Zunino*" y "*Rodríguez Margarita Ester*".

1.5.- Trae a consideración el proyecto de ley de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires que en orden a la jurisprudencia se encontraría en debate para la modificación del precepto en cuestión.

1.6.- Ofrece prueba, deja planteado el caso federal constitucional y solicita en definitiva se haga lugar a la demanda declarando la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978.

II.-

V.E. ordena a la demandada a título de cautelar se abstenga de aplicar la normativa en relación a la actora, luego de lo cual, se presta caución juratoria, siendo lo así decidido notificado al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos.

III.-

Corrido traslado de la demanda se presenta la Asesoría General de Gobierno allanándose incondicionalmente a la acción promovida y solicita ser eximida en costas.

Se dispone a continuación la intervención de la Procuración General en los términos del artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV.-

Paso a responder la intervención requerida y a proponer se haga lugar a la demanda interpuesta.

4.1.- En primer lugar, en cuanto al allanamiento propuesto por la Asesoría

General de Gobierno, analizada la conducta procesal asumida, correspondería dejar establecido que, por la singular naturaleza de las cuestiones en debate, así como por los efectos de la decisión que recaiga en esta clase de juicios, no obligaría a ese Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate.

Lo contrario, importaría dejar librado al arbitrio del Asesor General de Gobierno, una facultad que le pertenece exclusivamente a

esa Suprema Corte y, en ciertos casos, acordar al Poder Ejecutivo el ejercicio ilimitado del veto fuera de las oportunidades que en forma taxativa señala la Constitución (Conf. voto Juez Soria, segunda cuestión, considerando segundo, en la causa I. 2125, "*Bringas de Salusso*", sentencia, 24-08-2005 y sus antecedentes allí mencionados; voto del Juez Genoud, considerando segundo en la causa en la causa I 2798, "*Alonso*", sentencia, 10-10-2007, y sus antecedentes también mencionados; dictamen PG, causa I 72.883, "*Montiel*", del 18 de julio de 2014, entre otros).

De allí que paso a expedirme del planteo promovido.

4.2.- A los fines de dictaminar he de remitirme a lo decidido por ese Supremo Tribunal de Justicia al sentenciar en las causas: I 72.374, "*Gerchunoff*", I 71.514, "*Costa*", ambas sentencias del día 24 de agosto del año 2016, como así también, en I. 74.701, "*Bagú*", sentencia del 19 de septiembre de 2018 e I 75340, "Leoz", sentencia de 6 de noviembre de 2019, entre muchas otras, y a lo allí sostenido en cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada en la causa F. 509. XXXVI. "Recurso de Hecho. Franco, Blanca

Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno", del 12 de noviembre de 2002 ("Fallos", T. 325: 2968), para propiciar que podría hacer lugar a la demanda, declarando la inaplicabilidad del artículo 32 inciso 1º del decreto ley 9020/1978, a la situación de hecho de la escribana Maccario.

En efecto, la Corte de Justicia de la Nación afirma que el artículo 32 inciso 1º del decreto ley Nro. 9020/1978, dispone una suerte de presunción *juris et de jure* para quienes alcanzan la edad allí prevista y los encuentra incapacitados para ejercer la función notarial (consid. 6to.).

Que tal precepto resultaría arbitrario debido a su generalidad y a la falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Añade en el considerando séptimo que, "[...] *la arbitrariedad de la norma en cuestión surge, en primer lugar, de que la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del decreto ley Nro. 9020/78*". Con cita del artículo 32, incisos 2º y 3º.

Entiende: " [...] *esas disposiciones posibilitan separar a los escribanos del ejercicio de las delicadas funciones que les han sido delegadas, por lo que se encuentran asegurados los medios para proceder así en los casos en que se genere una real inhabilidad de cumplir aquéllas en condiciones adecuadas*".

Ese Tribunal de Justicia, tiene por su parte en cuenta, que allí se resaltó que la disposición impugnada "*afecta el derecho de trabajar consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su artículo 75 inc. 22, en particular los artículos XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo; 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo; y 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido*" (consid. 8vo.).

También que la igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos/as que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de

relevancia social similar a la de aquéllos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.).

Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos/as por el solo hecho de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados (Consid. 9no.).

Por último, concluye que son profesionales del derecho afectados a una actividad privada -pues la concesión que les otorga el Estado no importa adjudicarles el rango de funcionarios públicos- y, en consecuencia, no están sujetos al discrecional poder con que cuenta el Estado para la organización administrativa.

Tal doctrina se presenta coincidente con la sostenida por el máximo Tribunal de Justicia en la sentencia de la causa "*Vadell*" ("Fallos", T. 306:2030, considerandos 11 y 12).

De allí que en concordancia con lo aconsejado por esta Procuración General en la citada causa I 1.658 "*Franco*" -dictamen del día 11 de febrero de 1999- y atendiendo a los principios rectores sentados en el aludido pronunciamiento recogido en doctrina jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, es que podría resolver favorablemente la pretensión actora, tal como ya lo hiciera en los fallos antes mencionados, sobre análogas cuestiones a las aquí presentadas.

V.-

Por las razones expuestas, podría V.E. hacer lugar a la demanda; declarar la inaplicabilidad de lo preceptuado en el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, cuestionado, a la situación de hecho de la escribana Susana Margarita Maccario y, en consecuencia, ordenar en definitiva al Ministro

de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires se abstenga de decretar cualquier medida vinculada con el alcance de esa norma.

La Plata, agosto 3 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 76.425-1

“Ayarza, Mirta c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley N.° 9020/1980”, fecha: 31-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Ayarza Mirta c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad dec. ley 9020/1980".

I 76425 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La escribana Mirta Ayarza interpone demanda en los términos de los artículos 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 683 y 685 del Código Procesal Civil y Comercial, con el fin de que V.E. declare la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, en tanto establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales, la edad de 75 años en vulneración a principios y derechos constitucionales.

La promueve con carácter preventivo, toda vez que el día 25 de noviembre del año 2020, con setenta y cinco años de edad, resulta alcanzada por dicha inhabilidad.

I.-

Luego de hacer referencia a la legitimación y a las condiciones de admisibilidad para demandar, expresa -que tal como se acredita con la documentación acompañada- se encontrará alcanzada por dicha normativa y en consecuencia vería violentados por alcanzar la edad de 75 años, el principio de igualdad ante la ley, artículo 16 de la Constitución Argentina y el derecho de trabajar, artículo 14 de la citada constitución.

Refiere que el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978 avanza sobre esos límites constitucionales debilitando el ordenamiento jurídico que debiera proteger y que hace a la defensa de los derechos y garantías.

Sostiene que una inminente aplicación declarando la vacancia del registro a su cargo, Registro Notarial número 36 de San Isidro, constituiría un acto del poder público cuya arbitrariedad e ilegalidad afectaría derechos consagrados constitucionalmente y justifican la promoción del presente proceso en los términos de los artículos 15 y 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y concordantes del Código adjetivo para preservar su vigencia.

Da cuenta que nace el día 25 de noviembre del año 1945 en la Ciudad de Buenos Aires, obteniendo el título universitario de escribana en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el día 18 de diciembre de 1968 y designada adscripta al Registro de Escrituras Públicas número 9 del Partido de San Isidro, que perteneciera al Escribano E. J., B.

Que posteriormente, por decreto 2657/73 del día 8 de mayo del año 1973, es designada titular del Registro de Contratos Públicos número 36 de San Isidro en el que se desempeña en la actualidad.

Destaca que al momento de otorgarse el registro no existía norma alguna respecto a la limitación por edad del ejercicio del notariado, resultando en consecuencia posterior a su inicio como Titular del Registro 36 de San Isidro.

Destaca detalles de su actuación profesional, de experiencia y de resultados obtenidos de inspecciones realizadas en el registro.

Manifiesta un perfecto estado de salud psíquica y física, adjunta documental y expresa que continúa trabajando al frente de la escribanía "*con la misma intensidad y entusiasmo que cuando me iniciara en la actividad*" agraviándose por la inhabilidad que amenaza su ejercicio profesional.

Expone que tanto la Constitución Nacional junto con los tratados a ella incorporados reconocen una serie de derechos y garantías los que conforme la manda del artículo 28 no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Afirma que la legalidad y la razonabilidad constituyen límites infranqueables en el Estado de derecho, se refiere de los alcances del artículo 17 y a la imposibilidad de su alteración sustancial.

Hace mención de los artículos 16 y 14 en cuanto al principio de igualdad ante la ley y al derecho de trabajar y también, los artículos 14 bis, 16, 17, 28, 31, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional; 10, 11, 27, 31, 39, 57, 161 inciso 1º y 176 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; 23 de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Añade que la norma al establecer una presunción de "inhabilidad" *iure et de iure*, resulta a todas luces irrazonable en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Cita jurisprudencia y doctrina al respecto. Recuerda que la inconstitucionalidad de la limitación del ejercicio de la profesión notarial impuesta por el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, ha sido objeto de decisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "*Franco, Blanca Teodora*" (2002) con transcripción de los considerandos sexto a noveno y décimo primero, en lo principal.

Asimismo, da cuenta de lo decidido por la Suprema Corte de Justicia entre otras causas, en "*Glaria*" (2004) haciendo mención del voto fundante del Señor Juez Negri en el considerando cuarto.

Solicita medida cautelar, deja planteada la cuestión federal y peticiona se haga lugar a la demanda entablada.

II.-

V.E. ordena a la demandada a título de cautelar se abstenga de aplicar la normativa en relación a la actora, luego de lo cual, se presta caución juratoria, siendo lo así decidido notificado al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos.

III.-

Corrido traslado de la demanda se presenta la Asesoría General de Gobierno allanándose incondicionalmente a la acción promovida y solicita ser eximida en costas.

Se dispone a continuación la intervención de la Procuración General en los términos del artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV.-

Paso a responder la intervención requerida y a proponer se haga lugar a la demanda interpuesta.

4.1.- En primer lugar, en cuanto al allanamiento propuesto por la Asesoría General de Gobierno, analizada la conducta procesal asumida, correspondería dejar establecido que, por la singular naturaleza de las cuestiones en debate, así como por los efectos de la decisión que recaiga en esta clase de juicios, no obligaría a ese Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate.

Lo contrario, importaría dejar librado al arbitrio del Asesor General de Gobierno, una facultad que le pertenece exclusivamente a esa Suprema Corte y, en ciertos casos, acordar al Poder Ejecutivo el ejercicio ilimitado del veto fuera de las oportunidades que en forma taxativa señala la Constitución (Conf. voto Juez Soria, segunda cuestión, considerando segundo, en la causa I. 2125, "*Bringas de Salusso*", sentencia, 24-08-2005 y sus antecedentes allí mencionados; voto del Juez Genoud, considerando segundo en la causa en la causa I 2798, "*Alonso*", sentencia, 10-10-2007, y sus antecedentes también mencionados; dictamen PG, causa I 72.883, "*Montiel*", del 18 de julio de 2014, entre otros). De allí que paso a expedirme del planteo promovido.

4.2.- A los fines de dictaminar he de remitirme a lo decidido por ese Supremo Tribunal de Justicia al sentenciar en las causas: I 72.374, "*Gerchunoff*", I 71.514, "*Costa*", ambas sentencias del día 24 de agosto del año 2016,

como así también, en I. 74.701, "*Bagú*", sentencia del 19 de septiembre de 2018 e I 75340, "Leoz", sentencia de 6 de noviembre de 2019, entre muchas otras, y a lo allí sostenido en cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada en la causa F. 509. XXXVI. "Recurso de Hecho. Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno", del 12 de noviembre de 2002 ("Fallos", T. 325: 2968), para propiciar que podría hacer lugar a la demanda, declarando la inaplicabilidad del artículo 32 inciso 1º del decreto ley 9020/1978, a la situación de hecho de la escribana Ayarza.

En efecto, la Corte de Justicia de la Nación afirma que el artículo 32 inciso 1º del decreto ley Nro. 9020/1978, dispone una suerte de presunción *juris et de jure* para quienes alcanzan la edad allí prevista y los encuentra incapacitados para ejercer la función notarial (consid. 6to.).

Que tal precepto resultaría arbitrario debido a su generalidad y a la falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Añade en el considerando séptimo que, "[...] *la arbitrariedad de la norma en cuestión surge, en primer lugar, de que la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del decreto ley* Nro. 9020/78". Con cita del artículo 32, incisos 2º y 3º.

Entiende: " [...] *esas disposiciones posibilitan separar a los escribanos del ejercicio de las delicadas funciones que les han sido delegadas, por lo que se encuentran asegurados los medios para proceder así en los casos en que se genere una real inhabilidad de cumplir aquéllas en condiciones adecuadas*".

Ese Tribunal de Justicia, tiene por su parte en cuenta, que allí se resaltó que la disposición impugnada "*afecta el derecho de trabajar consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su artículo 75 inc. 22, en particular los artículos XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo*; 23 *de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo*; *y 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido*" (consid. 8vo.).

También que la igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos/as que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.).

Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos/as por el solo hecho de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados (Consid. 9no.).

Por último, concluye que son profesionales del derecho afectados a una actividad privada -pues la concesión que les otorga el Estado no importa adjudicarles el rango de funcionarios públicos- y, en consecuencia, no están sujetos al discrecional poder con que cuenta el Estado para la organización administrativa.

Tal doctrina se presenta coincidente con la sostenida por el máximo Tribunal de Justicia en la sentencia de la causa "*Vadell*" ("Fallos", T. 306:2030, considerandos 11 y 12).

De allí que en concordancia con lo aconsejado por esta Procuración General en la citada causa I 1.658 "*Franco*" -dictamen del día 11 de febrero de 1999- y atendiendo a los principios rectores sentados en el aludido pronunciamiento recogido en doctrina jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, es que podría resolver favorablemente la pretensión actora, tal como ya lo hiciera en los fallos antes mencionados, sobre análogas cuestiones a las aquí presentadas.

V.-

Por las razones expuestas, podría V.E. hacer lugar a la demanda; declarar la inaplicabilidad de lo preceptuado en el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, cuestionado, a la situación de hecho de la escribana Mirta Ayarza y, en consecuencia, ordenar en definitiva al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires se abstenga de decretar cualquier medida vinculada con el alcance de esa norma.

La Plata, julio 31 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 75.278-1

"Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad Decreto N.° 401/2017", fecha: 30-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ Inconstitucionalidad decreto 401/2017".

I 75.278

Suprema Corte de Justicia:

La asociación Protección Consumidores del Mercado Común de Sur en adelante Proconsumer, por medio de apoderado, promueve demanda contra la Municipalidad de San Isidro, reclamando la anulación, por inconstitucionalidad, de la resolución municipal que aprueba el régimen municipal urbanístico -decreto 401/2017- por vulnerar disposiciones de rango constitucional y legal de protección de los derechos ambientales.

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 2 de San Isidro, luego de plantearse una cuestión de conexidad, resuelve declarar su incompetencia y elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia (conf. art. 161 inc. 1°, Constitución de la Provincia de Bs. As.).

El alto Tribunal de Justicia declara su competencia y dispone reconducir la demanda al proceso previsto en los artículos 683 a 688 del Código Procesal Civil y Comercial, acción originaria de inconstitucionalidad.

I.-

La organización accionante procura la anulación por inconstitucional del Código de Planeamiento Urbano, aprobado por aquel decreto 401/2017 e impugna las normas atinentes a la instalación, funcionamiento y comercialización de conjuntos inmobiliarios -conforme la denominación del

actual Código Civil y Comercial, artículos 2073, 2074 y 2075- por considerar que vulnerarían los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional como así también el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en lo que respecta al tema ambiental que consagran para los habitantes, el derecho de gozar de uno sano, preservarlo y mantenerlo para las generaciones presentes y futuras.

Denuncia la violación al orden jurídico ambiental al no haber dado cumplimiento a la ley nacional 25.675 y especialmente a la siguiente normativa provincial: ley 11.723 vigente al momento de iniciarse las obras, al decreto ley 8.912/1977 y a las leyes 6.253 y 6.254.

Se agravia puntualmente del artículo 1.1.2.4. del Código de Ordenamiento Urbano, en cuanto establece como definición de Vivienda Unifamiliar a una única unidad habitacional en una parcela con funcionamiento y servicios independientes, área libre (patio-jardín), acceso directo desde vía pública y estacionamiento propio; y como Viviendas Unifamiliares Agrupadas a dos o más unidades de vivienda por parcela, de tipología similar a la vivienda unifamiliar. Destaca que estas han sido las normas a las que ha echado mano el Municipio para violar el orden jurídico ambiental.

Tras hacer referencia a los antecedentes relacionados con los pedidos de informes administrativos y judiciales efectuados por la Asociación, a la demorada respuesta por parte del Municipio y negar la existencia en el Partido de "*urbanizaciones cerradas denominadas Barrios Cerrados y Clubes de Campo*; *que no existen Declaraciones de Impacto Ambiental*; *y que no existen por lo tanto, nóminas de urbanizaciones cerradas*", seguidamente la actora enumera la normativa aplicable a las urbanizaciones cerradas o conjuntos inmobiliarios que reputa no observadas por la demandada, a saber: los artículos 2073, 2074 y 2075 del Código Civil y Comercial, el decreto ley 8.912/1977 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoce el *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano.

Afirma que el Municipio habría instalado y comercializado en el Partido de San Isidro, bajo la denominación de viviendas

unifamiliares agrupadas, conjuntos inmobiliarios de los descriptos en el actual Código Civil, que las propias inmobiliarias de la zona publicitan como barrios cerrados.

Según Proconsumer, el Municipio estaría eludiendo la siguiente normativa con sus consecuencias: a) La Constitución Nacional en el artículo 41 que establece e instala la cláusula ambiental por la cual gozamos del derecho a un ambiente sano; b) La Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 28; c) La ley 25.675 en sus artículos 11, 12 y 13; d)

La ley provincial del ambiente 11.723 en sus artículos 10, 11 y 12; e) El derecho constitucional y *supra* constitucional del control público a través de la participación ciudadana;

f) La ley 25.675, artículos 19/21; ley 11.723, artículo 2 inc. b] y c] y artículo 10 a 24; g) La protección de los suelos establecida en la ley provincial 6.253 en sus artículos 1° a 6°; h) El decreto reglamentario 11.368/1961 en sus artículos 1° a 4°; i) La ley 6.254 en sus artículos 1°, 2°, 3° y 5°; j) El artículo 56 y 59 del decreto ley 8.912/1977; k) El Código de Aguas –ley 12.257- en relación a la instalación de lagos y lagunas con el debido contralor de la autoridad del agua en sus artículos 5° y 6° y l) La Resolución Nº 234/2010 del Directorio de la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 18 de marzo y publicada el 5 de abril de igual año 2010.

Pone de resalto, seguidamente, todas las normas relativas a barrios cerrados y clubes de campo, así como la existencia de un listado de las urbanizaciones cerradas publicado por el Ministerio de Gobierno -Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas, Barrios Cerrados y Clubes de Campo-, del que se desprendería que todos los Municipios han interpretado correctamente la ley y la clasificación de los barrios; habrían emitido declaratorias de impacto ambiental y exigido a los interesados presentar un estudio de impacto ambiental.

También, que resultaría de dicho registro que todos los Municipios habrían interpretado que la ley nacional 25.675 y la ley provincial

11.723 deberían ser de aplicación, toda vez que esos núcleos urbanos resultarían ser obras susceptibles de degradar el ambiente. Con indicación de los artículos 11 de la primera y 10 de la ley ambiental provincial.

Manifiesta que la Municipalidad de San Isidro habría incurrido en graves irregularidades al proceder a la instalación de estos conjuntos inmobiliarios omitiendo cumplir con las exigencias de las leyes de orden público ambiental, al momento de iniciarse las obras.

En el caso, se agravia la actora porque la demandada no habría cumplido con el proceso de evaluación de impacto ambiental previo al inicio de la obra y con la audiencia pública obligatoria impuesta para garantizar la participación ciudadana conforme a las leyes ambientales y a tratados internacionales.

Cita la Resolución Nº 29/2009 del Organismo Provincial para el DesarrolloSustentable -OPDS- aludiendo a lo dispuesto en sus artículos 3° y 4° cuya inobservancia en lo que respecta al proceso de evaluación de impacto ambiental también denuncia.

Alude, finalmente, a los requisitos que también se habrían incumplido que imponen, luego de la evaluación del impacto ambiental y la participación ciudadana, la declaración de impacto ambiental por parte del Municipio y su revisión por la autoridad provincial para que, luego, otorgue la Municipalidad la factibilidad final para la realización de la obra.

Da cuenta, asimismo, que el Municipio habría eludido someter los emprendimientos a la regulación fijada para los “núcleos urbanos” y acatar los recaudos previstos para la preservación de los “humedales”.

Ofrece prueba de carácter documental y de informes, solicitando se libren oficios al OPDS y al Ministerio de Gobierno.

Plantea la gratuidad del trámite incoado fundándose en el artículo 32 de la ley 25.675 y el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales; cita en su apoyo doctrina de la Suprema Corte de Justicia recaída

en la causa Ac. 93.412, "*Granda*" (2005) e invoca el artículo 28 de la ley 26.361 que alude al beneficio de la justicia gratuita en las acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva.

Plantea el caso federal en los términos del artículo 14 de la ley 48 y, a todo evento, de acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reclamando el control de convencionalidad ante el incumplimiento de las mandas constitucionales y la violación de los derechos de protección del ambiente.

Por último, menciona el accionante, a modo de resumen de los agravios constitucionales, que el Municipio de San Isidro interpretando caprichosa e ilegalmente las leyes vigentes habría dejado en manos administrativas comunales la autorización de instalación de las urbanizaciones cerradas.

Que, de tal modo, las aludidas normas municipales atentan contra el derecho de gozar de un ambiente sano. Hace mención de los artículos 41 de la Constitución Argentina, 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a la ley 25.675 y su complementario provincial al omitir la necesidad de un proceso previo de evaluación de impacto ambiental y eludir el derecho a la participación ciudadana, con cita entre otros del principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro y la Agenda XXI.

También invoca las leyes 6.253 y 6.254 de protección de los suelos; las normas de protección de humedales contenidas en el Convenio RAMSAR que serían violentadas junto a la normativa de la autoridad del Agua, de protección de los acuíferos y sobre instalación de nuevos núcleos urbanos.

Concluye que tal cúmulo de ilegalidades sustenta el acuse de inconstitucionalidad formulado.

II.-

Corrido traslado de ley, se presenta la Municipalidad de San Isidro y contesta la demanda, solicita su rechazo, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Como consideración previa, manifiesta que, de acuerdo a la readecuación de la pretensión dispuesta por el Tribunal, el objeto de la acción -y el ámbito delimitado de conocimiento de esta vía- sería la discusión sobre la validez o invalidez constitucional de una norma considerada en abstracto y motivada en un caso. Indica el artículo 161 inciso 1° de la Carta provincial.

Advierte que el objeto demandado no trataría sobre la norma en sí misma, en abstracto y su relación con la Carta Magna, sino sobre el incumplimiento de su aplicación por la Municipalidad de San Isidro.

Por dicha razón, adelanta que la demanda no podría prosperar, pues esta no sería la vía idónea para denunciar el incumplimiento de la normativa legal.

Afirma que la existencia de la norma no ocasionaría daño ambiental alguno, de modo que sería falsa la afectación que denuncia la actora por no tratar de una situación que genere una cuestión ambiental que afecte el artículo 28 de la Constitución local ni los términos de la ley 11.723.

En relación a la prueba documental acompañada por la actora, la desconoce en su totalidad señalando que carecerían de valor por tratarse de copias simples.

En orden a la pretensión ejercida en la acción de inconstitucionalidad, el demandado niega que la normativa mencionada por la actora -el decreto 201/2017, punto 1.1.2.4.- viole el orden jurídico y resulte inconstitucional.

Concretamente, niega que el Municipio hubiese violentado la normativa provincial o nacional, sosteniendo que sus actos resultarían ajustados a derecho conforme las atribuciones que le son propias según la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el decreto ley 6.769/1958.

Asimismo, niega que existan en el distrito humedales bucólicos y áreas rurales, ni que se violente el Código de Aguas; la instalación de nuevos núcleos urbanos, todo lo cual evidenciaría –dice- la falta de conocimiento

cabal del distrito y de sus características físicas por parte de la actora.

Reitera que lejos de plantear un análisis abstracto de la norma, sólo se agravia del supuesto incumplimiento de su aplicación.

Y niega, por fin, tanto la legitimación que invoca la actora para intentar la acción, como la gratuidad del trámite fundada en la normativa ambiental que argumenta, pues tratándose de una acción autónoma de inconstitucionalidad, correspondería que tribute las costas procesales.

Sostiene, seguidamente, que la demanda de inconstitucionalidad resultaría extemporánea, pues habría operado el plazo de caducidad para interponer la acción, sin que el caso resulte alguno de los que regula el artículo 685 del Código de Procesal Civil y Comercial como excepción al referido plazo.

En consecuencia, la expiración del plazo fijado en la ley procesal habría extinguido la competencia de la Suprema Corte de Justicia para entender en la presente acción. Cita doctrina jurisprudencial.

Sin perjuicio de lo dicho, considera el demandado que la acción resultaría inadmisible por carecer de los requisitos elementales para su promoción.

Expone que la queja la centra en el actuar de la administración y la interpretación de las normas, la norma general en abstracto no contiene ninguna tacha de inconstitucionalidad.

Destaca que en primer lugar la norma general abstracta atacada por el demandante es el Código de Ordenamiento Urbano, pero ese código, por el hecho de receptar una definición de lo que llama viviendas unifamiliares agrupadas, no colisionaría con ninguna norma del ordenamiento jurídico, mucho menos con la Constitución.

Ello pues la pretensión, lejos de formularse contra la norma general y abstracta -el Código de Ordenamiento Urbano- alguna tacha

de inconstitucionalidad por colisionar con normas de rango superior, en realidad versaría sobre el modo como la administración la habría interpretado y aplicado al interesado, planteo éste que resultaría improcedente en la acción originaria de inconstitucionalidad. Cita, al respecto, profusa jurisprudencia de ese Alto Tribunal.

Es por ello que entiende que la demanda tal y como ha sido articulada, resulta formalmente improcedente.

Por otro lado, considera que la demanda resultaría inadmisible por ausencia de caso concreto, de interés actual o inminente.

Expone que el objeto primario de la instancia prevista por el artículo 161 inciso 1° de la Constitución provincial consiste en la verificación de la validez de la norma considerada en sí misma, sin que ello importe que deban desatenderse por completo los perjuicios derivados de la lesión a los derechos de la parte interesada derivados de su inminente o efectiva aplicación.

Continúa expresando que, de lo contrario, no habría "caso" ni "legitimación", requisitos que se infieren a partir de la situación fáctica en que se enmarca la pretensión.

Afirma que si lo que se cuestiona por medio de la acción originaria no sería la constitucionalidad de la norma, sino el modo en que se la aplicó, la demanda en este específico carril procesal resultaría inadmisible.

En este sentido, destaca el exponente que la actora no menciona ningún daño, actual o inminente, producto de la aplicación de la norma.

Asevera que se opone al progreso de la acción el hecho de formular alusiones genéricas, sin precisar de modo concreto cómo y de qué forma la disposición municipal estaría dañando al medio ambiente que pretende resguardar.

Tras señalar que la demanda omitiría deliberadamente observar que sí se habrían realizado los estudios de impacto ambiental, discurre

luego el responde de la demandada en la mención de las características de la acción declarativa de inconstitucionalidad, de jurisdicción originaria de la Suprema Corte de Justicia, como así de los alcances de la sentencia que eventualmente recaiga, que tendría únicamente efectos inter partes, sin que las normas objetadas de inconstitucionales pierdan su operatividad y validez, salvo para el caso concreto, y sin perjuicio de la reiteración de pronunciamientos semejantes en los casos concretos que en adelante se sometan.

Invoca, seguidamente, diversos precedentes jurisprudenciales en los cuales los superiores tribunales de nación y provincia habrían precisado, por un lado, la necesidad de un "caso" o "controversia", es decir, un asunto en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante.

Y por el otro, que el derecho o interés de quien acciona, debería existir al presentarse la acción y subsistir hasta el momento del dictado de la sentencia.

Recuerda, por fin, la relevancia para el presente caso que tendrían los precedentes de la Corte federal -que menciona-, que fueron fijando los lineamientos para definir los requisitos de la legitimación procesal para demandar la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Postula, finalmente, el rechazo de la demanda por inadmisible, por ausencia de caso concreto, de interés actual o inminente.

En cuanto a su procedencia, sostiene la demandada que, en relación al objetivo de la acción -la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1.1.2.4. del Código de Ordenamiento Urbano -texto ordenado por decreto 201/2017- el planteo de la actora incurriría en absurdo en virtud de su vacuidad.

Es que, según destaca, el C.O.U. vigente sólo recopilaría las definiciones de la legislación provincial -el decreto ley 8.912/1977, que no

habría sido puesto en crisis en la demanda- con la finalidad de determinar y regular el F.O.T. y el F.O.S., también definido en dicho dicha norma, en razón de reglamentar la densidad poblacional por metro cuadrado.

Alude la demandada, en este sentido, a las definiciones técnicas de los artículos 32, 35 y 42 del citado decreto ley, expuestas en el capítulo específico relativo a la densidad poblacional, de donde surgen definiciones y diferenciaciones entre "dispersa" y "agrupada"; "unifamiliar" y "multifamiliar", "F.O.T. y F.O.S.", y la definición de "clubes de campo" en el artículo 64.

Entiende que la Asociación Proconsumer plantea la inconstitucionalidad de un articulado del C.O.U. que simplemente recepta definiciones técnicas prescriptas por la propia legislación provincial que se insinúa vulnerada por el Municipio. De tal modo, lo expuesto mostraría el error conceptual del planteo de la actora que, indirectamente, implicaría tachar la ilegalidad de una norma que no ha sido puesta en crisis en la demanda.

Postula la demandada, además, la falta de legitimación de la actora.

Sobre este punto, destaca que la actora intentaría justificar su intervención al amparo de la acción prevista en la legislación ambiental que no sería aplicable al caso ante una acción declarativa de inconstitucionalidad. Menciona el artículo 34 de la ley 11.723.

Por otra parte, observa que la actora carecería de domicilio, de representación en la Provincia de Buenos Aires.

A ello agrega que no estaría inscripta en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, y su inscripción en la Inspección General de Justicia correspondería al ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

De tal modo afirma que carecería de legitimación para promover la acción al no contar con vinculación jurídica e interés con la cuestión debatida.

A criterio de la demandada, la actora habría intervenido excediendo su objeto social -la defensa de sus asociados- pues no habría afectación ni lesión concreta ellos o a la asociación.

Se habría arrogado la representación en abstracto del ambiente, pero sin identificar un caso concreto, tan sólo afirmaciones genéricas, abstractas y condicionales.

Por ello, entiende que, si bien la interpretación de la legitimación activa habría de ser amplia, no basta que cualquier persona, sin invocar un perjuicio concreto para sí o para sus afiliados, quede legitimada para iniciar un proceso con la excusa de un posible tema ambiental, sin un caso y sin que exista cuestión ambiental puntual urgente.

Invoca en apoyo de sus argumentos lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en orden a la ausencia de la *legitimatio ad causam*, es decir la falta de legitimación activa de Proconsumer. Cita doctrina de las causas B 59.358 "*Rapagnini*" (2001) de la Suprema Corte de Justicia y de la Corte federal, causas "*Halabi*" (2009); "*Thomas*" (2010) y "*Cavalieri*" (2012).

Sin perjuicio de los argumentos vertidos con el fin de desvirtuar las afirmaciones de la accionante, expresa que el Partido de San Isidro no tendría zonas rurales; la zonificación sería urbana con una impronta residencial y deportiva. Cita el artículo 5° inciso I punto b) del decreto ley 8.912/1977.

Aduce que el Partido conforma el primer cordón del conurbano, en una traza continua de carácter urbano que integran cinco ciudades: San Isidro, Acassuso, Martínez,

Béccar, Boulogne y Villa Adelina, con asfalto, agua corriente, electricidad, cloacas, gas natural, iluminación led de la vía pública, sistema propio de fibra óptica, cámaras de vigilancia y sistema de patrullaje municipal.

Insiste en que no existiría una periferia rural que haya que transformar o que se haya transformado; que en la jurisdicción no se

habrían transformado humedales ni zonas rurales en urbanizaciones como habría sucedido en los territorios de Pilar y de Tigre.

Refiere que del plano que forma parte del C.O.U., surgen dos zonificaciones especiales: el batallón de arsenales 601 de Boulogne y el barrio de emergencia La Cava; el primer caso dominio de jurisdicción militar, el segundo, sujeto al Plan federal de viviendas, y ambos no constituirían humedales "bucólicos".

Afirma que el Municipio de San Isidro sería pionero en la recuperación de los espacios públicos costeros, para el esparcimiento de la población en un ámbito natural y la práctica de deportes, y que la Comuna protege los espacios y derechos ambientales incluyendo la recuperación o novación territorial en pos de su cumplimiento.

Adhiere a los fundamentos del decreto ley 8.912/1977 en cuanto no se registran en el distrito, ni existieron al momento de su sanción, fracciones agropecuarias sujetas a una división especulativa, tal como procuraba evitar la norma en cuestión, que transcribe en lo pertinente en cuanto a la utilización racional de las determinaciones territoriales y sus usos, urbano y rural. Recuerda hechos acontecidos en la que se involucraban a firmas inmobiliarias, en territorios que menciona.

Niega que se hubieran instalado nuevos núcleos urbanos en el distrito; invoca desconocimiento de la situación por parte de la accionante a la que atribuye ajenidad con la provincia.

Funda su derecho en lo dispuesto en los decretos leyes 8.912/1977 y

6.769/1958, en las normas del ordenamiento procesal civil y comercial, doctrina y jurisprudencia.

En cuanto a la prueba, ofrece como documental el Código de Ordenamiento Urbano -Boletín Extra n° 1.039- y el Código de Edificación Boletín Extra 481-10995-I-2009.

Asimismo, se opone a la producción de la ofrecida por la parte actora por estimarla inconducente y solicita se prescinda de otras medidas probatorias y pase la causa a concluida para definitiva, con cita del artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

En caso de no admitirse las defensas deja planteado el caso federal, en los términos del artículo 14 de la ley 48, por violación de los artículos 1°, 5°, 18, 19, 22, 28, 31, 123 y concordantes de la Constitución Nacional.

Por último, solicita se dicte sentencia, se rechace la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

III.-

Tras la producción de la prueba, las partes presentan sus respectivos alegatos.

3.1.- La Municipalidad de San Isidro manifiesta que Proconsumer no habría acreditado daño alguno producido por aplicación de la normativa, ni el interés afectado en sus afiliados.

Reitera, como lo había expresado en la contestación de la demanda que además carecería de domicilio y de representación en la Provincia de Bs. As. y, por tanto, de legitimación activa para promover la acción.

Insiste en afirmar que la Asociación actúa excediendo su objeto social –que consiste en la protección de derechos concretos de sus asociados- toda vez que, sin tener socios afectados directamente, se arroga la representación o defensa abstracta del medio ambiente mediante afirmaciones genéricas, en abstracto y en condicional.

Destaca que, de considerarse válido este criterio, se habilitaría a la actora a reclamar, por cualquier razón y en cualquier punto del país, sin sustento en el caso concreto y sin afectación de derechos colectivos o pluriindividuales definidos, lo que -por más amplia que sea la interpretación de la legitimación activa- sería inadmisible si no existiese una cuestión ambiental

puntual urgente.

Concluye que la actora carece de acción para intentar la presente demanda al amparo de una supuesta legitimación ambiental, quedando demostrada su falta de legitimación activa, con cita de la causa mencionada "*Rapagnini*".

En cuanto a la restante prueba documental que fuera desconocida por la demandada, se afirma que no derivaría de ella la presunta inconstitucionalidad del Código de

Ordenamiento Urbano, más aún cuando del informe de la Secretaría de Planeamiento Urbano surgiría claramente la realización de los estudios de impacto ambiental que objeta la actora.

Agrega que su oposición -en razón de su inconducencia- a la producción de la prueba de informes y a la exhibición de documental habría resultado conveniente toda vez que habría sido desistida por la proponente.

En lo que respecta a la ofrecida por su parte, expresa que el Código de Ordenamiento Urbano y el Código de Edificación receptan en su articulado definiciones técnicas que están prescriptas en el decreto ley 8.912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo de la Provincia de Buenos Aires, para concluir -tras reiterar plurales consideraciones efectuadas en el escrito de contestación de la demanda- que del cotejo de la normativa municipal con las leyes de mayor rango y la Constitución Nacional, no se presentaría ningún viso de inconstitucionalidad.

3.2.- Por el lado de la parte actora, Proconsumer se presenta a fin de alegar.

Al respecto expresa que el Municipio de San Isidro habría tergiversado el idioma, la ley, los conceptos y la realidad.

Ello pues, en el Partido en cuestión, los conjuntos inmobiliarios que constituyen barrios cerrados o clubes de campo, se denominarían

como viviendas unifamiliares multifamiliares agrupadas, cobijándose en una normativa administrativa violatoria del orden ambiental.

Insiste en que ni la realidad ni los residentes en ella aceptan dicha denominación, admitiéndose que se trata de barrios cerrados.

Concluye que, por la notoriedad de los hechos y el sesgamiento de la conducta municipal por largos años, correspondería declarar la inconstitucionalidad de las normas denunciadas, y obligar al Municipio a encuadrar aquellos emprendimientos en el orden jurídico ambiental conforme sus leyes rectoras 25.675 y su complementaria provincial 11.723.

IV.-

A los fines de emitir opinión a través del presente dictamen, abordaré el examen de los planteos de caducidad y de falta de legitimación para promover la acción originaria de inconstitucionalidad intentados por el Municipio de San Isidro, para luego considerar la admisibilidad y procedencia de la demanda.

4.1.- Caducidad.

La demandada ha planteado que la acción originaria de inconstitucionalidad intentada resulta extemporánea por haberse deducido fuera del plazo previsto por el artículo 684 del Código Procesal Civil y Comercial

Sin embargo, el referido plazo de 30 días establecido en la norma citada, sólo rige en los casos de contenido patrimonial, hallándose exceptuados de la caducidad los supuestos enumerados en el artículo 685 del mismo código -normas que tengan carácter institucional o afecten derechos no patrimoniales- o, en cualquier caso, si aún no han sido aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva.

En el caso, la motivación de la demanda alude a la presunta afectación de derechos de incidencia colectiva, particularmente al medio ambiente sano, lo que constituye la invocación de uno de los derechos

humanos de tercera generación, surgidos de la actualización que ha recibido, hacia fines del siglo XX y comienzos del XXI a través de sucesivas declaraciones temáticas, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Siendo el contenido y la finalidad de la demanda ajeno a los derechos patrimoniales de la accionante, entiendo que no rige el plazo de caducidad para su presentación.

En este sentido, ha expresado esa Suprema Corte de Justicia que "[...] *el plazo de caducidad previsto en el art. 684 del Código Procesal Civil y Comercial únicamente tiene virtualidad cuando el interés patrimonial define el contenido de la acción de inconstitucionalidad que se promueve, pero no respecto de cuestiones que afectan derechos de la personalidad no patrimoniales*", con cita del artículo 685 de la norma adjetiva (causa I 1995 "*Sabatini Silvia Adriana*", sent., 05-11-2005, I 75.419, "*Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la Provincia de Buenos Aires*", res. 20-02-2019 y sus citas, e. o.).

En consecuencia, entiendo que V.E. deberá considerar tempestiva la acción deducida.

4.2.- Legitimación.

La asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur (Proconsumer), al pretender la inconstitucionalidad del decreto 401/2017 que aprueba el régimen municipal urbanístico de San Isidro, invocó la existencia de un derecho de incidencia colectiva, como es el derecho al ambiente.

Para justificar su legitimación para promover la acción, se arrogó la atribución –en representación del colectivo aludido- de reclamar el derecho de gozar de un ambiente sano, de preservarlo y mantenerlo para las generaciones presentes y futuras.

Señaló a tal efecto que, entre los objetivos previstos en su Estatuto Social, la entidad tiene contemplada, a partir de la reforma aprobada en el año 2004, la temática ambiental e invocó el artículo 43 inciso

2° de la Constitución Argentina, en tanto permite actuar "*...en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente...*" a "*...las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley...*".

Ahora bien, la legitimación en la causa constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que se traba entre las partes. Ella consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifiquen preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula.

Esta legitimación *ad causam* exige un interés actual y comprometido en el conflicto jurídico, sin el cual no podrá hablarse de una "parte" en sentido estricto, como titular del interés que se invoca.

Para la cabal comprensión de su significado, es necesario diferenciar los conceptos de legitimación e interés, aun cuando ambos están en estrecha relación. Si por legitimación se entiende la posición procesal que corresponde a determinado "sujeto", mediante el interés se identifica el criterio que debe ser satisfecho a efectos de que ese sujeto esté en posibilidad de participar de determinado proceso.

La doctrina que fue sentando la Corte Suprema de Justicia en materia de legitimación ha impuesto, a partir del caso "*Halabi*" (Fallos, 332:111), luego ratificado y precisado entre otras en la causa "*Thomas*" (Fallos, 333:1023), que en los procesos colectivos es imprescindible la existencia de "causa", lo que obsta a la actuación "en abstracto"; y de "parte", esto es, quien se beneficia o se perjudica con la resolución y que, consecuentemente, debe demostrar un interés jurídico suficiente.

Ahora bien, en el presente caso, más allá de la genérica invocación formulada en la demanda, lo cierto es que la Asociación Proconsumer, quien –como lo sostuvo la demandada- no tiene domicilio en el Partido de San Isidro y, ni siquiera, en la Provincia de Buenos Aires, y no identifica cuáles serían

sus afiliados que resultarían afectados, no intenta vincular su actuación con situación o dato alguno que evidencie su interés concreto en la declaración de inconstitucionalidad, es decir, con el perjuicio cierto actual o inminente que la norma impugnada causa o causará para la asociación o para sus afiliados.

Una de las condiciones que impone la Constitución de la Provincia al regular, en el artículo 161 inciso 1°, la demanda originaria de inconstitucionalidad, es la exigencia de que la norma que es objeto de la tacha sea "controvertida por parte interesada".

La doctrina jurisprudencial entiende que ese interés que ha de mover a quien deduce la acción debe poseer como característica el ser "particular" y "directo". Es decir que, para que exista legitimación para obrar, el sujeto debe ser afectado o, si la acción es preventiva, habrá de serlo por la aplicación de la norma jurídica cuya constitucionalidad se controvierte.

Aun en supuestos como el de autos, donde lo que estaría en juego, según la postura de la actora, es un derecho de incidencia colectiva como el medio ambiente, en el que la mirada sobre la legitimación activa se vuelve más laxa y abarcativa -ya que por fuera de los individuos directamente afectados, también estarían legitimados el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, debidamente registradas (cfr. arts. 43, Constitución Argentina y 30, Ley General del Ambiente 25.675), lo cierto es que ello no excluye la exigencia del "interés concreto".

Ello, así pues, más allá de la amplitud en la interpretación acerca de quiénes están habilitados para iniciar acciones en defensa de los derechos colectivos, en ningún caso –y menos en el de las asociaciones intermedias- puede soslayarse la indispensable existencia de agravio.

Respecto del punto en cuestión, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, circunstancia que exige caracterizar suficientemente a sus integrantes

de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros así como también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción (cfr. CSJBA, "*Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur*", Fallos, 338:40; "*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad*", Fallos, 339:1077; "*Usuarios y Consumidores Unidos*". sent., 23-07-2020)

En definitiva, si la persona o el colectivo que demanda -en este caso, la Asociación Proconsumer- no acredita revestir la condición de "parte interesada", carece de legitimación "ad causam" para instar la inconstitucionalidad que, por vía de la acción originaria del artículo 161 inciso 1° de la Carta local, pretende.

Así, ha dicho esa Suprema Corte de Justicia que "*el adecuado desempeño del servicio de justicia requiere la existencia de un caso, causa o controversia (arts. 116, Const. Nac; 2, ley 27), cuya manifestación típica, obviamente, podrá variar según la materia que informe al conflicto. Ello explica entonces que, en lo atinente a la legitimación para obrar, los derechos o intereses a tutelar deban ser ejercidos por quien es titular de la relación jurídica sustancial de la que derivan*".

Para continuar: "*Desde luego, en algunos supuestos, como cuando se halla comprometida la defensa de los bienes de interés público (v.gr. los derechos de incidencia colectiva en general, art. 43, primer párrafo de la Constitución nacional) la legitimación ofrece mayor amplitud, sin llegar a derivarse de ello la adjudicación a cualquier persona de la automática aptitud para demandar, ni a entronizar, en todas las materias, la vigencia de la acción popular.*

Puntualiza: "*Así, ciertas normas del ordenamiento, constitucionales (art. 43, cit.) y legales (v.gr., arts. 12, primer párrafo, 14 inc. F, y concs., ley 13.834, con sus modificaciones) habilitan en modo puntual a entes u órganos el ejercicio de una legitimación extraordinaria para actuar en juicio accionando en*

defensa de determinados derechos de terceros en asuntos relativos al desempeño funcional de tales autoridades" (conf. Causa I. 73.296. "*Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires* (CPM)", sent., 13-08-2014).

Se ha dicho también, que por más amplio y flexible que deba ser el acceso a la jurisdicción (art. 15, Constitución de la Provincia de Bs. As.), no hay duda de que la aptitud legitimante en el proceso constitucional supone, en este tipo de casos, una cierta pertenencia o titularidad del derecho o interés que se invoca (SCJBA, "*Sanzio*", res., 22-05-2019 y sus citas) y exige su efectiva acreditación (SCJBA, I 2179, "*Jaroslavsky*", sent., 30-11-2011; I 72.580, "*Florentín*", res., 08-05-2013).

Consecuentemente con lo expuesto, opino que VE podría declarar inadmisible la presente demanda originaria de inconstitucionalidad.

4.3.- Procedencia.

Para el caso de no compartir V.E. la solución propuesta, considero que, de todos modos, la acción intentada no puede prosperar.

La demandada ha puesto en crisis la procedencia de la demanda originaria instaurada, afirmando que no habría sido demostrada por la parte actora la colisión entre la disposición municipal y las previsiones de la Constitución de la Provincia, ya que lejos de plantear un análisis abstracto de la norma cuestionada, sólo se agravia del supuesto incumplimiento de su aplicación.

Entiendo que le asiste razón.

En efecto, lejos de ocuparse de demostrar cómo la legislación municipal impugnada -el decreto 401/2017 que aprueba el Código de Ordenamiento Urbano de San Isidro- colisiona en sus disposiciones con los preceptos de la Constitución de la Provincia, la organización accionante -en rigor de verdad- plantea su disconformidad con las cláusulas del aludido decreto en lo que atañe a la regulación de los conjuntos inmobiliarios, fundada en que no responderían a las previsiones normativas aplicables a dicho tipo de urbanización.

Así vista la cuestión, puede concluirse que los planteos de la asociación Proconsumer no residen en la validez o invalidez constitucional del referido decreto, sino que versan más bien en una disconformidad con la interpretación y aplicación que pudo haberse hecho de sus disposiciones.

Es que, en definitiva, el agravio esgrimido por la actora postula que los núcleos urbanos o conjuntos inmobiliarios en el Partido de San Isidro se habrían concretado sin cumplirse con la reglamentación impuesta por la normativa ambiental que cita, más de tal modo no consigue proponer a conocimiento y decisión de esa Suprema Corte de Justicia un verdadero "caso constitucional".

Ello así, en la medida que los argumentos expuestos no aparecen cuestionando la validez constitucional de la norma en abstracto, desvinculada de las circunstancias particulares del caso, que resulta ser el supuesto específico de impugnación previsto en el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia.

La particular naturaleza que reviste el proceso de declaración originaria de inconstitucionalidad debe ser objeto de utilización excepcional y restrictiva, en tanto ha sido dotado de un mecanismo específico por la ley adjetiva, no susceptible de ser direccionada para fines ajenos a los que impulsaron su inserción normativa, dado que ello implicaría desnaturalizar su esencia y, consecuentemente, el taxativo mandato constitucional, siendo que existen vías procesales alternativas que posibilitan brindar adecuada y completa tutela jurisdiccional a las concretas pretensiones que, con relación a los actos que importen aplicación de las normas reputadas y atacadas como contrarias al texto de nuestra Carta Magna, persigan los justiciables (cfr. en este sentido, causa I 1580, "*Lascano*". sent., 02-12-1997; I 1648, "*Club de Campo San Diego SA*", sent., 12-04-2000, e. o.)

Ha dicho reiteradamente V.E. que, si bien la aplicación concreta de un precepto} puede afectar principios constitucionales, ello nada tiene que ver con la validez del precepto en abstracto, que es lo único que

puede discutirse mediante la acción de inconstitucionalidad (SCJBA, I 74218, *Pardo Villarroel*", res., 17-08-2016; I 69624, "*Stampi Sanguineti SA*", sent., 08-05-2019, e. o.).

V.-

En virtud de las consideraciones precedentes soy de opinión que V.E. podría desestimar la demanda de inconstitucionalidad promovida (art. 687, CPCC).

La Plata, julio 30 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 76.219-1

“Borzi, Susana A. c/ Provincia de Bs. As. (Dirección Gral. De Cultura y Educación) s/ inconstitucionalidad art. 57, inc. ‘e’ de la Ley N.° 10.579”, fecha: 01-06-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"BORZI Susana A. c/Provincia de Bs. As. (Dcción. Gral. Cult. y Ed.) s / Inconstitucionalidad Art. 57 inc. 'e' Ley 10.579"

I 76.219 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La señora Susana Amanda Borzi, promueve la presente acción en los términos de los artículos 161 inciso 1° de la Constitución Provincial, 683 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial, contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579 -texto según ley N° 12770 (Estatuto del Docente)-, al considerar que por la norma atacada se le niega la inscripción en el listado oficial de la Secretaría de Inspección de La Plata y distritos adyacentes, para el cargo docente de maestra de grado primaria y de adultos, en virtud de tener más de cincuenta años de edad y no encuadrar en ninguna de las situaciones de excepción contempladas por dicha norma.

I.-

La actora denuncia que se le negó la inscripción en el listado oficial de la Secretaría de Inspección Región I de La Plata y demás distritos de la Provincia de Buenos Aires conforme "*Puntaje Ingreso a la Docencia - Listado Oficial del año* 2020", en el nivel antes indicado, por tener más de cincuenta años de edad y al no estar incluida en las excepciones establecidas en el artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579 y su modificatoria, Ley N° 12770.

La accionante destaca que no es lógico que pueda estudiar después de los cincuenta años de edad y no pueda trabajar con el título obtenido por tener más de dicha edad. Expone que la negativa a inscribirse en

los listados 2020 y subsiguientes por razones de edad constituye un acto que en forma inminente lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en la

Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tales como a no ser discriminada, a trabajar, a enseñar y el principio de igualdad ante la ley.

Invoca un menoscabo en la estima personal, lo cual le causa un profundo sentimiento de discriminación por parte de la comunidad educativa.

Refiere que la lesión a sus derechos constitucionales es actual, permanente y continuada en el tiempo, por lo cual se encuentra dentro de los plazos previstos en la ley adjetiva para interponer su queja.

En definitiva, solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 57 inciso "e" de la Ley N°10597, reformada por la ley N° 12770, por el cual se le niega el derecho de titularizar y trabajar como docente por tener más de 50 años de edad.

II.-

Se requiere la intervención de la Procuración General en virtud del artículo 307 del Código Procesal Civil y Comercial.

V.E. he de propiciar se haga lugar a la demanda. A partir de analizar el allanamiento propuesto por el Asesor General de Gobierno, pasaré a referirme a la pretensión actora, en pos de la declaración de inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579 (BO Nº 21146 del 30 y 31/12/87) con la modificación operada por la Ley N° 12770 (BO Nº 24384 del 26/10/01) a la situación de la actora.

Tengo en cuenta principalmente, lo resuelto por ese Tribunal de Justicia en las causas I 71.259, "*Rodríguez*" e I 70.991 "*Sánchez*", del 20 de agosto de 2014 y del 16 de marzo de 2016 respectivamente, como lo así

dictaminado por esta Procuración General en dichas causas y con anterioridad decidido por esa Suprema Corte en la causa B 65.728,

"*Zunino*", sentencia del día 11 de abril del año 2007.

2.1. En primer lugar en cuanto al allanamiento propuesto por el Asesor General de Gobierno, analizada la conducta procesal asumida, correspondería dejar establecido por la singular naturaleza de las cuestiones en debate, así como por los efectos de la decisión que recaiga en esta clase de juicios, no obligaría a ese Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate, pues lo contrario importaría dejar librada una facultad que le pertenece exclusivamente a esa Suprema Corte (Conf. causa I 2125, "*Bringas de Salusso*" sentencia del 24-VIII-2005, voto del Señor Juez Soria, segunda cuestión considerando segundo; I 2798, "*Alonso*", sentencia de 10-X-2007, voto del Señor Juez Genoud, considerando segundo; I 71860, "*Yaconis*", sentencia de 22-II-2017, voto del Señor Juez de Lázzari, considerando cuarto, entre otras; concordante con esta Procuración General). De allí que paso a expedirme sobre el planteo promovido.

2.2.- La norma impugnada establece: "*Para solicitar ingreso en la docencia como titular, el aspirante deberá reunir los siguientes requisitos*: "inciso "e" -texto según Ley N° 12770-: [..] *Poseer una edad máxima de cincuenta* (50) *años. Exceptuase a los aspirantes a ingresar en el tercer ciclo de la Educación General Básica, la Educación*

Polimodal y la Educación Superior y a quienes sobrepasando dichos límites, acrediten haber desempeñado dentro de los últimos cinco (5) *años, funciones docentes en el mismo nivel y modalidad en establecimientos públicos de gestión estatal o de gestión privada debidamente reconocidos, en jurisdicción nacional o provincial, por un lapso igual a excedido en edad y siempre que no hubieran obtenido los beneficios jubilatorios*".

Y añade la norma: "*El límite de edad establecido regirá solamente para el agente que realiza el primer ingreso como titular a la rama de la*

enseñanza correspondiente".

2.3.- Se pretende declarar inconstitucional el inciso "e" del artículo 57 de la Ley N° 10579 modificada en lo puntual, por la Ley N° 12770.

La cuestión a decidir estriba en determinar si la citada normativa, precepto en la que funda la decisión la autoridad educativa e impide a la actora su inscripción en los listados oficiales para el ingreso a la docencia en ramas del sistema educativo provincial es o no contraria a la Constitución, a los principios y a los derechos que ella consagra.

La norma en examen establece como requisito para solicitar el ingreso en la docencia, que los aspirantes posean una edad máxima de cincuenta años.

El concepto básico de la igualdad civil, se ha expresado, consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas; que ella importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres y que se traduce en el reconocimiento uniforme de los derechos civiles a todos los habitantes, conforme a los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución Nacional y, artículos 11 y 27 de la Constitución

Provincial (I 71.259, "*Rodríguez*", sentencia del 20-XI-2014, voto de la Señora Jueza Kogan, considerando cuarto, punto primero y sus citas; que he seguido en lo medular).

En dicho voto, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el artículo 16 de la Constitución Nacional no postula una rígida igualdad, sino que entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. Con cita de doctrina y de "*Fallos*", "*García Monteavaro*", T. 238: 60 (1957).

Expresa que la igualdad ante la ley no es otra cosa que

el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Que así lo sostuvo ese Tribunal en la causa I 2022, "*Bárcena*", sentencia del 20 de septiembre de 2000; para destacar: "*... lo trascendente en cada caso suscitado por vicio de desigualdad es no sólo comprobar la existencia de un trato distinto, pues si bien ello es necesario no es suficiente para concluir que el principio se ha vulnerado, sino también cuál ha sido el criterio y el propósito seguidos por el legislador para efectuar la distinción de situaciones y de trato*" (en dictamen coincidente de esta Procuración General, 19-08-1998).

La Magistrada Kogan, menciona lo llamado por Juan Francisco Linares "*razonabilidad de la selección*", apuntando que, si los hechos son iguales y pese a ellos se les imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad en la selección. Quien agrega que, lo mismo ocurriría, si en determinadas circunstancias a hechos sustancialmente distintos se les imputa idéntica prestación.

De ello infiere que los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación deben en todos los casos ser aplicados e interpretados a la luz de la razonabilidad, y que la reglamentación de los derechos constitucionales -como en este caso el derecho de enseñartiene, entre otras limitaciones, la que impone la necesaria igualdad de trato.

Se plantea aquí una transgresión a la igualdad ante la ley con base en la edad, afectando el derecho de enseñar y, por ende, el de trabajar (Artículos 11, 27, 35, 36 inciso 4 de la Constitución Provincial; 14 y 16 de la Constitución Nacional).

Tal como se sostuviera, cabe preguntar por el medio, sí es el adecuado y, sí es justa la presunción legal que determina que un docente mayor de cincuenta años sin una determinada antigüedad en el ejercicio de la docencia no será un educador idóneo.

De tal manera, la posición negatoria de la autoridad

administrativa exige una explicación razonada frente a lo estatuido por los artículos 16 de la Constitución nacional y 103 inciso 12 de la Carta provincial, que garantizan un régimen de empleo público basado en la idoneidad funcional.

Entiendo que el principio de igualdad se ve afectado; el legislador puede establecer un tratamiento desigual para quienes se encuentren en diferente situación, pero ello lo es a condición de que la distinción no aparezca como arbitraria o irrazonable (CSJN, "*Fallos*", "A, *F.J. y otro*", T. 339:245, y sus citas, considerando 13; 2016; "*Bedino*", T. 340:141; 2017, e. o.).

El hecho de que la limitación se aplique a los docentes que poseen más de cincuenta años de edad sin una específica antigüedad en el ejercicio de la rama que pretenden titularizar demuestra que son inválidamente discriminados frente a otros educadores más jóvenes con idéntica capacitación o aún en relación a otros de la misma edad que perteneciendo a la docencia no ven imposibilitado el acceso como titulares.

Se verifica que la desigualdad proviene de la norma que, en forma arbitraria, fija una línea que divide a quienes tienen más o menos de cincuenta años, sin ningún fundamento plausible.

Esa Suprema Corte de Justicia ha dicho que una limitación así que no puede ser vencida siquiera con la acreditación de la aptitud profesional y la idoneidad para el cargo, es francamente discriminatoria y contradice abiertamente el derecho a trabajar y a la igualdad ante la ley (Ac. 79.940, "*Briceño*", sentencia de 19 de febrero de 2002, voto Señor Juez Negri; B 65.728, "*Zunino*", cit., voto Señora Jueza Kogan, considerando séptimo, punto tercero; I.71.259 e I 70.991, citadas).

Tal como lo recordara la Señora Jueza Kogan, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires tuvo la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto que establece para los docentes una restricción análoga (Causa 101.808, "*Sandez*", sentencia de 29 de noviembre de 2000).

Señala que, a poco que se repare, no se ha brindado fundamento alguno con respecto al ejercicio de la docencia, cuando la mentada facultad no implica que el Estado tenga libertad absoluta en su decisión, pues tanto el legislador como la Administración deben necesariamente seguir la pauta de razonabilidad, de conformidad a lo establecido por los artículos 28 de la Constitución Nacional y 57 de la Constitución Provincial, la que no ha sido en el caso observada.

La discriminación que efectúa el artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579, texto según Ley N° 12770, al impedirle a la actora la posibilidad de ingresar a la docencia como psicóloga y docente en razón de poseer más de cincuenta años de edad, carece de base razonable que la sustente y resultaría violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley y de los derechos de trabajar y enseñar, consagrados en los artículos 14, 14 bis, 16 y 28 de la Constitución Nacional; 11, 27 y 103 inciso 12 de la Constitución provincial y en tratados internacionales que a la primera se han incorporado (Principio de igualdad: Convención

Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24; Declaración Universal de Derechos

Humanos, artículo 1° y 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo II; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 1, 2, 3 y 10; Derecho de trabajar: Declaración Americana sobre Derechos Humanos, artículo XIV; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23 inciso 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 11 ap. 1a.

Cabe destacar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y estos otros actos internacionales de la misma naturaleza, tienen un especial valor interpretativo, conf.

Art. 29, inc. "d", de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El artículo 45 inciso b de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece: "*El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar*".

A lo expuesto debemos sumar la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico ("Directiva de igualdad racial") y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para el empleo y la ocupación ("*Directiva de igualdad en el empleo*").

Las Directivas contra la discriminación, verbigracia, la prohíben por motivos de origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE), religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Directiva 2000/78/CE).

El TJUE ha aclarado en su jurisprudencia la interpretación de las dos Directivas.

La mayoría de los asuntos se refieren a la interpretación de la Directiva 2000/78/CE en lo relativo a la discriminación por motivos de edad, y en particular al artículo 6°, apartado 1°, que establece que las diferencias de trato basadas en la edad pueden encontrar justificación si existe una finalidad legítima y si los medios empleados para alcanzar tal finalidad resultan apropiados y necesarios. Cualquier excepción debe estar justificada objetiva y razonablemente por un propósito legítimo, incluida la política de empleo, así como los objetivos de formación profesional y del

mercado laboral, y los medios para alcanzar tal fin habrán de ser adecuados y necesarios. Continúa expresando que como esta excepción deja un considerable margen de maniobra a los Estados miembros, ha dado lugar a un número considerable de resoluciones del TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales, que han permitido conocer mejor los criterios de admisibilidad de un trato diferente (v. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Document 52014DC0002 y su remisión al informe publicado por la Comisión en el año 2011 sobre la edad y el desempleo, "*Age and Employment*", nota 77).

En nuestro caso, el precepto atacado de inconstitucional, omite toda forma de justificación. Por último, tampoco se puede olvidar, que el Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación (Empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

El reconocimiento internacional se impone con mayor razón cuando a quien se evalúa es a un docente de la Provincia de Buenos Aires. Una docente que está dispuesta a ejercerla con competencia e idoneidad, tal como ha sido acreditado.

Asimismo, cabe destacar el voto del Dr. Pettigiani en la causa "*Sánchez*", antes mencionada. Sostiene el Señor Juez, que la norma impugnada no supera el mínimo examen de razonabilidad, para advertir que la desigualdad de trato que la normativa impugnada consagra no guarda adecuada proporción con la necesidad de asegurar los fines que la educación pública persigue; pues la edad no revela por sí sola la falta de idoneidad para acceder al ejercicio de la docencia en los niveles referidos ni autoriza a presumir que resultará un obstáculo para la consecución de aquellos fines.

En armonía con lo allí expresado, considero que la mediana edad para la actividad docente no constituye ninguna posible circunstancia de descalificación en las aptitudes, que pueda traducirse en una desigualdad justificada de tratamiento jurídico. Una disposición limitativa sólo

por razones de edad configura una distinción de trato ofensiva a la dignidad humana.

Un docente en la etapa de madurez plena de la persona, se encuentra en condiciones óptimas para expresar toda su creatividad y experiencia en el ejercicio de su ministerio, a lo que debemos sumar, la expectativa de vida de los seres humanos que se encuentra en aumento, en consecuencia, el período de vida laboral activa de la población se extiende, aunado a un sistema de salud que trata de acompañar esta mejora vital.

Tal como lo establece el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Argentina, no solo a la Nación Argentina le corresponde la obligación de asegurar la organización y base de la educación que asegure la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, también dicho mandato se extiende entre otras, a la Provincia de Buenos Aires (Art. 75 inc. 19 y su doctrina; Constitución de Buenos Aires, artículos 11, tercer párrafo y 198: "*La cultura y la educación constituyen derechos humanos fundamentales. Toda persona tiene derecho a la educación y a tomar parte, libremente, en la vida cultural de la comunidad*") y, en los términos antes expresados.

De tal manera concluyo, siguiendo tales lineamientos constitucionales y jurisprudenciales, que podría V.E. hacer lugar a la demanda, declarando la inconstitucionalidad del inciso "e" del artículo 57 de la Ley N°|10579 -modificada por Ley N° 12770- y su inaplicabilidad a la situación de hecho de la actora.

La Plata, junio 1 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 76.154-1

“Darío, María Fernanda c/ Provincia de Bs. As. s/ inconstitucionalidad art. 57, inc. ‘e’ Ley N.° 10.579”, fecha: 28-05-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"DARIO, María Fernanda c/Provincia de Bs. As. s/ Inconstitucionalidad Art. 57 inc. 'e' Ley 10.579"

I 76.154 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La señora María Fernanda Darío, promueve la presente acción en los términos de los artículos 161 inciso 1° de la Constitución Provincial, 683 y concordantes del Código

Procesal en lo Civil y Comercial contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579 -texto según ley N° 12770 (Estatuto del Docente)-, al considerar que por la norma atacada se le niega la inscripción en el listado oficial de la Secretaría de Inspección de Almirante Brown y distritos adyacentes, para el cargo docente de maestra de grado primaria, en virtud de tener más de cincuenta años de edad y no encuadrar en ninguna de las situaciones de excepción contempladas por dicha norma.

I.-

La actora denuncia que se le niega la inscripción conforme "*Puntaje Ingreso a la Docencia - Listado Oficial del año 2020*", en el nivel primario, en el listado oficial de la Secretaría de Inspección Región V de Almirante Brown y demás distritos de la Provincia de Buenos Aires por tener más de cincuenta años de edad y al no estar incluida en las excepciones establecidas en el artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579 y su modificatoria, Ley N° 12770 (v. fs. 13).

La accionante destaca que no es lógico que se encuentre impedida de estudiar después de los cincuenta años de edad y no pueda trabajar con el título obtenido por tener más de cincuenta años de edad.

Expone que la negativa a inscribirse en los listados 2020 y subsiguientes, por razones de edad, constituiría un acto que en forma inminente lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tales como el no ser discriminada, a trabajar, a enseñar y el principio de igualdad ante la ley, entre otros.

Afirma que ello le provoca un menoscabo en la estima personal, lo cual le causa un profundo sentimiento de discriminación por parte de la comunidad educativa (v. fs. 13 vta.).

Refiere que la lesión a sus derechos constitucionales es actual, permanente y continuada en el tiempo, por lo cual se encuentra dentro de los plazos previstos en la ley adjetiva.

En definitiva, solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10597, reformada por la ley N° 12770, por el cual se le niega el derecho de titularizar y trabajar por tener más de 50 años de edad.

II.-

Se requiere la intervención de la Procuración General en virtud del artículo 307 del Código Procesal Civil y Comercial.

V.E. he de propiciar se haga lugar a la demanda.

A partir de analizar el allanamiento propuesto por el Asesor General de Gobierno, pasaré a referirme a la pretensión actora, en pos de la declaración de inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579 (BO Nº 21146 del 30 y 31/12/87) con la modificación operada por la Ley N° 12770 (BO Nº 24384 del 26/10/01) a la situación de la actora.

Tengo en cuenta principalmente, lo resuelto por ese Tribunal de Justicia en las causas I 71.259, "*Rodríguez*" e I 70.991 "*Sánchez*", del 20 de agosto de 2014 y del 16 de marzo de 2016 respectivamente, como lo así dictaminado por esta Procuración General en dichas causas y con anterioridad decidido por esa Suprema Corte en la causa B 65.728, "*Zunino*", sentencia del día 11 de abril del año 2007.

2.1. En primer lugar en cuanto al allanamiento propuesto por el Asesor General de Gobierno, analizada la conducta procesal asumida, correspondería dejar establecido por la singular naturaleza de las cuestiones en debate, así como por los efectos de la decisión que recaiga en esta clase de juicios, no obligaría a ese Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate, pues lo contrario importaría dejar librada una facultad que le pertenece exclusivamente a esa Suprema Corte (Conf. causa I 2125, "*Bringas de Salusso*" sentencia del 24-VIII-2005, voto del Señor Juez Soria, segunda cuestión considerando segundo; I 2798, "*Alonso*", sentencia de 10-X-2007, voto del Señor Juez Genoud, considerando segundo; I 71860, "*Yaconis*", sentencia de 22-II-2017, voto del Señor Juez de Lázzari, considerando cuarto, entre otras; concordante con esta Procuración General).

De allí que paso a expedirme sobre el planteo promovido.

2.2.- La norma impugnada establece: "*Para solicitar ingreso en la docencia como titular, el aspirante deberá reunir los siguientes requisitos*: "inciso "e" -texto según Ley N° 12770-: [..] *Poseer una edad máxima de cincuenta* (50) *años. Exceptuase a los aspirantes a ingresar en el tercer ciclo de la Educación General Básica, la Educación*

Polimodal y la Educación Superior y a quienes sobrepasando dichos límites, acrediten haber desempeñado dentro de los últimos cinco (5) *años, funciones docentes en el mismo nivel y modalidad en establecimientos públicos de gestión estatal o de gestión privada debidamente reconocidos, en jurisdicción nacional o provincial, por un lapso igual a excedido en edad y siempre que no hubieran obtenido los beneficios jubilatorios*".

Y *añade la norma: "El límite de edad establecido regirá solamente para el agente que realiza el primer ingreso como titular a la rama de la enseñanza correspondiente".*

2.3.- *Se pretende declarar inconstitucional el inciso "e" del artículo 57 de la Ley N° 10579 modificada en lo puntual, por la Ley N° 12770.*

La cuestión a decidir estriba en determinar si la citada normativa, precepto en la que funda la decisión la Secretaría de Inspección de Almirante Brown e impide a la actora su inscripción en los listados oficiales para el ingreso a la docencia en las ramas de nivel primario, preceptora de nivel primaria y rama de psicología, es o no contraria a la Constitución, a los principios y a los derechos que ella consagra.

La norma en examen establece como requisito para solicitar el ingreso en la docencia, que los aspirantes posean una edad máxima de cincuenta años. El concepto básico de la igualdad civil, se ha expresado, consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas; que ella importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres y que se traduce en el reconocimiento uniforme de los derechos civiles a todos los habitantes, conforme a los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución Nacional y, artículos 11 y 27 de la Constitución

Provincial (I 71.259, "Rodríguez", sentencia del 20-XI-2014, voto de la Señora Jueza Kogan, considerando cuarto, punto primero y sus citas; que he seguido en lo medular).

En dicho voto, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el artículo 16 de la Constitución Nacional no postula una rígida igualdad, sino que entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. Con cita de doctrina y de "Fallos", "García Monteavaro", T. 238: 60 (1957).

Expresa que la igualdad ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Que así lo sostuvo ese Tribunal en la causa I 2022, "Bárcena", sentencia del 20 de septiembre de 2000; para destacar: "… lo trascendente en cada caso suscitado por vicio de desigualdad es no sólo comprobar la existencia de un trato distinto, pues si bien ello es necesario no es suficiente para concluir que el principio se ha vulnerado, sino también cuál ha sido el criterio y el propósito seguidos por el legislador para efectuar la distinción de situaciones y de trato" (en dictamen coincidente de esta Procuración General, 19-08-1998).

La Magistrada Kogan, menciona lo llamado por Juan Francisco Linares "razonabilidad de la selección", apuntando que, si los hechos son iguales y pese a ellos se les imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad en la selección. Quien agrega que, lo mismo ocurriría, si en determinadas circunstancias a hechos sustancialmente distintos se les imputa idéntica prestación.

De ello infiere que los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación deben en todos los casos ser aplicados e interpretados a la luz de la razonabilidad, y que la reglamentación de los derechos constitucionales -como en este caso el derecho de enseñartiene, entre otras limitaciones, la que impone la necesaria igualdad de trato.

Se plantea aquí una transgresión a la igualdad ante la ley con base en la edad, afectando el derecho de enseñar y, por ende, el de trabajar (Artículos 11, 27, 35, 36 inciso 4 de la Constitución Provincial; 14 y 16 de la Constitución Nacional).

Tal como se sostuviera, cabe preguntar por el medio, sí es el adecuado y, sí es justa la presunción legal que determina que un docente mayor de cincuenta años sin una determinada antigüedad en el ejercicio de la docencia no será un educador idóneo.

De tal manera, la posición negatoria de la autoridad administrativa exige una explicación razonada frente a lo estatuido por los artículos

16 de la Constitución nacional y 103 inciso 12 de la Carta provincial, que garantizan un régimen de empleo público basado en la idoneidad funcional.

Entiendo que el principio de igualdad se ve afectado; el legislador puede establecer un tratamiento desigual para quienes se encuentren en diferente situación, pero ello lo es a condición de que la distinción no aparezca como arbitraria o irrazonable (CSJN, "Fallos", "A, F.J. y otro", T. 339:245, y sus citas, considerando 13; 2016; "Bedino", T. 340:141; 2017, e. o.).

El hecho de que la limitación se aplique a los docentes que poseen más de cincuenta años de edad sin una específica antigüedad en el ejercicio de la rama que pretenden titularizar demuestra que son inválidamente discriminados frente a otros educadores más jóvenes con idéntica capacitación o aún en relación a otros de la misma edad que perteneciendo a la docencia no ven imposibilitado el acceso como titulares.

Se verifica que la desigualdad proviene de la norma que, en forma arbitraria, fija una línea que divide a quienes tienen más o menos de cincuenta años, sin ningún fundamento plausible.

Esa Suprema Corte de Justicia ha dicho que una limitación así que no puede ser vencida siquiera con la acreditación de la aptitud profesional y la idoneidad para el cargo, es francamente discriminatoria y contradice abiertamente el derecho a trabajar y a la igualdad ante la ley (Ac. 79.940, "Briceño", sentencia de 19 de febrero de 2002, voto Señor Juez Negri; B 65.728, "Zunino", cit., voto Señora Jueza Kogan, considerando séptimo, punto tercero; I.71.259 e I 70.991, citadas).

Tal como lo recordara la Señora Jueza Kogan, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires tuvo la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de un precepto que establece para los docentes una restricción análoga (Causa 101.808, "Sandez", sentencia de 29 de noviembre de 2000).

Señala que, a poco que se repare, no se ha brindado fundamento alguno con respecto al ejercicio de la docencia, cuando la mentada

facultad no implica que el Estado tenga libertad absoluta en su decisión, pues tanto el legislador como la Administración deben necesariamente seguir la pauta de razonabilidad, de conformidad a lo establecido por los artículos 28 de la Constitución Nacional y 57 de la Constitución Provincial, la que no ha sido en el caso observada.

La discriminación que efectúa el artículo 57 inciso "e" de la Ley N° 10579, texto según Ley N° 12770, al impedirle a la actora la posibilidad de ingresar a la docencia como psicóloga y docente en razón de poseer más de cincuenta años de edad, carece de base razonable que la sustente y resultaría violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley y de los derechos de trabajar y enseñar, consagrados en los artículos 14, 14 bis, 16 y 28 de la Constitución Nacional; 11, 27 y 103 inciso 12 de la Constitución provincial y en tratados internacionales que a la primera se han incorporado (Principio de igualdad: Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1° y 7; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo II; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 1, 2, 3 y 10; Derecho de trabajar: Declaración Americana sobre Derechos Humanos, artículo XIV; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23 inciso 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 11 ap. 1a. Cabe destacar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y estos otros actos internacionales de la misma naturaleza, tienen un especial valor interpretativo, conf. Art. 29, inc. "d", de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El artículo 45 inciso b de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece: "El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar".

A lo expuesto debemos sumar la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico ("Directiva de igualdad racial") y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ("Directiva de igualdad en el empleo").

Las Directivas contra la discriminación, verbigracia, prohíben la discriminación por motivos de origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE), religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Directiva 2000/78/CE).

El TJUE ha aclarado en su jurisprudencia la interpretación de las dos Directivas. La mayoría de los asuntos se refieren a la interpretación de la Directiva 2000/78/CE en lo relativo a la discriminación por motivos de edad, y en particular al artículo 6°, apartado 1°, que establece que las diferencias de trato basadas en la edad pueden encontrar justificación si existe una finalidad legítima y si los medios empleados para alcanzar tal finalidad resultan apropiados y necesarios. Cualquier excepción debe estar justificada objetiva y razonablemente por un propósito legítimo, incluida la política de empleo, así como los objetivos de formación profesional y del mercado laboral, y los medios para alcanzar tal fin habrán de ser adecuados y necesarios. Continúa expresando que como esta excepción deja un considerable margen de maniobra a los Estados miembros, ha dado lugar a un número considerable de resoluciones del TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales, que han permitido conocer mejor los criterios de admisibilidad de un trato diferente (v. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Document 52014DC0002 y su remisión al informe publicado por la Comisión en el año 2011 sobre la edad y el desempleo, "Age and Employment", nota 77).

En nuestro caso, el precepto atacado de inconstitucional, omite toda forma de justificación. Por último, tampoco se puede olvidar, que el

Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación (Empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

El reconocimiento internacional se impone con mayor razón cuando a quien se evalúa es a un docente de la Provincia de Buenos Aires. Una docente que está dispuesta a ejercerla con competencia e idoneidad, tal como ha sido acreditado.

Asimismo, cabe destacar el voto del Dr. Pettigiani en la causa "Sánchez", antes mencionada. Sostiene el Señor Juez, que la norma impugnada no supera el mínimo examen de razonabilidad, para advertir que la desigualdad de trato que la normativa impugnada consagra no guarda adecuada proporción con la necesidad de asegurar los fines que la educación pública persigue; pues la edad no revela por sí sola la falta de idoneidad para acceder al ejercicio de la docencia en los niveles referidos ni autoriza a presumir que resultará un obstáculo para la consecución de aquellos fines.

En armonía con lo allí expresado, considero que la mediana edad para la actividad docente no constituye ninguna posible circunstancia de descalificación en las aptitudes, que pueda traducirse en una desigualdad justificada de tratamiento jurídico. Una disposición limitativa sólo por razones de edad configura una distinción de trato ofensiva a la dignidad humana.

Un docente en la etapa de madurez plena de la persona, se encuentra en condiciones óptimas para expresar toda su creatividad y experiencia en el ejercicio de su ministerio, a lo que debemos sumar, la expectativa de vida de los seres humanos que se encuentra en aumento, en consecuencia, el período de vida laboral activa de la población se extiende, aunado a un sistema de salud que trata de acompañar esta mejora vital.

Tal como lo establece el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Argentina, nosolo a la Nación Argentina le corresponde la obligación

de asegurar la organización y base de la educación que asegure la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, también dicho mandato se extiende entre otras, a la Provincia de Buenos Aires (Art. 75 inc. 19 y su doctrina; Constitución de Buenos Aires, artículos 11, tercer párrafo y 198: "La cultura y la educación constituyen derechos humanos fundamentales. Toda persona tiene derecho a la educación y a tomar parte, libremente, en la vida cultural de la comunidad") y, en los términos antes expresados.

De tal manera concluyo, siguiendo tales lineamientos constitucionales y jurisprudenciales, que podría V.E. hacer lugar a la demanda, declarando la inconstitucionalidad del inciso "e" del artículo 57 de la Ley N°|10579 -modificada por Ley N° 12770- y su inaplicabilidad a la situación de hecho de la actora.

La Plata, mayo 28 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 75.987

“Ageitos, José Luis c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley N.° 9020/78”, fecha: 20-02-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Ageitos, José Luis c/ Provincia de Bs.As. s/ Inconstitucionalidad decreto ley 9020/78".

I 75.987

Suprema Corte de Justicia:

El escribano José Luis Ageitos interpone demanda en los términos de los artículos 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 683 y 685 del Código Procesal Civil y Comercial, con el fin de que V.E. declare la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/78, en tanto establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales, la edad de 75 años en vulneración a principios y derechos constitucionales.

Ello en virtud de la transgresión constitucional que la citada preceptiva infringiría a los artículos 10, 11, 27, 31, 36 y 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y a los artículos 16, 17, 14 y 14 bis de la Constitución Argentina.

La promueve con carácter preventivo, toda vez que el día 11 de octubre de 2019, con setenta y cinco años de edad, resulta alcanzado por dicha inhabilidad

I.-

Luego de hacer referencia a la legitimación y a las condiciones de admisibilidad para demandar, expresa -que tal como se acredita con la documentación acompañada- nace el día 11 de octubre de 1944, encontrándose alcanzado por lo prescripto en el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/78 al cumplir la edad de 75 años.

Esgrime que se desempeña como titular del Registro de Escrituras Públicas nº 5 del Partido de San Antonio de Areco, con domicilio en la calle Lavalle número 308 de esa Ciudad, sin interrupción desde el 30 de Abril

del año 1973, lo que así resulta acreditado con la certificación expedida por la Dirección de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos de esta Provincia, y con el certificado extendido por la Caja de Seguridad Social Para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, que en sus originales se adjuntan al presente.

Da cuenta que, desde el mes de mayo del año 1970, había ejercido la función en el carácter de Adscripto al Registro 145 del Distrito Notarial La Plata.

Destaca que los regímenes anteriores al presente, esto es el establecido en las leyes 5015 y 6191 (vigentes al momento de comenzar el ejercicio de su actividad profesional), establecían que los escribanos de registro, no podrían ser separados de su cargo mientras durara su buena conducta.

Añade que durante más de cuarenta y cinco años ha ejercido la profesión con destacada competencia e indudable probidad; que en plena actividad, gozando de una excelente salud psicofísica, una inalterada capacidad de trabajo y manteniendo su vocación, se cierne la amenaza cierta de ver conculcado todo ello al cumplir los 75 años de edad, pues una resolución del Ministerio de Gobierno Provincial dictada en sustento de una norma declarada inconstitucional tanto por la Corte Suprema de la Nación como por la Suprema Corte de Justicia provincial, dispondrá su cese como titular del registro notarial antes referido. Cita doctrina.

Expone que "*el envejecimiento (como suele llamarse a este fenómeno de carácter biológico) produce modificaciones psíquicas y físicas, pero ello va de la mano de un proceso individual. No existe una edad límite que indique un antes y un después. No es idéntico para todos. No sólo se dan cuestiones genéticas, sino también determinantes sociales y ambientales. No podemos ignorar que el envejecimiento humano no es sólo un proceso biológico sino además histórico y cultural*" (v. fs. 13 vta.).

Aclara que la acertada solución judicial otorgada a estas situaciones, en los casos que cita, especialmente doctrina "*Franco*", pondrían

en evidencia que el valor reglamentado en el artículo 32, inciso 1º, del decreto ley 9020/1978 se encontraría en franca oposición con preceptos de jerarquía superior y no se compadece con el sentido de justicia.

Manifiesta que tal normativa debería llevar a reflexionar sobre los derechos de los adultos mayores en nuestra sociedad cuando es de conocimiento que las actuales condiciones del envejecimiento de la población mundial sería un hecho que debe atenderse. Exterioriza diversas consideraciones a este respecto (v. fs. 13 vta. y 14).

Califica de verdad incuestionable que el inciso 1º del artículo 32 del decreto ley 9020/1978 no sólo sería violatorio de normas de jerarquía superior -razón suficiente para reclamar su derogación- sino que además no se correspondería con la realidad y el sentido de justicia de la sociedad a la que pertenece.

Afirma que un análisis desde la perspectiva de los derechos de los adultos mayores sería un precepto francamente discriminatorio por la edad -que ignoraría la condición y aptitud personales- y no condeciría con la protección e integración social que el Estado debe brindar a sus adultos mayores al estar frente a un derecho como lo sería obtener la jubilación y no como una obligación unilateral.

Pasa a referirse a los fundamentos del decreto ley 9020/1978.

Refiere que el artículo 32 inciso 1º habría dispuesto una causal de inhabilitación profesional fundada en la edad: No podrán ejercer funciones notariales: "*Los que llegaren a cumplir setenta y cinco* (75) *años de edad*".

Califica de inédita a la causal; invoca que no ha existido semejante causa de cese en ninguna de las anteriores legislaciones y no habría normativa análoga en ninguno de los regímenes legales de los demás estados provinciales.

Centraliza que dicha disposición agravia con irrefutable certeza garantías constitucionales en detrimento del actor.

Expresa que a tenor del artículo 17 de la Constitución Argentina se lesiona el patrimonio del presentante, se violenta el derecho al trabajo o actividad lícita –artículo 14- y la igualdad ante la ley frente al trato discriminatorio en relación a las demás profesiones. Detalla respecto a este precepto el impulso el impulso de su derogación en las XIX Jornadas Notariales Bonaerenses, Necochea 1999.

Trae a consideración la decisión de la Corte Suprema de Justicia *in re* "Franco" (2002) en que se declara la inconstitucionalidad y la cual solicita su aplicación.

Expone que en dicha oportunidad se sostiene el carácter federal que suscita la colisión entre la norma local mencionada y los preceptos constitucionales, con cita de jurisprudencia.

Recuerda que afirma que lo normado establecía "*una suerte de presunción iure et de iure de que quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional*" (v. fs. 15).

Atiende también lo allí dispuesto en cuanto a la arbitrariedad que arroja el régimen por el sólo hecho de alcanzar la edad de 75 años y sin evaluar a las condiciones del profesional.

Invoca la violación al derecho de trabajar dando fundamentación normativa superior a su respecto a favor de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido.

Se apoya en lo fallado en cuanto a la violencia al principio de igualdad, transcribe lo propio y lo particular de otras profesiones (v. fs. 15 vta.).

Aclara que los escribanos desempeñan una actividad privada regulada por razones de interés público, pero fuera de la estructura administrativa del Estado, no revestiría su desempeño las notas características de la relación de empleo público.

Menciona también entre otras causas, lo decidido por la Suprema Corte de Justicia en la causa "Glaria" (2004).

Al respecto se detiene en los aspectos vinculados a la desigualdad en relación al ejercicio de otras profesiones y abunda a favor del principio de supremacía establecido en el artículo 57 de la Constitución provincial el que coordina con el artículo 31 de la Constitución Argentina.

Precisa que tal principio no importaría reconocer el carácter relativo de los derechos consagrados por la Constitución, pero las facultades reglamentarias deben ser ejercidas con razonabilidad, respetando a los derechos adquiridos y sin cercenar de manera absoluta -como lo sería en el caso- las garantías constitucionales. Invoca la necesidad de acudir a la Suprema Corte de Justicia a los fines de restablecer el equilibrio constitucional que se vería avasallado.

Señala que la limitación establecida no sólo "*aniquila de manera definitiva y con carácter absoluto el derecho a trabajar, sino más específicamente aún el derecho también de jerarquía constitucional de seguir libremente una vocación*" (v. fs. 16 vta.). Menciona, los artículos 14 de la Declaración Americana de los derechos del Hombre, 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 6º del Pacto Interamericano de los derechos económicos, sociales y culturales, con relación al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina.

Detalla las vicisitudes que se producirían de dar vitalidad a la norma y las consecuencias de querer intentar un nuevo rumbo de actividades.

Menciona el artículo 57 de la Constitución Provincial a los fines de declarar la inconstitucionalidad de la norma atacada en razón de ser

una regla sancionatoria a todas las normas que alteren indebidamente derechos.

También lo hace en relación a los artículos 10 y 11 de la Constitución Provincial en cuanto a impedir limitaciones al goce de estos derechos y que en el caso de los escribanos públicos mayores de 75 años quedarían al margen de tal protección.

Por su parte señala la violación al artículo 11 de la Constitución de la Provincia en sus párrafos segundo y tercero que impone la no admisión de distinciones, discriminaciones, privilegios y el deber de promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades.

Afirma que, la normativa transgrede, asimismo, el artículo 36 de la Constitución Provincial y frontalmente compromete el inciso 6º de la norma de mención.

El accionante sostiene que V.E. debería declarar la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1°, al exceder el marco de razonabilidad, pues no habría dispuesto que a partir de determinada edad los notarios deberían demostrar que continuaban gozando de aptitudes para la función sino que habría reputado sin más que a partir de determinada edad -sin admitir por ningún medio lo contrario-, a partir del día siguiente de cumplir los 75 años ya no estarían habilitados para ejercer la profesión y llevar por delante la prohibición de no discriminar sentada en el artículo 16 de la Constitución Argentina.

Solicita medida cautelar; peticiona condena en costas a la demandada y deja planteado el caso federal.

II.-

V.E. en fecha 18 de septiembre del año 2019, ordena a la demandada a título de cautelar se abstenga de aplicar la normativa en relación a la actora (v. fs. 24/26), luego de lo cual, se presta caución juratoria, siendo lo así decidido notificado al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos (v. fs. 27 y 28).

III.-

Corrido traslado de la demanda se presenta el Asesor General de Gobierno allanándose incondicionalmente a la acción promovida y solicita ser eximido en costas (v. fs. 35/37). A fs. 39/40, la accionante manifiesta sobre la condena en costas y su procedencia en el caso.

Se dispone a continuación la intervención de la Procuración General en los términos del artículo 307 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 43).

IV.-

Paso a responder la intervención requerida y atiendo, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

Propondré se haga lugar a la demanda interpuesta por el Sr. Escribano José Luis Ageitos.

4.1.- En primer lugar, en cuanto al allanamiento propuesto por el Asesor General de Gobierno, analizada la conducta procesal asumida, correspondería dejar establecido que, por la singular naturaleza de las cuestiones en debate, así como por los efectos de la decisión que recaiga en esta clase de juicios, no obligaría a ese Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate.

Lo contrario, importaría dejar librado al arbitrio del Asesor General de Gobierno, una facultad que le pertenece exclusivamente a esa Suprema Corte y, en ciertos casos, acordar al Poder Ejecutivo el ejercicio ilimitado del veto fuera de las oportunidades que en forma taxativa señala la Constitución (Conf. voto Juez Soria, segunda cuestión, considerando segundo, en la causa I. 2125, "*Bringas de Salusso*", sentencia, 24-08-2005 y sus antecedentes allí mencionados; voto del Juez Genoud, considerando segundo en la causa en la causa I 2798, "*Alonso*", sentencia, 10-10-2007, y sus antecedentes también mencionados; dictamen PG, causa I 72.883, "*Montiel*", del 18 de julio de 2014, entre otros). De allí que paso a expedirme del planteo promovido.

4.2.- A los fines de dictaminar he de remitirme a lo decidido por ese Supremo Tribunal de Justicia al sentenciar en las causas: I 72.374, "*Gerchunoff*", I 71.514, "*Costa*", ambas sentencias del día 24 de agosto del año 2016, como así también, en I. 74.701, "*Bagú*", sentencia del 19 de septiembre de 2018, entre muchas otras, y a lo allí sostenido en cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada en la causa F. 509. XXXVI. "*Recurso de Hecho. Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno*", del 12 de noviembre de 2002 ("*Fallos*", T. 325: 2968), para propiciar que podría hacer lugar a la demanda, declarando la inaplicabilidad del artículo 32 inciso 1º del decreto ley 9020/1978, a la situación de hecho del escribano Ageitos.

En efecto, la Corte de Justicia de la Nación afirma que el artículo 32 inciso 1º del decreto ley Nro. 9020/1978, dispone una suerte de presunción *juris et de jure* para quienes alcanzan la edad allí prevista y los encuentra incapacitados para ejercer la función notarial (consid. 6to.).

Que tal precepto resultaría arbitrario debido a su generalidad y a la falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Añade en el considerando séptimo que, "*…la arbitrariedad de la norma en cuestión surge, en primer lugar, de que la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del decreto ley Nro. 9020/78…*". Con cita del artículo 32, incisos 2º y 3º. Entiende: "*…esas disposiciones posibilitan separar a los escribanos del ejercicio de las delicadas funciones que les han sido delegadas, por lo que se encuentran asegurados los medios para proceder así en los casos en que se genere una real inhabilidad de cumplir aquéllas en condiciones adecuadas*".

Ese Tribunal de Justicia, tiene por su parte en cuenta, que allí se resaltó que la disposición impugnada "*...afecta el derecho de trabajar consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y* en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su artículo 75 inc. 22, en particular los artículos XIV de la Declaración Americana de los Derechos *y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo*; 23 *de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo*; *y 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido*" (consid. 8vo.).

También que "*...la igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.). Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos por el solo hecho de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados*" (Consid. 9no.).

Por último, concluye que los escribanos son profesionales del derecho afectados a una actividad privada -pues la concesión que les otorga el Estado no importa adjudicarles el rango de funcionarios públicos- y, en consecuencia, no están sujetos al discrecional poder con que cuenta el Estado para la organización administrativa.

Tal doctrina se presenta coincidente con la sostenida por el máximo Tribunal de Justicia en la sentencia de la causa "*Vadell*" ("*Fallos*", T. 306:2030, considerandos 11 y 12).

De allí que en concordancia con lo aconsejado por esta Procuración General en la citada causa I 1.658 "*Franco*" -dictamen del día 11 de febrero de 1999- y atendiendo a los principios rectores sentados en el aludido pronunciamiento recogido en doctrina jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, es que podría resolver favorablemente la pretensión actora, tal como ya lo hiciera en los fallos antes mencionados, sobre análogas cuestiones a las aquí presentadas.

V.-

Por las razones expuestas, podría V.E. hacer lugar a la demanda; declarar la inaplicabilidad de lo preceptuado en el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, cuestionado, a la situación de hecho del escribano José Luis Ageitos y, en consecuencia, ordenar en definitiva al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires se abstenga de decretar cualquier medida vinculada con el alcance de esa norma.

La Plata, febrero 20 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 76.092

“Medina, Carlos Alberto c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto Ley N.° 9020/78”, fecha: 20-02-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Medina, Carlos Alberto c/ Provincia de Bs. As. s/ Inconstitucionalidad decreto ley 9020/78".

I 76.092

Suprema Corte de Justicia:

El escribano Carlos Alberto Medina interpone demanda en los términos de los artículos 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 683 y 685 del Código Procesal Civil y Comercial, con el fin de que V.E. declare la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/78, en tanto establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales, la edad de 75 años en vulneración a principios y derechos constitucionales.

Ello en virtud de la transgresión constitucional que la citada preceptiva infringiría a los artículos 10, 11, 27, 31, 36 y 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y a los artículos 16, 17, 14 y 14 bis de la Constitución Argentina.

La promueve con carácter preventivo, toda vez que el día 28 de octubre de 2019, con setenta y cinco años de edad, resulta alcanzado por dicha inhabilidad

I.-

Luego de hacer referencia a la legitimación y a las condiciones de admisibilidad para demandar, expresa -que tal como se acredita con la documentación acompañada- nace el día 28 de octubre de 1944, encontrándose alcanzado por lo prescripto en el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/78 al cumplir la edad de 75 años.

Expone que se desempeña como titular del registro de Escrituras Públicas nº 3 del Partido de San Antonio de Areco, con domicilio en la calle Alvear n° 263 de esa Ciudad, sin interrupción desde el día 17 de diciembre del año 1974, lo que así resulta acreditado con la certificación expedida por la Dirección de Servicios Notariales del Colegio de Escribanos de esta Provincia, y con el certificado extendido por la Caja de Seguridad Social Para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, que en sus originales se adjuntan al presente.

Aclara que, con anterioridad, desde el mes de mayo del año 1973, ha ejercido la función en carácter de Adscripto del mencionado registro.

Destaca que los regímenes anteriores al presente, esto es el establecido en las leyes 5015 y 6191 (vigentes al momento de comenzar el ejercicio de su actividad profesional), establecían que los escribanos de registro, no podrían ser separados de su cargo mientras durara su buena conducta.

Añade que durante más de cuarenta y cinco años ha ejercido la profesión con destacada competencia e indudable probidad; que en plena actividad, gozando de una excelente salud psicofísica, una inalterada capacidad de trabajo y manteniendo su vocación, se cierne la amenaza cierta de ver conculcado todo ello al cumplir los 75 años de edad, pues una resolución del Ministerio de Gobierno Provincial dictada en sustento de una norma declarada inconstitucional tanto por la Corte Suprema de la Nación como por la Suprema Corte de Justicia provincial, dispondrá su cese como titular del registro notarial antes referido. Cita doctrina.

Expone que "*el envejecimiento (como suele llamarse a este fenómeno de carácter biológico) produce modificaciones psíquicas y físicas, pero ello va de la mano de un proceso individual. No existe una edad límite que indique un antes y un después. No es idéntico para todos. No sólo se dan cuestiones genéticas, sino también determinantes sociales y ambientales. No podemos ignorar que el envejecimiento humano no es sólo un proceso biológico sino además histórico y cultural*" (v. fs. 14 vta.).

Aclara que la acertada solución judicial otorgada a estas situaciones, en los casos que cita, especialmente doctrina "*Franco*", pondrían en evidencia que el valor reglamentado en el artículo 32, inciso 1º, del decreto ley 9020/1978 se encontraría en franca oposición con preceptos de jerarquía superior y no se compadece con el sentido de justicia.

Manifiesta que tal normativa debería llevar a reflexionar sobre los derechos de los adultos mayores en nuestra sociedad cuando es de conocimiento que las actuales condiciones del envejecimiento de la población mundial sería un hecho que debe atenderse. Exterioriza diversas consideraciones a este respecto (v. fs. 14 vta. y 15).

Califica de verdad incuestionable que el inciso 1º del artículo 32 del decreto ley 9020/1978 no sólo sería violatorio de normas de jerarquía superior -razón suficiente para reclamar su derogación- sino que además no se correspondería con la realidad y el sentido de justicia de la sociedad a la que pertenece.

Afirma que un análisis desde la perspectiva de los derechos de los adultos mayores sería un precepto francamente discriminatorio por la edad -que ignoraría la condición y aptitud personales- y no condeciría con la protección e integración social que el Estado debe brindar a sus adultos mayores al estar frente a un derecho como lo sería obtener la jubilación y no como una obligación unilateral.

Pasa a referirse a los fundamentos del decreto ley 9020/1978.

Refiere que el artículo 32 inciso 1º habría dispuesto una causal de inhabilitación profesional fundada en la edad: No podrán ejercer funciones notariales: "*Los que llegaren a cumplir setenta y cinco* (75) *años de edad*".

Califica de inédita a la causal; invoca que no ha existido semejante causa de cese en ninguna de las anteriores legislaciones y no habría

normativa análoga en ninguno de los regímenes legales de los demás estados provinciales.

Centraliza que dicha disposición agravia con irrefutable certeza garantías constitucionales en detrimento del actor.

Expresa que a tenor del artículo 17 de la Constitución Argentina se lesiona el patrimonio del presentante, se violenta el derecho al trabajo o actividad lícita –artículo 14- y la igualdad ante la ley frente al trato discriminatorio en relación a las demás profesiones. Detalla respecto a este precepto el impulso el impulso de su derogación en las XIX Jornadas Notariales Bonaerenses, Necochea 1999.

Trae a consideración la decisión de la Corte Suprema de Justicia *in re* "Franco" (2002) en que se declara la inconstitucionalidad y la cual solicita su aplicación.

Expone que en dicha oportunidad se sostiene el carácter federal que suscita la colisión entre la norma local mencionada y los preceptos constitucionales, con cita de jurisprudencia.

Recuerda que afirma que lo normado establece "*una suerte de presunción iure et de iure de que quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional*" (v. fs. 16 y 16 vta.).

Atiende también lo allí dispuesto en cuanto a la arbitrariedad que arroja el régimen por el sólo hecho de alcanzar la edad de 75 años y sin evaluar a las condiciones del profesional.

Invoca la violación al derecho de trabajar dando fundamentación normativa superior a su respecto a favor de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido.

Se apoya en lo fallado en cuanto a la violencia al principio de igualdad, transcribe lo propio y lo particular de otras profesiones (v. fs. 17).

Aclara que los escribanos desempeñan una actividad privada regulada por razones de interés público, pero fuera de la estructura administrativa del Estado, no revestiría su desempeño las notas características de la relación de empleo público.

Menciona también entre otras causas, lo decidido por la Suprema Corte de Justicia en la causa "Glaria" (2004).

Al respecto se detiene en los aspectos vinculados a la desigualdad en relación al ejercicio de otras profesiones y abunda a favor del principio de supremacía establecido en el artículo 57 de la Constitución provincial el que coordina con el artículo 31 de la Constitución Argentina.

Precisa que tal principio no importaría reconocer el carácter relativo de los derechos consagrados por la Constitución, pero las facultades reglamentarias deben ser ejercidas con razonabilidad, respetando a los derechos adquiridos y sin cercenar de manera absoluta -como lo sería en el caso- las garantías constitucionales. Invoca la necesidad de acudir a la Suprema Corte de Justicia a los fines de restablecer el equilibrio constitucional que se vería avasallado.

Señala que la limitación establecida no sólo "*aniquila de manera definitiva y con carácter absoluto el derecho a trabajar, sino más específicamente aún el derecho también de jerarquía constitucional de seguir libremente una vocación*" (v. fs. 16 vta.). Menciona, los artículos 14 de la Declaración Americana de los derechos del Hombre, 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 6º del Pacto Interamericano de los derechos económicos, sociales y culturales, con relación al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina.

Detalla las vicisitudes que se producirían de dar vitalidad a la norma y las consecuencias de querer intentar un nuevo rumbo de actividades.

Menciona el artículo 57 de la Constitución Provincial a los fines de declarar la inconstitucionalidad de la norma atacada en razón de ser una regla sancionatoria a todas las normas que alteren indebidamente derechos.

También lo hace en relación a los artículos 10 y 11 de la Constitución Provincial en cuanto a impedir limitaciones al goce de estos derechos y que en el caso de los escribanos públicos mayores de 75 años quedarían al margen de tal protección.

Por su parte señala la violación al artículo 11 de la Constitución de la Provincia en sus párrafos segundo y tercero que impone la no admisión de distinciones, discriminaciones, privilegios y el deber de promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades.

Afirma que, la normativa transgrede, asimismo, el artículo 36 de la Constitución Provincial y frontalmente compromete el inciso 6º de la norma de mención.

El accionante sostiene que V.E. debería declarar la inconstitucionalidad del artículo 32 inciso 1°, al exceder el marco de razonabilidad, pues no habría dispuesto que a partir de determinada edad los notarios deberían demostrar que continuaban gozando de aptitudes para la función sino que habría reputado sin más que a partir de determinada edad -sin admitir por ningún medio lo contrario-, a partir del día siguiente de cumplir los 75 años ya no estarían habilitados para ejercer la profesión y llevar por delante la prohibición de no discriminar sentada en el artículo 16 de la Constitución Argentina.

Solicita medida cautelar; peticiona condena en costas a la demandada y deja planteado el caso federal.

II.-

V.E. en fecha 25 de septiembre del año 2019, ordena a la demandada a título de cautelar se abstenga de aplicar la normativa en relación a la actora (v. fs. 24/26), luego de lo cual, se presta caución juratoria, siendo lo así decidido notificado al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos (v. fs. 27 y 28).

III.-

Corrido traslado de la demanda se presenta el Asesor General de Gobierno allanándose incondicionalmente a la acción promovida y solicita ser eximido en costas (v. fs. 35/37). A fs. 39/40, la accionante manifiesta sobre la condena en costas y su procedencia en el caso.

Se dispone a continuación la intervención de la Procuración General en los términos del artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 41).

IV.-

Paso a responder la intervención requerida y a proponer se haga lugar a la demanda interpuesta por el Sr. Escribano Carlos Alberto Medina.

4.1.- En primer lugar, en cuanto al allanamiento propuesto por el Asesor General de Gobierno, analizada la conducta procesal asumida, correspondería dejar establecido que, por la singular naturaleza de las cuestiones en debate, así como por los efectos de la decisión que recaiga en esta clase de juicios, no obligaría a ese Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate.

Lo contrario, importaría dejar librado al arbitrio del Asesor General de Gobierno, una facultad que le pertenece exclusivamente a esa Suprema Corte y, en ciertos casos, acordar al Poder Ejecutivo el ejercicio ilimitado del veto fuera de las oportunidades que en forma taxativa señala la Constitución (Conf. voto Juez Soria, segunda cuestión, considerando segundo, en la causa I. 2125, "*Bringas de Salusso*", sentencia, 24-08-2005 y sus antecedentes allí mencionados; voto del Juez Genoud, considerando segundo en la causa en la causa I 2798, "*Alonso*", sentencia, 10-10-2007, y sus antecedentes también mencionados; dictamen PG, causa I 72.883, "*Montiel*", del 18 de julio de 2014, entre otros). De allí que paso a expedirme del planteo promovido.

4.2.- A los fines de dictaminar he de remitirme a lo decidido por ese Supremo Tribunal de Justicia al sentenciar en las causas: I 72.374,

"*Gerchunoff*", I 71.514, "*Costa*", ambas sentencias del día 24 de agosto del año 2016, como así también, en I. 74.701, "*Bagú*", sentencia del 19 de septiembre de 2018, entre muchas otras, y a lo allí sostenido en cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada en la causa F. 509. XXXVI. "*Recurso de Hecho. Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno*", del 12 de noviembre de 2002 ("*Fallos*", T. 325: 2968), para propiciar que podría hacer lugar a la demanda, declarando la inaplicabilidad del artículo 32 inciso 1º del decreto ley 9020/1978, a la situación de hecho del escribano Medina.

En efecto, la Corte de Justicia de la Nación afirma que el artículo 32 inciso 1º del decreto ley Nro. 9020/1978, dispone una suerte de presunción *juris et de jure* para quienes alcanzan la edad allí prevista y los encuentra incapacitados para ejercer la función notarial (consid. 6to.).

Que tal precepto resultaría arbitrario debido a su generalidad y a la falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Añade en el considerando séptimo que, "*…la arbitrariedad de la norma en cuestión surge, en primer lugar, de que la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del decreto ley Nro. 9020/78…*". Con cita del artículo 32, incisos 2º y 3º. Entiende: "*…esas disposiciones posibilitan separar a los escribanos del ejercicio de las delicadas funciones que les han sido delegadas, por lo que se encuentran asegurados los medios para proceder así en los casos en que se genere una real inhabilidad de cumplir aquéllas en condiciones adecuadas*".

Ese Tribunal de Justicia, tiene por su parte en cuenta, que allí se resaltó que la disposición impugnada "*…afecta el derecho de trabajar*

consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su artículo 75 inc. 22, en particular los artículos XIV de la Declaración Americana de los Derechos *y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo*; 23 *de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo*; *y 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido*" (consid. 8vo.).

También que "*...la igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.). Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos por el solo hecho de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados*" (Consid. 9no.).

Por último, concluye que los escribanos son profesionales del derecho afectados a una actividad privada -pues la concesión que les otorga el Estado no importa adjudicarles el rango de funcionarios públicos- y, en consecuencia, no están sujetos al discrecional poder con que cuenta el Estado para la organización administrativa.

Tal doctrina se presenta coincidente con la sostenida por el máximo Tribunal de Justicia en la sentencia de la causa "*Vadell*" ("*Fallos*", T. 306:2030, considerandos 11 y 12).

De allí que en concordancia con lo aconsejado por esta Procuración General en la citada causa I 1.658 "*Franco*" -dictamen del día 11 de febrero de 1999- y atendiendo a los principios rectores sentados en el aludido pronunciamiento recogido en doctrina jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, es que podría resolver favorablemente la pretensión actora, tal como ya lo hiciera en los fallos antes mencionados, sobre análogas cuestiones a las aquí presentadas.

V.-

Por las razones expuestas, podría V.E. hacer lugar a la demanda; declarar la inaplicabilidad de lo preceptuado en el artículo 32 inciso 1° del decreto ley 9020/1978, cuestionado, a la situación de hecho del escribano Carlos Alberto Medina y, en consecuencia, ordenar en definitiva al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires se abstenga de decretar cualquier medida vinculada con el alcance de esa norma.

La Plata, febrero 20 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 2227

“Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y Otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad Decreto N.° 754/2000”, fecha: 12-02-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y Otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad Decreto 754/2000"

I 2227

Suprema Corte de Justicia:

La Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de Buenos Aires (SUTEBA), la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) Provincia de Buenos Aires, solicita a V.E. declare en forma originaria la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3°, 7°, 9°, 16° y 18° del Decreto Provincial 754/2000 "*que establece un sistema legal en materia de descuentos del cobro de cuota a favor de entidades sindicales en relación a los trabajadores afiliados para el personal en relación de dependencia de la accionada e instrumenta el porcentaje del 1 % en favor de la administración sobre dichos ingresos, limita los descuentos sobre los haberes en porcentaje que señala, prohíbe efectivizar descuentos solamente con relación a Asociaciones Sindicales con Personería Gremial; por las múltiples violaciones que la normativa señalada importa, a la Ley Fundamental de la Provincia (art. 39 entre otros), la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 31 y 75 inc. 22), Tratados Internacionales suscriptos por la Nación Argentina (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Carta Interamericana de Garantías Sociales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y Ley de Asociaciones Sindicales de Trabajadores (arts. 1, 2, 3, 5, 6, 31, 38, 53 y concordantes)*". Solicita imposición de costas. (v. fs. 6).

I.-

Respecto a la legitimación activa sostiene tal como se acredita con el Estatuto Sindical de la Asociación Trabajadores del Estado (ATE); el Estatuto del Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de la Provincia de Buenos Aires (SUTEBA) y el correspondiente a la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) las entidades se presentan como asociaciones sindicales de primer y tercer grado con personería gremial a tenor de los artículos 11 inciso a) y 31 de la Ley 23.551, otorgada por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

Da cuenta que por dichas personerías y las citadas cartas orgánicas, se establece en el artículo 2° que ATE agrupa a los trabajadores estatales que tengan relación dependencia o presten servicios para cualquiera de los poderes del Estado Nacional, Provincial o Municipal, entes autárquicos, entes públicos no estatales, empresas estatales, etc., resultando en consecuencia facultada con el poder de representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores del sector respectivo, sean o no afiliados a la organización.

Que por su parte SUTEBA en razón del artículo 1° "*agrupa a todos los trabajadores de la Educación de todas las ramas, y/o niveles que ejerzan sus funciones en la Provincia de Buenas Aires dependientes de administraciones públicas o privadas*" (v. fs. 6).

Recuerda lo dispuesto por el artículo 11 de la Resolución 51/1987 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Afirma que se encuentran legitimados para promover la presente acción e impugnar la validez de la citada normativa, "*por ser claramente inconstitucional y atentatoria contra los derechos y garantías establecidos en el plexo normativo descripto*" (v. fs. 7).

En cuanto al plazo indica que la vía procesal prevista en el artículo 683 del CPCC y siguientes resulta apta, toda vez que el Decreto 754 es sancionado en fecha 22 de marzo de 2000, se ha puesto a conocimiento general a

través de la publicación en el Boletín Oficial, con fecha 28 de marzo del año 2000, dando cumplimiento a los extremos para una presentación judicial hábil.

Al referirse a los antecedentes, transcribe lo dispuesto en el mencionado decreto y se sostiene la inconstitucionalidad al pretender impedir en forma arbitraria la actuación y acción y hasta la propia existencia, de las organizaciones sindicales como las presentadas con larga trayectoria a favor de los trabajadores.

Expone que se está en presencia de un acontecimiento de suma gravedad institucional, que no registraría antecedentes a nivel nacional en períodos democráticos y de vigencia de los derechos civiles y políticos, sin los cuales no puede concebirse la existencia de los derechos sindicales, conforme lo manifiesta la OIT.

Esgrime que la demandada a partir del decreto cuestionado, "*quiere cobrar a estas organizaciones sindicales el 1 % de los montos que las mismas recaudan en concepto de cobro de cuota sindical y coseguros de salud (retenciones del 2% y 3 % respectivamente) sobre los aportes que efectúen sus afiliados [...] por el solo hecho de cumplir con una obligación legal*" (v. fs. 8).

Se invoca la vulneración del artículo 38 de la ley 23.551, que transcribe.

Manifiesta que en ninguna normativa vigente se establecería tal prohibición para actuar como agentes de retención en caso de tratarse de asociaciones sindicales sin personería gremial, por el contrario, el citado artículo 38 señala y genera una obligación, mas no una limitación.

Entiende que en ello se da respeto al artículo 14 de la Constitución Argentina al predicar una organización sindical libre y democrática, con reconocimiento por la simple inscripción en un registro especial.

Indica que la percepción en tiempo y forma, en los plazos dispuestos por la Ley 24.462, sería vital para el funcionamiento de las organizaciones sindicales.

Precisa que no resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 496 Código Civil, que transcribe.

Da cuenta que el cumplimiento de la acción legal de actuar como agente de retención por parte de la demandada no estaría supeditado a ningún tipo de quita como ella pretende, que pueda alterar la naturaleza de la obligación.

Considera que se estaría frente a una confusión, "*toda vez que no se trata de la ´prestación de un servicio´ como aduce la demandada, que pueda estar precedido de un actuar voluntario, sino que por el contrario existe un imperativo legal a cumplir que se pretende desconocer*" (v. fs. 8 vta.).

Insiste que la conducta de la demandada debe de estar enderezada al cumplimiento del recaudo normativo.

De ello deduce que de otra manera no habría porque suscribir un "*convenio*" como pretende la accionada.

La accionante expone su negativa a la suscripción que tendría como fecha límite los tres meses contados a partir de la firma del decreto que se impugna, que lo lleva al día 28 de junio del año 2000.

Por ello se promovería la demanda y se peticiona medida cautelar a los fines de detener los efectos del decreto y del emplazamiento para la firma del mentado convenio. Cita los artículos 499 y 502 del Código Civil.

Afirma la presencia de una obligación ilícita que vulneraría la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, los Convenios de la OIT, la Ley de Asociaciones Sindicales de Trabajadores y su decreto reglamentario.

Bajo el título "*El desconocimiento abierto a la ley de asociaciones sindicales*" expresa que el artículo 1° de la Ley 23.551 garantiza la libertad sindical, por medio de todas las normas que se refieren a la organización y acción de las asociaciones sindicales, extremo que significaría el desarrollo autónomo

de las mismas frente al Estado y a los empleadores. Desarrolla contenido sobre la comprensión de la libertad sindical y su concreción en el artículo 5° de dicha ley.

Añade que en virtud de los incisos b) y d) se establece la capacidad por parte de las organizaciones sindicales, para determinar su objeto, ámbito de representación personal, actuación territorial y el derecho a formular un programa de acción. Recuerda la "*directriz*" que dimana del artículo 6° de la ley (v. fs. 9 vta.).

Trae a consideración diversos dictámenes del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo de casos en que las autoridades públicas promueven conductas lesivas a aquel principio. Los detalla (v. fs. 9 vta. /10).

Se detiene en relación al Estado cuando se ha considerado incurso en la prohibición de agraviar la independencia económica-financiera de las organizaciones sindicales en cuestión de aportes y la desigualdad de trato que arroje favoritismo u hostilidad.

Lo estima aplicable al caso en cuanto la Provincia de Buenos Aires, al establecer un mecanismo de retención sobre los ingresos de las actoras que devendría en violatorio de la legislación citada, e incursionaría de forma arbitraria e ilegal en la vida interna de las accionantes y en sus autonomías económico-financieras y la afectación a la atribución otorgada a las organizaciones por el artículo 31 de la ley, que transcribe en lo pertinente.

Reclama el papel garantizador que debería tener el Estado frente a actos como el que se impugna.

Recuerda la recepción técnica propia del derecho anglosajón en el artículo 38 y los anteriores textos legales, l4.455 y 20.615, para afirmar de la presencia de un derecho de la Asociación sindical con personería gremial, sin prohibición para el resto.

Expone que la ley hace referencia a cotizaciones ordinarias, cotizaciones extraordinarias, a las contribuciones de solidaridad y a

los aportes regulares.

Afirma que las organizaciones gremiales ATE y SUTEBA han cumplido con los requisitos que hacen operativa la aplicación del artículo 38, legitimidad del crédito; existencia de autorización administrativa y notificación al empleador. Detalla (v. fs. 10 vta.).

Se agravia de la incursión indebida en la autonomía financiera de las organizaciones, a partir de una interpretación del instituto previsto en artículo 38 que califica de desviada y contraria a la normativa aludida que vulneraría los preceptos constitucionales antes referenciados.

Precisa que se violenta el principio de libertad sindical que garantiza el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto importaría la atribución de un conjunto de poderes, positivos y negativos, para las organizaciones sindicales y que, en el caso de ATE, SUTEBA y CTA, "*que se exteriorizan en la capacidad de auto/tutela y como consecuencia de ella, de desarrollo autónomo frente al Estado y empleadores*" (v. fs. 10 vta.).

Afirma comprometida la autonomía sindical al cuestionarse por medio de la norma que se impugna, la organización sindical libre y democrática, principio básico organizativo de las asociaciones sindicales de trabajadores. Invoca doctrina.

Pasa a exponer de la libertad sindical, como derecho subjetivo público y a sostener que constituiría un mandato jurídico para el legislador, la administración y los organismos jurisdiccionales; en especial relación a la incompetencia de los Estados provinciales para regular aspectos inherentes al funcionamiento y actuación de las organizaciones sindicales de trabajadores.

A continuación, encara las fuentes de derecho internacional público y la positivización en el ámbito nacional.

Advierte el desconocimiento a los tratados internacionales como fuente del derecho internacional público a tenor del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna.

Destaca la relevancia jurídica de los derechos humanos, resalta y transcribe lo dispuesto en el artículo 23 inciso 4° de la Declaración Universal de los Derechos del hombre, menciona los derechos que dimanan de los artículos 16 de la CADH, 5 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en reconocimiento de los derechos de autonomía y libertad sindical.

Da cuenta de lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta Interamericana de Garantías -Bogotá 1948- y por el artículo 43 inciso c) de la Carta de la OEA.

En atención a una comprensión constitucional de los tratados internacionales expresa la existencia del doble control de legitimidad y la superación integrativa hacia el artículo 31 de la Constitución Argentina y el sometimiento de la normativa provincial. Cita doctrina de autores y jurisprudencia de la CSJNA *in re* "*Giroldi*".

A continuación, aborda los convenios de la OIT y su inclusión como tratados en el primer párrafo del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina.

Al respecto en lo principal esgrime la supralegalidad y trae a consideración los debates de la Convención Nacional Constituyente del año 1994 para detenerse en el valor constitucional del Convenio 87 sobre "*Libertad sindical y protección del derecho de sindicación*", lo normado en los artículos 2° y 3° y el Convenio 98 sobre "*Fomento de la negociación colectiva*", el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y a protegerlos contra los actos de discriminación antisindical.

Invoca el Preámbulo del Tratado de Versalles y el artículo 5° del Convenio 151 en cuanto se establece la prohibición de interferir por parte de las autoridades públicas en la constitución, funcionamiento y administración de las entidades gremiales.

Luego se introduce en las cuestiones vinculadas a vulneraciones a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires para reputar la

violación a los artículos 3° 11, 31, 41, 57 y 39 inciso 2°, este último precepto en cuanto reconoce los derechos de asociación y libertad sindical y con la afirmación: "*los estados provinciales carecen de atribuciones para regular materias propias del Derecho Sindical*" (v. fs. 13). Cita doctrina.

Precisa que la normativa que se impugna constituye una señal preocupante respecto a la falta de vigencia de los derechos y garantías fundamentales provenientes del llamado Derecho Colectivo del Trabajo que resguarda la Constitución Nacional, toda vez que exteriorizaría una "*conducta claramente ilegítima e ilegal por parte del Estado, en su doble condición de poder público y empleador, cuando por su finalidad y objetivos debería estar su accionar encuadrado en el respeto más elevado a la Ley fundamental*" (v. fs. 13 vta.). Recuerda al docente y magistrado Rodolfo Capón Filas respecto al accionar sindical y los planos en que se moviliza.

Pasa a abordar la autonomía de la voluntad, la libertad y la disposición de los bienes.

Trata la afectación directa de los bienes pertenecientes a las asociaciones sindicales por el acto de la accionada para ingresar en la defensa de los derechos individuales de los afiliados a la luz del artículo 31 de la Ley 23.551.

Da cuenta del salario o remuneración que percibe el trabajador como pertenencia en propiedad, y su consideración de ser un derecho pleno con invocación del artículo 17 de la Constitución Argentina.

Observa que en los fundamentos de la norma impugnada no habría interés público para proteger, por el contrario, al restringir la posibilidad de acceso al crédito como forma de alcanzar una evolución a la que se encontraría limitado desde sus propios haberes.

Niega la existencia de una norma de fondo, como se indicaría en los considerandos que prevea que los descuentos no podrían superar el 20%, por lo que considera que se partiría de un presupuesto equivocado.

Refiere que el decreto-ley 6754/1943, al que haría

referencia tendería a establecer pautas en otro tipo de situaciones, ejecuciones forzosas que tengan su origen en préstamos dinerarios.

Sostiene que el Decreto 754/2000, no regularía casos de ejecuciones forzosa si, en cambio, simples pagos voluntarios de créditos obtenidos por el empleado, ingresando más allá de los supuestos receptados por la ley.

Realiza diversas consideraciones sobre el concepto "*crédito*" para preguntarse si es él la razón del decreto en crisis (v. fs. 14 *in fine* y vta.).

Efectúa diversas preguntas entre las que expresa como motivación del acto en cuestión, la de obtener un nuevo ingreso a favor del Estado, con remisión al artículo 16 del decreto.

Manifiesta que no se alcanza la finalidad de proteger al trabajador cuando se concreta la limitación de obtención de esos créditos al imponerse un límite en la disponibilidad de los salarios.

Apunta que el Estado pretendería indicar a los empleados cuánto y de qué manera deben gastar sus salarios.

Destaca: "*Si realmente lo que se pretende es salvaguardar al dependiente deberá mirarse más adecuadamente a los prestadores de esos servicios, las asociaciones y mutuales y ver si ellas cumplen adecuadamente con el fin que se propusieron en su creación y/o si por el contrario están realizando tratos abusivos con tasas de interés prohibitivas-usurarias para con los trabajadores*" (v. fs. 15).

Se agravia de la intromisión en la libre disponibilidad del salario del trabajador, de la falta de adecuación a los principios democráticos y republicanos. Invoca los artículos 14 y 28 de la Constitución Argentina, el principio de razonabilidad y los límites impuestos a la reglamentación de las normas en cuanto a no alterar los derechos y garantías constitucionales.

Con referencia al derecho de propiedad y al artículo 17 de la Constitución Nacional, expresa que el salario garantiza al trabajador la obtención de la cobertura de las necesidades del diario vivir y su disponibilidad quedaría librada a lo que él disponga.

Pasa a hacer referencia a la finalidad que correspondería asignar a la inembargabilidad salarial para atender que el Decreto 754 estaría en una etapa anterior, cuando aún no existe ejecución forzosa y en la que el trabajador contaría con la libertad de disponer de sus ingresos.

Posicionado en el reconocimiento de un Estado planificador reconoce "*extremos o límites*" dentro de los cuales no podría ingresar, así en lo correspondiente al consumo que sería -según el accionante- lo que vendría a perseguir la norma cuestionada (v. fs. 16). Cita jurisprudencia en cuanto al concepto de propiedad.

Asevera que hay un interés legítimo en la posibilidad de que los afiliados puedan disponer libremente de sus salarios y de realizar operaciones legitimas de crédito por lo cual una limitación resultaría atentatoria al derecho de propiedad y devenida la normativa en inconstitucional.

Bajo el título "*Limitación de intereses – no somos entidades financieras*" esgrime que el artículo 9° del Decreto 754 establecería una limitación para las entidades asociativas en cuanto a los intereses que ellas pueden percibir por los créditos que otorguen a sus afiliados y que merezcan descuentos por planillas.

Entiende que la norma sería abusiva al ingresar en el campo de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siendo un tercero no interesado en el negocio jurídico.

Afirma que el Estado debería controlar los intereses o condiciones generales de los créditos que se otorgan a los empleados evitando situaciones abusivas o intereses usurarios, mas ello sería una pauta valorativa, que no podría quedar ceñida a términos puntuales.

Destaca la intervención extraordinaria en la actividad financiera de las asociaciones sindicales y su apartamiento de su configuración como entidad bancaria.

Detalla que no se "*capta dinero para entregarlo en préstamos, sino para cumplir con la totalidad de los fines que se tuvieron en miras al constituirse*" (v. fs. 16 vta.).

Hace mención a la diferencia existente en materia de intereses, al universo al que se aplica con el mayor riesgo y a la complementariedad del sistema.

Apunta que la normativa direcciona la selección en detrimento de otras posibles alternativas y que en el caso de las asociaciones sindicales peticiona se permita "*fijar una tasa de interés razonable, no abusiva, no irrita para los intereses de los afiliados (a la vez empleados provinciales), y que permita un aseguramiento en la percepción del capital*" (v. fs. 17 y vta.).

Menciona la vulneración de los artículos 14 bis, 17 y 28 de la Carta fundamental al pretender ingresar el decreto directamente dentro del ámbito de la vida institucional de la asociación sindical al fijar pautas concretas para su funcionamiento económico con afectación de la autarquía.

Minimiza la cuestión del descuento por planilla para poner el acento en la publicidad del decreto y la fijación de un tope que estaría señalando una cuestión económica que iría más allá de dicho descuento.

Afirma: "*esa normativa jurídica tendrá los efectos de una propaganda*" (v. fs. 17 vta.). Destaca que los descuentos por planilla hacen a la seguridad del cobro de las acreencias, y que el cambio propiciado arrojaría un perjuicio frente a un derecho consolidado por la práctica inveterada generando zozobra en cuanto a los créditos vigentes y en plazo de cobro, que serían alcanzados por el decreto.

Menciona el artículo 953 del Código Civil en lo que respecta a las pautas interpretativas sobre la intención de la voluntad de las partes

en materia de contrataciones y subraya la libertad de ataduras.

Recuerda la relación del principio de razonabilidad con la justicia, su diferencia con el régimen estadounidense.

Refiere que no correspondería que el Estado interfiriera puesto que de ello derivaría la violencia al principio de libertad, a la autonomía de las voluntades.

Insiste que se pretenden imponer límites arbitrarios al consumo a través de la regulación de una tasa de interés, que solo debería preocupar a las partes contratantes.

Da cuenta que la intervención del Estado debería de darse cuando se exceda el marco de razonabilidad y atente contra las personas en general, pero no en forma anticipada, y privilegiando un espacio o modo operatorio que solo beneficiaría en cuanto se relaciona con la tasa de interés que debe aplicarse con instituciones bancarias que se encuentran dentro de su órbita.

Vuelve sobre el direccionamiento a favor de la banca oficial para remarcar que el sector que califica de residual de los empleados sobre los que opera el sindicato no estarían alcanzados por ella. Califica de arbitraria e inconstitucional la normativa en cuestión.

Bajo el título "*Antecedentes interesantes - ¿Habrá incurrido en desobediencia*?" (v. fs. 18 vta.) recuerda el dictado del Decreto 1533 del día 8 de junio del año 1994, del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, que transcribe en su artículo primero. Realiza comparaciones de su preceptiva en relación al Decreto 754.

Da cuenta de la medida cautelar de la Suprema Corte de Justicia dictada en fecha 20 de agosto del año 1996, en la causa I 2008, contra el primero de los decretos mencionados y refiere de su sobrevivencia aun frente a la derogación por el acto en crisis y la eventual responsabilidad de la Administración frente a ATE -actora en ese momento- frente a la medida otorgada a su favor y la aplicación del cuestionado.

Hace mención del principio de división de poderes, invoca el respeto de las decisiones adoptadas en esa oportunidad y del principio de buena fe en las relaciones jurídicas.

Solicita medida cautelar (v. fs. 20 y 21); fundamenta la competencia del Tribunal, ofrece prueba y plantea la cuestión federal constitucional.

II.-

La medida cautelar solicitada por la actora fue otorgada en forma parcial, con invocación a lo decido en la causa I 2008, supra mencionada, suspende la aplicación del artículo 16 del Decreto 754/2000, bajo caución juratoria (v. fs. 24 y vta.).

III.-

3.1.- El Asesor General de Gobierno se presenta, requiere en forma previa el levantamiento de la medida cautelar o su modificación *ad eventum* solo con respecto a los aportes por cuota sindical y deduce excepción procesal de incompetencia en los términos del artículo 345 inciso 1° del CPCC (v. fs. 29/34).

Por Presidencia de la Suprema Corte de Justicia se ordena el traslado (v. fs. 44), al que se da respuesta a fs. 46/48 con solicitud de rechazo pleno.

V.E. resuelva no hacer lugar al pedido de levantamiento de la medida cautelar decretada en autos, admite la solicitud de modificación de los alcances del acto, que circunscribe a los importes correspondientes a las cuotas sindicales y demás aportes cuya retención la Administración se encuentra legalmente obligada a realizar. Rechaza la excepción de incompetencia (v. fs. 50/52).

3.2.- El Asesor General de Gobierno contesta demanda y solicita su rechazo, con costas (v. fs. 35/43).

3.2.1.- Sobre la admisibilidad formal de la demanda, entiende que la misma debería ser rechazada por las razones que se detallan a continuación.

i.- Entiende que la demanda que se intenta no fue fundada en forma debida, "*atento que los accionantes al promover la acción originaria de inconstitucionalidad* [...] *solicitan la declaración en tal sentido de los arts.* 1, 2, 3, 7, 9, 16, 18 *y conc. del Decreto* N° 754/00, *limitándose tan solo a aducir, en forma dogmática y mecánica, la violación -entre otros- del art.* 39 *de la Constitución Provincial, los arts.* 14 *bis*, 31 *y* 75 *inc.* 22º *de la Constitución Nacional, Tratado Internacionales y los arts.* 1, 2, 3, 5, 6, 31, 38, 53, *y conc. de la Ley* N° 23.551 *de Asociaciones Sindicales* [...] *pero sin vincular al fundar tales lesiones* [...] *en forma específica y concreta a ningún artículo de la Carta Magna Local*".

Agrega: "*la demanda carece del mínimum de fundabilidad necesaria y, por tanto, resulta insuficiente para lograr la atentabilidad y consecuente declaración de inconstitucionalidad por parte de ese Superior Tribunal*" (v. fs. 35 vta. y 36). Cita jurisprudencia.

ii.- Además sostiene que, al haber fundado su derecho en normas de la Constitución Nacional, habría omitido expresar "*de modo concreto y preciso cómo ello produce la transgresión de normas de la Carta Magna local*" (v. fs. 36).

Señala: "*no obstante pretender el juzgamiento del sublite a la luz del sistema positivo instaurado por el art.* 31 *de la Constitución Nacional, los actores no expusieron ni afirmaron que tales violaciones importan la directa lesión del art.* 1° *de la Constitución Provincial*" (v. fs. 36).

Destaca que la cuestión no podría examinarse al importar suplir deficiencias de la parte y desviarse de la acción realmente promovida para resolver sobre algo no peticionado, por lo que no estaría sometida al conocimiento del Tribunal. Cita jurisprudencia.

iii.- Ante ambos obstáculos requiere que la demanda se rechace por su inadmisibilidad formal (v. fs. 37).

3.2.2.- Respecto al fondo de cuestión, propone el rechazo.

Aborda el Decreto 754/2000 para afirmar que se encuadra en los denominados reglamentos independientes o autónomos. Precisa que "*tiene por destino regir un aspecto del funcionamiento interno de la Administración Pública* [...] *en razón del ejercicio del Gobernador de la jefatura de la administración general de la Provincia*" (v. fs. 37).

Decreto que estima tendría en el caso, estar "*destinado a regular el servicio administrativo de descuento de haberes y que tiene por finalidad establecer un sistema eficiente que, por un lado, sirva como herramienta crediticia a sus empleados, y por otro, facilite y -en cierta medida- garantice a las entidades enumeradas taxativamente en el art. 2 del Decreto Nº 754/00, recuperar o recibir las sumas correspondientes por los negocios jurídicos realizados*" (v. fs. 37 vta.).

Agrega, puede caracterizarse como un régimen de excepción al sistema de pago de haberes de los empleados públicos de la provincia para supuestos taxativamente previstos y que, sin afectación de las garantías constitucionales (v.gr. indemnidad del salario, intangibilidad de las remuneraciones, etc.) siempre que las entidades cumplan los recaudos legales, adhesión al sistema implementado mediante la suscripción del convenio marco respectivo y eventualmente, el acuerdo de voluntades alcanzado con el agente.

Manifiesta que con excepción del pago por aportes y cuotas sindicales regidas por el artículo 38 de la Ley 23.551, del análisis de la normativa se podría advertir que, por principio, no produciría efectos jurídicos directos, actuales e inmediatos respecto de los agentes públicos ni de las entidades como las accionantes, "*puesto que -para estas últimas- es inexcusable su adhesión no compulsiva al régimen*" (v. fs. 37 vta.).

Aduna que el cuestionamiento sería motivado por un interés personal y particularizado sin fundamento jurídico, reducido a "*adherir voluntariamente*" al sistema, pero pretendiendo que la justicia modifique el

régimen en su provecho al solicitar se declare la inconstitucionalidad de diversas disposiciones.

Hace saber que no habría obstáculo para el otorgamiento de créditos y préstamos a los afiliados, sin estar compelidos a la adhesión mientras que el sistema de descuentos les facilitaría y garantizaría obtener, en el plazo acordado con el deudor, el cobro respectivo.

Entiende que la pretensión perseguiría incluirse en el sistema bajo condiciones particulares sin firmar convenio o abonar compensaciones –artículo 16- y en libertad para la determinación de los intereses en las operaciones (v. fs. 38).

El Asesor General de Gobierno no advierte que la normativa cause agravio a las accionantes al no obligar a formar parte del sistema implementado por el Decreto 754/2000.

Destaca la ausencia de coerción o adhesión al régimen y de ello desprende la imposibilidad de transgresión a normas constitucionales, a la libertad sindical o a la autonomía económico-financiera de las asociaciones demandantes.

Aborda la demandada el interés económico y las limitaciones reguladas, expresa que resulta necesario abordar las bases jurídicas de la normativa impugnada.

Pasa a considerar el artículo 16 del Decreto 754/2000.

Esgrime que la implementación de este sistema de excepción importaría para el Estado provincial la prestación de un servicio a terceros, tendiente a garantizar el cobro de operaciones económicas convenidas con los agentes públicos, adicional como actividad. Remite a los considerandos del derogado Decreto 1533/1994.

Refiere que la Administración Pública asume la carga y la responsabilidad de mantener el sistema de descuentos de haberes de sus

agentes, imponiendo a las oficinas pagadoras la tarea de descontar hasta un 20 % de las remuneraciones de los empleados por los conceptos establecidos en el artículo 2° del reglamento. Cita los artículos 3° y 10 del Decreto 754/2000.

Da cuenta que para dicha actividad el Estado aporta la pertinente infraestructura, realiza inversiones en bienes y afecta recursos humanos, con un importante costo operativo adicional al que le correspondería como poder público.

Puntualiza que la actividad a que atiende la norma no estaría esencialmente dirigida a satisfacer un interés público y general considerando que los beneficiarios lo serían entidades que actúan como agentes financieros en provecho propio y para facilitar el acceso al crédito a los afiliados.

Califica de lógica, coherente y razonable a la normativa atacada, al establecer una compensación no superior al 1 % -que no implicaría una ganancia- por la prestación de un servicio, a fin de sustentar una actividad del Estado diferenciada a la de sus propios cometidos.

En relación al artículo 3° del Decreto 754/2000, advierte que la presentación se habría realizado en nombre de los afiliados y que ello resultaría ilegítimo al ser la asociación -en el caso- agente financiero con intereses confrontados con los que dicen representar.

Respecto de los agravios dirigidos al monto posible de descuentos y a la limitación de disponer del salario del trabajador refiere que sería el propio agente que, en acuerdo de voluntades con la asociación sindical previamente adherida al sistema, quien decidiría someterse a él. Predica de la naturaleza de dicho acto jurídico.

Da cuenta que la Administración asume la responsabilidad del funcionamiento del sistema y su intervención no se ejercería de oficio o compulsivamente, sino a instancia de las partes contratantes, que admiten que ejerza la tutela de los derechos y obligaciones y se constituya en garante del cumplimiento negocial.

En relación al monto del porcentaje recuerda consideraciones practicadas en la demanda y lo dispuesto tanto por el decreto ley 6754/1943, como por el entonces Decreto 1533/1994, junto a lo preceptuado por el artículo 133 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Señala que el fundamento radica en el carácter alimentario que revisten los sueldos, y su objeto sería evitar que se prive a los agentes públicos del dinero mínimo necesario para hacer frente a sus necesidades básicas debiendo el Estado provincial garantizar su percepción en forma efectiva, oportuna e íntegra. Cita el artículo 39 inciso 1° de la Constitución de la Provincia y las notas definitorias del salario mínimo vital y móvil.

En cuanto al artículo 9 del Decreto 754/2000 considera carente de sustento el ataque al establecer la obligación de la entidad adherida al sistema de fijar una tasa de interés no superior a las que cobran las entidades bancarias oficiales en las operaciones de préstamos y de créditos a sus afiliados.

Critica los agravios de los accionantes en cuanto a que esta limitación devendría en abusiva, irrazonable y violatoria del derecho de propiedad, a la garantía constitucional de libertad sindical al fijar pautas económicas de funcionamiento en desmedro de la autarquía.

Esgrime que resulta inaceptable y estéril el planteo ante lo voluntariedad de su aceptación.

Asimismo, manifiesta la ausencia de lesión al derecho de propiedad y a la garantía de libertad sindical; la limitación en la percepción de intereses en actos que importen una actividad financiera de las asociaciones sindicales -en principio, extraña a su función propia y específica- sería al decir de la demandada "*manifiestamente razonable*" (v. fs.40). Cita jurisprudencia vinculada al principio de razonabilidad de las leyes.

Afirma que las entidades adheridas a un sistema de descuento de haberes minimizan sus riesgos, hecho que habría sido reconocido por los actores. Destaca la finalidad perseguida por la norma con el objetivo de

evitar y combatir eficazmente la usura creando fuentes sanas de crédito, a efecto que los asalariados tengan acceso al crédito sin acudir a préstamos excesivamente onerosos.

Reafirma que lo reglamentado tiende a estimular a las entidades comprendidas a otorgar créditos y préstamos, asegurando el cobro de los mismos, afectando una parte moderada del sueldo de los agentes.

Tiene por cumplidas las exigencias de proporcionalidad adecuada, fin público, ausencia de iniquidad y medio racional utilizado para alcanzar los fines.

Bajo el título "*Aportes y cuotas sindicales*" entra a considerar el agravio vinculado a la inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto 754/2000 por vulneración del artículo 38 de la Ley 23.551 en cuanto a la pretensión de cobro del 1% de los montos resultantes.

Reitera, la cuestión habría sido planteada inadecuadamente en el marco de la acción de inconstitucionalidad, cuando habrían debido de ocurrir por otro cauce procesal para alcanzar una sentencia de condena.

Afirma que la compensación establecida en el citado artículo 16, no tendría por causa el cobro de una ventaja o ganancia que la Administración Pública hubiese establecido en su propio beneficio.

Aclara que sería una necesidad que se impone a los usuarios como consecuencia de su sustento frente a una realidad de inversiones que el Estado provincial debe realizar para su ejecución en una actividad en "*que no se encuentra comprometido el interés general, y cuyos beneficiarios son -en principio- extraños al poder público*" (v. fs. 40 vta. y 41).

Añade que devendría en razonable "*que cuando el Estado actúa en beneficio de las entidades incluidas en los términos del Decreto atacado reciba como contrapartida- una compensación adecuada*" (v. fs. 41).

Al confrontar con el régimen de la Ley 23.552 sostiene que el Poder Ejecutivo, dicta el decreto en el marco de las atribuciones conferidas por el artículo 144 de la Constitución Provincial, y en ejercicio de su condición de Jefe de la Administración Pública provincial en el marco de sus propias atribuciones organizativas.

Entiende que las disposiciones laborales serían extrañas e inoponibles a la normativa constitucional local, en materia no delegada al Estado nacional. Cita los artículos 5, 75, 99 y 121 a 123 de la Carta Magna Nacional y jurisprudencia sobre los propósitos de la Ley 23.551 y la relación de empleo público provincial.

Aclara que no existiría conflicto normativo como lo presentan los accionantes, puesto que el Decreto 754/2000 además de no desconocer el deber legal establecido en el artículo 38 de la Ley 23.551, expresamente lo ratificaría en el artículo 2 incisos 1° y 3, apartado primero.

Destaca que la única diferencia advertible lo sería la compensación preceptuada en el artículo 16 del decreto.

Afirma al respecto que el silencio de la ley nacional no obstaría ni permitiría suponer una ilegalidad de la normativa local que expresamente lo previera o que debiera de ser interpretado como gratuita o que deviniese en ilegítima por ello.

Puntualiza que la aparente "*laguna*" del ordenamiento aprehensible a partir del silencio de la ley sindical podría ser legalmente cubierto por la legislación local (v. fs. 41 vta.).

Asevera que la compensación de referencia no transgrede disposición constitucional ni legal alguna, ante la inalterabilidad de la garantía consagrada por el artículo 28 de la Constitución Nacional, como así tampoco vulneraría el derecho de propiedad y la garantía de libertad sindical. Cita jurisprudencia en cuanto a la calidad de "*reglamentables*" de los derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución.

Apunta que dicha exigencia devendría tanto en razonable frente a la necesidad de sustentar el sistema administrativo como de contar con una adecuada proporcionalidad en relación a la finalidad perseguida, al estar comprometidos bienes fiscales e intereses de contenido público: fin social de la propiedad.

Entiende y sostiene que el ejercicio de la facultad reglamentaria de la Administración Pública, dentro de sus atribuciones constitucionales y legales, en modo alguno atentaría o estaría enderezado a coartar las libertades de las asociaciones sindicales, por el contrario, garantizaría su existencia dentro de un marco ordenado, permitiendo -en definitiva- una posibilidad real de coexistencia social.

En otro aspecto, realiza observaciones de la prueba ofrecida por la actora para solicitar en definitiva se dé por concluida la causa en los términos de los artículos 360 y 687 del Código Procesal Civil y Comercial. A todo evento formula reserva (v. fs. 42 vta.).

Denuncia la cuestión federal constitucional y solicita en definitiva el rechazo de la demanda incoada con costas.

3.3.- De las cuestiones de inadmisibilidad propuestas por la demandada (v. fs. 35/37) se da traslado a la parte actora (v. fs. 56), quien se presenta y solicita el rechazo (v. fs. 57/60).

IV.-

Abierta la causa a prueba (v. fs. 65, 72 y 81) y dispuesta su certificación (v. fs. 182, cuaderno parte actora), se ponen los autos para alegar (fs. 182), derecho que no se ejerce (v. fs. 184), luego de lo cual se dispone el pase a esta Procuración General a los efectos de emitir el correspondiente dictamen (fs. 184).

V.-

5.1.- El juicio como ha sido iniciado responde a la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia (arts. 161 inc. 1°, CPCC).

i.- Se cuestiona el Decreto 354/2000 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires en los artículos 1°, 2°, 3°, 7°, 9°, 16° y 18° "*que establece un sistema legal en materia de descuentos del cobro de cuota a favor de entidades sindicales en relación a los trabajadores afiliados para el personal en relación de dependencia de la accionada e instrumenta el porcentaje del 1 % en favor de la administración sobre dichos ingresos, limita los descuentos sobre los haberes en porcentaje que señala, prohíbe efectivizar descuentos solamente con relación a Asociaciones Sindicales con Personería Gremial*".

Se denuncian violaciones al artículo 39 de la Constitución de la Provincia, a los artículos 14 bis, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Argentina, a tratados internacionales suscriptos por la Nación Argentina y a los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 31, 38, 53 y concordantes de la Ley 23.551.

ii.- Tanto el artículo 41 de la Ley 20.615 como el artículo 47 de la Ley 22.105 obligaban al empleador a actuar como agente de retención de las cuotas o aportes que debían tributar sus dependientes en favor de asociaciones de trabajadores con personería gremial.

Dicha obligación fue mantenida por la Ley 23.551 en el artículo 38: "*Los empleadores estarán obligados a actuar como "agente de retención" de los importes que, en concepto de cuotas afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial // Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada. El ministerio citado deberá pronunciarse dentro de los treinta (30) días de recibida la misma. Si así no lo hiciere, se tendrá por tácitamente dispuesta la retención // El incumplimiento por parte del empleador de la obligación de obrar como agente de retención, o - en su caso- de efectuar en tiempo propio el pago de lo retenido, tornará a aquél en deudor directo. La mora en tal caso se producirá de pleno derecho*".

Mientras que el artículo 39 establece: "*Los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial destinados al ejercicio*

específico de las funciones propias previstas en los artículos 5° y 23, estarán exentos de toda clase, gravamen, contribución o impuesto. La exención es automática y por la sola obtención de dicha personería gremial // El Poder Ejecutivo Nacional gestionará con los gobiernos provinciales por su intermedio de las municipalidades, que recepten en su régimen fiscal el principio admitido en este artículo".

iii.- Entiendo que al demandar les asistió a las accionantes, legitimación para promover la presente demanda. Denuncian supuestas violaciones a derechos constitucionales provenientes tanto de la condición de entidad sindical como asimismo de representantes de los intereses de sus afiliados.

La parte actora en las asociaciones presentadas, poseen la representación que a tal efecto les otorga la Ley 23.551, habiendo por otra parte, cumplido con el requisito de inscripción ante la autoridad de aplicación nacional competente.

La demanda se ha presentado suficientemente fundamentada, entendiendo que no resultaba un obstáculo para su resolución la omisión que se denuncia a fs. 36, por la demandada (aparado II.2).

Ello por cuanto el mantenimiento de dichas retenciones al cumplimiento del recaudo examinado, configuraría un tema -el régimen interno de las asociaciones gremiales de trabajadores- cuya regulación uniforme en todo el país correspondería al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12 de la Ley Fundamental), lo que determina la aptitud para esgrimir y solicitar el control de constitucionalidad hacia el decreto provincial en crisis y la especial invocación del artículo 31 de la Constitución Argentina (CSJNA, Fallos: 322:1442 y 323:2967).

En la causa B 62.986, autos caratulados "*Quintana, Teodoro Carlos -Secretario General de UPCN*", sentencia del día 5 de diciembre de 2001 (consid. quinto) el conjuez el Dr. Condorelli sostiene: "*en el caso de las asociaciones que tengan por finalidad la tutela de los derechos de incidencia colectiva su legitimación para estar en juicio en defensa de esos derechos es clara.*

Abarca asociaciones de cualquier tipo, en la medida en que se encuentre definida su finalidad institucional en sus Estatutos, los cuales no podrán imponer restricciones tales que terminen por afectar la tutela estructural que subyace en la legitimación. Los sindicatos están incluidos en esta categorización".

Continúa expresando: "*Las Asociaciones Gremiales se constituyen para la defensa de los intereses de los asociados y al afectar a sus integrantes se lesiona el interés directo y personal de la sociedad y negarles interés en la impugnación de las medidas ilegitimas que afectan a sus afiliados es privarlas en buena parte su misma razón de ser*".

Agrega: "*La misma solución amplia rige en el plano supranacional, pues las asociaciones sindicales tienen expedita la vía ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de no ser ellas mismas personas físicas*". Con cita de Agustín Gordillo, "*Tratado de Derecho Administrativo*", tomo 2, "*La Defensa del Consumidor y del Usuario*", 2da. edición, Fundación de Derecho Administrativo, IV14 y 15 1998.

De tal manera sobre la cuestión formal de la demanda promovida, no encuentro obstáculo para su procedencia, toda vez que se trata de uno de los supuestos establecidos en el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia, habiéndose respetado lo establecido en los artículos 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial.

5.2.- Otras son las razones que me llevan a no atender al fondo de la cuestión al proponer que ha devenido en abstracta y ello sin desconocer lo sentenciado sobre igual cuestión en la causa I 2260 "*Federación de Educadores Bonaereses Domingo Faustino Sarmiento* (FEB)" sentencia de fecha 27 de febrero de 2008 –cc. dictamen de 2 de octubre de 2003-, como el estado de la causa I 2008 "*Asociación de Trabajadores del Estado* (ATE)" y la declaración de caducidad de la instancia por auto del 9 de marzo de 2016.

Sentado ello, advierto que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires dicta el Decreto 243 del día 15 de marzo del año 2018

(BOBue 22-03-2018, art. 21) por el cual aprueba el nuevo marco regulatorio para la implementación del "*Régimen único de Códigos de Descuento*", crea el registro y deroga entre otros el Decreto 754/2000.

Cualquier decisión acerca de la pretensión incoada en autos resultaría meramente teórica, inútil e inoficiosa y, por lo tanto, impropia de la función judicial (doctr. causa B 64.272, "*Hernández*", sent., 18-11-2002 y sus citas; B 65.930, "*Fernández*", sent., 02-06-2004; I 3.098, "*Cabral*", resol., 16-06-2004; I 1.853, "*Colegio de Técnicos de la Provincia de Buenos Aires*", sent., 14-09-2005; I 3.632, "*Federación de Educadores Bonaerenses*", sent., 29-02-2012; I 2.033, "*Ferro*", resol., 29-12-2014; A 73.281, "*Droguería Disval*", resol., 12-08-2015; B 62.302, "*Aguas de la Costa SA*", resol., 13-09-2017; I 74.104, "*De Luca*", res., 28-11-2018; I 73078, "*Letcher*", res., 26-06-2019, e.o.).

VI.-

Siendo así, correspondería declarar extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión litigiosa (arts. 163 inc. 6 y concs., CPCC).

La Plata, febrero 12 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.606

“EDENOR SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 18-11-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"EDENOR SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A76.606

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a esta Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo así decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 10 que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como Fiscal de la Ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia atacada enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "R*odríguez Pereyra*" (2012),

en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de

consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que*

irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…".

Para añadir: "*…cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera…*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*…todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu

protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA*", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados S.A.*", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "*GIABOO SRL y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García SRL*", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)*", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui SA.*", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor SA*", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "*...Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-

ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan* S.R.L. *y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas* SA", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba* SA", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones* SA *y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas* SA" y "*Kel Ediciones* SA *y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para conntinuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba* SA" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, septiembre 18 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 75.584-2

“Rives, Agustín Mario y otros c/ Municipalidad de Quilmes s/ pretensión anulatoria”, fecha: 18-08-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Rives Agustín Mario y ots. c/ Municipalidad de Quilmes s/ pretensión anulatoria".

A 75.584 - 2

Suprema Corte de Justicia:

A los fines de ser oído se requiere mi intervención con motivo del recurso extraordinario de nulidad interpuesto por el Sr. Agustín Mario Rives -en su calidad de actor-, con el patrocinio del Dr. Carlos Enrique Mamberti- (v. fs. 665/676; art. 297, CPOUC).

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Admunistrativo del Departamento Judicial La Plata (sent., 22 de febrero de 2018; fs. 6471/vt6a.6).

Por dicho acto se resuelve confirmar el decisorio del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N* 1 del Departamento Judicial Quilmes (sent., 21 de marzo de 2016; fs. 576/596) en cuanto a la declaración de nulidad del Decreto 6292/2006 de la Municipalidad de Quilmes y, por mayoría, hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la Municipalidad demandada, revoca la condena por daño moral y en lo demás, rechaza el recurso de apelación de los actores, con costas en el orden causado.

I.- Preparación a fin de proceder en los requerimientos previos al dictamen.

i.- En autos "*Cavallotti Aníbal Jorge c/ Municipalidad de Quilmes s/ medida cautelar autónoma o anticipada*" (agregado sin acumular) ante la demanda iniciada por el Sr. Arquitecto Aníbal Jorge Cavallotti (09-03-2006; fs. 58/72vta.), - beneficiario del decreto anulado por ambas instancias motivo de

la causa a dictamen- el mismo Juzgado de origen, Juzgado de Primera Instancia N* 1, por su titular, dicta una medida cautelar (res., 31-03-2006, fs. 154/158, autos "*Cavallotti*") por la que se resuelve hacer lugar "*bajo responsabilidad del peticionante y previa caución juratoria*" *ordenando a la Municipalidad de Quilmes suspenda los efectos del Decreto* 58 (09-01-2006, *v. fs.* 108/109, *causa* "*Cavallotti*") y la aplicación al caso de la ordenanza 10.312, otorgando "*tramite a la presentación efectuada por el recurrente tendiente a la factibilidad y posterior aprobación final del plano de obra...*" [Castro Barros 171 de Bernal, v. fs. 154, causa "*Cavallott1*""]. Se brinda la caución, conforme fs. 159, de autos "*Cavallotti*".

Medida que habría quedado firme y consentida (v. fs. 160/162 y 165, autos "*Cavallotti*"".

ii.- De los presentes autos "*Rives Agustín Mario y Otros*" surge que el entonces Intendente de la Municipalidad de Quilmes con posterioridad a dicha decisión, emite con relación a igual bien y propietario, el Decreto 6292 (09-10- 2006; v. fs. 39/40, ídem fs. 121/122 y 183/184) por el cual dispone la aprobación del plano de obra a construir con destino para oficinas y vivienda multifamiliar del bien sito en la calle Castro Barros 171 de la localidad de Bernal, Partido de Quilmes a favor del propietario Sr. Arquitecto Anibal Jorge Cavallotti.

La Señora Liliana María Morsia y los señores Agustín Mario Rives y

Eduardo Oscar Berasain en condición de vecinos afectados por la obra aprobada demandan contra dicho acto por su nulidad (27 de diciembre de 2007; fs. 46/62).

Solicitan medida cautelar, que es denegada a fs. 126/128 (18 de marzo de 2009), recusación con causa que es denegada y firme, cf. fs. 69/70 y, citación de terceros.

Los accionantes formulan ampliaciones, en lo principal:

-A fs. 82: hacen saber de la transferencia del dominio a

favor de "*Plaza Verde* SA";

-A fs. 108 y vta.: pedido de citación del Arquitecto Cavallotti y de Plaza Verde SA en los términos del artículo 10 CPCA, dando lugar al despacho de la primera instancia de fs. 130 (25 de marzo de 2009) que hace saber: "*la presentación en el proceso en calidad de coadyuvantes es voluntaria, no ha lugar a lo solicitado*".

Ello motiva el escrito de la parte actora de fs. 136 que justifica el criterio de voluntariedad y la falta de impedimento para dichas intervenciones y recibe respuesta del magistrado de fs. 137 que expresa: "*Toda vez que el criterio exigido por el art. 10 del CPCA para la petición de intervención del coadyuvante, es la presencia de un interés directo favorable a la anulación o subsistencia de la pretensión, y existiendo en el caso de autos intereses contrapuestos, conforme surge de lo manifestado en el punto* "CITACIÓN DE TERCERO" del escrito de inicio, como así también que el objeto de la presente demanda es tendiente a la declaración de anulación del Decreto 6292/06, a la citación como coadyuvantes de los requeridos no ha lugar..." (las palabras en mayúsculas y el remarcado pertenece al original).

Apelada la decisión, da lugar a la sentencia de la Cámara de Apelación Contencioso Administrativo de La Plata por la cual: "*Toda vez que el plazo legal para deducir un recurso de apelación es perentorio y, advirtiendo que, en el caso, ese plazo acaeció previamente a la deducción del recurso de fs. 138/139, en tanto, debió interponerse frente al dictado del pronunciamiento de fs. 130, se encuentra precluida la etapa procesal para su interposición y, por ende, firme el pronunciamiento del juez de grado [...] corresponde declarar inadmisible el recurso de apelación...* " (v. fs. 138/139 y 144, 24 de septiembre de 2009).

II.- Requerimientos.

V.E. permita justificar mis pedidos y motivar vuestra intervención a tenor de lo preceptuado en los artículos 34 inciso 5 apartado "b" y 36 inciso 2 del CPC.

Dado el tiempo transcurrido y para un mejor decir sobre estas actuaciones pongo a vuestra consideración:

1.- Con conocimiento de la parte actora, se requiera de la Municipalidad de Quilmes:

a) Estado actual -edilicio y documental- de la obra a la que alude el

Decreto 6292/06, vinculada al bien ubicado en Castro Barros 171, Bernal, Quilmes. Expedientes Municipales 4091-17.017-C-2005, 40.091-370-S-2006, 4091-1603-5- 2006 y 4091-8639-C-2006.

b) Actos administrativos vinculados y dictados con posterioridad al mencionado decreto, en referencia a la obra y bien en cuestión de no estar precisados en respuesta del punto "a".

2.- En otro aspecto, advierto la eventual configuración de gravedad institucional al privar de un derecho fundamental al Arquitecto Aníbal Jorge Cavallotti, con domicilio en San Martín 971 Quilmes propietario al momento del decreto en crisis del inmueble sito en la calle Castro Barros N° 171 de la localidad de Bernal, Partido de Quilmes y/o Plaza Verde SA sociedad que integraría el mencionado.

Por asamblea del 16 de agosto del año 2018 se lo designa Presidente al Sr. Gustavo Fabián Mingiani; Vicepresidente Aníbal Jorge Cavallott1; Director Suplente Juan Carlos Fusco y se traslada sede social a Suipacha 211, piso 4 of A,

CABA, donde todos los directores fijan domicilio especial (cf. fuente: Boletín Oficial de la República Argentina del día jueves 25 de octubre de 2018, p. 58).

Entiendo que podría darse una situación de privación de justicia al no poder ejercer el derecho de defensa, siendo que el acto afecta en concreto los derechos del "*ausente*" en el proceso.

Lo expresado es sin perjuicio de lo actuado y resuelto en etapas procesales cumplidas que estimo no pueden validarse anteponiendo lo adjetivo por sobre toda posibilidad de ser oído (Arts.18 de la Constitución Argentina; 10, 11, 15, 25 y 31, de la Constitución de la Prov. de Bs. As.; 1, 8, 10 y 21, CADH).

3.- Asimismo, solicito que, evacuado el requerimiento se haga saber a la parte actora y se remitan las actuaciones a este organismo para su complementación.

La Plata, septiembre 10 de 2019.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.524-1

“González, María Alejandra c/ Servicio Penitenciario Provincial s/ pretensión indemnizatoria”, fecha: 14-08-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"González, María Alejandra c/ Servicio Penitenciario Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria".

A 76.524 - 1

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General en vista, a tenor de lo dispuesto por el artículo 283 del Código Procesal Civil y Comercial, respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora, ante la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de Mar del Plata.

I.-

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, por sentencia dictada con fecha 19 de diciembre del año 2019, resuelve acoger el recurso de apelación deducido por la Fiscalía de Estado contra el fallo dictado por el Juez de primera instancia, que hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por la Sra. María Alejandra González -en representación de J. S., S. G.- contra el Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, dispone reducir la indemnización fijada por en concepto de "daño patrimonial" a la suma de $ 175.000, y la establecida por "daño moral" a la suma de $ 200.000, imponiendo las costas a la actora.

A su vez, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Asesor de Menores e Incapaces.

II.-

Contra este pronunciamiento, la actora Sra. María Alejandra González, en representación de su hijo, interpone recurso extraordinario

de inaplicabilidad de ley, el que resulta concedido por la Alzada, en los términos de lo dispuesto por los artículos 60 del Código Contencioso Administrativo, 278, 279, 280 y 281 del Código Procesal Civil y Comercial.

2.1.- Señala la parte actora, en primer término, que se encuentran cumplidos los recaudos de admisibilidad, toda vez que el recurso se dirige contra sentencia definitiva; fue interpuesto dentro del plazo legal; el monto de la condena supera el mínimo de admisibilidad exigido; y la actora posee interés legítimo para recurrir en razón del perjuicio económico que le irroga el fallo.

2.2.- A los fines del autoabastecimiento del recurso, alude a los antecedentes del caso, expresando que, en su carácter de progenitora del menor, demanda al Servicio Penitenciario Provincial bonaerense por la suma de $ 1.492.200, intereses, costos y costas del proceso, por la muerte del padre en el interior del establecimiento penitenciario, ocurrida en el año 2013.

Recuerda que, al contestar la demanda, queda negada la existencia del nexo causal, y que, en su oportunidad, por fundamentos que expone, el Juez de primera instancia condena al Estado Provincial a resarcir a la actora por la suma de $ 900.000, correspondiendo $ 500.000 por el daño patrimonial y $ 400.000 por daño moral.

Que, recurrido el pronunciamiento por la demandada, sólo respecto de los montos fijados, la Cámara de Apelación hace lugar, reduciendo las sumas a $ 175.000 y $ 20.000, respectivamente.

2.3.- Como fundamento del recurso extraordinario, expresa que el agravio que lo sustenta se centra exclusivamente en la cuantificación de los rubros indemnizatorios -daño patrimonial y daño moral- fijados por el superior, denunciando que se ha incurrido en absurdo en la apreciación de las pruebas, con cita como transgredidos de los artículos 165, 330, 354, 375 del Código Procesal Civil y Comercial; 11, 15 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia, que cita.

En ese sentido, manifiesta la recurrente que, para la cuantificación del daño patrimonial, el *a quo* ha interpretado absurdamente las pruebas al sostener dogmáticamente que, ante la existencia de otros menores -hijos de la pareja del occiso M. S., S.- que convivían con el menor Joaquín, cabía suponer que el aporte que pudiera haber efectuado aquél resultaría acotado o disminuido como consecuencia de la extensión del grupo familiar.

Argumenta que tal afirmación de los camaristas, basada en una presunción que carece de fundamentación objetiva en el expediente, y a partir de la cual reducen considerablemente la indemnización fijada, resultaría arbitraria.

Asimismo se agravia por el descarte de la fórmula polinómica, aplicable para estimar el valor vida, que la parte peticionara en el escrito de demanda y que, según su criterio, permitiría arribar a una más justa compensación del daño.

Apoyada en la opinión de los autores, la recurrente sostiene que la utilización de una fórmula matemática financiera para estimar la compensación del daño, pese a que no está impuesta para estos casos por el nuevo Código Civil, constituye un elemento útil para cuantificar el perjuicio producido por la pérdida de la vida humana, pues de tal modo, el margen para el prudente arbitrio del juez en su determinación no opera en el vacío, sino que contaría con bases objetivas.

Se trata, expresa, de que los pasos que llevaron a la conclusión puedan ser conocidos y analizados por las partes a través de una fórmula que evite también una renta perpetua.

Señala que tanto el Código Civil derogado -artículos 1079, 1084 y 1085- como el nuevo -artículo 1745- coinciden que, en el resarcimiento por la supresión de la vida humana, el daño consiste en las privaciones económicas configurativas de lucro cesante en sentido amplio.

Lo que se computaría serían las contribuciones de contenido económico de las que efectivamente pudieron verse privados -alimentos, colaboración o apoyo- a raíz del deceso anticipado.

Afirma que la suma fijada por la Cámara de Apelación en tal concepto sería irrisoria, para cerrar el agravio recordando -mediante su transcripción- el voto del Señor Juez Dr. De Lázzari en la causa Ac 81.092, "*Torres*" (2002), por su relación con la materia traída a discusión.

En orden al daño moral, vuelve la recurrente a denunciar el vicio de absurdo en el razonamiento de la Alzada en tanto decide, por el solo hecho de mantener coherencia con lo que resolviera ese Tribunal en otros precedentes análogos y contemporáneos al caso de autos, reducir a la mitad el monto indemnizatorio fijado en primera instancia, sin brindar pauta alguna para explicar el criterio concreto empleado para cuantificar el caso en particular.

Aunque admite que el daño moral es de difícil justipreciación, asevera que la pérdida de un padre a tan corta edad y lo que implica el vacío y la falta de la figura paterna durante toda la vida, difícilmente pueda ser compensada con la exigua suma fijada por el *a quo*.

Agrega que la fijación del monto sin considerar el contexto inflacionario del país, no satisface la premisa de una reparación plena e integral, violándose el principio consagrado por el artículo 1083 del Código Civil.

2.4.- Para el supuesto de no hacerse lugar al recurso, hace reserva del caso federal, en los términos del artículo 14 de la ley 48, por estimar que resultarían afectadas las garantías consagradas por los artículos 16, 17, 18 y 33 de la Constitución Nacional.

Peticiona a la Suprema Corte de Justicia haga lugar al recurso y case la sentencia dictada dejándola sin efecto.

III.-

Correspondiéndome evacuar la vista conferida en los términos del artículo 283 del ritual, manifiesto a V.E. que propiciaré el acogimiento parcial del recurso traído.

3.1.- Cabe destacar, de inicio, que la Alzada circunscribe su tarea revisora a determinar lo relativo a la cuantificación de las indemnizaciones fijadas en la instancia de origen, tanto en el rubro "daño patrimonial" como así también respecto del "daño moral".

3.1.A.- Al abordar los cuestionamientos que las partes dirigieron en relación al primero de los rubros, la Cámara de Apelación afirma que el "*valor de una vida humana*" consiste en la medición de los perjuicios económicos que sufren los familiares -en el caso, el menor J. S., S. G.-, por el daño futuro cierto que implica la pérdida de la posibilidad de que, de vivir el padre, se hubiera concretado en favor de aquel, una ayuda o sostén económico.

Y explica que para fijarla "*...es menester computar las circunstancias particulares tanto de la víctima como de los damnificados: edad, grado de parentesco, composición del grupo familiar, profesión, ingresos, posición económica y social, expectativa de vida, entre otros aspectos*".

Considera que dichas pautas fueron las seguidas por el sentenciante originario y, en consecuencia, rechaza los reclamos que formula el Asesor de Incapaces en su apelación, aclarando -además- que no corresponde en este caso aplicar ninguna fórmula matemática, como lo pretende el representante promiscuo del menor, ya que ello está previsto en la ley para un supuesto distinto, la "*incapacidad sobreviniente*".

Recuerda luego, que el fallecido M. S., S. contaba con 27 años de edad y se hallaba detenido en la Unidad Penitenciaria, sin condena, y a la espera de la realización del juicio oral por los delitos de amenazas calificadas, abuso de armas y portación ilegítima de armas de fuego de uso civil. A su vez, que el menor tenía 3 años al tiempo del suceso.

También menciona que, según las declaraciones de los testigos L. (v. fs. 73) y T. (v. fs. 74), resulta que M. S., S., antes de su ingreso al penal, realizaba tareas de "changas", "cadetería" y "albañilería", percibiendo por dichas tareas la suma de $ 1.500 o $ 2.000 mensuales, aproximadamente.

Y que, privado de su libertad, tenía un ingreso de $ 4.000 por sus tareas en el penal.

La Alzada desprende de ello, la existencia de una potencialidad económica futura que permite dar por cierto un aporte mínimo a la subsistencia del menor.

Acepta asimismo la Cámara de Apelación que, aun cuando de un informe médico agregado en el expediente administrativo, surgirían antecedentes de adicciones y anteriores ingresos a la cárcel, el occiso bien podría haberse reinsertado en la sociedad, desempeñar su oficio de changarín o cualquier otra tarea lucrativa.

Y vuelve a aludir a los testimonios para dar por cierto que, antes de ser privado de su libertad, S., trabajaba y aportaba como sostén de la economía de su hogar.

Añade que, por su edad -27 años-, se hubiera encontrado en condiciones objetivas -una vez recuperada la libertad- de prestar ayuda a su hijo menor, lo cual determina la procedencia del rubro indemnizatorio.

No obstante, considera excesiva su cuantía en los términos fijados por el juez de grado. En este sentido, la Cámara sostiene que la prueba producida para demostrar la potencialidad económica del fallecido se limita a los dos testimonios antes mencionados, de los que se desprende que aquel tenía un ingreso de hasta $ 2.000.

Y que esos mismos dos testimonios también darían cuenta de la existencia de otros menores convivientes (hijos de la pareja de S.) "*… que permiten suponer que el aporte que pudiera haber efectuado el occiso se hubiera visto acotado o disminuido como consecuencia de la extensión del grupo familiar*".

Tal disminución de la cuantía del aporte, según la Cámara de Apelación, puede igualmente presumirse de la circunstancia de que la madre del fallecido también ha reclamado su razonable expectativa de recibir dicho auxilio económico futuro de parte de su hijo (causa "Bustamante María del

Carmen c/ Servicio Penitenciario s/ Pretensión indemnizatoria", con sentencia no firme del 14-09-2018).

Concluye el Tribunal de Alzada, en función del contexto analizado, que la suma fijada por el inferior como indemnización del daño patrimonial resulta desproporcionada e irrazonable, decidiendo determinarla en la de $ 175.000.

3.1.B.- Respecto del daño moral, cuya cuantía ha sido discutida por las partes, la Cámara de Apelación, tras definir su noción, pone de resalto, apoyándose en doctrina de esa Corte, que la suma que en su concepto se determine "*...no se encuentra sujeta a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación de las repercusiones negativas del suceso, encontrándose de tal modo supeditado su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante...*".

Con cita de Fallos, 323:1779, "*Quelas*" (2000), agrega que, para establecerlo, "*solo debe buscarse una relativa satisfacción del damnificado, proporcionándole una suma de dinero justa que no deje indemne el agravio, pero sin que ello represente un lucro que pueda desvirtuar la finalidad de la reparación pretendida*", recordando que su naturaleza no sería punitiva sino resarcitoria, por lo que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad. Con cita de doctrina de la Suprema Corte de Justicia en la causa Ac. 90.751, "G., Y. J." (2007).

Señala que el daño moral no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trataría de un daño accesorio, sino que busca compensar, en la medida de lo posible, un daño consumado.

Consecuentemente, expresa la Cámara de Apelación que "*teniendo en consideración de los razonables padecimientos sufridos por el menor como consecuencia del fallecimiento de su padre*" resulta coherente con la estimación fijada por ese tribunal en casos análogos contemporáneos al de autos, reducir el monto de la indemnización por daño moral y establecerlo en la suma de $ 200.000.

3.2.- Considero que los embates del recurrente contra lo decidido por el *a quo* en orden al rubro relativo al daño patrimonial no alcanzan la entidad necesaria para operar como excepción a la regla inveterada de esa Suprema Corte de Justicia según la cual la determinación del monto indemnizatorio constituye una típica cuestión de hecho, privativa de los jueces de las instancias ordinarias, cuyas conclusiones son irrevisibles en casación, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo (conf. Doct. causas Ac 51.112, "*Zitterkopf*", sent., 22-02-1994; Ac 83.414, "*Peralta*", sent., 05-11-2003; C 102.558, "*Klein*", sent., 27-04-2011; A. 70.778, "*Verón*", sent., 15-10-2014; A 75.092, "*Martínez*", sent., 17-10-2018, entre muchas otras).

Es que no encuentro en los desarrollos formulados por el recurrente más que la mera exhibición de su opinión personal, que dista de evidenciar la incursión en absurdo que le reprocha al fallo.

Esa Suprema Corte de Justicia ha conceptualizado al absurdo como "*un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una interpretación groseramente errada del material probatorio aportado. Inversamente, no cualquier error, ni la apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, alcanzan para configurarlo, requiriéndose la demostración de un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en los procesos mentales, de manera que se evidencie la irracionalidad de las conclusiones a que se ha arribado*" (cfr. causas; A 71.890, "*Lanusse*", sent. 28-12-2016; A 75.720, "*Franchetti*", res., 18-09-2019, e. o.).

Ninguna de estas circunstancias se verifica en esta porción del fallo impugnado.

La Cámara de Apelación, como se ha dejado expresado, valora repetidamente los testimonios de fs. 73 y 74 para dar cuenta, no solo de los ingresos que obtenía M. S., S. -padre del menor reclamante-, sino también para tener por cierta la composición de su núcleo conviviente, integrado -además de su hijo J.S., S.G.- por otros menores, hijos de su pareja.

Fue a partir de tal extensión del grupo familiar que la Alzada presume válidamente que, de haber conservado la vida, el aporte o contribución del mencionado al sostén del hogar habría alcanzado a todos ellos, con el lógico menoscabo o acotamiento de la porción estimada para su hijo.

No modifica esta conclusión la referencia efectuada en el recurso a la eventual ayuda económica del padre biológico de los restantes menores mediante la cuota alimentaria, pues independientemente de haberse o no efectivizado, no puede dudarse de las responsabilidades de sustento que, en una familia ensamblada, tienen los jefes del hogar, como lo era el occiso.

Por lo demás, nada ha replicado el recurso sobre el otro factor valorado en el fallo por su incidencia en la reducción de la cuantía del aporte que se hubiera podido dirigir hacia su hijo J.S., S.G.

En efecto, el quejoso ha dejado en pie, por ausencia de crítica, el argumento sustentado en la existencia de una madre que ha hecho valer en juicio su razonable expectativa a ser indemnizada.

Finalmente, tampoco puede atenderse el reclamo que pretende la aplicación de fórmulas matemáticas para el cálculo de la indemnización, pues ello es expresamente descartado por resultar un método ajeno al rubro resarcitorio en cuestión.

La cuantificación de los perjuicios constituye una cuestión de hecho, ajena -por regla- como se expresa *supra*, a la casación y propia de las instancias de grado, en la medida en que dicha tarea haya sido ejercida con la necesaria prudencia y razonabilidad que debe imperar en todo pronunciamiento judicial, es decir, siempre que no haya mediado absurdo (art. 279, CPCC; SCJBA, conf. causas C 102.346, "*García*", sent., 13-05-2009; C. 101.286, "*Fernández*", sent., 02-03-2011; e. o.); hipótesis excepcional que no encuentro acreditada en la especie.

3.3.- Distinta será mi postura en relación al monto fijado en concepto de daño moral.

Se ha definido en doctrina al daño moral como una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (Conf. Jorge Bustamante Alsina, "*Teoría de la responsabilidad civil*", Abeledo-Perrot, 1997, p. 205; Zavala de González en Highton (Dir.), Bueres (coord.), "*Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*", tomo 3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 172).

Esa Suprema Corte de Justicia, por su parte, ha establecido que la determinación de las sumas indemnizatorias por este concepto no está sujeta a reglas fijas, sino que depende -en principio- de la prudente ponderación que efectúe el juez de las repercusiones negativas del suceso (conf. Causas C. 117.926, "P., M. G.", sent., 11-02-2015; C. 118.085, "*Faúndez*", sent., 08-04-2015; C 117.314, "O., A. M.", sent., 12-11-2014; A 71.596, "*Squassi*", sent., 25-10-2017, e. o.).

En este orden de ideas, en la especie, no puede sino tenerse por configurado el daño moral respecto del menor en su carácter de hijo del fallecido señor M.S., S., cuya custodia se hallaba a cargo de las autoridades provinciales aquí demandadas (SCJBA, doct. causa Ac 55.334, "*Rea*", sent., 15-12-1998; A 71.596, cit.).

Ahora bien, en el caso de autos, el juzgador de primera instancia había determinado, en función del daño sufrido, las circunstancias personales y la prueba producida, la suma de $ 400.000 en concepto de daño moral.

Por su parte la Cámara de Apelación, con la sola invocación de lo resuelto en precedentes que serían análogos y contemporáneos al suceso de autos, pero que solo identifica por su carátula, decide reducirlo a la mitad.

La justificación que ha llevado a tan significativa reducción de la cuantía indemnizatoria no resulta suficientemente explicada por

el *a quo* pues se apoya en una pretendida coherencia con otros pronunciamientos que resultan inverificables a los ojos de los destinatarios del pronunciamiento.

En la determinación del *quantum* indemnizatorio los jueces de grado deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar su eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto (SCJBA, A 72650, "E., G.B.", sent., 15-08-2018; A 72518, "Torino", sent., 16-03-2016; A 74565, "F. J., M.", sent., 10-07-2019, e. o.).

Se ha sostenido que es cierto que el papel del juez a la hora de valorar la existencia y cuantía del daño moral es de fundamental importancia. La ley consagra en esta materia, como en otras, el llamado a la prudencia de los magistrados, en quienes ha depositado un "*voto de confianza*", con mención de la expresión de Augusto Mario Morello ("*Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral. En pro de una concepción funcional*", JA, Tomo 27, 1975, p. 342).

Para continuar, que la cuestión no puede quedar librada a su pura subjetividad; la prudencia judicial debe desarrollarse dentro del referente que le brinda la ley, sin perder de vista las realidades objetivas que el caso concreto presenta, y en aras de precisar los elementos objetivos considerar como uno de los aspectos esenciales de la valoración del daño el punto relativo a la entidad del perjuicio ocasionado (la gravedad objetiva del daño) y las consecuencias extrapatrimoniales.

"*De esta manera, el daño moral debe ser determinado en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etcétera, son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido*" (v. voto de la Señora Jueza Kogan, considerando V.2.b, en la causa A 72.673 "*González*", sent., 18-10-2017 y sus citas).

De tal manera entiendo que la Cámara incurre en absurdo si no efectúa un análisis razonable de la modificación de la suma fijada por el magistrado de grado, ni un examen adecuado de las circunstancias comprobadas en la causa para arribar a ese resultado (SCJBA, A 72.518, cit.).

IV.-

En razón de lo antes expuesto, estimo que podría V.E. dejar sin efecto la reducción dispuesta en el rubro indemnizatorio correspondiente al daño moral.

En definitiva, y como consecuencia, aconsejo el acogimiento parcial del recurso traído en conocimiento, con el alcance expresado.

La Plata, agosto 14 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.516-1

“Servicios y productos para bebidas refrescantes SRL c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 31-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Servicios y Productos para bebidas refrescantes SRL c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A 76516 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de

la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del

Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "*Rodríguez Pereyra*" (2012), en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad

de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que*

irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…".

Para añadir: "*…cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera…*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*…todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu

protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA*", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados S.A.*", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "*GIABOO SRL y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García SRL*", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)*", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui SA.*", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor SA*", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "*...Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-

ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 31 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.514-1

“Círculo de Inversores SA P/F DET c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha 31-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"CIRCULO DE INVERSORES SA P/F DET c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A 76514 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "R*odríguez Pereyra*" (2012),

en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad

de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del

07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna*

garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…".

Para añadir: "*…cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera…*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*…todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores*

Automotores SA", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados* S.A.", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "GIABOO SRL *y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García* SRL", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste* (SAES)", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui* SA.", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor* SA", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "*…Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso…*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-

ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 31 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.513-1

“EDENOR SA c/ Municipalidad de Vicente López s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 31-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"EDENOR SA c/ Municipalidad de Vicente López s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A 76513 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13.133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "R*odríguez Pereyra*" (2012),

en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad

de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación...*".

Para añadir: "*...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera...*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*...todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado,*

salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA*", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados S.A.*", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "*GIABOO SRL y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García SRL*", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)*", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui SA.*", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor SA*", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "…*Tampoco*

resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso…" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA,

cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 31 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.533-1

“WAL MART ARGENTINA S.R.L. c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 31-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"WAL MART ARGENTINA S.R.L. c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A 76.533 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "R*odríguez Pereyra*" (2012),

en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad

de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del

07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna*

garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…".

Para añadir: "*…cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera…*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*…todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores*

Automotores SA", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados* S.A.", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "GIABOO SRL *y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García* SRL", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste* (SAES)", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui* SA.", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor* SA", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "*...Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

-a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia* SAIC", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui* SA", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte* CONESA SA", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui* SA", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era

procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid.

cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 31 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.427-1

“Taquima S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ expropiación inversa - otros juicios”, fecha: 15-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Taquima S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa – Otros juicios"

A 76.427 - 1

Suprema Corte de Justicia:

Vienen las actuaciones a la Procuración General a fin de emitir dictamen respecto del recurso extraordinario de nulidad interpuesto por apoderado del Fiscal de Estado.

Se recurre la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de San Nicolás que confirma el pronunciamiento dictado en primera instancia.

Cabe señalar que ambas partes deducen también recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, limitándose mi intervención a los términos del artículo 297 del Código Procesal Civil y Comercial.

I.- Antecedentes.

I.1.- La firma Taquima SA promueve demanda de proceso de expropiación irregular respecto de los inmuebles rurales de su propiedad identificados catastralmente con las Matrículas 5127 y 3690, ubicados en el Partido de General Pinto, los cuales habrían sido desposeídos a partir de la instrumentación de la ley 12542, que declara sujetos a expropiación los predios necesarios para la ejecución del proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado" (Fecha de inicio del proceso: **26 de abril del año 2012**).

Peticiona el valor de la tierra expropiada con más intereses y la actualización por la depreciación monetaria, con costas.

Corrido el traslado de ley se presenta la accionada

aseverando que el inmueble cuya expropiación se propicia es un cauce natural, por ende, un bien de dominio público; que no correspondería admitir la expropiación en virtud de la inexistencia de plano de afectación.

Apunta que la ley 12542 sólo enuncia el Plan Maestro en la Cuenca del

Salado, pero no la decisión del Poder Ejecutivo de llevar adelante la expropiación por lo que desconoce la fecha de desapropio, y añade que el avance de las aguas sobre el inmueble de Taquima SA habría sido el resultado de un hecho natural, no provocado.

Plantea el Fisco la prescripción en el supuesto del reclamo de daños y perjuicios por el avance de las aguas y afirma que en el supuesto que la planimetría indicare la ejecución de obras estatales debe indicarse que parte del mismo pertenecía desde antes al dominio público.

Añade que sólo si afectan al mencionado reservorio podría hablarse de afectación pública y refiere que la actora ostenta la seguridad de su campo, libre de inundaciones y desastres hídricos que lo asolaban.

Reitera que la carencia del plano de afectación, fortalece el rechazo de la expropiación inversa, enumerando medios de prueba para producir y requiriendo el dictado de una sentencia congruente a su posición, con la pertinente imposición de costas a la parte actora.

Abierto el juicio a prueba, se presentan pericias y se realiza la audiencia del artículo 32 de la ley 5708.

Con fecha 29 de mayo del año 2019 el señor Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Junín resuelve hacer lugar a la pretensión de expropiación inversa promovida por Taquima SA, declara expropiada en favor de la Provincia de Buenos Aires la superficie de 3.706.86 has. y fija como indemnización a favor de la actora la suma de pesos cuatrocientos cuarenta y nueve millones trescientos treinta y ocho mil ciento cincuenta y cinco c/48 ($ 449.338.155,48) más intereses a calcularse

desde la desposesión el 1° de diciembre del año 2011, según el valor del bien correspondiente a tal fecha (conf. acta notarial del 20-XII-2011), de acuerdo a la tasa pasiva tradicional y/o digital más beneficiosa para la firma. que haya pagado, pague o pagare el Banco de la Provincia de

Buenos Aires en los depósitos a treinta días vigentes en sus diversos períodos de aplicación y hasta el efectivo pago, con costas a la demandada.

Ambas partes apelan el pronunciamiento y presentan memoriales y réplicas.

La Cámara de Apelación rechaza los recursos, confirma la sentencia de primera instancia y fija costas por su orden.

En lo que respecta al recurso de la parte demandada, no hace lugar al agravio referido a la errónea determinación de la superficie expropiable.

Pondera que, ante la falta de determinación de la línea de ribera por esa parte, a quien atribuye responsabilidad por la demora, el juez de grado había logrado estimarla con otros medios de prueba detallados en la sentencia, deviniendo inoficiosa la determinación extemporánea en tanto la cuestión se resolvería sobre la situación actual del predio, modificado por las obras realizadas.

Respecto del agravio referido a la determinación de la fecha de desposesión, la Cámara de Apelación no consigna motivos diferentes a los expuestos para el rechazo del anterior agravio.

I.2.- La ley 12542 (BOBue, 07-12-2000): "*Artículo 1º - Decláranse de utilidad pública y sujetos a expropiación a la totalidad de los inmuebles necesarios para la ejecución del Proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado", comprendidos dentro de los cincuenta y ocho* (58) *partidos de la Provincia que se prescriben en el artículo 2º.*

Artículo 2º - Los partidos de la Provincia que integran el Proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado" son: Zona A. Noroeste: Bragado, Carlos Casares, Carlos Pellegrini, Carlos Tejedor, Daireaux, Florentino Ameghino, General Arenales, General Pinto, General Viamonte, General Villegas, Hipólito Yrigoyen, Junín, Leandro N. Alem, Lincoln, Nueve de Julio, Pehuajó, Rivadavia, Salliqueló, San Carlos de Bolívar, Trenque Lauquen, Tres Lomas y Veinticinco de Mayo. Zona B. Salado-Vallimanca: Alberti, Ayacucho, Azul, Benito Juárez, Castelli, Chacabuco, Chascomús, Chivilcoy, Dolores, General Alvear, General Belgrano, General Guido, General Lavalle, General Paz, Las Flores, Lobos, Maipú, Navarro, Olavarría, Pila, Rauch, Roque Pérez, Saladillo, San Miguel del Monte, Suipacha, Tandil, Tapalqué y Tordillo. Zona C. De las Lagunas Encadenadas del Oeste: Adolfo Alsina,

Coronel Pringles, Coronel Suárez, General La Madrid, Guaminí, Laprida, Puán y Saavedra. Artículo 3º - ***Se considerará abandonada la expropiación, si el expropiante no promueve el juicio dentro de los quince (15) años de sancionada la presente Ley****.*

Artículo 4º - En los supuestos que se compruebe en forma indubitable que la Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas no ha arribado a un acuerdo con los titulares de los inmuebles para ingresar a los predios ubicados sobre la traza de las obras, para permitir la realización de los trabajos preliminares de topografía y de geotécnia que servirán de base para los proyectos ejecutivos de las obras, se autoriza al Director Provincial de esa repartición a dictar el acto administrativo correspondiente que habilite en forma inmediata su ingreso a los mismos, pudiendo requerir al efecto el auxilio de la fuerza pública. Artículo 5º - Es de aplicación en todos sus términos la Ley General de Expropiación 5708".

II.- Del recurso extraordinario de nulidad

La recurrente sostiene que en el caso la alzada ha omitido considerar cuestiones esenciales que fueran oportunamente planteadas vulnerando lo dispuesto en el artículo 168 de la Constitución provincial.

Afirma que tal omisión viola gravemente los derechos de defensa en juicio, de propiedad y los principios de igualdad procesal y de congruencia. Hace mención de los artículos 9 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 16, 17 y 18 de la Constitución Argentina.

Asevera que los argumentos plasmados en el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia no fueron tenidos en cuenta, lo que habilita la procedencia del presente remedio extraordinario, imponiéndose la nulidad de la sentencia atacada.

Sostiene que tanto el juez, como la alzada, han dictado sentencia sin tener a la vista prueba esencial.

Explica que, en el supuesto de autos, para establecer el justo valor a que se refiere el artículo 8 de la ley 5708, debería determinarse la cosa expropiada, es decir, la fracción de tierra sujeta a expropiación. Pero para ello, previamente, precisar el tamaño del espejo de agua preexistente a la afectación de los terrenos por las obras allí realizadas, bien de dominio público que sólo podría ser delimitado por autoridad competente, en el caso, lo sería la Autoridad del Agua. Se sustenta en lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 12257 y su decreto reglamentario 3511/2007.

Esgrime que la supuesta demora del Fisco en la demarcación de la línea de ribera, argumento base en ambas instancias para convalidar su accionar irregular, no sería suficiente, razonable, ni sustituiría la ausencia de un elemento esencial para determinar una justa indemnización.

Arguye que al momento de dictarse la sentencia de Cámara se contaba ya con la demarcación provisoria de la línea de ribera de los predios en cuestión, información obrante en un expediente administrativo que, siendo público, podría o debería haber sido fuente de consulta para dictar la resolución final.

En segundo término, se agravia de la falta de tratamiento de la impugnación formulada respecto de la determinación de la fecha en que se

produjo la desposesión del bien sujeto a expropiación, con base en un acta notarial que también cuestiona y que alude a la existencia de máquinas trabajando en el predio.

Explica que la fecha de desposesión resultaría esencial a los fines de la determinación del valor histórico del bien expropiable y del cómputo de los intereses compensatorios correspondientes necesarios para establecer una justa indemnización.

III.-

El recurso extraordinario de nulidad interpuesto por Fiscalía de Estado debe prosperar.

En primer lugar, cabe recordar que dicho remedio sólo puede sustentarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, falta de fundamentación legal, incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (conf. causas L. 79789, "*Olivera*", sent., 10-08-2005; L. 84064, "*Decile*", sent., 22-03-2006; L. 83016, "*Ardiles*", sent., 15-11-2006; L. 89528, "*Maldonado*", sent., 23-07-2008; L. 116854, "*Orellano*", sent., 19-02-2014; L. 119719, "*Lertora*", sent., 6-09-2017; entre otras).

La primera causal señalada es la que acontece en el caso bajo examen y justifica la solución que aquí se propone. Tal como denunciara el recurrente, el fallo en crisis adolece de un defecto sustancial que lo descalifica como acto jurisdiccional válido.

Ello es así en tanto, al rechazar la procedencia del recurso de apelación intentado por la parte demandada -dirigido a dejar sin efecto la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda de expropiación inversa promovida por la firma Taquima SA contra la Provincia de Buenos Aires, declaró expropiadas en favor de esta última la superficie indicada en los considerandos y fijó indemnización a favor de la actora-, da tratamiento fundado únicamente al agravio tendiente a atacar la cuestión de la superficie expropiable,

pero omite pronunciar fundamento respecto al agravio esgrimido con relación a la fecha de desposesión del inmueble -cuestión esencial directamente vinculada a la *justa indemnización*-, incumpliendo la exigencia del artículo 168 de la Carta local que establece que los Jueces que integran los tribunales colegiados deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir.

Según una inveterada doctrina de la Suprema Corte de Justicia, las cuestiones esenciales son aquéllas que conforman la estructura de la traba de la *litis* y el esquema jurídico al que la sentencia debe atender para la solución del pleito (conf. causas Ac 86578, "*Vargas*", sent., 16-06-2004; C 114018, "*Boragina*", sent., 14-06-2017, entre otras).

En el caso, la Cámara de Apelación debía tratar en forma diferenciada dos cuestiones sometidas a su conocimiento -y decisión- y se expidió fundadamente sólo sobre una de ellas.

Puntualmente estimó el rechazo del recurso -y con ello confirmó la declaración de la expropiación y la indemnización fijada por el juez de grado- por encontrar suficientemente resuelta la cuestión de la determinación de la superficie a expropiar con la prueba pericial producida en la causa a pesar de no ser la legalmente exigida; pero omitió analizar acabadamente la otra cuestión sometida a su conocimiento, esto es, la determinación de la fecha de desposesión del inmueble.

Ahora bien, surge de la lectura del pronunciamiento en crisis, que el Tribunal de Alzada específicamente indicó en el punto II del voto del Juez que hizo mayoría, que "*...el Fisco cuestiona básicamente dos puntos: primero, la decisión de haber determinado la superficie a expropiar y, consecuentemente, la indemnización reconocida, sin contar con el acto formal de demarcación de la línea de ribera por parte de la Autoridad del Agua; y -segundo- se agravia de la fijación de la fecha de desposesión.*" No obstante esa premisa inicial, en el desarrollo argumental de la sentencia, limitó su revisión al primer agravio, omitiendo pronunciarse motivadamente respecto del segundo y, sin más, rechazó el recurso interpuesto por la demandada.

La falencia evidenciada resulta una omisión de una cuestión esencial, en tanto la sentencia de primera instancia versó sobre ambos tópicos y el recurso atacó las conclusiones a las que arribó dicha sentencia, prescindiendo el Tribunal de Alzada de dar fundamento a la consideración del agravio relativo a la fecha de desposesión (conf. arts. 168, Const. prov. y 266, CPCC).

Tras el análisis de los antecedentes expuestos, se impone concluir que esta anomalía configura una violación de lo preceptuado por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que requiere el tratamiento de todas las cuestiones esenciales sometidas a juzgamiento.

Es fundado el recurso extraordinario de nulidad en el que el recurrente denuncia violación a dicho precepto, si el fallo de la Cámara efectúa una remisión global al de primera instancia, no constituyendo ello debida resolución, pues priva a la sentencia de su independencia formal y material, despojándola así de su carácter de resolutorio.

Sobre el particular tiene reiteradamente dicho la Suprema Corte de Justicia que la ausencia de tratamiento de asuntos trascendentes oportunamente planteados constituye una incongruencia por omisión (decisión *citra petita*) que conlleva a la nulidad del fallo (causas L 99.171, "*Torres*", sent. de 16-02-2011; L 107839, "*B., G.R.*", sent., 03-10-2012; L. 117.219, "*Arriola Camacho*", sent., 12-12-2014; L. 119.555, "*Bocca*" sent., 15-08-2018; L 120303, "*Muretta*", sent., 27-05-2020, e. o.).

IV.-

Sin perjuicio de ello, suficiente para acoger el recurso, estimo oportuno señalar otras circunstancias que podrían tener incidencia en la ponderación de la idoneidad de la vía procesal intentada.

IV.1. Para contextualizar la situación cabe recordar que la expropiación inversa o irregular tiene por objeto obligar al expropiante a consumar la expropiación y a pagar la indemnización al expropiado que, de

alguna manera, padece una situación total o parcial de indisponibilidad en el goce de su propiedad afectada a la expropiación que se demora (en el caso, el Fisco puso en duda la existencia de tal afectación).

Sin embargo, no cualquier limitación o restricción al derecho de propiedad justifica el inicio de esta acción, sino que la afectación debe provocar un menoscabo cierto al derecho del titular. Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia sostiene que la declaración por el Estado de que un inmueble se halla sujeto a expropiación no crea un derecho a favor del propietario para obligar a aquél a hacerla efectiva; es potestad del expropiante elegir el momento para ello salvo que medie ocupación del inmueble, privación de uso o restricción del dominio.

La concurrencia de tales extremos no se desprende de la mera existencia de una norma que califique de utilidad pública el bien ("Fallos", "*Lecturia de Iglesias*", T. 310:1865 y sus citas; 1987). Pues bien, en el caso, la ley 12541 declara de utilidad pública y sujetos a expropiación a la totalidad de los inmuebles *necesarios* para la ejecución del Proyecto "Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado", comprendidos dentro de los cincuenta y ocho (58) partidos de la Provincia que se prescriben en el artículo 2º, entre los cuales se menciona el Partido de General Pinto (art. 2°, Zona A) donde se hallaría el inmueble objeto del presente litigio.

La necesidad del inmueble a tal fin, en mi criterio, no surgiría directamente de esa ley -que es genérica-, sino de la ulterior manifestación de voluntad estatal tendiente a promover el juicio de expropiación, circunstancia que no aconteció.

Y ello es así porque respecto de la ejecución del aludido Proyecto inciden factores de diversa índole que la ley citada no resuelve (vgr. oportunidad, factibilidad, disponibilidad de recursos económicos, entre otros.).

Ergo, sin acto administrativo expropiatorio y sin juicio de expropiación, la promoción de un juicio de expropiación inversa

no logra revertir la indeterminación del bien a expropiar en el marco de la ley 12541, y menos aun resolviendo la cuestión con prescindencia de la prueba cuya producción se encontraría a cargo del sujeto expropiante.

La ley 12541, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el día 7 de diciembre del año 2000, establece que se considerará abandonada la expropiación si el expropiante no promueve el juicio dentro de los quince (15) años de sancionada (art. 3°), habiendo transcurrido en exceso dicho plazo sin que se haya promovido el juicio de expropiación cabe preguntarse si se mantiene en la actualidad el interés estatal de expropiar.

Cuando circunstancias sobrevinientes o hechos desconocidos con anterioridad demuestran -a juicio de los poderes políticos del Estado- que la utilidad pública declarada no existe o ha desaparecido, no puede negarse a dicho Estado el derecho a desistir de la expropiación, en su caso, o el de hacer valer de haberse configurado los extremos, el abandono, aun configurado luego de la promoción de una "expropiación irregular" y en tanto no haya quedado perfeccionada esta, obligándolo a concretar una expropiación que no tiende a la satisfacción de necesidades de utilidad general ni a la consecución de las exigencias propias del bien común (CSJNA, "Fallos", "*Nación*", 291:507, 1975; "*Cerda*", 304:1484, 1982; "*Figueroa de Cornejo*", T. 339:468, 2016).

IV.

2. Por último, cabe mencionar la falta de consideración de alguna de las *Determinaciones Previas requeridas en los artículos 4° y 5° de la Ley General de Expropiaciones* 5708, a saber: estudio integral, planificado, con tasaciones, determinación de los valores indemnizatorios aproximativos, previsión de recursos y un informe del organismo técnico a quien le correspondería la efectivización y utilización de la misma (art. 4°), recaudos que deben cumplirse en todos los casos con antelación al dictado de la ley que declare la utilidad pública. Asimismo, en

la actuación administrativa que se efectúe, deberá cursarse comunicación al Registro de la Propiedad para que se lleve a cabo la pertinente *anotación preventiva* de expropiación en el asiento concerniente al bien expropiado (art. 5°).

Se destaca en particular la obligación de requerir la *opinión de la autoridad municipal* que corresponda para conocer si el bien a expropiar está afectado con alguna ordenanza de plan regulador, ordenamiento edilicio y/o zonificación especial (art. 4°, tercer párrafo, ley cit.).

En sentido concordante, el decreto ley 6769/1968, Ley Orgánica de las

Municipalidades, en su artículo 58 establece que corresponde al Concejo Deliberante autorizar las expropiaciones de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la ley vigente que rija la materia. Tal imperativo legal ha sido incumplido.

V.-

En virtud del cúmulo de razones expuestas, propongo hacer lugar al recurso extraordinario de nulidad interpuesto (arts. 168, Constitución provincial; 298 del CPCC).

La Plata, julio 15 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.492-2

“Banco de Servicios y Transacciones SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 13-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"BANCO DE SERVICIOS Y TRANSACCIONES SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A 76.492

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de

la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del

Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "*Rodríguez Pereyra*" (2012), en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad

de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que*

irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…".

Para añadir: "*…cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera…*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*…todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu

protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA*", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados S.A.*", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "*GIABOO SRL y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García SRL*", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES)*", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui SA.*", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor SA*", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "*...Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-

ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir

con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T. 333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 13 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.491-1

“FRÁVEGA SACIEI y otro c/ Municipalidad de Vicente López s/ proceso sumario de ilegitimidad”, fecha: 13-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"FRAVEGA SACIEI y OTRO c/ Municipalidad de Vicente López s/ Proceso sumario de ilegitimidad"

A 76.491 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley -concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "R*odríguez Pereyra*" (2012),

en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutos- doctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no

diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad

de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del

07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna*

garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…".

Para añadir: "*…cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera…*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*…todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante…*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores*

Automotores SA", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelación- no vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados* S.A.", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "GIABOO SRL *y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García* SRL", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste* (SAES)", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui* SA.", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor* SA", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene: "*...Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el

inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional-vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia* SAIC", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui* SA", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte* CONESA SA", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui* SA", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por

el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B 64.768, "*Aguas Argentinas SA*", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba SA*", sent., 23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas SA*" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba SA*" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa: "*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T.

333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.-

Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 13 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 76.483-1

“Topwest SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ pretensión anulatoria”, fecha: 06-07-2020

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"TOPWEST SA c/ Municipalidad de General San Martín s/ Pretensión anulatoria"

A 76.483 - 1

Suprema Corte de Justicia:

La presente causa viene a la Procuración General a los efectos de emitir dictamen respecto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía General del Departamento Judicial de General San Martín.

Se alza contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, por la cual se decide rechazar el recurso interpuesto y confirma la decision en cuanto declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70 de la ley 13.133.

I.-

Recibidas las actuaciones por la Fiscalía de Cámaras se resuelve interponer, contra lo decidido, recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Aborda la legitimación activa, entiende que el Ministerio Público estaría habilitado para interponer el presente remedio extraordinario, toda vez que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y específicamente, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece en su artículo 1° que poseería legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

A su vez pone de resalto lo expresamente determinado en la ley 13133 cuyo artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley

-concordante con el artículo 52 de la ley nacional 24.240- según texto de la ley 26.361.

Considera que su intervención, no lo es a los fines de representar al particular damnificado en la relación de consumo, ni actuar en nombre de una asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público, de la ley, en resguardando de la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional y los imperativos constitucionales y legales en defensa del orden público.

Respecto a los restantes requisitos de admisibilidad, manifesta que cumpliría con los mismos, a saber: domicilio constituido en la ciudad de La Plata; la sentencia revestiría carácter definitivo; no sería de aplicación el monto mínimo y el depósito previo, para este tipo de litigio.

Ingresa en el análisis de la sentencia y pasa a formular su crítica.

Sostiene que la sentencia enarbola una serie de principios que serían indiscutibles como el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva, la igualdad para acceder a la revision judicial de las resoluciones administrativas y que invitarían a acompañar la decision.

Pero a continuación expone que, sin embargo, desconocería expresos textos legales y trabajosa doctrina y jurisprudencia desarrollada durante años, en materia de defensa de los derechos de los consumidores, como también, el principio de legitimidad de los actos administrativos y la ausencia de derechos absolutos, a partir de la facultad del Estado de dictar leyes que reglamenten su ejercicio. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *in re* "*Rodríguez Pereyra*" (2012), en cuanto a los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, especialmente, de las acontecidas de oficio por los jueces.

Invoca la existencia de doctrina legal respecto a la integración normativa.

Cita jurisprudencia de V.E. en la materia de integración normativa con relación al derecho del consumidor, y expresa que, si bien no existiría -expresada en términos absolutosdoctrina legal respecto a la posibilidad de justificar el requisito del pago previo de la multa, producto de un proceso administrativo de consumo, sí existiría respecto de la integración normativa de la materia. Recuerda precedentes del Máximo Tribunal de Justicia y lo expresado por el artículo 42 de la Constitución Argentina.

En lo que se refiere al principio del *solve et repete*, explica que el concepto habría evolucionado; advierte diversas justificaciones para su no aplicación en razón de la naturaleza jurídica que se le adjudica, la restricción que importaba al acceso a una instancia judicial o administrativa o en razón del origen de la deuda que se recurre (si era fiscal o multa).

Explicita que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido a lo largo del tiempo una mirada absolutamente justificativa del instituto, con diversos cambios o flexibilizaciones en los que algunos autores advierten como etapas.

Opina que el criterio actual del Máximo Tribunal de Justicia avalaría la constitucionalidad del *solve et repete*, excepto cuando sea desproporcionada la magnitud del monto a pagar en relación con su concreta capacidad económica; cuando exista falta comprobada e inculpable de recursos económicos para poder hacer frente a su pago; cuando su efectivización importe un verdadero desapropio o revele en forma inequívoca propósitos persecutorios o configure la doctrina de la desviación del poder y finalmente, cuando se afiance en forma suficiente el monto del litigio.

Aclara que estas opciones se desprenden del análisis de sucesivos fallos, el último de los cuales, admite el afianzamiento, a partir de la causa "*Orígenes AJFP SA*" (2008).

Respecto a la jurisprudencia de V.E., considera el caso: "*Herrera, Aníbal R.*" (2012), oportunidad en la que se trata la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 11.477, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial.

Refiere que, en el citado caso, por mayoría, se declara la inconstitucional del precepto por cuanto las multas no pueden considerarse válidamente como integrantes normales del sistema financiero público.

También recuerda lo resuelto en la causa "*Gallo Llorente*" (2018) en que se trata el presupuesto del pago previo, en el específico marco de una determinación impositiva, en el que efectivamente tuvieron por acreditados los extremos que justifican la exención de tal requisito previo, a través de la tramitación y concesión de un beneficio de litigar sin gastos.

Afirma que pese a ser ajeno a la materia de Derecho del Consumidor, lejos se encontraría el máximo tribunal provincial, de amparar una interpretación como la efectuada por la Alzada, por cuanto en el caso, si bien se trataría del acceso a la instancia judicial de una multa administrativa, la misma lo sería en el marco de las leyes 13.133, y 24.240 (t.o. ley 26.361), específicas en la materia de derecho del consumidor.

Señala que en este ámbito particular, la inclusión del pago previo de la multa, habría respondido principalmente a la asimetría propia de las relaciones del consumo, en donde el consumidor se encuentra en una situación desigual ante la empresa (con mayor solvencia para afrontar el pago de la multa), y a la usual menor cuantía de los asuntos involucrados.

Afirma que la modificación legislativa al cuestionado artículo 70 respondería a un *aggiornamiento* con la legislación nacional, que recuerda respetaría la doctrina legal del máximo órgano judicial nacional, al no diferenciar a las multas en la aplicación del principio y someterlo al régimen de excepciones. Transcribe la norma.

El recurrente entiende, que el precedente "*Herrera*", por cuya doctrina la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa funda la sentencia, a todas luces se diferenciaría el sustento fáctico como para justificar la aplicación analógica de tal solución al presente caso.

Agrega, que en el presente proceso, la firma, no sólo habría omitido la invocación y acreditación de elementos que justificaran la causal eximente especialmente prevista, sino que hasta habría reconocido que tal requisito, no le habría impedido acceder a la jurisdicción.

Aduna, que igual reflexión cabe respecto a la doctrina, "*Flora, Elena Noemí*"; señala la diferencia de situaciones y de derechos.

Afirma, que la declaración de inconstitucionalidad lejos se encuentra de estar, debidamente fundada, por lo que solicita se revoque.

Específicamente, respecto a la naturaleza de la multa en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, sostiene que debería ser objeto de un análisis particular y específico, no debiendo invocarse antecedentes referidos a normas o situaciones de hecho ajenos al mismo, ya que posee naturaleza "*esencialmente tuitiva*", que la Constitución y las convenciones internacionales, en su accionar, le imponen a los magistrados.

Manifiesta que, la jurisprudencia referida a las justificaciones, por las cuales se impone el pago de las obligaciones tributarias, por hacer al financiamiento del Estado, no podrían aplicarse; tampoco, los principios genéricos referidos a las sanciones punitivas, respecto a otras materias.

Apunta que se exige a los órganos estatales un rol activo que, reconociéndole importancia a cada uno de los procesos en que interviene un consumidor, efectuen una interpretación normativa integradora que permita equilibrar el habitual desequilibrio generado por la sociedad de consumo; especialmente teniendo en cuenta la dinámica comercial, la modalidad de contratación masiva y las obligaciones que se deben imponer, a quienes se benefician de un sistema de consumo, basado principalmente en la publicidad, la moda y el crédito.

Afirma que a tenor de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 13.133, lo recaudado por las multas que ingresen al erario público municipal, el cuarenta por ciento (40%) serán destinados única y exclusivamente a solventar los gastos que demanden el cumplimiento de la citada Ley y el sesenta por ciento (60%) restante ingresará a rentas generales. También destaca el regimen provincial en el tema.

Sostiene que el Estado tiene la obigación de dictar normas tendientes a hacer operativos los derechos reconocidos constitucionalmente y hacerlas cumplir; que en este sentido se encontraría la cuestionada, ya que hasta tanto la multa sea revisada por el órgano judicial, la misma cumpliría una importante función de sostén del sistema protectorio del consumidor a nivel municipal, a mérito de su destino financiero, como así también una función preventiva y disuasoria para que los proveedores de los servicios pongan su mejor esfuerzo en evitar el conflicto y en su caso, darle una solución en tiempo propio a los consumidores.

Pasa a señalar, la omision de evaluar doctrina respecto a la función del Magistrado, ante la declaración de inconstitucionalidad, y la existencia del caso constitucional.

Teniendo en cuenta las particularidades del control de constitucional difuso, refiere que el Tribunal sentenciante debía de haber expresado con total precision, no solo la norma que tacha de inconstitucional sino también el perjuicio real y efectivo que causa su cumplimiento.

Sostiene que con la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia existiría violación flagrante a la Constitución y a la doctrina legal vigente en la materia.

Recuerda que la ley de Defensa del Consumidor establece que las disposiciones de esta ley se integran, con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas de la materia.

Solicita a la Suprema Corte de Justicia que confirme la vigencia del artículo 70 de la ley 13.133, de la doctrina legal vigente en la materia

en relación a la integración normativa, revocando la sentencia basada en una declamada defensa del acceso a la justicia, que importa en realidad, una violación al regimen legal y constitucional vigente, inaplicable en la especie, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Código Civil y Comercial Nacional y 3 de la LDC. Cita jurisprudencia.

El recurrente sostiene que en virtud de los criterios hermeneúticos propuestos, desarrollados y sostenidos a partir de la doctrina "*Cuevas*" (2010), se impondría una evaluación particular de la situación planteada ante demandas que pretenden la revision judicial en la instancia contencioso administrativa de las sanciones impuestas en el marco de la ley de Defensa del Consumidor.

A fin de acreditar el caso constitucional, destaca la violación de los artículos 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Cita jurisprudencia.

Para finalizar, plantea el caso federal (art. 14 de la ley 48).

II.-

Luego de ser concedido el recurso extraordinario por parte de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, fueron remitidas las presentes actuaciones a esta Procuración General, a los efectos de dictaminar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 302 del Código Procesal Civil y Comercial.

III.-

Soy de la opinion, que podría ese Tribunal de Justicia, hacer lugar al recurso interpuesto.

1.- Para ello he de atender en lo sustancial a lo ya dictaminado por esta Procuración General (A 74.883, A 74.906, A 74.886, todas del 07-XII-2017; A 75.006, 28-XII-2017; A 75.043, 27-III, A 75.532, 03-XII, A 75.445, 05-XII, A 75.579, 26-XII, estas últimas del año 2018, entre otras muchas).

1.1.- Así, estimo necesario recordar ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida su doctrina en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, como una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, última *ratio* del orden jurídico, al que sólo debería 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 (conf. "*Fallos*", "*Cine Callao*", T. 247:121 (1960) y sus citas; "*Mill de Pereyra*", T. 324:3219 (2001); "*Recurso Queja* Nº 1…", 4 de diciembre de 2018, entre muchos otros).

Los tribunales de justicia -se sostiene- deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como, del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. CSJNA, "*Fallos*" "Bonevo", T. 155:248 (1929); "*Santoro*", T. 272:231 (1968); "*Sánchez Abelenda*", T. 311:2553 (1988); "*Lapadu*", T. 327:5723 (2004); "*Brandi*", T. 328:3573 (2005); "P.A.". T. 338:488 (2015); "*Centro de Estudios…*", T. 339:1077 (2016); "*Recurso Queja* Nº 1", cit., consid. trece in fine).

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Mill de Pereyra*", cit.).

El Alto Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de sostener que "*…la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado, que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación…*".

Para añadir: "*...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera...*" (conf. "*Fallos*", "*Rodríguez Pereyra*", T. 335:2333 [2012]).

Además, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente, que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*García*", T. 256:602 (1963); "*Rattagan*", T. 258:255 (1964); "*Moris de Lococo*", T. 297:108 (1977); "*González, Ramón A.*", T. 299:368 (1977); "*Olguin Digregorio*", T. 300:352 (1978); "*Chapla*", T. 301:410 (1979); "*Paredes*", T. 302:355 (1980), "*Aceval Pollacchi*", T. 334:799 (2011), entre otros).

1.2.- Ahora bien, el artículo 70 de la ley 13.133 dispone que las decisiones que adopte el organismo encargado de proteger al consumidor "*agotarán la vía administrativa*", se establece un plazo de caducidad para interponer la demanda contencioso administrativa, la que debe ser presentada ante el mismo órgano administrativo que la dicta y en "*...todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Por lo tanto, se presenta un requisito de admisibilidad establecido por el legislador, justamente, porque ha tenido en mira el espíritu protectorio que posee la legislación de defensa del consumidor, quien es, por definición, la parte más débil de la relación (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores SA*", dictamen de María Graciela Reiriz, T. 324:4349 (2001); "ERCON SA", consid. cuarto y noveno del voto de la señora Jueza Highton de Nolasco, T. 338:1524 (2015); SCJBA, "*Cuevas*", consid. segundo punto "c" del voto del Señor Juez Hitters, res.,01-09-2010 y sus citas).

Puntualizo que el Máximo Tribunal de Justicia ha resuelto en varias oportunidades que la exigencia de pagos previos -como requisito de procedencia de recursos de apelaciónno vulneran -como regla general- el principio de igualdad y el de inviolabilidad de la defensa en juicio (CSJNA, "*Fallos*", "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda*", T. 261:101 (1965); "*Pérez, Rolando*", T. 278:188, 1970; "*Brigido*", T. 280:314 (1971); "*Jockey Club de Rosario*", T. 287:101 (1973); "López Iván A.", T. 323:3012 (2000); "*Compañía de Circuitos Cerrados* S.A.", T. 328: 3638 (2005) y, más reciente en tiempo "GIABOO SRL *y Otro*", sentencia de 10 de noviembre de 2015, entre otros).

Este mismo criterio también se refleja en el caso de las multas (CSJNA, "*Fallos*", "COINOR", T. 198:463 (1944); "*Ramo*", T. 236:582 (1956); "*María E. Guerrero de García* SRL", T. 243:425 (1959); "*Sociedad en Com. Por Acc. Ahumada*", T. 272:30 (1968); "ADELPHIA SAIC", cit.; "*García, Ricardo M.*", T. 287:473, 1973; "*Barbeito*", T. 291:99, 1975; "*Nación*", T. 295:314 (1976); "*Sociedad Anónima Expreso Sudoeste* (SAES)", T. 319:3415 (1996); "*Agropecuaria Ayui* SA.", T. 322:1284 (1999), entre otros).

En tiempo reciente, el Alto Tribunal de Justicia reafirma este criterio al sentenciar en la causa "*Edenor* SA", distinguiendo en los considerandos séptimo y octavo, su aplicación a otros supuestos distintos de los predicados por el artículo 40 bis de la ley 24.240, y sostiene:

"*...Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio solve et repete, en el caso...*" ("*Fallos*", T. 340:878 [2017]).

En el asunto "*Microómnibus Barrancas de Belgrano*" ("*Fallos*": 312:2490 [1989]) determina el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el artículo 8°, inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- vinculada a la exigencia de las leyes 18.820 y 21.864 que establecen la obligación de

depositar el importe de la deuda resultante de la resolución administrativa como requisito previo de la procedencia del recurso ante la justicia del trabajo.

El Tribunal al concluir analiza que no habría una conclusión automática en cuanto a la violación del artículo 8 inciso 1° al no alegarse que fuera imposible su cumplimiento, debido al excesivo monto del depósito, que de tal manera impidiera el real y efectivo ejercicio de su derecho.

A ello suma, que tal solución se ajusta, por lo demás, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en caso similares al interpretar el artículo 18 de la Constitución Nacional. Con cita de "*Fallos*", "Fernández, Fermín", T. 215:225 (1949); "*Sauras*", 215: 501 (1949); "*Lahuirat*", 219:668 (1951); "*Livorno SRL*", 247:181 (1960); "*Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.*", 261:101 (1965); "*Adelphia SAIC*", T. 285: 302 (1973), entre otros.

Se destaca la obligación de atender a las situaciones concretas de los particulares, lo que se debiera de haber hecho para determinar si existía un real menoscabo del derecho de defensa -según la doctrina de los precedentes citados- era necesario examinar si se había demostrado la falta inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio (cc., CSJNA, "Fallos", "*Agropecuaria Ayui SA*", consid. octavo, cit.; SCJBA, cc., A 71.910, "*Agrotransporte CONESA SA*", sent., 04-08-2016, esp. consid. cuarto "a", voto del Señor Juez Hitters).

En la causa "*Agropecuaria Ayui SA*", la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Corrientes -al confirmar la sentencia del juez anterior en grado- atiende la inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto-ley 6704/63, en cuanto establece como requisito para apelar ante la instancia judicial el previo pago de la multa impuesta por la autoridad administrativa. El Máximo Tribunal expresa en lo sustancial, que el pago previo de la multa era procedente por no haber alegado ni probado la parte actora que lo exigido por el Fisco, representara una desproporción por la que se pudiera llegar a alterar o menoscabar la capacidad económica del particular recurrente.

Por su parte, V.E. también ha seguido criterios similares en varios pronunciamientos (SCJBA, causas B 65.684, "*Albezan S.R.L. y otros*", res., 24-08-2005; B

64.768, "*Aguas Argentinas* SA", res., 27-09-2006; B 56.707, "*Carba* SA", sent.,23-04-2008; B 65.727, "*Kel Ediciones SA y Otra*", res., 29-09-2010).

De las mencionadas sentencias, "*Aguas Argentinas* SA" y "*Kel Ediciones SA y Otra*" extraemos su doctrina: "*El pedido de exención del pago previo a la interposición de la demanda requiere que se evalúe la situación patrimonial concreta de los obligados puesto que sólo de ese modo puede apreciarse si ese pago se traduce en un real menoscabo de la defensa en juicio*".

Para continuar: "*No basta, por consiguiente, atender únicamente a la desproporción entre el importe exigido y el patrimonio sino más bien, a la posibilidad de que se torne ilusorio en función del desapoderamiento de bienes que podría significar*".

Mientras que en "*Carba* SA" a los fines de favorecer con la excepción se evalúa:

"*Encontrándose en autos acreditada prima facie una concreta y significativa afectación económica de la firma actora corresponde, en virtud del principio constitucional de defensa en juicio morigerar el requisito de pago previo*".

Por último, el propio artículo 70 "*in fine*" de la ley 13.133 establece que el requisito de pago previo no sería exigible en el supuesto caso de que "*...el cumplimiento ... pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante...*".

Cabe destacar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (conf. CSJNA, "*Fallos*", "*Feuermann*", consid. cuarto, T. 331:881 (2008); "*Día Argentina SA y Otra*", consid. cuarto y quinto, T.

333:1088 (2010); "*Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*", sentencia del 4 de septiembre de 2018, voto del Señor Juez Rosenkrantz, consid. séptimo).

IV.- Por lo expuesto, considero que no habiéndose acreditado en autos una imposibilidad de pago o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable y con ello, la posible vulneración del acceso a la justicia (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), opino que V.E. podría hacer lugar al presente recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, de esa forma, revocar la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (art. 302 del CPCC).

La Plata, julio 6 de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

CIJur Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires