



## BOLETÍN JURÍDICO N° 8

### SUMARIO

#### 01 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**1.1.- Municipio.** Acción declarativa de inconstitucionalidad. Ordenanza municipal. Prohibición a los supermercados de abrir los días domingo. Infracciones. Federalismo. El municipio es sujeto necesario del federalismo argentino. Autonomía municipal. Contenidos (institucional, político, administrativo, económico y financiero). Alcance de la **autonomía municipal** (perímetro variable de cada contenido, que es regulación propia del derecho público provincial). Tipo asociativo “comunitario”. Diferencias con el tipo asociativo “societario”. Poder de policía municipal en relación con los días y horarios de apertura y cierre de los comercios. Ordenanza. Valor epistemológico de la democracia deliberativa. Valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal. Libertad de comercio. Carácter no absoluto. Los derechos de raigambre constitucional deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio con la única condición de no ser alterados en su substancia. Inexistencia de colisión entre norma municipal y nacional. Razonabilidad. **Principio de igualdad.** El principio de igualdad requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias. Supuestos de hecho iguales exigen que sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas.

La ordenanza impugnada está orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del Municipio (fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancia de los supermercados y los intereses de los consumidores). La medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se haya demostrado que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles (6 días a la semana) (del voto del dr. Lorenzetti).

- **CSJN**, “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de Inconstitucionalidad”, de 20 de mayo de 2021

**1.2.- Medida cautelar.** Tutela anticipada. Anticipo de jurisdicción favorable. Equiparación a sentencia definitiva. Requisitos de procedencia. Ausencia de verosimilitud en el derecho.

- **CSJN**, “Goizueta, Andrés Alejandro c/ Ejército” de 29.4.2021, con remisión al dictamen de la Procurado Fiscal, Dra. Laura Monti

**1.3.- Medida cautelar.** Las medidas cautelares no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan. La tutela cautelar anticipada debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora. El peligro en la demora exige establecer si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, por la sentencia definitiva. Falta de configuración del **peligro irreparable en la demora**.

- **CSJN**, “Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza” de 13 de mayo de 2021.

**1.4.- Proceso de hábeas corpus colectivo.** Deber de hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. Superpoblación carcelaria. Afectación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de la libertad. Situación genérica, colectiva y estructural. Situaciones colectivas estructurales vinculadas con las condiciones de detención. Protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva involucrados en el hábeas corpus. Indignas condiciones carcelarias. Estado de cosas que se pretende revertir. Acción plural reclamada en beneficio de los intereses de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la provincia. Rechazo de la posible dispersión de los reclamos. **Clausura del proceso de hábeas corpus colectivo. Improcedencia.** Falta de ponderación del impacto y eficacia de las medidas practicadas en relación con la situación generadora del conflicto.

- **CSJN**, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, de 13 de mayo de 2021

## 02

### PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

**Acto administrativo. Suspensión en sede administrativa de los efectos del acto administrativo estable. Improcedencia. Aplicación de la doctrina labrada en Dictámenes 259:011.** Vicios graves en la competencia, formas esenciales y objeto (art. 14 inciso b, LNPA). Violación de las garantías mínimas en función del debido proceso legal establecidas en el art. 8° de la CADH. Acto administrativo irregular. Nulidad absoluta. Deber de revocar por razones de ilegitimidad (art. 17 LNPA). Restablecimiento de la juridicidad.

- **PTN**, Dictamen F-2021-18545425-APN-PTN, de 3 de marzo de 2021.

## 03

### CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad legítima.** Sacrificio especial en aras del interés público. Extensión del resarcimiento. Exclusión del lucro cesante.

- **CSJN**, “Motor Once c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, de 9 de mayo de 1989 (Fallos 312:670).

## 04 CLÁSICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

Amparo. Admisibilidad. Procedencia. **Discrecionalidad**. Exceso reglamentario. Exigencia de estatura mínima para matricularse en un establecimiento educativo. Limitación arbitraria de los derechos de enseñar y aprender. **Lesión a la dignidad de la persona**. Discriminación. Irrazonabilidad.

- **CSJN**, “Arenzon, Gabriel Darío c/ Estado Nacional” de 15 de mayo de 1984.

## 05 JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

### 5.1. ESPAÑA. Tribunal Supremo Español. Sala de lo contencioso administrativo-Sec- ción cuarta.

Discriminación de acceso a la función pública. Requisito de talla mínima para acceder al puesto de controlador aéreo. Requisito injustificado en términos de razonabilidad. Diferencia de trato contraria a la igualdad.

- **STS 2333/2019**, de 10 de julio de 2019.

### 5.2. ITALIA Consejo de Estado (Consiglio di Stato)

Proceso decisión automatizado. Algoritmo. Módulo organizativo. Instrumento de la fase procedimental. Procedimiento y decisión robotizada. Principio de transparencia. Imputación al órgano. Carta de la Robótica del Parlamento europeo. Principio de cognoscibilidad. Derecho a conocer la existencia de procesos automatizados de toma de decisiones. Derecho a recibir información significativa sobre la lógica utilizada. Principio de comprensibilidad. Principio de no exclusividad de la decisión algorítmica. Derecho a que la decisión no esté basada únicamente en un procedimiento automatizado. Principio fundamental de no discriminación algorítmica.

- **Consiglio di Stato**, sentencia N. 02936/2019 REG.RIC., de 13 de diciembre de 2019.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 20 de Mayo de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor, propietario del establecimiento comercial denominado "Supermercado Arroyito" dedujo acción declarativa de inconstitucionalidad, con arreglo al art. 165, inc. 1º, ap. a, de la Constitución de la Provincia de Córdoba, contra la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º, inc. a, de la ordenanza 1660, sancionada por el Concejo Deliberante de dicha comuna el 25 de agosto de 2014 y promulgada por Decreto 443-W14 el día 26 de ese mes y año.

Adujo que tal ordenanza, denominada "Descanso Dominical del Trabajador", prohíbe a los supermercados de la ciudad de Arroyito abrir los días domingo y sanciona las infracciones a esa prohibición con multas de montos progresivos ante la reiteración y con clausuras en días hábiles, previendo, incluso, la clausura definitiva. Destacó que, a los efectos de su aplicación, la norma considera "supermercado" a *"todo establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar, cuyo lugar de venta y atención al público tenga una superficie igual o superior a los 100m<sup>2</sup>"*. Sostuvo que el Supermercado Arroyito comercializa

artículos de consumo masivo (alimentos, bebidas de todo tipo, productos de limpieza, perfumería, etc.; y los que se venden en la carnicería y verdulería instaladas en el interior del supermercado, espacios que se encuentran concesionados y atendidos por sus concesionarios). Destacó, entre otros puntos, que en virtud del contenido de la ordenanza impugnada, a los supermercados que alcanza -como el suyo- se los obliga a cerrar sus puertas al público los días domingo, en forma discriminatoria, con lo que se lesionan sus derechos adquiridos de ejercer el comercio y de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) sin que la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito tenga competencia para ello, por ser materia de derecho común, que está delegada al gobierno federal y que, por ser poder delegado, no puede volver a ser ejercido por las provincias, siguiendo igual limitación la autonomía municipal (fs. 25/35 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

2°) Que la Municipalidad de Arroyito, al contestar demanda (fs. 77/82), alegó que: a) la totalidad de los propietarios de supermercados de la ciudad junto con el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial, firmaron un Acta Acuerdo en forma voluntaria mediante la cual a partir del 3 de octubre de 2004 no abrirían los comercios los días domingo; b) el actor inició su actividad en 2013 y, en oportunidad de su inscripción municipal, fue informado sobre la modalidad de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

cierre de los locales producto del acuerdo celebrado; c) el no acatamiento de la medida produjo malestar entre los propietarios de supermercados locales; d) el 6 de junio de 2014 se instrumentó otra Acta Acuerdo, ratificando básicamente la de 2004, que el actor no suscribió si bien participó de las reuniones previas; e) desde el 29 de agosto de 2014, ante la renuencia de Shi Jinchui y otra comerciante de origen chino a cerrar los días domingo, sumado a la preocupación del resto de los titulares de supermercados y de sus trabajadores, se iniciaron gestiones para invitarlos nuevamente a suscribir el acuerdo y continuar con la conducta de la mayoría, sin resultado; f) ante la situación planteada, el Concejo Deliberante sancionó la ordenanza impugnada en el caso. Tras aludir a los fundamentos y disposiciones de la norma en cuestión, con apoyo en precedentes jurisprudenciales, invocó que su dictado se sustentó en el ejercicio de las potestades normativas originarias que reconocen su fuente en la consagración constitucional de la autonomía municipal y el despliegue del poder de policía. Postuló que *"el procedimiento adoptado tanto por el Departamento Ejecutivo Municipal como por los legisladores municipales intentó dirimir un conflicto social entre empleados y propietarios de supermercados locales que solo las autoridades municipales pueden valorar, y lo logró"*.

3°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba hizo lugar a la demanda y, en consecuencia,

declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660 (fs. 160/171). Al efecto consideró que:

a) la norma tiene como objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito (personal que se desempeña en comercios de venta de artículos masivos, definidos como supermercados) para lo cual ordena el cierre de los locales de dichos comercios durante todo el día domingo de cada semana del año calendario. Asimismo, el art. 2 establece expresamente cuáles son los establecimientos que quedan comprendidos dentro de la prohibición de abrir al público durante ese día (los supermercados) y cuáles son los que quedan fuera de la interdicción (los minimercados);

b) como lo señaló en un precedente similar, todo lo concerniente a esta importante materia -descanso semanal- está contemplado por un plexo normativo que tiene como base el art. 14 bis de la Constitución Nacional conforme al cual las leyes que protejan el trabajo, en sus diversas formas, deben asegurar al trabajador "descanso y vacaciones pagados". En la misma línea se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que también garantiza "el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos" (art. 7, inc. d). El régimen de descanso semanal se encuentra reglado de manera uniforme para toda la Nación por la ley 18.204 (art. 1º) y por el art. 204 de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

la LCT, preceptos que prohíben la ocupación del trabajador desde la hora 13 del sábado hasta las 24 del domingo existiendo la posibilidad de que la reglamentación establezca excepciones que, en rigor, no lo son al descanso semanal sino al momento en el cual puede llevarse a cabo;

c) la ley provincial 8350, en consonancia con la desregulación comercial dispuesta por el decreto 2284/91, estableció que *"los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios, mayoristas o minoristas, con o sin venta al público, con o sin empleados en relación de dependencia, podrán determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre. Podrán asimismo desarrollar sus actividades los días domingos y feriados"*. No obstante *"la libertad que pregonan el art. 1º, está ajustada, enmarcada y acotada al cumplimiento de la normativa que rige en la materia"* pues su art. 2º prescribe que *"el régimen de trabajo para el personal en relación de dependencia de la actividad comercial o de servicio, se ajustará en todos los casos a las disposiciones de la legislación laboral vigente"*; como consecuencia, la ley posibilita la libertad de horario entre los comercios, pero siempre que se respete la legislación laboral por ser materia de fondo que, en virtud del esquema de distribución de competencias (art. 75, inc. 12), es atribución exclusiva del Congreso de la Nación. La misma ley designa como autoridad de aplicación al Ministerio de Trabajo al que, en ejercicio de la policía del trabajo, se le reconoce la posibilidad de efectuar el contralor

de las planillas de horario y descanso del personal; al mismo tiempo, se especifica que la Subsecretaría de Comercio ejercerá el contralor del horario de atención al público;

d) conforme al régimen vigente, tanto el poder de policía en materia laboral como el control del cumplimiento de las normas laborales -manifestación de la facultad administrativa denominada "policía del trabajo" o "inspección del trabajo"- corresponden al estado provincial y no han sido delegadas a los municipios. Así lo determina el art. 54 de la Constitución de la Provincia de Córdoba que establece: "*El Estado Provincial ejerce la policía del trabajo en el ámbito personal y territorial, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Federal en la materia*". Por su parte, el art. 144, al enumerar las atribuciones del Gobernador prescribe, en el inciso 17 "*Tiene a su cargo, conforme a las leyes, la policía del trabajo*". La ley 25.212, sancionada bajo la forma de "Pacto Federal", establece el régimen general de sanciones a las infracciones laborales aplicable a todas las jurisdicciones (calificando como infracción grave la violación de normas en materia de duración del trabajo, descanso semanal, vacaciones, licencias, feriados, días no laborables y en general, tiempo de trabajo, art. 3, inc. c). Por su parte, la ley 25.877 crea el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social -compuesto por las autoridades provinciales, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la autoridad nacional- cuyo fin es el control y la fiscalización del cumplimiento de las



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

normas laborales en todo el territorio de la Nación. Hay pues un único régimen en materia de sanciones por infracciones laborales para todo el país pero la autoridad encargada de ejercer el control y de aplicar las sanciones, es la provincial o local;

e) en el esquema de organización del estado federal, sobre las provincias pesa la obligación de asegurar la autonomía municipal (arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional). Como consecuencia, los municipios integran la estructura federal, en lo que algunos autores han denominado "trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal", a la que hay que sumar -en cuarto nivel estadual- a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto, a su vez, importa el reconocimiento de niveles diferenciados de gobierno, que se traduce en un sistema jurídico "plurilegislativo". El ámbito de actuación de cada uno de esos órdenes debe ser analizado en función de la dimensión espacial (principio de territorialidad) y de la dimensión jerárquica (principio de supremacía). En ese entramado, las ordenanzas municipales tienen el mismo valor y fuerza normativa que las leyes provinciales y nacionales siempre que hayan sido dictadas en el ámbito de su competencia territorial y material;

f) de la exégesis gramatical del título segundo de la segunda parte de la Constitución Provincial surge de manera explícita e indubitable que el constituyente de 1987 confirió a los municipios autonomía, carácter que la Constitución Nacional reconoció a partir de 1994. Los municipios cuentan con facultad para dictar normas generales pero coordinadas necesariamente con

un orden jurídico superior que establece límites a esa facultad; de allí que poseen potestad legislativa para reglamentar las materias que les han sido atribuidas por la constitución de cada provincia;

g) los municipios, dentro de la esfera de su competencia, son titulares del poder de policía municipal; en cuanto a su contenido, dicho poder se encuentra limitado a las materias constitucionalmente autorizadas; en el caso de Córdoba, el art. 186, inc. 7 de la Constitución de la Provincia atribuye a los municipios atender las siguientes materias: *"salubridad; salud y centros asistenciales; higiene y moralidad públicas; ancianidad, discapacidad y desamparo; cementerios y servicios fúnebres; planes edilicios, apertura y construcción de calles, plazas y paseos; diseño y estética; vialidad, tránsito y transporte urbano; uso de calles y subsuelo; control de la construcción; protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental; faenamiento de animales destinados al consumo; mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad y precio; elaboración y venta de alimentos; creación y fomento de instituciones de cultura intelectual y física y establecimiento de enseñanza regidos por ordenanzas concordantes con las leyes en la materia; turismo; servicios de previsión, asistencia social y bancarios"*; no se encuentra entre las potestades conferidas la "policía del trabajo" que ha sido reservada por la misma constitución a la Provincia; cualquier restricción al



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

ejercicio de los derechos operada a través del poder de policía debe superar el test de legalidad; a su vez, el desenvolvimiento del poder de policía tiene otro límite, derivado de los principios de razonabilidad y proporcionalidad;

h) en el caso, la ordenanza 1660, desde su denominación misma (de "descanso dominical del trabajador"), pone de manifiesto la extralimitación insalvable en la que ha incurrido al haber establecido la obligación de respetar el descanso dominical en forma absoluta; de ese modo ha invadido la esfera de competencias reservada al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional;

i) el sistema de sanciones que instituye la norma invade la esfera de competencias de la provincia; y, finalmente,

j) si bien el municipio puede establecer restricciones al horario comercial, en ejercicio del poder de policía, ello está supeditado a que dichas limitaciones estén vinculadas con lo que son atribuciones municipales y dicho ejercicio debe ser "razonable"; en este caso la razón que fundamenta la restricción resulta inconstitucional porque el municipio no tiene competencia para regular la materia abordada y, al hacerlo, ha invadido la esfera de atribuciones de otros órdenes de gobierno.

4°) Que contra tal pronunciamiento el municipio demandado interpuso el recurso extraordinario de fs. 181/196 -cuya denegación (fs. 222/229) origina la queja en examen- en el

que plantea la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional.

Afirma que la construcción del fallo del *a quo* parte de una premisa equivocada "como fue considerar que la normativa cuestionada tiene naturaleza de derecho laboral" cuando su objetivo ha sido proteger a pequeños y medianos comerciantes y a los trabajadores en relación de dependencia dándose fuerza normativa a una costumbre local, "una modalidad social que se había impuesto desde el año 2004". Insiste en que -como lo habría "confesado" el propio actor, según aduce- no tiene naturaleza laboral una norma que regula relaciones en las cuales no interviene ningún empleado y cita, al respecto precedentes jurisprudenciales. Sostiene, asimismo, que no existe contradicción entre la ordenanza 1660 y la ley provincial 8350, ya que esta última es una norma general y anterior a la ordenanza "dictada por la Municipalidad de Arroyito en el ámbito de su competencia, destinada a regir en el ámbito territorial del ente público aludido, respecto de una particular situación como lo es la de los horarios de apertura de los supermercados de dicha ciudad, para el mantenimiento y preservación de una MODALIDAD SOCIAL de vida allí arraigad(a), vivid(a) y consentid(a) por todos los actores sociales".

Arguye que "el municipio puede establecer restricciones al horario comercial en el ejercicio del poder de policía", con lo cual la desregulación que fija la ley 8350 y la facultad que otorga a los propietarios de determinar libremente



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

los días de apertura y cierre, en ningún caso puede entenderse como absolutas y exceptuadas de toda regulación municipal sobre dicha temática. Reivindica la facultad de la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito para el dictado de la norma en cuestión con apoyo en las propias argumentaciones del fallo recurrido (referentes a que los municipios poseen *"potestades normativas originarias en el ámbito de actuación territorial y material propia de cada uno de los municipios; incluso esto supone atribuciones implícitas, es decir, el ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado..."*).

Destaca que la ordenanza no afecta los derechos de propiedad, de ejercer el comercio y de trabajar del actor ya que solo veda abrir su comercio los días domingo. Enfatiza que lo que está realmente en juego *"es el derecho de la comunidad local a preservar su modo de vida, su idiosincrasia, una modalidad social particular y local"*; la costumbre de respetar el domingo, mantenida durante trece años, no es una mera enunciación de intenciones u objetivos a trazar: es una modalidad social firmemente arraigada y querida, cara al sentimiento local. Forma parte del patrimonio cultural, del ambiente cultural de la ciudad.

5°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 3 de julio de 2019. En tal

acto, tras las exposiciones efectuadas por diversos amigos del tribunal, los representantes letrados de cada una de las partes formularon sus informes y fueron interrogados sobre varios aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente (fs. 114/136 de la queja).

6°) Que los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción, pues el examen de la controversia exige la interpretación de normas de esa naturaleza (arts. 5°, 123 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional) y la decisión apelada ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14 de la ley 48).

Conviene recordar que a los fines de resolver la controversia esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y 341:1106, voto del juez Rosatti, entre muchos otros).

Con relación a los agravios vinculados con la arbitrariedad de la decisión recurrida, ellos se encuentran inescindiblemente unidos a la cuestión federal antedicha, por lo que corresponde que se examinen en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206; 330:1195 y 341:1106, voto del juez Rosatti y sus citas).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

7°) Que la reforma de 1994 remarcó la trascendencia del municipio en el diseño institucional argentino en tanto orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía (Fallos: 342:1061, *in re* "Telefónica", disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 8°). En esa inteligencia, el constituyente dispuso reconocer a los municipios de provincia, sujetos necesarios del federalismo argentino conforme al art. 5 de la Constitución Nacional, el *status* de derecho público de la "autonomía" (Fallos: 342:509), diferenciando sus contenidos y sus alcances. Respecto de los contenidos, ellos son taxativos y comprenden los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero; respecto de los alcances, que conforman el variable perímetro que corresponde a cada contenido, el constituyente los deriva a la regulación propia del derecho público provincial.

De modo que la determinación de los "contenidos" evita que la autonomía quede "reducida a una simple fórmula literaria grandilocuente pero, en la práctica, vacía de contenido, porque no puede haber municipio autónomo verdadero si no le reconocemos explícitamente entidad política o le retaceamos la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o los privamos del sustento económico-financiero indispensable para que preste aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o le impedimos ejercer su "autonomía institucional"

(Convención Constituyente Nacional, sesión del 8 de agosto de 1994, intervención del Convencional Merlo) (Fallos: 341:939, considerando 6° y 343:1389, voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti).

En cuanto a los "alcances" de cada contenido autonómico, ellos deben reflejar la heterogeneidad ínsita en todo régimen federal y por tanto ser fijados por cada provincia, atendiendo a las diferencias observables en la escala de vida vecinal a lo largo y ancho del territorio nacional, con el debido respeto de lo dispuesto por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional. En tal sentido, resultaría ilógico e irrazonable que desde la norma constitucional federal se impusiera a las provincias un determinado y uniforme alcance del régimen municipal que iguale a municipios urbanos o rurales, densamente poblados o con pocos vecinos, longevos o nuevos, con perfil sociocultural predominantemente cosmopolita o tradicional, etc. Esto explica que el constituyente reformador haya diferido a cada provincia la específica delimitación de los alcances de cada contenido autonómico, para que en ejercicio del respectivo "margen de apreciación local" sea cada jurisdicción la que defina el *standard* jurídico conforme su específica e intransferible realidad (arg. Fallos: 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9°).

8°) Que para precisar las reglas que deben guiar el balance entre el orden nacional, provincial y el local en esta materia, ha dicho este Tribunal que si bien el poder de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

autodeterminación municipal se inscribe en el de las provincias, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional, ellas deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice "el mayor grado posible de atribuciones municipales" en los ámbitos analizados con anterioridad (Fallos: 327:4103 "Cadegua" y 342:1061, "Telefónica" disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 10).

En ese sentido, este Tribunal ha advertido que la necesaria existencia de un régimen municipal *"determina que las leyes provinciales no sólo deben imperativamente establecer los municipios"*, sino que *"no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña -aunque se tratara de la provincial- ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional"* (confr. Fallos: 312:326; 314:495 y 341:939, considerando 5°).

9°) Que la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987 regula específicamente el régimen municipal en el artículo 180 al reconocer **"la existencia del Municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia** y asegura el régimen municipal

basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional. **Los Municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus atribuciones, conforme a esta Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten**" (énfasis agregado).

Al definir al municipio como "una comunidad natural basada en la convivencia" el constituyente cordobés asume una posición contundente en lo referido al tipo de asociación que institucionaliza las relaciones de vecindad.

En ese sentido se sostuvo en la convención provincial constituyente que del "reconocimiento del municipio como comunidad natural fundada en la convivencia (...) sigue necesariamente la facultad de usar los medios requeridos para la consecución de sus fines. Es decir, tener gobierno con suficiencia de medios dentro de su esfera de acción, lo que supone, por un lado, la libertad de elección de sus autoridades y administrarse con independencia del poder central y no ser meros ejecutores, y por otro, afirmar su naturaleza política económica, administrativa financiera e institucional, lo que ha sido reclamado por la concepción del municipio que sea reconocido y para el bien común de la sociedad" (intervención del constituyente Soria, sesión n° 10, sobre "Título Segundo: municipalidades y comunas", 2 a 3 de abril de 1987; Diario de sesiones de la Convención provincial constituyente de la Provincia de Córdoba, p. 944).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Se apuntó entonces a establecer *“como competencia material de las municipalidades, una amplia gama de atribuciones que comprenden las actividades necesarias para atender todo lo atinente al bienestar de las comunidades locales. Entre estos contenidos merece destacarse el que se refiere al poder de policía, que comprende no sólo las clásicas materias de la moralidad, seguridad y salubridad, sino que también comprende la policía de la prosperidad, es decir que abarca lo atinente a la regulación económica, dentro de lo que implica la función municipal”* (intervención del constituyente Scoles, miembro informante del despacho de la comisión sobre *“Título Segundo: Municipalidades y comunas”* en la sesión citada, p. 920).

Es así que desde la reforma de 1987 la Constitución de la Provincia de Córdoba reconoce a los municipios facultades propias de legislar en las materias que define y que le son exclusivas *“en la búsqueda de un municipio ampliamente participativo y eficaz”* (intervención del constituyente Hernández en la sesión citada, p. 962).

En particular, el inciso 7° del artículo 186 establece entre las funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal la de atender -entre otras materias- a *“mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad y precio; elaboración y venta de alimentos”*. Estas funciones municipales ya se encontraban previstas en la Constitución de 1923 -vigente hasta la reforma señalada- que preveía entre las atribuciones y deberes del

gobierno municipal la de "asegurar el expendio de los artículos alimenticios, en las mejores condiciones de precio y calidad, organizando si fuere menester, la elaboración y venta municipal de los mismos" (art. 157, inciso 6°). A la luz de este antecedente se sostuvo en la convención que "estas funciones de las municipalidades no son nuevas, sino que se encuentran previstas ya en la Constitución vigente, por lo que no se podrá adjudicar a las reformas introducidas ser la causa de la superposición de funciones y servicios entre las municipalidades y la Provincia" (intervención del constituyente Scoles en la sesión citada, p. 921).

Finalmente, para calibrar el alcance de esta autonomía cabe agregar que los constituyentes provinciales atribuyeron además la posibilidad a los municipios del ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (art. 186, inc. 14).

De tal manera, una exegesis literal y teleológica de la norma provincial citada permite concluir que ella se corresponde, de manera palmaria, con los principios exigidos por el constituyente nacional en lo que se refiere a la autonomía municipal, y que han sido recreados en los considerandos 7° y 8°.

10) Que conforme explica Max Weber, las relaciones sociales pueden fundarse "en el sentimiento subjetivo (afectivo



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

o tradicional) de los partícipes de constituir un todo" o "en una compensación de intereses por motivos racionales o también en una unión de intereses con igual motivación". En el primer caso, el autor en cita denomina a la relación social "comunidad", en el segundo, la rotula como "sociedad" (Weber, Max, "Economía y sociedad", ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, pág. 33 y ss).

En la "comunidad" (como es el caso de una familia) los miembros se vinculan por una relación personalísima y por ende no son intercambiables, en tanto que en una "sociedad" (piénsese en una sociedad anónima) sus miembros pueden vincularse sin siquiera conocerse y por tanto son -desde la perspectiva asociativa- fungibles e intercambiables.

En las ciudades demográficamente grandes, la creciente despersonalización de las relaciones humanas las aleja del tipo asociativo "comunitario" y las acerca al tipo asociativo "societario". Pero en los municipios demográficamente pequeños, con más razón si tienen una tradición históricamente consolidada -como es el caso de Arroyito en la Provincia de Córdoba-, las relaciones de vecindad son intensas, constituyendo ejemplos de una convivencia social en la que prevalece el tipo asociativo "comunitario".

El reconocimiento de tales aspectos no supone negar las diferencias observables en su población (basadas en la edad, la capacidad económica, el nivel educativo, las preferencias culturales, etc.), y menos aun intentar sofocarlas, sino que equivale a reconocer que estas diferencias no impiden proyectar un destino común en un horizonte espacial y temporal compartido, basado en un amplio consenso democrático expresado en los procedimientos representativos típicamente políticos (Concejo Deliberante) cuanto sectoriales y sociales (asambleas) con inclusión de los mandatarios electos por el pueblo.

11) Que el tipo asociativo "comunitario", predominante en la trama de relaciones sociales del municipio demandado, ha permitido desarrollar un sistema participativo con miras a la consecución de fines con arreglo a valores (valores que no están exentos de una construcción cooperativa permanente), con aptitud para comprender y procesar la complejidad de los problemas sociales y lograr las soluciones adecuadas, construyendo una relación directa entre la participación política y el mejoramiento de la calidad de vida (arg. Fallos: 342:1061, disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 8°).

Las peculiares características del municipio de Arroyito y la gimnasia participativa de sus vecinos permitieron elaborar los antecedentes que culminaron en la sanción de la Ordenanza en estudio, que dan cabal testimonio de la existencia de acuerdos sociales horizontales de idéntico contenido al de la



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

norma adoptada, promovidos y facilitados por las autoridades locales. De las Actas Acuerdo que la precedieron, suscriptas la primera por la totalidad de los propietarios de supermercados de la ciudad junto con el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial, y la segunda por los mismos con excepción de dos comercios (entre ellos el del actor) -quienes sí participaron de la deliberación previa-, se puede concluir que en el debate y la deliberación pública desarrollados en la escala local se consolidó la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa (cfr. arg. "*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro*", Fallos 342:917, voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, considerando 4°).

El hecho de que se hayan producido no una sino dos asambleas públicas, separadas por diez años en el tiempo pero concordantes en el resultado, supone la permanencia de los valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal en la materia debatida.

Despejada la legitimidad democrática de la decisión -conformada en la Ordenanza 1660 del Concejo Deliberante de Arroyito e integrada por sus antecedentes- es necesario considerar su validez, la que se encuentra supeditada a la inexistencia de un interés superior o a la prevalencia de una disposición normativa constitucional (provincial o nacional),

que obligue a invalidar el producto jurídico del consenso vecinal obtenido en la materia.

12) Que, desde la perspectiva provincial, el art. 186 de la Constitución de la Provincia de Córdoba regula las *"funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal"* de manera amplia, al referir expresamente a *"gobernar y administrar los intereses públicos locales dirigidos al bien común"* (inciso 1°) y reconocer la potestad de atender un amplio espectro de materias, entre las que se menciona expresamente la regulación del mercado (inciso 7° del artículo en cita).

Más allá de la interpretación que quepa asignar a dicho precepto constitucional, sostener que la regulación adoptada por la Ordenanza en estudio, en cuanto tiene como objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido por un amplio consenso, resulta ajena a las facultades del municipio por afectar el comercio, es irrazonable. Por el contrario, tal argumento supondría desconocer los aspectos inherentes a la vida cotidiana de una comunidad pequeña, e intentar imponerle una lógica que le es ajena, si bien tal vez propia de las grandes ciudades. En efecto, el desarrollo de los acuerdos sociales y los debates celebrados desde hace varios años, y de los que dan cuenta las Actas-Acuerdo ya mencionadas, permiten concluir de modo indubitable que los vecinos de Arroyito han ponderado que cinco días y medio por semana son suficientes para abastecerse en los



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

supermercados grandes y que si tienen alguna necesidad el día y medio restante se abastecen en otro tipo de mercados.

En definitiva, en la escala de una ciudad como la que es objeto de este análisis, asumir que la libertad de comercio -afectada globalmente por factores tales como la presión impositiva, los costos de la energía, la deficiencia de infraestructura, la política desigual de los Estados en materia proteccionista, la intermediación evitable, la publicidad engañosa y otros factores relevantes- sufre una intolerable restricción porque se prohíbe a los supermercados de ciertas características atender los sábados a la tarde y los domingos, frustrando las condiciones de la competencia y -con ello- impidiendo la baja de los precios de las mercaderías, equivale a subestimar la inteligencia media de los vecinos en tanto consumidores.

13) Que la libertad de comercio es reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", de lo que se desprende de manera palmaria su carácter no absoluto. Ha señalado reiteradamente este Tribunal que los derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de

no ser alterados en su substancia (Fallos: 328:690; 330:4988, entre muchos otros).

De las disposiciones adoptadas en el ámbito municipal, en particular de los acuerdos celebrados en el plano horizontal, surge de manera evidente y con claridad que los vecinos de Arroyito han consensuado diversas soluciones para supuestos distintos, ya que en su entendimiento ciertas actividades pueden discontinuarse en los días domingos, mientras que otras no. Así, han considerado aceptable que una fábrica continúe funcionando, mientras han confluído en considerar que los supermercados grandes no lo hagan, o incluso que haya horarios discontinuados que modifiquen el ritmo de trabajo-descanso de ciertos empleados.

Dicho tratamiento diferenciado no conlleva *per se* la contradicción de normas de jerarquía superior como la **Constitución Nacional** (art. 14 bis sobre "jornada limitada de trabajo"), **tratados internacionales con jerarquía constitucional** (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7º, inciso d), **leyes nacionales** (Ley de Contrato de Trabajo y normas complementarias) y **convenios internacionales con jerarquía supra legal** (Convenio I de la Organización Internacional del Trabajo).

En efecto, si bien la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, consagra los derechos de los trabajadores, y, en lo que específicamente refiere a los temas debatidos en la presente



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

causa dispone la "jornada limitada" de trabajo y "descanso y vacaciones pagados", no especifica los aspectos concretos de estas garantías, ya que no estipula un tope horario respecto a la limitación temporal de la jornada laboral, ni refiere expresamente al trabajo dominical, dejando el criterio a la reglamentación legal.

14) Que la Constitución Nacional prevé en su art. 75 inciso 12 la facultad expresamente delegada por las provincias al gobierno federal de dictar el Código de Trabajo. No habiendo hasta el presente una sistematización codificada en la materia, la relación entre empleado y empleador está regulada por un plexo de normas mínimas y básicas sobre las que se asienta la relación jurídica entre ambos. Conviene, por tanto, efectuar un breve repaso del derrotero seguido por nuestra legislación laboral en la materia propia del presente caso.

En 1905 el Congreso Nacional dictó la ley 4661 sobre descanso dominical de los trabajadores, que fue complementada en 1932 por la ley 11.640 estableciendo la pausa sabática. Estas normas tenían un alcance local; ceñían su ámbito de aplicación a la Capital Federal y a los territorios nacionales. Al tiempo de su sanción, se impuso entre los legisladores la tesis de que el parlamento nacional no tenía facultades para dictar normas de ese tipo con vigencia en todo el país por tratarse de una cuestión de policía local que involucraba poderes no delegados por las provincias a la Nación; y con ese argumento las provincias dictaron distintas leyes sobre el mismo tema. Tanto

las leyes nacionales como las provinciales previeron que la regla de la pausa sabática y del descanso dominical tuviera excepciones para ciertas tareas o actividades.

En 1969 la ley 18.204 estableció de modo uniforme para todo el territorio nacional la prohibición del trabajo por cuenta ajena desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo siguiente (art. 1°), pero dejó abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo autorizara excepciones a esa regla mediante reglamentaciones de carácter nacional o regional, por actividad o tipo de explotación (art. 3°). El art. 8° de esta ley declaró derogadas a las leyes nacionales 4661 y 11.640 y tuvo por sustituidas a las leyes provinciales sobre descanso de los trabajadores durante el sábado por la tarde y el domingo; pero el art. 9° estableció que, hasta tanto el Poder Ejecutivo dictara las reglamentaciones previstas en el art. 3°, seguirían rigiendo los regímenes de excepción a la prohibición de trabajar los sábados por la tarde y los domingos que estaban vigentes en el orden nacional y en el orden provincial, dictados al amparo de la policía del trabajo.

Esa situación no fue alterada por la ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo) dictada por el Congreso Nacional en 1974, ni por sus modificatorias. En ejercicio de la atribución de dictar normas comunes en materia laboral (ex art. 67, inciso 11, actual art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional), el Congreso reguló mediante esta ley el descanso semanal de los trabajadores estableciendo reglas generales de alcance nacional;



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

mas ello no afectó la vigencia de las disposiciones locales que contemplan excepciones a la regla general de descanso sabático y dominical.

En efecto, la Ley de Contrato de Trabajo diseña en su art. 204 un régimen diferenciado donde la regla general es el descanso sabático y dominical al establecer que “[q]ueda prohibida la ocupación del trabajador desde las trece (13) horas del día sábado hasta las veinticuatro (24) horas del día siguiente...”, salvo en los casos de excepción contemplados en la misma ley para supuestos específicos (vgr. art. 203 -obligación de prestar servicios en horas suplementarias- y art. 202 -trabajo por equipos-), y “los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales”. Es decir que, en materia de excepciones, el art. 204 de la LCT remite a leyes y reglamentaciones vigentes, sin precisar su origen ni distinguir entre las normas locales que eran admitidas al momento de la sanción de la ley 20.744 o las establecidas con posterioridad.

Consagrando una excepción de este tipo, el art. 18 del decreto nacional 2284/1991 de desregulación económica, propia de la policía del trabajo, ratificado por la ley de presupuesto 24.307 (art. 29), suprimió “toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de

venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, **sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador**" (énfasis agregado), o sea, sin perjuicio del derecho a gozar de un descanso compensatorio para los trabajadores que tuvieran que realizar tareas los sábados a la tarde y los domingos.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 119 del decreto 2284/91, la excepción fue establecida para regir en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, aunque se invitó a las provincias a adherirse al régimen de desregulación.

La Provincia de Córdoba mediante la ley 8350, dictada en 1993, que autorizó a los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios con empleados en relación de dependencia para determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre, permitiéndoles desarrollar sus actividades también durante los días domingo y los feriados (art. 1°). La ley provincial dejó expresamente en claro que el trabajo del personal en relación de dependencia de la actividad comercial o de servicio debía ajustarse en todos los casos a las disposiciones de la legislación laboral en materia de descanso compensatorio (cfr. art. 2°).

15) Que, al resolver como lo hizo, la Corte provincial ha perdido de vista que, más allá de la normativa laboral precedentemente reseñada, que consagra como regla general la prohibición de que los trabajadores presten servicios



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

los días domingo pero permite establecer excepciones a esa regla, la imposición de un descanso dominical también puede provenir de las disposiciones locales dictadas en ejercicio del poder de policía que regulan los días y horarios de apertura y cierre de los comercios.

Este tipo de disposiciones no suponen en modo alguno una regulación del contrato de trabajo, materia que compete a la legislación nacional. La Ordenanza 1660, al regular la apertura y cierre de negocios dentro del ámbito de la Municipalidad de Arroyito ha sido dictada por el municipio en ejercicio del poder de policía que le reconoce la Constitución de la Provincia de Córdoba, el cual, según lo admite el propio fallo aquí recurrido, abarca la facultad de establecer restricciones al horario comercial.

Las normas adoptadas por el legislador nacional en torno al descanso dominical no se encuentran desvirtuadas por la ordenanza municipal citada, sino que ambas coinciden en la protección del bien jurídico definido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tanto las previsiones nacionales como municipales en estudio confluyen teleológicamente en la misma finalidad relativa a permitir que los vecinos canalicen y desarrollen durante el fin de semana aspectos propios de la vida en familia y en comunidad, por lo que -en definitiva- no existe colisión normativa alguna ni se verifica agravio ni lesión al art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

16) Que, una vez arribada a la conclusión de que la reglamentación adoptada por el Concejo Deliberante de Arroyito no afecta normas ni principios constitucionales nacionales o provinciales, resta analizar la razonabilidad de la medida adoptada, a la luz de los derechos invocados por la actora. En ese marco, cabe considerar inicialmente si la medida resulta razonable en cuanto formula una distinción entre "mini mercados", "establecimientos de menor envergadura" y "supermercados", en base a la superficie de cada uno de ellos, así como en el hecho de que sean atendidos por sus propietarios.

En esta orientación, cabe recordar que esta Corte ha sostenido que el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en **idénticas circunstancias**, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 182:355; 258:36 y 340:1581 entre muchos otros).

En definitiva, se exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que para introducir diferencias entre ellos deba existir una suficiente justificación que aparezca objetiva, fundada y razonable. En ese contexto, el control de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

razonabilidad en materia de igualdad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en una categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas. Se trata, en definitiva, de examinar los elementos de clasificación que la componen y observar si se excluye a alguien que debería recibir igual atención jurídica (Fallos: 338:1455). Finalmente, se exige que sus consecuencias no resulten desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida, de manera de evitar resultados excesivamente gravosos (Fallos: 340:1154, disidencias de los jueces Maqueda y Rosatti).

En el caso, la Ordenanza en estudio regula particularmente un universo específico de comercios, el *"establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar"*, y formula distinciones dentro de dicha categoría en base a dos parámetros: en primer lugar, a partir de valores objetivos de extensión espacial de la superficie del establecimiento y, en segundo término, a partir de quienes realizan la atención al público, en concreto, si son atendidos por sus dueños.

Así, la Ordenanza bajo examen distingue entre tres categorías de establecimientos comerciales: (i) *"supermercados"* (aquellos cuyo lugar de venta y atención al público tiene una superficie igual o superior a los 100 mts<sup>2</sup>), (ii) *"minimercados"* (aquellos cuyo lugar de venta y atención al público tiene una superficie entre los 30 y 100 mts<sup>2</sup>), y (iii) *"establecimiento de menor envergadura"* (aquellos cuya superficie se extiende hasta

30 mts<sup>2</sup>). A su vez, el legislador local optó por introducir otro elemento de distinción dentro de aquellos establecimientos comprendidos en las categorías (ii) y (iii), relativo a la atención personalizada por sus propietarios. En ese marco, mediante la articulación conjunta de ambos elementos distintivos, se concluye que solo pueden permanecer abiertos los domingos los "minimercados" y "establecimientos de menor envergadura", "siempre que fueren atendidos únicamente por sus propietarios".

El fundamento de las dos pautas de distinción formuladas, conforme expresa la Ordenanza, es la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados. De modo que la norma establece una distinción normativa basada en causas objetivas (superficie y modalidad de atención) para brindar tratamiento diverso a supuestos de hecho que se consideran diferentes. En su génesis se hallará el propósito de tutela y fomento de los establecimientos de menor porte, habiendo optado el Concejo Deliberante por la determinación de un valor objetivo y general de 100 mts<sup>2</sup>.

A su vez, los parámetros de distinción se aplican independientemente del origen nacional de los titulares de las respectivas explotaciones comerciales, de forma que la condición de extranjero del actor no es considerada en la reglamentación dictada, sin que tampoco se verifique una práctica discriminatoria orientada en tal sentido.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

La ponderación de tales distinciones elaboradas por el legislador, de acuerdo a los principios constitucionales en materia de igualdad a que se ha hecho referencia, permite concluir que no surge de las mismas un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, aun cuando el camino elegido por el órgano legislativo municipal pudiera ser opinable.

Por último, la referencia a la exigencia de atención por sus dueños resulta razonable bajo la óptica de los principios de protección de la vida familiar, tradición cultural y consenso comunitario, sostenidos por el municipio en el dictado de la norma en estudio y analizados con anterioridad en el presente pronunciamiento.

17) Que corresponde ahora analizar si la reglamentación adoptada por la municipalidad constituye una regulación razonable del derecho a la libertad de comercio.

En el presente caso, no se verifican elementos que permitan concluir que la ordenanza en estudio incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada. Ello por cuanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado

el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles.

Más allá de la denominación formal de la Ordenanza (*"Descanso dominical del trabajador"*), cabe recordar que es criterio de este Tribunal que los textos legales no deben ser considerados aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Fallos: 241:227; 244:129; 262:283 -voto del juez Zavala Rodríguez-; 315:2157; 330:3426; 331:2550; 338:962; 338:1156, entre muchos otros). En ese sentido, al interpretarse una disposición *"debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción"* (Fallos: 339:323).

En este marco, resulta relevante atender a los fundamentos expuestos por el Concejo Deliberante para justificar la sanción de la ordenanza bajo análisis. Ello pues, más allá del título dado a la norma aprobada, la motivación explicitada refiere a diversos aspectos que exceden ostensiblemente cierta interpretación de la libertad de comercio o los derechos de los trabajadores y atañen, directamente, al desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad. En efecto, formó parte de la



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

motivación de la disposición municipal el consenso arribado por los miembros de la comunidad alcanzados por la ordenanza, en el espacio de diálogo que las autoridades municipales promovieron, la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores, entre otros fines no menos relevantes.

No debe olvidarse que la protección integral de la familia ha sido consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y se proyecta, en singular correspondencia, en el ámbito municipal al establecer el art. 34 de la Carta Orgánica local a la familia como la célula social básica. Luego, la estipulación de normas tendientes a su protección, alentada por los propios vecinos, no solo no podría ser objetable sino que se presenta en línea con una manda constitucional expresada en los tres niveles de gobierno.

18) Que, en mérito a lo expuesto, en la medida en que parece haberse sustentado en una exégesis descontextualizada de la ordenanza local, solo basada en el título de la norma ("*Descanso dominical del trabajador*"), que expresó uno de los varios objetivos que motivaron su dictado sin hacer mérito de los restantes, el pronunciamiento en crisis debe considerarse arbitrario. Pues, como se ha dicho, la disposición municipal bajo examen resulta -en una recta interpretación del plexo jurídico en su conjunto- una reglamentación razonable, orientada

a la consecución de fines constitucionalmente válidos para el gobierno local. De modo que la conclusión sostenida por el Superior Tribunal de Provincia, en cuanto a que la ordenanza 1660 ha invadido la esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, y lesionado el art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, aparece como irrazonable y debe ser descalificada.

En atención a los fundamentos desarrollados en los considerandos precedentes corresponde también descalificar el argumento del decisorio en revisión relativo a que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia en materia de policía del trabajo.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito efectuado. Notifíquese, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

VO-//-



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Que el infrascripto remite a los considerandos 1° a 6° del voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

7°) Que las partes plantean el conflicto que debe resolver esta Corte Suprema como una antinomia de reglas dictadas por la Nación, la provincia y el municipio.

Ambas posiciones se refieren a la contradicción entre la ordenanza 1660 dictada por la Municipalidad de Arroyito bajo el amparo del art 123 de la Constitución Nacional por un lado y por el otro la potestad de la Nación de regular lo atinente al descanso dominical (art. 75, inciso 12, Constitución Nacional).

La calificación jurídica del supuesto de hecho planteado implica decidir sobre el alcance de las competencias de la Nación, provincias y municipios.

El federalismo que adopta la Constitución (art. 1°) se ha visto disminuido por la legislación infraconstitucional en numerosos aspectos. Por esta razón, resulta relevante que esta Corte cumpla con su función de interpretar de modo coherente la legislación para hacerla compatible con el modelo federal que la Constitución Nacional consagra. En esta tarea, es necesario integrar la cláusula general de la Constitución con criterios legales generales que ordenen las conductas hacia la concreción de su específica aplicación.

En este sentido, los precedentes de esta Corte establecen un marco general del diseño institucional del país, que es el principio de la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa (Fallos: 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A Telefónica Argentina S.A", voto del juez Lorenzetti), compatible con los presupuestos mínimos para el funcionamiento del sistema federal.

Además de la competencia corresponde calificar el tipo de conflicto normativo.

En el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada.

Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación.

Es lo que ocurre en el caso, en el que se debe ponderar la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo, y la descentralización institucional de las decisiones, en distintas fuentes de derecho. En estos supuestos, la tarea judicial consiste en establecer un diálogo entre ellas (arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), de modo que la interpretación sea coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432), considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico, a posteriori de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable (art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación).

El federalismo que la Constitución consagra y esta Corte aplicó en numerosos precedentes significa que la concentración de decisiones se desplaza hacia la descentralización institucional. Pero ello importa también que, todos los niveles -Nación, Provincias o Municipios- se ajusten a los criterios constitucionales establecidos por esta Corte Suprema (CSJ 567/2021, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 4 de mayo de 2021, voto del juez Lorenzetti, considerando 7°).

Esta observación es relevante porque existen numerosas decisiones adoptadas por instituciones, alejadas del Estado Federal, pero cercanas a la vida cotidiana de las personas humanas, que tienen el poder de otorgarle o negarle los derechos y los bienes escasos que buscan, y que por eso debe aplicarse un escrutinio riguroso (ELSTER, Jon, "Justicia Local- De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias", Barcelona, España, 1994).

En consecuencia corresponderá examinar primero las competencias entre la Nación, las provincias y el municipio en relación a la cuestión debatida en el caso, y luego ponderar la colisión de principios invocados.

8°) Que, con relación a las competencias concurrentes o exclusivas, corresponde precisar lo que sucede en este caso.

Al respecto, debe tenerse particularmente en cuenta que en el art. 186 de la Constitución de la Provincia de Córdoba se regulan las funciones, atribuciones y finalidades de la competencia municipal, entre las que se destacan la de "gobernar y administrar los intereses públicos locales dirigidos al bien común" y la de atender a "mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad; precio, elaboración y



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

venta de alimentos" (incs. 1° y 7°). Por lo demás, se le otorga a los municipios el ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (inc. 14).

Es menester destacar que, en el *sub examine*, la Ordenanza 1660 -en cuanto regula el horario de apertura y cierre de comercios en el ámbito territorial del municipio- no puede asimilarse en modo alguno a una regulación propia del derecho laboral, materia que es de competencia exclusiva del Congreso de la Nación.

Más allá de la denominación formal de la Ordenanza ("Descanso dominical del trabajador"), cabe recordar que es criterio de este Tribunal que los textos legales no deben ser considerados aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Fallos: 241:227; 244:129; 262:283, voto del juez Zavala Rodríguez; 315:2157; 330:3426; 331:2550; 338:962, 1156, entre muchos otros). En ese sentido, al interpretarse una disposición "debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia [...]y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción" (Fallos: 339:323).

En este marco, resulta relevante atender a los fundamentos expuestos por el Concejo Deliberante para justificar la sanción de la ordenanza bajo análisis. Ello pues, más allá del título dado a la norma aprobada, la motivación explicitada refiere a diversos aspectos que, además de la libertad de comercio y los derechos de los trabajadores atañen, directamente, al desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad. En efecto, formó parte de la motivación de la disposición municipal el consenso arribado por los miembros de la comunidad alcanzados por la ordenanza, en el espacio de diálogo que las autoridades municipales promovieron, la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores, entre otros fines no menos relevantes.

En consecuencia, la norma se inserta en el ejercicio del poder de policía y no en cuestiones de derecho laboral por lo que no parece posible sostener que la Ordenanza 1660 es ajena a las facultades del municipio.

9°) Que, tal como se ha señalado en el considerando 7, los precedentes de esta Corte permiten identificar un principio de interpretación sobre el diseño institucional del país, basado en la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa (Fallos 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A Telefónica Argentina S.A", voto del juez Lorenzetti).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En este sentido, es principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente "darse leyes y ordenanzas de impuestos locales de policía [...] y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional" (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7°, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240). Esta orientación fue promovida por el art. 3° de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de fortalecer el federalismo y se plasmó en los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional.

10) Que, además de lo expuesto en el considerando anterior, existen numerosos casos en los que esta Corte ha fijado reglas claras para fortalecer el federalismo, las competencias de las provincias y de los municipios.

En este sentido, se estableció (Fallos: 338:1110, "Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.") que "...la regulación de la publicidad y promoción de productos cuyo consumo importe un riesgo para la salud de la población no encuadra en ninguna de las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a las provincias.

Por ende, es imprescindible concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente". Asimismo, que "...El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente..." (voto del juez Lorenzetti, considerando 11).

Se agregó que "...dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, solo resta analizar si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera...".

Al ponderar la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego frente al grado de restricción de las libertades económicas de la actora, se concluyó que la ley provincial era razonable a la luz de los estándares fijados en la jurisprudencia del Tribunal.

En otro precedente (Fallos: 340:1695, "La Pampa, Provincia de"), se señaló que en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales -aun las más exactas- suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto. Se añadió que, en el caso,



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

era preciso conjugar la *territorialidad ambiental*, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la *territorialidad federal*, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la *protección ambiental* y el *federalismo* tienen en nuestro país exige emprender una tarea de "compatibilización", que no es una tarea "natural" (porque ello significaría "obligar" a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente "cultural".

En Fallos: 340:1795 ("Castillo", considerando 15) se afirmó que, en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la "base de la educación" —para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional— las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la "educación primaria" de acuerdo al art. 5°.

En materia de competencias jurisdiccionales, esta Corte ha señalado (Fallos: 342:509; "Bazan"), que "...el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes. También se sostuvo que "...si se parte de la presunción de que ambos Estados,

el nacional y el local, persiguen de buena fe el objetivo de concretar la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, resulta claro que los gobiernos pueden acordar la transferencia de la justicia nacional ordinaria de acuerdo a las modalidades que prefieran y convengan, siempre que el modo elegido cumpla de manera apropiada con el *mandato de hacer* establecido en la Constitución Nacional...".

Asimismo, en Fallos: 342:2136 se sostuvo que "Siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada". En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal al sostener que el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes...".

En otra oportunidad (Fallos: 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A."), se recordó que el correcto ejercicio de las competencias de las distintas jurisdicciones debe basarse en la coordinación, con un fin de ayuda y no de destrucción y que, ante la alegación de un



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

conflicto entre ellas, deberá evaluarse si se enervan mutuamente o si interfieren de forma tal que se obstaculicen. Se ha dicho en tal sentido que la regulación local debe encontrar como límite la imposibilidad de desvirtuar el objetivo que tiene la legislación federal o la obstaculización del comercio, el servicio o la comunicación interjurisdiccional. De ello se deduce que, en el marco del federalismo y el reconocimiento de la competencia local, las atribuciones nacionales y locales no se excluyen, sino que son concurrentes, en tanto estas no desvirtúen los objetivos federales o impidan el comercio interjurisdiccional (voto del juez Lorenzetti, considerando 10).

Finalmente, se dijo que los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. Y de allí la utilidad del diálogo constructivo - entre Nación y provincias- al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva [Fallos: 342:917, "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro"] (CSJ 567/2021, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional - (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 4 de mayo de 2021), voto del juez Lorenzetti, considerando 10).

11) Que la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades.

El significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de decisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales.

La riqueza cultural, económica de cada región, provincia, o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades. De este modo se generan múltiples decisiones diferentes, flexibles, que dialogan entre sí y ascienden progresivamente hasta formar un modelo más general.

En este sentido, hay ciudades que prefieren impulsar desarrollos de experimentación tecnológica que trabajan con el mundo entero, y que precisan horarios de funcionamiento extendidos. Hay otras, que son pensadas como lugares de paz, descanso y atractivo turístico que precisan abrir sus actividades los fines de semana. En grandes urbes, hay centros comerciales que trabajan de modo muy distinto de los negocios familiares en los barrios.

En ese contexto, la cercanía del municipio con su gente hace que dicha jurisdicción cuente con los elementos necesarios para valorar la idiosincrasia social imperante.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Prueba de ello son los acuerdos mencionados anteriormente, que sirvieron de base para el dictado de la Ordenanza 1660.

En esa línea, por lo tanto, no puede perderse de vista que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo.

Esta orientación, como ya se indicó, fue auspiciada por el art. 3º, de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 para fortalecer el federalismo y quedó plasmada en los arts. 5º y 123 de la Constitución Nacional. La norma constitucional debe ser interpretada como un compromiso que asumieron las provincias de asegurar su régimen municipal, lo que importa no solo el reconocimiento del estatuto municipal autónomo sino el de las facultades mínimas y necesarias para no desarticular sus fines y su funcionamiento.

Más aún, estas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa. Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial. (doctrina de Fallos: 328:175 voto del juez Lorenzetti).

12) Que, sin embargo, frente a estas atribuciones del Municipio, se encuentran las del Estado Nacional para legislar

en virtud de la llamada "cláusula del progreso" (art. 75 inc. 18 Constitución Nacional), por lo que no se trata de facultades excluyentes sino de un supuesto de competencias concurrentes en la materia, en el que la interpretación de ambas debe ser armónica y que es necesario determinar qué criterios deben ser definitorios de los límites de cada una de ellas.

13) Que sentado lo anterior, y dado que distintas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, debe examinarse si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera.

En ese sentido, en el *sub examine* no se advierte una interferencia relevante entre la norma local y la nacional.

En efecto, no se ha probado que con la decisión de prohibir la apertura de los supermercados los días domingo se impida el desarrollo pleno del comercio. Por lo demás, no se trata de una restricción al comercio interprovincial sino que el conflicto solo se materializa en el ámbito del municipio demandado.

Cabe recordar que la libertad de comercio es reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", de lo que se desprende de manera palmaria su carácter no absoluto. Ha señalado reiteradamente este Tribunal que los derechos de raigambre



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 328:690; 330:4988, entre muchos otros).

14) Que, entonces, resta examinar la razonabilidad de la medida adoptada, a la luz de los derechos invocados por la actora.

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos: 31:273, la Corte ha reconocido al Poder Legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188; entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad (Fallos: 288:240 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

Esto implica, según la Corte, que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 243:449; 248:800; 334:516; 335:452, entre otros).

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516).

15) Que, en ese marco, cabe considerar inicialmente si la medida resulta razonable en cuanto formula una distinción entre "micro mercados", "establecimientos de menor envergadura" y "supermercados", con base en la superficie de cada uno de ellos, así como en el hecho de que sean atendidos por sus propietarios.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En esta orientación, cabe recordar que esta Corte ha sostenido que el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 182:355; 258:36; 312:3481 y 340:1581 entre muchos otros).

En definitiva, se exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que para introducir diferencias entre ellos deba existir una suficiente justificación que aparezca objetiva, fundada y razonable. En ese contexto, el control de razonabilidad en materia de igualdad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en una categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas. Se trata, en definitiva, de examinar los elementos de clasificación que la componen y observar si se excluye a alguien que debería recibir igual atención jurídica (Fallos: 338:1455).

En el caso, la ordenanza en estudio regula particularmente un universo específico de comercios, todo *"establecimiento comercial que tiene como finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar"*, y formula

distinciones dentro de dicha categoría sobre la base de dos parámetros: en primer lugar, a partir de valores objetivos de extensión espacial de la superficie del establecimiento y, en segundo término, a partir de quienes realizan la atención al público; en concreto, si son atendidos por sus dueños.

Así, se distinguen tres categorías de establecimientos comerciales: 1) "supermercados" (aquellos cuyo lugar de venta y atención al público tiene una superficie igual o superior a los 100 mts<sup>2</sup>, 2) "micromercados" (superficie entre 30 y 100 mts<sup>2</sup>) y 3) "establecimientos de menor envergadura" (menos de 30 mts<sup>2</sup>).

A su vez, el legislador local optó por introducir otro elemento de distinción dentro de aquellos establecimientos comprendidos en las categorías (ii) y (iii), relativo a la atención personalizada por sus propietarios. En ese marco, mediante la articulación conjunta de ambos elementos distintivos, se concluye que solo pueden permanecer abiertos los domingos los "minimercados" y "establecimientos de menor envergadura", *"siempre que atendidos únicamente por sus propietarios"*.

**El fundamento de las dos pautas de distinción formuladas, conforme expresa la Ordenanza, es la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancia de los supermercados. De modo que la norma establece una distinción normativa basada en causas objetivas**



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

(superficie y modalidad de atención) para brindar tratamiento diverso a supuestos de hecho que se consideran diferentes. En su génesis se hallará el propósito de tutela y fomento de los establecimientos de menor porte, habiendo optado el Concejo Deliberante por la determinación de un valor objetivo y general de 100 mts<sup>2</sup>.

Por lo demás, los parámetros de distinción se aplican independientemente del origen nacional de los titulares de las respectivas explotaciones comerciales, de forma que la condición de extranjero del actor no es considerada en la reglamentación dictada, sin que tampoco se verifique una práctica discriminatoria orientada en tal sentido.

16) Que la ponderación de las distinciones elaboradas por el legislador, de acuerdo a los principios constitucionales en materia de igualdad a que se ha hecho referencia, permite concluir que no surge un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, aun cuando el camino elegido por el órgano legislativo municipal pudiera ser opinable.

Por último, la referencia a la exigencia de atención por sus dueños resulta razonable bajo la óptica de los principios de protección de la vida familiar, tradición cultural y consenso comunitario, sostenidos por el municipio en el dictado de la norma en estudio y analizados con anterioridad.

17) Que corresponde ahora analizar si la reglamentación adoptada por la municipalidad constituye una regulación razonable del derecho a la libertad de comercio.

En el presente caso, no se verifican elementos que permitan concluir que la ordenanza en estudio incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada. Ello por cuanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del Municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancia de los supermercados y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se haya demostrado que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles (6 días a la semana).

En resumidas cuentas, no aparece, ni lo ha demostrado el actor, que los medios arbitrados por el municipio a través de la ordenanza cuestionada no guarden relación con los fines que se propusieron en defensa del interés público local ni que sean desproporcionados con respecto a estos.

18) Que, en mérito a todo lo expuesto, en la medida en que la sentencia apelada parece haberse sustentado en una exégesis descontextualizada de la ordenanza local, solo basada en el título de la norma ("*Descanso dominical del trabajador*"), que expresó uno de los varios objetivos que motivaron su dictado sin hacer mérito



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

de los restantes, el pronunciamiento en crisis debe considerarse arbitrario. Pues, como se ha dicho, la disposición municipal bajo examen resulta -en una recta interpretación del plexo jurídico en su conjunto- una reglamentación razonable, orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos para el gobierno local.

De ese modo, la conclusión sostenida por el Superior Tribunal de Provincia, en cuanto a que la Ordenanza 1660 ha invadido la esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, y lesionado el art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, aparece como irrazonable y debe ser descalificada.

19) Que, en atención a los fundamentos desarrollados en los considerandos precedentes corresponde también descalificar el argumento del decisorio en revisión relativo a que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia en materia de policía del trabajo.

Por ello, habiendo dictaminado la Señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito. Notifíquese, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO  
ROSENKRANTZ Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.  
HIGHTON de NOLASCO

Considerando

1°) Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que, tal como allí se afirma, la recurrente no ha desvirtuado lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el sentido de que la ordenanza 1660/2014 dictada por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Arroyito tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de dicha ciudad y de que la regulación de tal materia corresponde al Congreso de la Nación en los términos del art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

3°) Que respecto del objeto de la ordenanza 1660/2014 no hay dudas de que el municipio demandado pretende regular el descanso dominical. La ordenanza referida se titula "descanso dominical del trabajador" y establece explícitamente, con algunas excepciones, que "los supermercados de la ciudad de Arroyito no pueden permanecer abiertos los días Domingo" (artículo 1). Por otra parte, dicha ordenanza menciona en sus considerandos que reconoce como antecedente que el Departamento Ejecutivo "logró celebrar convenios con supermercados de nuestra



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

ciudad a los fines de respetar el descanso dominical". Agrega que dicho acuerdo "fue logrado después de arduas negociaciones llevadas a cabo por el Intendente Municipal en virtud que [sic] algunas firmas locales habían comenzado a reabrir sus puertas los días domingo, conllevando esto a echar por tierra una modalidad social que se había impuesto desde el año 2004" (fs. 12 de los autos principales, a los que se hará referencia en lo sucesivo). En sus considerandos se aclara expresamente que la iniciativa tiene como base "la problemática del descanso dominical de los trabajadores en relación de dependencia con empresas comerciales titulares de supermercados de la ciudad" para luego sostener que "este proyecto obedece a una necesidad de carácter humanitario. El trabajador necesita contar con el descanso dominical que favorece el equilibrio laboral-familiar y respeta la tradición de los días domingos [sic], la posibilidad de mantener y sostener el vínculo familiar" (fs. 13). Finalmente, el propio municipio sostuvo al contestar la demanda que "tener que trabajar los días domingo hasta pasado el mediodía impide [a los empleados] el necesario y merecido descanso [parapoder afrontar las obligaciones laborales al día] siguiente" (fs. 78 vta.).

4°) Que con relación al deslinde de facultades es evidente que, al regular el descanso dominical, el Municipio demandado ha invadido una competencia que está reservada de manera exclusiva al Congreso de la Nación, ya que todo lo que queda comprendido en el derecho del trabajo y la seguridad

social es parte integrante del derecho de fondo (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional).

En efecto, en ejercicio de dicha atribución el Congreso dictó, en lo que aquí interesa, la ley 18.204. Allí estableció en todo el territorio nacional la prohibición del trabajo por cuenta ajena desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo siguiente (artículo 1), dejando abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo autorizara excepciones a esa regla. El artículo 9 de la ley dispuso, no obstante, que "[h]asta tanto el Poder Ejecutivo nacional no dicte las normas reglamentarias pertinentes, seguirán rigiendo en cuanto resulten compatibles con las disposiciones de esta ley, los regímenes de excepciones generales y especiales a la prohibición de trabajar los días sábado por la tarde y los días domingo, vigentes en el orden nacional y en el provincial". Esta regla prohibitiva de trabajar desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del domingo no fue modificada por el Congreso en 1974 al dictar la Ley de Contrato de Trabajo. El artículo 204 de la ley 20.744, en efecto, dispuso que "queda prohibida la ocupación del trabajador desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo" salvo en los casos de excepción contemplados en la misma ley para supuestos específicos (artículos 202 y 203) y "los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

la producción u otras características especiales". En otras palabras, al sancionar la Ley de Contrato de Trabajo, el Congreso mantuvo la prohibición y dejó abierta la posibilidad del dictado de leyes o reglamentaciones posteriores que establecieran excepciones. En uso de dicha atribución se dictó el decreto 2284/1991, ratificado por la ley 24.307, que estableció una nueva regulación. El artículo 18 de esa norma suprimió "toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador" (artículo 18). Tal como surge de su extensísimo articulado, el decreto resulta aplicable a todo el territorio nacional, sin perjuicio de que algunas de sus disposiciones, en la medida en que regulan asuntos de competencia provincial, requieren de la adhesión por parte de las provincias. Por esa razón el artículo 119 del decreto invitó "a las Provincias a adherir al régimen sancionado en el presente Decreto en lo que a ellas les compete". Pero esa invitación no involucró la regulación del descanso dominical.

Como puede verse, en uso de facultades constitucionales que le competen de modo exclusivo (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional ya citado) el Congreso, a través del decreto ratificado por la ley 24.307, suprimió toda restricción de días de trabajo, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador. A la luz de ese marco normativo, el

Municipio de Arroyito no tenía atribución alguna para dictar una norma contraria a dichas disposiciones.

5°) Que lo expuesto no implica desconocer las facultades que el Municipio tiene en ejercicio del poder de policía, como es la fijación de los horarios de apertura y cierre. El ejercicio de dichas facultades, sin embargo, no puede desnaturalizar los aspectos del contrato de trabajo regulados por el derecho común, como lo es el relativo al descanso dominical, pues el poder de policía local no puede llegar al extremo de desconocer o invadir una atribución exclusiva que la Constitución Nacional, en el artículo 75, inciso 12, ha puesto bajo la órbita del Gobierno Federal. En ese sentido, esta Corte ha señalado que la facultad conferida a la Nación de dictar los códigos y leyes comunes es de naturaleza exclusiva y, por consiguiente, el Congreso, al ejercitarla, puede impedir que las provincias alteren o modifiquen el contenido de las leyes sustantivas. De lo contrario, la delegación hecha al gobierno de la Nación para dictar los códigos comunes habría quedado reducida a una mera fórmula, pues la mayor parte de las instituciones comprendidas en aquellos son susceptibles de considerables restricciones motivadas en razones de policía (Fallos: 156:20 y 321:3108; Fallos: 308:2569).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara inadmisibile la queja. Dese por perdido el depósito. Restitúyanse los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

SHI, JINCHUI C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE ARROYITO s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

CSJ 1751/2018/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

## *Procuración General de la Nación*

S u p r e m a    C o r t e :

-I-

A fs. 160/172 de los autos principales remitidos en fotocopias certificadas (foliatura a la que me referiré en adelante), el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba hizo lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por el actor -propietario de un supermercado- contra la Municipalidad de la ciudad de Arroyito, en los términos del art. 165, inc. 1°, apartado "a", de la Constitución de Córdoba, y declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/14 dictada por el Concejo Deliberante de aquella ciudad, denominada "Descanso dominical del trabajador".

Para decidir de este modo, el tribunal efectuó, en primer lugar, diversas consideraciones acerca de la norma impugnada, las normas nacionales que regulan el descanso semanal de los trabajadores, la ley provincial 8350 que permite a los establecimientos comerciales o de servicios determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre, el poder de policía en materia de trabajo y la policía del trabajo como control del cumplimiento de las normas y la aplicación de sanciones a los infractores, el esquema de organización del Estado federal que importa el reconocimiento de niveles diferenciados de gobierno, como así también con respecto a la autonomía y competencia material del municipio y los límites al poder de policía municipal.

Seguidamente, sostuvo que la ordenanza 1660/14 pone de manifiesto la extralimitación insalvable en la que ha incurrido el municipio al haber establecido la obligación de los

supermercados de respetar el descanso dominical en forma absoluta, pues ha invadido la esfera de competencia reservada en forma exclusiva al Congreso de la Nación, ya que todo lo que queda comprendido en el derecho del trabajo y la seguridad social es parte integrante del derecho de fondo (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional).

Añadió que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia, por cuanto dicha materia no ha sido delegada a los municipios, además de que existe un régimen general de sanciones por infracciones laborales, uniforme para toda la Nación, regulado por la ley 25.212, anexo II.

En cuanto al poder de policía municipal que invocó la demandada para justificar su competencia para dictar la ordenanza impugnada, señaló que, si bien el municipio puede establecer restricciones al horario comercial en ejercicio de aquel poder, ello está supeditado a que dichas limitaciones estén vinculadas a las atribuciones propias del municipio, tal como dispone el art. 186, inc. 7°, de la Constitución provincial. Además, dicho ejercicio debe ser razonable, lo que supone la constitucionalidad o legalidad de los motivos invocados para justificar la restricción. Entendió el tribunal que, en el caso, el respeto del descanso dominical impuesto a los comercios resulta inconstitucional, pues el municipio carece de competencia para regular esa materia y, al hacerlo, ha invadido la esfera de competencia de los otros órdenes de gobierno que coexisten dentro del Estado federal (arts. 14 y 75,

SHI, JINCHUI C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE ARROYITO s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

CSJ 1751/2018/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

## *Procuración General de la Nación*

inc. 12, de la Constitución Nacional y arts. 54 y 186, inc. 14, de la Constitución provincial).

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 181/196 que, denegado, dio origen a la presente queja.

Sostiene que la decisión apelada parte arbitrariamente de una premisa falsa y equivocada al considerar que la normativa cuestionada en autos tiene naturaleza laboral. Añade que el tribunal, apartándose del contenido real de la ordenanza 1660/14, entendió que tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito y, sin embargo, del análisis de su texto se puede comprobar que el art. 1º dispuso la prohibición de apertura de los supermercados de esa ciudad el día domingo, sin distinguir la situación de los comercios que tienen empleados de aquellos que no los tienen.

Pone de resalto que una norma que regula relaciones en las cuales no interviene ningún empleado evidentemente no tiene naturaleza laboral, máxime cuando el propio actor sólo alega que se ha afectado su derecho a trabajar y ejercer el comercio. Señala que la ordenanza 1660/14 tiene por objeto mantener una costumbre local que tiende a favorecer que todos los habitantes de la ciudad puedan dedicar el día domingo a sus familias y actividades de culto, además de proteger a los pequeños y medianos comerciantes.

Por otra parte, expresa que, en caso de sostenerse que existe una contradicción entre lo previsto por la ley 8350

de la Provincia de Córdoba y por la ordenanza 1660/14 de la ciudad de Arroyito, lo cierto es que mientras la primera es una norma general destinada a regir en todo el ámbito de la provincia para todas las actividades, la segunda constituye una norma posterior y especial dictada por el municipio en el ámbito de su competencia, destinada a regular en su ámbito territorial una situación particular como es el horario de apertura de los supermercados, en orden a preservar una modalidad de vida arraigada y consentida por todos los actores sociales de aquella ciudad. Al ser un principio de nuestro derecho que toda norma especial deroga una ley general y al haber sido excluida la ley local 8350 de modo expreso por lo previsto por la ordenanza, no existe contradicción alguna entre ambos ordenamientos.

En cuanto a la esfera de competencia municipal y a su poder de policía, sostiene que el art. 186, inc. 7°, de la Constitución provincial confiere a los municipios la facultad de regular lo que atañe a los mercados y al ambiente. Agrega que la ordenanza en cuestión fue dictada en ejercicio de tales competencias, sin transgredir ningún límite, pues la facultad de fijar razonablemente un horario de apertura y cierre de los locales, prohibiendo la apertura de los supermercados el día domingo, está dentro de las facultades implícitas reconocidas a las municipalidades para regular todo lo que haga al bienestar general mientras no esté prohibido y no sea materia que corresponda en exclusividad a otro nivel estadual.

Señala que si no existiera la norma cuestionada con su fuerza obligatoria para todos los habitantes de Arroyito no podría defenderse la costumbre local fuertemente arraigada de dedicar el domingo a la recreación familiar y al culto que cada

SHI, JINCHUI C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE ARROYITO s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

CSJ 1751/2018/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

### *Procuración General de la Nación*

uno profese, porque si un solo supermercado trabaja ese día, ello es suficiente para que la competencia no sea igualitaria entre todos los supermercados y perjudicaría a los que no abren el domingo.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente inadmisibile, toda vez que en la especie no media resolución contraria al derecho federal en los términos exigidos por el art. 14, inc. 2°, de la ley 48 al reconocer la sentencia apelada la supremacía de la Constitución Nacional respecto de la ordenanza local que impugnó el actor (Fallos: 263:346; 271:140; 300:474; 314:1776; 318:1690; 327:1548, 5794, entre otros).

En efecto, según surge de la reseña efectuada, la razón decisiva de la Corte provincial para fundar su pronunciamiento fue la invasión de la esfera de competencia del Congreso Nacional en que incurrió el municipio al dictar la ordenanza 1660/14, por cuanto lo relativo al descanso dominical del trabajador integra el derecho de fondo cuya regulación corresponde en forma exclusiva al legislador nacional en atención a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Por lo demás, las genéricas apreciaciones del municipio apelante con respecto a la potestad que se le atribuyó para limitar el ejercicio de determinados derechos individuales con la finalidad de asegurar el interés general y al deber inexcusable de promover y defender los valores históricos que hacen al ambiente y al modo de vida de la comunidad, tampoco

alcanzan a constituir una fundamentación seria y adecuada para el tratamiento de la supuesta lesión a los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional que habría provocado el fallo recurrido.

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha condicionado la admisibilidad del recurso extraordinario, desde sus primeras decisiones, a que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho de esa naturaleza invocado por el recurrente, desde que la razón de ser de esta apelación excepcional radica en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, tratados y leyes que consagra el art. 31 de la Carta Fundamental. Por ello, V.E. ha enfatizado en el tradicional precedente de Fallos: 189:308 que "rige el inciso 2° del art. 14 de la ley 48, que limita la jurisdicción apelada de esta Corte a los casos en que 'la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia'", exigencia que se ha mantenido inalterada (Fallos: 311:955; 327:5733).

En cuanto a los agravios fundados en la arbitrariedad de lo decidido con respecto a la naturaleza laboral de la ordenanza impugnada, entiendo que tampoco son admisibles, pues la apelante se limita a sostener que aquella norma prohíbe la apertura de los supermercados el día domingo -incluyendo a los que no tengan empleados- con el fin de mantener una costumbre local y proteger a los pequeños y medianos comerciantes. Tales afirmaciones no alcanzan para desvirtuar lo afirmado por el tribunal en el sentido de que la ordenanza tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito, materia que se encuentra contemplada por un plexo normativo (leyes 18.204 y

SHI, JINCHUI C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE ARROYITO s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

CSJ 1751/2018/RH1.

(RECURSO DE HECHO)

### *Procuración General de la Nación*

20.744) que tiene como base el art. 14 bis de la Constitución Nacional como expresión del constitucionalismo social, conforme al cual las leyes que protejan el trabajo en sus diversas formas deben asegurar al trabajador "descanso y vacaciones pagados".

Igual suerte corresponde a la queja dirigida a cuestionar la conclusión del tribunal en cuanto a que la demandada, al determinar un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, se inmiscuyó en una materia que no fue delegada por la provincia a los municipios (arts. 54 y 186, inc. 14, de la Constitución provincial). Considero que aquellas cuestiones remiten a aspectos propios del derecho público local que han sido resueltos por el tribunal de la causa sin arbitrariedad, sobre la base de que la actividad administrativa denominada "policía del trabajo" -que se refiere al control del cumplimiento de las normas y la aplicación de sanciones a los infractores- es propia del Estado provincial y que aquella competencia fue ejercida al dictar la ley 8350 sobre la base de lo dispuesto por el art. 54 de la Constitución local.

En este orden de ideas, cabe recordar que, según inveterada doctrina de la Corte, el respeto de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo esencial, versan sobre aspectos propios del derecho público local (Fallos: 311:1428, 312:943, 313:548, 314:810, entre otros).

También tiene dicho el Tribunal que la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas, ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo admite los supuestos de desaciertos y omisiones de

gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 324:3421; 3494; 4123; 4321).

En tales condiciones, entiendo que la vía federal intentada resulta improcedente, toda vez que lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad de normas locales no constituye cuestión federal apta para sustentar el remedio intentado, ya que no existe resolución favorable a la validez de la norma local cuestionada (Fallos: 295:797; 311:955; 313:714; 318:1357; 319:2409; entre otros), y tampoco se advierte que los argumentos esgrimidos con sustento en la arbitrariedad de la sentencia resulten eficaces para habilitar la vía excepcional intentada.

-IV-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar la inadmisibilidad formal de la queja y del recurso extraordinario interpuestos.

Buenos Aires, 12 de abril de 2019.

ES COPIA

LAURA M. MONTI

  
ADRIANA M. MARCHISIO  
Subsecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso de queja interpuesto por la **Municipalidad de la Ciudad de Arroyito**, representada por el **Dr. Julio Antonio Loza** con el patrocinio del **Dr. Juan Manuel Freytes**.

**Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.**



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 29 de Abril de 2021

Vistos los autos: "Goizueta, Andrés Alejandro c/ Ejército Argentino - Contaduría General del Ejército - Estado Mayor General del Ejército - ENA s/ contencioso administrativo-varios".

Considerando:

Que este Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que se remite, por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Sin especial imposición de costas por no haber mediado actividad de la contraria en esta instancia. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional - Ejército Argentino, parte demandada**, representado por la **Dra. Natalia Pigretti**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de la Ciudad de Azul**.

GOIZUETA, ANDRES ALEJANDRO C/ EJERCITO ARGENTINO - CONTADURIA GENERAL DE EJERCITO - ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJERCITO - ENA s/ contencioso administrativo - varios.

FMP 5845/2014/CS1.

(RECURSO EXTRAORDINARIO)

*Procuración General de la Nación*

S u p r e m a    C o r t e :

- I -

A fs. 95/102, la Cámara Federal de Mar del Plata confirmó la decisión de la instancia anterior (v. fs. 67/68) que, al conceder la medida cautelar solicitada por el actor, había ordenado reincorporarlo -provisoriamente y hasta tanto se dictara sentencia definitiva- al cargo que tenía en el Escuadrón de Ingenieros Blindado 1 (Regimiento de Olavarría) del Ejército Argentino, con percepción íntegra de sus haberes a partir de enero de 2014, inclusive.

Para decidir de esa manera, el vocal que votó en primer término sostuvo que, por tratarse de un crédito salarial (y, por ende, de carácter alimentario), la medida cautelar estaba exceptuada de la limitación temporal prevista por el art. 5° de la ley 26.854.

Asimismo, en cuanto al agravio relativo a la falta de requerimiento al Estado Nacional del informe previo del art. 4° de la misma ley, expresó que desnaturalizaba los caracteres de inaudita parte, sin contradictorio y sin intervención de la contraria propios de las medidas cautelares, razón por la cual consideró que esa exigencia era inconstitucional por vulnerar lo dispuesto por los arts. 1°, 16, 43, 75 -incs. 22 y 23- y 116 de la Constitución Nacional y por diversas disposiciones de tratados internacionales con jerarquía constitucional, al restringir el acceso a la justicia de los ciudadanos cuando demandaban al Estado Nacional y colocarlos en una situación de desigualdad procesal, en contradicción con los principios de tutela judicial efectiva y debido proceso legal.

Con relación a los agravios vertidos por la demandada respecto del otorgamiento de la medida cautelar, luego de aludir

a su finalidad y requisitos de procedencia, entendió que la verosimilitud del derecho invocado se encontraba acreditada en atención a la presunta arbitrariedad de la resolución 1852/14, toda vez que el actor la controvertía por violar principios de raigambre constitucional (art. 14 bis) y, por ende, de mayor jerarquía que dicha resolución o que la ley 24.948 y su decreto reglamentario 462/03. Con relación al peligro en la demora, refirió -sin que ello implicara incurrir en prejuicio, según aclaró- que se trataba de un caso de supervivencia, pues el actor necesitaba contar con medios suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de su subsistencia y la de su familia, compuesta por su esposa y tres hijos, y sólo contaba con los ingresos derivados de su relación de empleo con el Ejército Argentino.

El juez que votó en segundo lugar coincidió con los argumentos de su colega según los cuales el art. 4° de la ley 26.854 era inconstitucional y la exigencia temporal prevista por el art. 5° de la misma ley resultaba inaplicable al caso de autos, por tratarse de un crédito alimentario. Asimismo, entendió que de la petición del actor se desprendía un claro temor a que, en los hechos y a partir de un posible o probable accionar estatal, se violentara su derecho -resguardado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional- a trabajar libremente. Agregó que no se observaba que las circunstancias que habían dado origen a la medida cautelar cuestionada hubieran cesado o variado de forma tal que ameritara su modificación o levantamiento.

Finalmente, el tercer vocal de la cámara adhirió a los fundamentos del primer voto.

GOIZUETA, ANDRES ALEJANDRO C/ EJERCITO ARGENTINO - CONTADURIA GENERAL DE EJERCITO - ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJERCITO - ENA s/ contencioso administrativo - varios.

FMP 5845/2014/cs1.

(RECURSO EXTRAORDINARIO)

## *Procuración General de la Nación*

- II -

Disconforme, el Estado Nacional (Ministerio de Defensa - Ejército Argentino) interpuso el recurso extraordinario de fs. 107/123, que fue concedido a fs. 126/128 "con arreglo a los fundamentos precedentemente expuestos (art. 14 ley 48)".

Según tales fundamentos, en primer lugar, la cámara entendió que no se advertían ~~prima facie~~ motivos que justificaran el conocimiento de la Corte Suprema con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, invocada por el recurrente.

Seguidamente, luego de recordar la jurisprudencia de V.E. según la cual las resoluciones sobre medidas cautelares no revestían, en principio, el carácter de sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48, consideró que su pronunciamiento resultaba equiparable a definitivo "dado que de producirse el gravamen que la parte invoca el mismo debe ser atendido en la oportunidad procesal en la que el mismo se ha puesto de manifiesto por quien se dice agraviado" (v. consid IV, primer párrafo).

A continuación, recordó que la ley 26.854 había recibido fuertes objeciones en distintos ámbitos, tanto nacionales como internacionales, y había sido tachada de inconstitucional en reiteradas ocasiones, cuestiones que resultaban suficientes para justificar el interés institucional que revestía el punto cuestionado por la recurrente; a ello, se agregaba el marcado uso del concepto de "interés público" en la nueva ley de medidas cautelares.

En consecuencia, consideró que se advertía, en el caso, un supuesto excepcional que permitía asimilar la sentencia recurrida a una definitiva, que comprendía cuestiones que

excedían el mero interés individual de las partes y afectaban de modo directo a la comunidad.

Finalmente, destacó que, si bien incumbía a V.E. juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de gravedad institucional, ello no eximía a los tribunales anteriores de resolver circunstancialmente si la apelación federal contaba con fundamento suficiente para dar sustento a la invocación de dicha doctrina.

- III -

En sus agravios, la demandada defiende la constitucionalidad del art. 4° de la ley 26.854 sobre la base de considerar que la finalidad del informe previsto por la norma es que la autoridad pública dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud de la medida cautelar, y que el plazo procesal para contestarlo es sumamente exiguo. Agrega que, si se hubiera observado ese precepto, difícilmente habría sido concedida la medida precautoria, pues lo actuado en el ámbito castrense respecto del actor estuvo ajustado a derecho; ello, en tanto no resultaba procedente disponer la permanencia del actor en la fuerza por no cumplirse los requisitos reglamentarios exigidos para su continuidad en el Ejército Argentino.

Al respecto, señala que el actor fue incorporado a las filas del Ejército en los términos del art. 11 de la ley 24.948, reglamentada por el decreto 462/03, que prevé la figura del personal militar incorporado por períodos determinados y dispone un tiempo máximo de permanencia de 13 años; alcanzado éste, afirma, el actor fue notificado el 9 de octubre de 2013 de que no se le renovarían los servicios, situación que

*Procuración General de la Nación*

fue materializada mediante la resolución 1852/14 del jefe del Estado Mayor General del Ejército del 30 de diciembre de 2013.

Aduce que, además de no haberse acreditado la verosimilitud del derecho, la sola manifestación del actor resulta insuficiente para demostrar el peligro en la demora, en tanto no se advierte que sus derechos pudieran tornarse ilusorios durante el tiempo que transcurra hasta el dictado de la sentencia de mérito.

También cuestiona que, a pesar de lo dispuesto por el art. 5° de la ley 26.854, hayan transcurrido varios años desde el dictado de la medida cautelar sin que avanzara la causa principal, lo que evidencia —a su entender— que el actor no tiene urgencia en que se le reconozca o rechace su derecho.

Por último, considera que, como el Estado Nacional no tiene la obligación legal de pagarle el salario al actor (porque no se le renovó su compromiso de servicios en razón de haber alcanzado el tiempo máximo de incorporación de 13 años), no se verifica en el caso la presencia de un crédito alimentario.

- IV -

En orden a verificar si en autos concurren los presupuestos para habilitar la instancia de excepción, cabe recordar que las resoluciones referentes a medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros); pero esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 316:1833; 328:4493 y 4763, entre otros).

Sobre la base de tales premisas, considero que, en el *sub lite*, la resolución apelada es asimilable a definitiva, en tanto la decisión del *a quo* de otorgar la medida cautelar innovativa solicitada por el actor ocasiona a la demandada un agravio de esa naturaleza, pues la decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora; decisión que, a la vez, trae aparejada una alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto de las Fuerzas Armadas que puede perturbar su normal desenvolvimiento; de ese modo, una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación oportuna (v. causas P. 436, L. XLVI, "Plá, José María otros c/ E.N.A. - Minist. de Defensa s/ ordinario" y C. 59, L. XLIX, "Claro, Miguel Ángel c/ Estado Nacional s/ apelación medida cautelar", sentencias del 26 de septiembre de 2012 y del 19 de marzo de 2014, respectivamente; entre otros).

Además, se ha puesto en tela de juicio el alcance de disposiciones de naturaleza federal (leyes 26.854 y 24.948; decreto 462/03) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que la apelante fundó en aquéllas, tal como lo establece el art. 14, inc. 3°, de la ley 48.

Asimismo, estimo que los agravios alegados al deducir el recurso extraordinario se hallan inescindiblemente ligados entre sí, por lo que la concesión parcial decidida por el tribunal apelado implicaría una inadecuada ruptura de la unidad conceptual de la argumentación en que basa sus agravios la apelante, motivo por el cual opino que corresponde su tratamiento conjunto (Fallos: 326:1339 y 2329; 327:2932 y 3597;

GOIZUETA, ANDRES ALEJANDRO C/ EJERCITO ARGENTINO - CONTADURIA GENERAL DE EJERCITO - ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJERCITO - ENA s/ contencioso administrativo - varios.

FMP 5845/2014/CS1.

(RECURSO EXTRAORDINARIO)

## *Procuración General de la Nación*

330:1855 y 2347, entre otros), dada la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio.

- V -

Ante todo, cabe señalar que Andrés Alejandro Goizueta promovió demanda contra el Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) a fin de obtener su reincorporación al Escuadrón de Ingenieros Blindado 1 de Olavarría y el pago de los haberes devengados a partir de enero de 2014, y planteó la ilegalidad e inconstitucionalidad de las normas en que se basó el Estado Mayor General del Ejército para disponer la no renovación de su compromiso de servicios. En ese marco, pidió que se dictara una medida cautelar por la cual se ordenara su inmediata reincorporación y el pago de los haberes que se devengaran hasta el cumplimiento de dicha medida (v. fs. 56/64).

Sentado lo anterior, conviene traer a colación la doctrina de la Corte que enseña, por un lado, que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 329:4161 y 5160, entre otros), así como aquella otra que resalta que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (Fallos: 329:3464 y 4161; 330:2186 y 4076).

En el *sub lite*, a mi modo de ver, los magistrados no verificaron exhaustivamente si la actora había acreditado los

extremos exigibles para la procedencia de la medida cautelar solicitada, defecto que se torna más evidente cuando se repara en que su concesión tiene -como se dijo- los mismos efectos que la admisión de la pretensión de fondo planteada; anticipación que se manifiesta inaceptable al no advertirse que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho pueda influir en el dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible (Fallos: 330:4076).

En efecto, de las constancias obrantes en la causa (v. fs. 27/28) se desprende que, por medio de la Resolución 1852/14 del jefe del Estado Mayor General del Ejército, se dispuso no renovar el compromiso de servicios al cabo primero artículo 11 de Ingenieros Andrés Alejandro Goizueta a partir del 31 de diciembre de 2013, por haber alcanzado el tiempo máximo de incorporación de trece años. En los considerandos de dicha resolución se explica que el art. 3° del anexo I del decreto 462/03 faculta a los jefes de Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas a dictar las resoluciones necesarias para regular los aspectos particulares que rigen al personal militar incorporado por períodos determinados en cada fuerza; y que el art. 4° establece que el tiempo máximo de permanencia en el servicio activo de ese personal en ningún caso podrá superar los trece años de servicio y que, una vez cumplidos, se producirá su baja obligatoria.

En ese contexto, con relación al requisito del *fumus bonis iuris*, la cámara sostuvo que se encontraba configurado en virtud de la presunta arbitrariedad de la resolución 1852/14 porque el actor la cuestionaba por violar lo dispuesto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, norma de jerarquía

GOIZUETA, ANDRES ALEJANDRO C/ EJERCITO ARGENTINO - CONTADURIA GENERAL DE EJERCITO - ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJERCITO - ENA s/ contencioso administrativo - varios.

FMP 5845/2014/CS1.

(RECURSO EXTRAORDINARIO)

## *Procuración General de la Nación*

superior a dicha resolución, a la ley 24.948 y al decreto 462/03 (v. fs. 97, último párrafo).

Ahora bien, la mera afirmación dogmática acerca de la supremacía que una norma constitucional tiene sobre las leyes, los decretos y las resoluciones (lo que resulta innegable, a la luz de lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional) no basta, por sí sola, para que el derecho invocado por quien peticiona una medida cautelar se torne verosímil; de ser así, sería suficiente que el peticionante invocara cualquier precepto constitucional como sustento de su reclamo para que la pretensión cautelar resultara procedente.

En el caso, la verificación de que aquel requisito necesario para la procedencia de una medida cautelar se encontraba reunido requería que los jueces examinaran la índole del vínculo que unía a las partes, regulado *prima facie* por las disposiciones de la ley 24.948 (cuyo art. 11 contempla la existencia de personal militar en actividad incorporado por períodos determinados) y del decreto 462/03 (cuyo art. 4° establece que el tiempo máximo de permanencia en el servicio activo de ese personal no puede superar los trece años, al término de los cuales se producirá su baja obligatoria), y su eventual compatibilidad con el derecho a la estabilidad del empleado público que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Ese examen, que no fue siquiera intentado por la cámara en la resolución apelada, exige un ámbito de mayor debate y prueba que el del proceso cautelar (v. Fallos: 332:1600; 340:1136).

No debe perderse de vista que el Tribunal tiene dicho que la admisión de una medida que busca obtener la reincorporación de los actores en sus respectivos cargos, así como la devolución de los sueldos no percibidos con motivo del

apartamiento de sus puestos, constituye "un acto jurisdiccional de tal magnitud que excede el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad" (Fallos: 327:2490).

- VI -

A mi criterio, resulta innecesario examinar los restantes agravios vertidos por la demandada, pues lo expuesto resulta suficiente para revocar la resolución cautelar apelada, sin que los fundamentos del presente dictamen importen sentar opinión sobre la solución que, en definitiva, quepa dar al pleito.

- VII -

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires,  de febrero de 2019.

ES COPIA

LAURA M. MONTE

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 13 de Mayo de 2021

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 77/111 vta. Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. promueve la presente acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que conlleva la aplicación de una diferencia de alícuota más gravosa en la determinación del impuesto sobre los ingresos brutos (en adelante, ISIB), por aquellos ingresos provenientes de la jurisdicción demandada, cuando parte de la actividad es desarrollada en un establecimiento industrial fuera de esa jurisdicción, en los términos del art. 20, inc. c), de la ley provincial 14.880 (t.o. 2017) y del art. 21, inc. c), de las leyes provinciales 14.653 (t.o. 2015) y 14.808 (t.o. 2016).

Indica que realiza la actividad de "Elaboración de bebidas gaseosas, excepto soda" y que con relación a esta se encuentra obligada a tributar el ISIB por la porción de la actividad llevada a cabo en extraña jurisdicción, de acuerdo a la alícuota diferencial más gravosa prevista en las normas impugnadas.

Sostiene que tal diferencia resulta violatoria de los arts. 8, 9, 10, 11, 16, 28, 31, 75, incs. 1, 10 y 13, y 126 de la Constitución Nacional y, por ello, solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 20, inc. c), y 26, in fine, de la ley 14.880 (t.o. 2017) y de los arts. 21, inc. c), de las

leyes 14.653 (t.o. 2015) y 14.808 (t.o. 2016). A su vez, peticiona que se le permita continuar aplicando la alícuota prevista en el primer párrafo del art. 26 de la ley 14.880 (t.o. 2017), la que también se hallaba contemplada en la leyes impositivas de los años 2015 y 2016.

Destaca que con fecha 16 de diciembre de 2015 presentó una nota informando a ARBA que en lo sucesivo comenzaría a tributar el ISIB por los ingresos generados como consecuencia de la venta de productos en la Provincia de Buenos Aires provenientes de la actividad que desarrolla en sus plantas ubicadas fuera de dicha jurisdicción, tomando en consideración la alícuota de 1,75% -en lugar de la alícuota del 4%- , prevista para aquellas actividades que se llevan a cabo en establecimientos industriales ubicados dentro de la provincia accionada, de conformidad con lo normado por el art. 27, primer párrafo, de la ley 14.653, vigente durante el período fiscal 2015.

Frente a dicha presentación, señala que el 23 de febrero de 2017 la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires le informó que su pedido había sido rechazado mediante "Memorando N° 26/2015" y, a su vez, le hizo saber que debía tributar la alícuota más gravosa prevista en la normativa vigente para la parte de la actividad que lleva a cabo fuera de la Provincia de Buenos Aires, que en su calidad de organismo de aplicación solo podía ejecutar la norma sin cuestionar su



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

validez constitucional y que los efectos de las sentencias son inter partes.

Entiende que el peligro de sufrir un perjuicio es actual y concreto, y que resulta evidente la postura de ARBA, en torno a la liquidación e ingreso del ISIB, al establecer las normas locales cuestionadas alícuotas más gravosas que las previstas para los contribuyentes que desarrollen su actividad en un establecimiento industrial en la provincia demandada.

Señala que son las propias leyes impositivas mencionadas las que determinan de modo expreso un trato diferenciado entre contribuyentes que llevan a cabo la misma actividad, por el solo hecho de poseer o no establecimiento o local industrial en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Indica que ingresó el ISIB correspondiente a los anticipos que van desde el 11/2015 al último presentado a la fecha de la interposición de la demanda, aplicando la alícuota de 1,75%, prevista en el art. 26 de la ley tributaria 14.880 y en sus pares que regían en los períodos fiscales 2015 y 2016. Sobre este aspecto, resalta que ARBA se encuentra autorizada a intimar de manera inmediata frente al supuesto en que el contribuyente aplique una alícuota que no se corresponda con lo normado por la ley impositiva.

Concluye que no existe otro medio judicial más idóneo a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que le genera el

tratamiento impositivo diferencial descrito en función de la actividad que desarrolla en la Provincia de Buenos Aires y que la normativa provincial reseñada resulta manifiestamente inconstitucional y, por lo tanto, le causa un perjuicio actual e inminente.

En razón de lo expuesto, peticiona al Tribunal que determine que no es ajustado a derecho y a la Constitución Nacional que se obligue a la sociedad actora a tributar el ISIB bajo una alícuota más gravosa por aquella parte de su producción que es desarrollada en un establecimiento industrial fuera de la provincia demandada.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar de no innovar a los efectos de que se ordene a la demandada abstenerse de: i) reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto resultante de aplicar alícuotas diferenciales más gravosas desde la posición fiscal 11/2015; ii) de reclamar y/o ejecutar intereses, accesorios, recargos y multas; iii) de trabar cualquier medida cautelar o administrativa sobre su patrimonio; iv) de considerar y catalogar a la sociedad actora como contribuyente de alto riesgo fiscal, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa.

Asimismo, requiere que cautelarmente se le permita tributar a la alícuota prevista para quienes poseen establecimiento en la Provincia de Buenos Aires, respecto de la actividad que lleva a cabo en industrias situadas fuera de tal



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

jurisdicción y, para el caso de que se hiciera lugar a la medida precautoria, peticiona que con su dictado se evite que el impuesto en cuestión continúe ingresando al fisco local como consecuencia de la actuación de los agentes de recaudación.

2°) Que, en forma previa a que el Tribunal se pronuncie acerca de su competencia para entender en el caso por vía de su instancia originaria y en relación con la medida cautelar solicitada, a fs. 117, se requirió a la parte actora que se expidiera acerca de la incidencia de las leyes 14.983 y 15.017 de la Provincia de Buenos Aires en el planteo efectuado en este proceso.

A fs. 118/120 vta., la demandante respondió que, si bien la provincia accionada se adhirió al Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017 (conf. ley provincial 15.017) y, en consecuencia, modificó a partir de 2018 el tratamiento diferencial que motivó la presente demanda (conf. ley provincial 14.983), esta refiere a posiciones previas a ese año, motivo por el cual la cuestión debatida en autos no ha devenido abstracta en tanto "el efecto de la modificación es a futuro desde su sanción y no por el pasado".

En ese sentido, afirmó que las leyes 14.983 y 15.017 no tienen incidencia alguna en el planteo efectuado en estas actuaciones, al no haberse modificado las leyes impositivas de ejercicios fiscales pasados ni instruido a ARBA a que no persiga el cobro del tributo por los períodos previos al ejercicio

fiscal 2018, en caso de que se verificase el supuesto de alícuotas diferenciales más gravosas en el ISIB con motivo del lugar de radicación del contribuyente.

En cuanto a la medida cautelar, por los motivos recién expuestos, insistió que resulta necesario su dictado en lo que respecta a las posiciones noviembre de 2015 a diciembre de 2017, dado que durante dicho período las alícuotas diferenciales se encontraban vigentes, por lo que el fisco provincial se encuentra en condiciones de exigir el cobro compulsivo de las diferencias.

3°) Que, a fs. 122, se requirió a la Provincia de Buenos Aires que informara a este Tribunal sobre la existencia de algún reclamo, procedimiento o acto de cualquier tipo, vinculado al cobro por diferencias de alícuotas del impuesto a los ingresos brutos, basadas en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la contribuyente, por los períodos fiscales transcurridos desde noviembre de 2015 hasta la entrada en vigencia de la ley 14.983.

A fs. 250/250 vta., como respuesta al requerimiento precedente, la parte demandada acompañó copia certificada del expediente administrativo n° 5100-68460/2019, mediante el cual ARBA informó, respecto de Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A., que: a) no existen antecedentes de la generación de casos de fiscalización individualizada como contribuyente del ISIB correspondiente a los ejercicios fiscales 2015 a 2017 en



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

relación con alícuotas diferenciales basadas en el lugar de radicación del establecimiento productivo, y b) no tiene previsto en la selección de casos la generación de un procedimiento a la empresa de marras cuyo motivo se deba exclusivamente al señalado.

De acuerdo a lo informado por el ente recaudador, la provincia accionada señaló que no se había iniciado ningún procedimiento de verificación y que no es política de esa agencia instar dicho procedimiento tendiente a determinar deuda originada exclusivamente en declaración de alícuotas.

Por esta razón, sostuvo que en el caso sub examine no se constataría la existencia de un acto orientado a la estimación o percepción de las obligaciones tributarias del contribuyente en relación con las alícuotas diferenciales del ISIB, basadas en el lugar de radicación de su establecimiento productivo, por los ejercicios fiscales 2015 a 2017.

4°) Que, ante la respuesta dada por la Provincia de Buenos Aires, a fs. 252/254, la parte actora considera, en lo que aquí interesa, que lo informado por ARBA es ambiguo dado que no descartó determinar obligaciones vinculadas con "alícuotas diferenciales" en el marco de inspecciones con objeto más amplio, por lo que -según su entender- el fisco local no se ha inhibido definitivamente de realizar futuros reclamos por diferencias de alícuotas en el ISIB sobre la base del lugar de radicación de la sociedad demandante.

5°) Que, por último, en virtud de las facultades conferidas por el art. 36, inciso 4°, apartado a), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se celebraron las audiencias fijadas para el 5 de diciembre de 2019 y el 2 de marzo de 2020. En la segunda audiencia, las partes manifestaron que no era posible arribar a un acuerdo. Ello no obstante, la parte demandada adujo que la actual administración provincial mantenía el criterio fiscal plasmado en la respuesta al requerimiento formulado por el Tribunal en estos autos (ver acta de fs. 258).

6°) Que la presente causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal, de conformidad con lo decidido en el precedente publicado en Fallos: 329:3890 y en las causas CSJ 230/2011 (47-E)/CS1 "ENOD S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y CSJ 47/2012 (48- A)/CS1 "Aluar Aluminio Argentino S.A.I.C. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencias del 22 y 28 de agosto de 2012, sustancialmente análogas, entre otras, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar reiteraciones innecesarias.

7°) Que, sin perjuicio de ello, es preciso señalar que, por las razones expuestas en los considerandos precedentes, el objeto del pleito se circunscribe a las posiciones noviembre de 2015 a diciembre de 2017, dado que durante esos períodos la actora aplicó la alícuota menor que preveían las leyes 14.653



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

(t.o. 2015), 14.808 (t.o. 2016) y 14.880 entonces vigentes, para los contribuyentes radicados en el territorio provincial.

8°) Que, sentado lo anterior, cabe recordar que este Tribunal ha establecido reiteradamente que medidas cautelares como la requerida no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (Fallos: 328:3018, entre muchos otros).

9°) Que, por otro lado, todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 323:337 y 1849, entre muchos otros).

El examen de la concurrencia del segundo requisito mencionado exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, por la sentencia definitiva (Fallos: 319:1277). En este sentido se ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica (Fallos: 318:30; 325:388).

10) Que en el limitado marco de conocimiento que ofrece el examen de una medida como la requerida en el *sub examine*, el Tribunal considera que los elementos y antecedentes considerados hasta el momento no permiten tener por configurados los aludidos presupuestos de admisibilidad de la cautela requerida, en particular, en lo que atañe al peligro irreparable en la demora.

En efecto, a tenor de lo informado por ARBA en la copia certificada del expediente administrativo n° 5100-68460/2019 y de la respuesta brindada por la Provincia de Buenos Aires al requerimiento del Tribunal (fs. 250 y vta.), la accionada no ha iniciado, por el momento, procedimiento de verificación alguno tendiente a determinar la existencia de una deuda por ISIB con sustento en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la sociedad demandante, por los ejercicios fiscales aquí involucrados.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. II. Correr traslado de la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires, la que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, por el plazo de sesenta días (arts. 338 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para su comunicación al señor Gobernador y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de La

CSJ 838/2017

ORIGINARIO

Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza.



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Plata. III. Rechazar la medida cautelar requerida. Notifíquese Y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Parte actora: **Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A.**, representada por la **doctora Cynthia Paula Calligaro**.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**, representada por la **doctora María Florencia Quiñoa**.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 13 de Mayo de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que los antecedentes del caso, los fundamentos de la resolución del *a quo* y los agravios que sustentaron el recurso extraordinario interpuesto han sido correctamente reseñados en los acápites II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante y a su lectura corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el recurso es formalmente procedente con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la ley 48, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en esta misma causa, sobre cuyo alcance los recurrentes fundan sus reclamos. Además de ello, como se determinará más adelante, los argumentos que sostienen la decisión cuestionada implican un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por esta Corte en su anterior intervención en el caso (cfr. Fallos: 323:3068; 330:1236; 330:4790, cada uno con sus citas).

Por otro lado, además de provenir del superior tribunal de la causa, la sentencia resulta definitiva para los intereses de los apelantes pues pone fin a la acción colectiva

de hábeas corpus en cuyo marco pretendían esgrimir sus pretensiones actuales.

3°) Que de todas las relevantes cuestiones que fueron abordadas en la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 3 de mayo de 2005 (publicada en Fallos: 328:1146), la discusión que los recurrentes vienen planteando se vincula con lo dispuesto en el punto cuarto de su parte dispositiva, en cuanto se ordenó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y al resto de los tribunales de la jurisdicción hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato, cruel inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Debe recordarse que, en la oportunidad mencionada, este Tribunal consideró que la existencia de superpoblación carcelaria, en los niveles alcanzados y admitidos por las partes durante el transcurso de las audiencias públicas que se desarrollaron en esta sede, afectaba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de la libertad y se correspondía con una situación genérica, colectiva y estructural (confr. considerandos 23 y 27 *in fine* de la opinión de la mayoría). Incluso se advirtió, oportunamente, que *"la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad"* (ibídem, considerando 31).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Ante esa situación, esta Corte estableció en aquel pronunciamiento ciertos parámetros destinados a diseñar un modelo de solución, con la explícita intención de inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de tales violaciones constitucionales. Esto último, como bien lo recuerda la señora Procuradora en su dictamen, con la recomendación de que se otorgase amplia participación a todos los actores involucrados, sobre la base de considerar que *"las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso"* (ibídem, considerando 26).

4°) Que, desde la perspectiva del tribunal *a quo*, el mandato que le impartió esta Corte fue agotado, en el ámbito de su competencia, durante el transcurso de los dos años posteriores al dictado del fallo al que se viene haciendo mención, a través de la emisión de las medidas de diversa índole que se detallan en el punto II, parágrafo cuarto, del dictamen de la señora Procuradora. Apoyados en tal premisa, los integrantes de la corte bonaerense entendieron que había concluido *"en el estricto ámbito jurisdiccional"* el trámite del expediente originario, y en consecuencia, remitieron la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia, considerándola una acción primaria de hábeas corpus respecto de la cual carecían de jurisdicción.

5°) Que ingresando al tratamiento de los agravios planteados por los apelantes, merece ser inicialmente recordada la doctrina del Tribunal en materia de hábeas corpus, que indica que el procedimiento aplicado a esta acción exige que se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto. Aunque, en rigor, la valoración de la idoneidad del curso de acción seguido por los jueces de la causa en cada caso particular, conduce a una cuestión, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, corresponde que esta Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (confr. Fallos: 306:448; 322:2735; 323:4108, entre otros).

Examinados los términos de la sentencia cuestionada, podría inicialmente compartirse -y los recurrentes no lo discuten- que las resoluciones que allí se enumeran responden, en alguna medida, a los objetivos planteados por esta Corte para superar la compleja situación que diera origen al pronunciamiento anterior. Sin embargo, este Tribunal considera que el modo en el que han sido resueltas las pretensiones actuales de quienes ocurrieron a esta instancia, irradia dos importantes consecuencias sobre el proceso de ejecución del hábeas corpus colectivo en el que fue dictada aquella decisión, que se alejan de la obligación de hacer efectiva su finalidad.

6°) Que, en primer lugar y con relevancia esencial, de mantenerse el sentido de la resolución en crisis se estaría obligando a los defensores oficiales recurrentes y al resto de



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

los actores involucrados en este proceso a presentar, en el futuro, sus reclamos acerca de situaciones colectivas estructurales vinculadas con las condiciones de detención de la Provincia de Buenos Aires (como los que constituyen el debate de fondo del *sub lite*) ante los juzgados de primera instancia de sus respectivas jurisdicciones territoriales, para que sean tramitados y resueltos individualmente.

Esa alternativa se aparta de la forma en la que se afrontó la misma posibilidad en la sentencia dictada por esta Corte en el año 2005. Resulta pertinente recordar que, en la oportunidad referida, uno de los argumentos que había escogido el tribunal apelado para denegar la procedibilidad de la acción fue, justamente, que debió haber sido ejercida individualmente ante los magistrados legalmente habilitados, en cada caso concreto (confr. "Verbitsky" citado, considerando 6° del voto de la mayoría, y en igual ubicación, de la disidencia parcial del juez Fayt).

Frente a esa opción, este Tribunal subrayó la necesidad de reconocer la protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva involucrados en el hábeas corpus, rechazándose expresamente la posible dispersión de los reclamos al admitirse la acción plural reclamada en beneficio de los intereses de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la provincia (confr. *ibídem* Punto VI, considerandos 14 a 19 de la opinión de la mayoría; y considerando 16 de la disidencia parcial del juez Fayt).

Este modo de entender el alcance de las cuestiones involucradas en el caso determinó que, poco más de un año más tarde, se volviera a invocar la doctrina del precedente "Verbitsky" para ordenar a las instancias provinciales que otorgaran el mismo tratamiento a un nuevo reclamo colectivo, vinculado con las condiciones de detención de personas alojadas en dependencias policiales (confr. "Defensor General del Departamento Judicial de La Plata", publicada en Fallos: 329:4677).

Bajo esa misma idea, y utilizando una fórmula idéntica, es decir, invocando el carácter autoritativo de la sentencia a la que se ha hecho tantas veces alusión, esta Corte intervino nuevamente en el caso a inicios del año 2010, frente a una presentación articulada directamente ante estos estrados por la parte actora en esos autos. En dicha oportunidad, mediante una providencia emitida por el Presidente del Tribunal, se ordenó poner en conocimiento del órgano jurisdiccional de mayor jerarquía de la provincia demandada las condiciones inhumanas de detención informadas por el organismo recurrente, exhortándolo a que considerase especialmente las cuestiones atinentes a la preservación de la seguridad y de la integridad física de las personas privadas de la libertad, y a la prevención de incendios que pudiesen tener origen en la combustión de materiales en elementos destinados al servicio de los detenidos (confr. auto dictado el 23 de febrero de 2010 en el marco del expediente 2407/2005 *"Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires s/ comunicación jornadas s/ ejecución penal en la Prov.*



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Bs. As. En autos: recurso de hecho -Verbitsky, Horacio", obrante en copia a fs. 143).*

Como correctamente lo recuerdan ahora los defensores en el escrito que contiene el recurso extraordinario, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recibió la presentación que le fuera remitida por este Tribunal, y por vía de un proveído firmado por su Vicepresidente, donde se invocó expresamente lo resuelto *in re* "Verbitsky", dispuso conferir vista al Poder Ejecutivo local para que se expidiera sobre cada uno de los "incumplimientos" (así fueron denominados) denunciados por el organismo otrora recurrente (confr. proveído de fecha 25 de marzo de 2010, obrante en copia a fs. 145/145 vta.).

En virtud de tales antecedentes, es dable concluir que el prudente análisis de todas las circunstancias en juego, que en su momento llevó al Tribunal a admitir una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo del reclamo y a implementar un remedio congruente con su alcance, desaconseja volver a transitar un camino que ya fue considerado ineficaz desde una perspectiva enfocada en la entidad y magnitud de las violaciones que -cuando menos- deben comenzar a ser mitigadas, en tanto exceden la eventual promoción de reclamos individuales referidos a situaciones particulares.

7°) Que tampoco puede advertirse qué beneficio implicaría, medido en orden a maximizar la eficiencia del

objetivo que se persigue, la propuesta de reemplazar el proceso colectivo originado a partir de la sentencia dictada hace más de dieciséis años por la sustanciación de una nueva acción colectiva de hábeas corpus, a ser resuelta por un órgano judicial "acorde a la gravedad de los hechos denunciados", expresada por la señora Procuradora en su dictamen (confr. puntos V, último párrafo, y VI, tercer párrafo, de su dictamen).

Por el contrario, de procederse de ese modo, se estaría rehusando la utilidad del caudal fáctico-probatorio reunido en la instancia de origen durante todo este período, del fructuoso aporte de las partes intervinientes y de las prácticas jurisdiccionales que, en mayor o menor medida, han iniciado el proceso de remoción de las indignas condiciones carcelarias que produjeron el estado de cosas que se pretende revertir.

8°) Que, en segundo término, aunque relacionado con el asunto tratado en los dos considerandos anteriores del presente fallo, la decisión en crisis no presta sustento objetivo suficiente a las razones que motivaron al tribunal a quo a determinar que la faz ejecutiva de la sentencia dictada *in re* "Verbitsky" podía darse por finalizada. Sobre esta afirmación en particular, corresponde apreciar que los reclamos actuales impetrados por los defensores públicos oficiales en el expediente se vinculan con una situación fáctica que destacaron especialmente, y respecto de la cual aportaron copiosos elementos de prueba para brindarle apoyo objetivo suficiente; a



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

saber: la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito carcelario provincial y su crecimiento exponencial.

Entre las referencias que citaron los defensores para apoyar ese diagnóstico, se destaca por su relevancia el informe final del Cuarto Informe Periódico de Argentina aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de fecha 31 de marzo de 2010. En ese documento, el organismo mencionado subrayó la importancia de la sentencia dictada por esta Corte *in re* "Verbitsky", en cuanto a la fijación de *"estándares de protección de los derechos de las personas privadas de libertad"*, aunque se lamentó por la *"falta de medidas para la aplicación efectiva de dichos estándares y que la legislación procesal penal y la práctica en materia de prisión preventiva y en materia penitenciaria a nivel provincial no sean conformes a los estándares internacionales"* (confr. CCPR/C/ARG/CO/4, punto C *"Principales motivos de preocupación y recomendaciones"*, parágrafo 16).

9°) Que durante el tiempo en el que el expediente estuvo radicado en esta sede para su resolución, los recurrentes aportaron copias de un requerimiento de informes emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dirigido por vía diplomática al Estado Nacional con fecha 8 de agosto de 2014 (confr. fs. 373/375), con motivo de una resolución dictada por el Ministerio de Seguridad de la provincia mediante la cual se dispuso rehabilitar el funcionamiento de un número significativo de calabozos ubicados en dependencias policiales de la

provincia, levantando la clausura oportunamente dispuesta por esa misma cartera ministerial durante el año 2012 (resolución 642, dictada el 20 de mayo de 2014).

La situación originada a partir de la referida decisión del Poder Ejecutivo provincial condujo finalmente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a adoptar una medida cautelar dirigida al Estado argentino, mediante resolución 31/2016, de fecha 12 de mayo de 2016. De acuerdo a los fundamentos de esa resolución, la Comisión detalló que la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires y la Comisión Provincial de la Memoria habían impulsado sendas peticiones de adopción de medidas cautelares, en relación con la situación de las personas que se encontraban alojadas en seis comisarias ubicadas en la zona sur y la zona oeste del conurbano bonaerense. Luego de relevar las condiciones en las que se cumplía el alojamiento de las personas detenidas en las unidades denunciadas, el organismo consideró consistente la información aportada por los solicitantes durante la sustanciación del procedimiento cautelar en pos de establecer *prima facie* que la vida y la integridad personal de los reclusos se encontraban en situación de riesgo, solicitando al Gobierno nacional la adopción de una serie de medidas necesarias para preservarlas.

Entre los elementos de contexto relevados para apoyar esa conclusión, se tuvo en consideración que, al momento de dictar el fallo "Verbitsky", esta Corte había ordenado la suspensión del alojamiento de personas en sedes policiales, en



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

vista de que tales recintos son centros concebidos para detenciones transitorias que no cuentan con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar condiciones dignas de detención. Sin embargo, la Comisión advirtió que *"luego de la resolución en el fallo Verbitsky y la implementación de diversas acciones, se ha incrementado nuevamente la población de personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires"* (confr. resolución 31/2016 citada, punto III, parágrafo 26 *in fine*).

Para completar el cuadro de situación derivado de la adopción de la medida cautelar reseñada en el párrafo anterior, corresponde agregar que a través de una resolución emitida durante el mes de febrero de 2019, la Comisión Interamericana dispuso ampliar su alcance a otras quince comisarias ubicadas en la Provincia de Buenos Aires, por encontrar suficientemente determinados idénticos riesgos sobre la vida y la integridad personal de las personas allí alojadas. Como factor diferencial en relación con lo dispuesto en la oportunidad anterior, en este caso la Comisión debió enfrentarse con la situación de sedes policiales en las que se alojaban detenidos a pesar de existir resoluciones judiciales que expresamente lo prohibían. Frente a esa circunstancia, el organismo dispuso -entre otras medidas solicitadas al Estado nacional- que se procediera a las clausuras, inhabilitaciones o cierres de las comisarias o dependencias policiales según las valoraciones de las entidades competentes que así lo habían ordenado (confr. resolución 4/2019 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictada el 11

de febrero de 2019; en particular, punto 64.b).iv. de la parte dispositiva).

10) Que, volviendo al análisis de los cuestionamientos articulados por los recurrentes contra el sentido de lo resuelto, a criterio de este Tribunal, sin que esto implique abrir juicio sobre la solución que en definitiva corresponda adoptar al respecto, la decisión examinada pretende clausurar el proceso de hábeas corpus colectivo *como tal*, sin haber ponderado suficientemente el impacto que las medidas practicadas por la corte local habrían tenido, en función de la complejidad de los objetivos fijados en el precedente "Verbitsky" tantas veces citado, y sin explicitar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en relación con la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores.

También en este aspecto se considera que el tribunal *a quo* se ha apartado de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de la primigenia sentencia emitida en estas actuaciones, en cuanto se le encomendó una tarea que debería mantenerse vigente mientras persistan las condiciones carcelarias que obligaron a la firme intervención de esta Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su trascendencia, no ha sido aclarada en ningún sentido en la decisión que se examina.



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En orden a lo que hasta aquí se ha expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Remítase para su agregación a los autos principales a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en la presente. Notifíquese y remítase.

VO-//-

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

Considerando:

1°) Que los antecedentes del caso, los fundamentos de la resolución del *a quo* y los agravios que sustentaron el recurso extraordinario interpuesto han sido correctamente reseñados en los acápite I, II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad (cfr. fs. 341/346 del presente recurso de queja).

2°) Que la sentencia apelada proviene del superior tribunal de la causa y dada la naturaleza colectiva y estructural de la decisión en crisis, el pronunciamiento es equiparable a definitivo, conforme lo sostenido por este Tribunal cuando aseveró que *"el gravamen que provoca el objeto de la acción y que perjudicaría a todos los detenidos en establecimientos policiales de la Provincia de Buenos Aires (representados por la actora) es de imposible e insuficiente reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata"* (Fallos: 328:1146, considerando 13).

Asimismo, el recurso es formalmente procedente con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la ley 48, pues se



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

encuentra en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en esta misma causa, sobre cuyo alcance los recurrentes fundan sus reclamos y a cuyas directivas, como se determinará más adelante, no se ha ajustado la decisión final (Fallos: 298:584; 308:215; 310:2100 y 341:1284, entre otras).

3°) Que de todas las relevantes cuestiones que fueron abordadas en la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 3 de mayo de 2005 (Fallos: 328:1146 "Verbitsky"), en esta oportunidad la discusión gira en torno a lo dispuesto en el punto cuarto de su parte dispositiva, en cuanto se ordenó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y al resto de los tribunales de la jurisdicción hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato cruel, inhumano o degradante, o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Debe recordarse que en el fallo mencionado esta Corte consideró que la existencia de superpoblación carcelaria -en los niveles alcanzados y admitidos por las partes durante el transcurso de las audiencias públicas que se desarrollaron en esta sede- afectaba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de la libertad y se correspondía con una situación genérica, colectiva y estructural (confr. considerandos 23 y 27 *in fine* de la opinión de la mayoría). Incluso se advirtió que *"la situación se mantiene y se*

*agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad"* (ibídem, considerando 31).

Ante esa situación, este Tribunal estableció ciertos parámetros destinados a diseñar un modelo de solución, con la explícita intención de inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de dichas violaciones constitucionales. Esto último, como bien lo recuerda la señora Procuradora Fiscal subrogante en su dictamen, con la recomendación de que se otorgara amplia participación a todos los actores involucrados, sobre la base de considerar que *"las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso"* (ibídem, considerando 26).

4°) Que desde la perspectiva del *a quo*, el mandato que le impartió esta Corte fue agotado en el ámbito de su competencia durante el transcurso de los dos años posteriores al dictado del fallo al que se viene haciendo mención, mediante las diversas medidas que se detallan en el punto II, párrafo cuarto, del dictamen ya citado. Apoyados en tal premisa, los integrantes de la Suprema Corte bonaerense entendieron que había concluido *"en el estricto ámbito jurisdiccional"* el trámite del expediente originario y, en consecuencia, remitieron la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia, considerándola una acción primaria de hábeas corpus colectivo respecto de la cual carecían de jurisdicción.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

5°) Que previo al análisis del caso, merece ser recordada la doctrina del Tribunal en materia de hábeas corpus según la cual el procedimiento aplicado a esta acción exige que se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto. Aunque, en rigor, el alcance que deba tener en cada caso la investigación conduce a una cuestión, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, corresponde que esta Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (confr. Fallos: 306:448; 323:4108; 330:2429, entre otros).

6°) Que la sentencia cuya ejecución pretende continuar la recurrente mediante su presentación, fue dictada por esta Corte Suprema en el marco de un hábeas corpus correctivo que denunciaba el agravamiento de las condiciones de detención del colectivo de personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, en virtud de la manda constitucional en materia carcelaria contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La reforma constitucional de 1994 reconoció una legitimación activa ampliada para la representación judicial de los derechos de incidencia colectiva. Si bien la naturaleza de estos litigios puede conllevar cierta complejidad en la ejecución de sus sentencias, su adecuado cumplimiento entraña un efecto multiplicador en la tutela efectiva de derechos constitucionales.

En esa oportunidad, al interpretar el artículo 43 de la Norma Fundamental, este Tribunal reconoció al hábeas corpus como instrumento para la defensa de derechos de incidencia colectiva en casos donde se esgrimen pretensiones que remiten a bienes jurídicos de valor prioritario. De hecho, el bien tutelado en la especie se caracterizó señalando que *"...lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera serios peligros para la vida y la integridad física de personas..."* (Fallos: 328:1146, considerandos 16, 17 y 19 del voto de la mayoría).

7°) Que la intervención de esta Corte en la ocasión señalada no entrañó injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones; por el contrario, implicó el necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos gubernamentales. Es bien sabido que la Constitución Nacional, en tanto norma jurídica que reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando -como en el caso- se encuentra en debate un derecho humano. De lo contrario, debería admitirse que la Ley Suprema enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último (confr. Fallos: 327:3677, considerando 8°, párrafos 3° y 4°, y doctrina de Fallos: 330:4866, considerando 15).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

La fuerza normativa de la Constitución (Hesse, Konrad "Escritos de derecho constitucional", trad. Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 61; Bidart Campos, Germán "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 19/20; disidencia parcial del juez Rosatti en "Castillo", Fallos: 340:1795, considerando 15), exige frente a mandatos concretos (tal como el que emerge del artículo 18 de la Norma Fundamental al establecer que "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas") que el Poder Judicial despliegue una actividad conducente para dirimir -en los casos que se presenten a sus estrados- si existe una violación a dicho mandato, no solo por acción sino también por la omisión de las autoridades encargadas de concretar tal exigencia constitucional. En dicho marco, la adopción de decisiones de naturaleza compleja y estructural deviene imprescindible a fin de garantizar la efectiva vigencia del mandato constitucional en juego y el respeto a los derechos que de él se desprenden.

8º) Que la dificultad que presenta la ejecución de sentencias adoptadas en procesos colectivos como el *sub lite* deriva, principalmente, de dos razones. La primera, remite a la naturaleza compleja y pluricausal de los conflictos abordados, cuya solución demanda la modificación de políticas públicas y/o de prácticas institucionales. La segunda radica en el tipo de obligaciones impuestas en estas decisiones, que no siempre se

efectiviza en medidas concretas sino en la enunciación de objetivos generales.

Ambos aspectos explican que la ejecución de esta clase de sentencias importe un proceso prolongado y complejo, en cuyo transcurso pueden cambiar los protagonistas iniciales (el universo concreto de afectados con nombre y apellido, que suelen ser reemplazados por otros), y aun las modalidades del agravio originario (algunos problemas pueden solucionarse en el tiempo, pero aparecen otros) manteniéndose -no obstante- el cuadro crítico que promovió la presentación judicial colectiva.

9°) Que así las cosas y toda vez que la protección efectiva de los derechos constitucionales reclamados exige el cumplimiento de estas sentencias, cabe preguntarse: ¿cuándo se puede considerar concluido el proceso de ejecución?, ¿qué acciones importan el cumplimiento de esta clase de sentencias? y ¿cómo se verifica? En otras palabras, de un modo más llano: ¿cuándo y cómo se terminan estos procesos?

La sistematización de los estándares que rigen estos procesos de ejecución de sentencias complejas y, eventualmente, determinan su clausura, requiere -más allá de la atención de las especificidades verificables en cada caso- distinguir dos aspectos: el institucional y el funcional.

En el plano institucional el proceso podría considerarse culminado, desde la perspectiva de la actuación de este Tribunal, una vez que:



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

- i) se han definido claramente las metas a cumplir; y,
- ii) se ha(n) establecido el(los) órgano(s) a cargo de su instrumentación, sea(n) jurisdiccional(es) o no jurisdiccional(es) (por ejemplo, otros departamentos del Estado u organismos específicos, en los supuestos en que la actuación exceda o sea ajena al ámbito de competencia propia del órgano jurisdiccional de ejecución).

En el **plano funcional**, el proceso podría considerarse culminado, desde la perspectiva de la actuación de este Tribunal, una vez que se ha comprobado un nivel de cumplimiento efectivo de las acciones y medidas dispuestas para la solución del caso que sean suficientes para frustrar razonablemente la posibilidad de reversiones que vuelvan la situación al conflictivo punto de partida. La determinación del nivel de avance funcional que permita dar por concluida la actuación de esta Corte dependerá, lógicamente, de las especiales circunstancias de cada proceso concreto.

10) Que ingresando al tratamiento de los agravios planteados por los apelantes, y examinados los términos de la sentencia cuestionada en el marco conceptual descrito en los considerandos 8° y 9°, se aprecia que más allá del cumplimiento de los aspectos relativos al plano institucional, el *a quo* no ha logrado demostrar adecuadamente el cumplimiento cabal del fallo de esta Corte desde un plano funcional. En esa ocasión, entre otras pautas, se instruyó a la Suprema Corte y a los demás

tribunales de la provincia para que, dentro de sus respectivas competencias, extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros; y para que "*hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda*" (Fallos: 328:1146, considerandos 40 y 41 del voto de la mayoría).

De tal modo, el *a quo* no ha ponderado en forma suficiente el impacto que las medidas practicadas habrían tenido en función de los objetivos fijados en "*Verbitsky*", y ha omitido explicar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en referencia a la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores.

Ello resulta especialmente relevante, toda vez que oportunamente se le encomendó una tarea que debía mantenerse vigente mientras persistieran las condiciones que obligaron a la firme intervención de esta Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su trascendencia, no ha sido aclarada en la decisión que se examina.

En tal sentido, la inconsistencia de la decisión en crisis no presta sustento objetivo suficiente a las razones que motivaron al tribunal *a quo* a determinar que la faz ejecutiva de la sentencia dictada por esta Corte en este caso podía darse por



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

finalizada; máxime teniendo en cuenta que los defensores públicos oficiales denuncian y documentan, en su presentación, la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito carcelario provincial y su crecimiento exponencial.

En tales condiciones y en los términos de la decisión impugnada, se consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por este Tribunal, por lo que corresponde su descalificación (artículo 14 de la ley 48).

En orden a lo que hasta aquí se ha expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Remítase para su agregación a los autos principales a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en la presente. Notifíquese y remítase.

DISI-//-

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO  
ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) Los antecedentes del caso han sido correctamente reseñados en los acápites I, II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Estando a estudio del Tribunal el recurso de queja, con fecha 13 de diciembre de 2019 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos presentó un documento que dió lugar a la formación del expediente anexo 7238/2019. Allí sostuvo que, como consecuencia de las órdenes que había impartido en cumplimiento de lo resuelto en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) y su proceso de implementación, se había revertido el grave problema que fuera objeto de decisión en dicho precedente. Señaló, sin embargo, que menos de una década después esa tendencia había cambiado negativamente y que, por ello, continuó adoptando medidas de supervisión de la problemática.

En esa línea, destacó especialmente que había dictado la resolución 2301/2018, por la que había ordenado crear un espacio interinstitucional para el abordaje integral de las condiciones de detención en cárceles y comisarías de la provincia, encomendándole su dirección al Tribunal de Casación Penal. En el marco de dicho espacio, se elaboró el "Documento



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

sobre las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires” en el que se analizó minuciosamente la situación actual de la problemática y de las medidas concretas que podrían adoptarse para solucionarla. A partir de dicho documento, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires concluyó que el panorama actual “es insostenible dado el pico máximo de cantidad de personas encarceladas y el crecimiento interanual de detenidos” (punto IV.1). Agregó que, en dicho período, la Administración no había dado ninguna respuesta útil y que, frente a lo dramático del cuadro de situación (gravosas condiciones de detención que tienden a acentuarse, entre otros factores, en razón de la elevada tasa de detenidos, el uso inadecuado de la prisión preventiva, las modificaciones operadas en la legislación penal y procesal y las dificultades en el régimen de progresividad de ejecución de la pena), correspondía adoptar diversas medidas. En esa línea, (i) recordó a los tribunales locales la absoluta prohibición de alojamiento de menores, enfermos y mujeres embarazadas en dependencias policiales, (ii) exhortó al Poder Ejecutivo a dar respuesta prioritaria y urgente al problema del alojamiento en comisarías clausuradas o inhabilitadas, (iii) encomendó a la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad que, conjuntamente con la Secretaría de Planificación y demás dependencias, evaluara la creación de un “Registro de Clausuras” de dependencias policiales, (iv) propició que el señor Procurador General evaluara la adopción de criterios vinculados a la coerción personal adecuados a la realidad descripta, (v)

reiteró la importancia del uso racional de la prisión preventiva y el uso de alternativas o morigeradoras de acuerdo a los estándares fijados en "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) y (vi) encomendó al espacio interinstitucional referido el seguimiento de la ley de cupos en la legislatura provincial, entre otras.

3°) A los fines de resolver la presente causa, corresponde recordar que la resolución de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires contra la cual se interpuso el recurso extraordinario que motivó la presente queja, ratificó el curso de acción adoptado por su presidente y de esa manera determinó que la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires a fs. 75 no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" (Fallos: 328:1146), sino que, por el contrario, debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo. A tal fin, instruyó a la cámara de apelaciones competente para que determinara el órgano judicial que conocería del asunto. Como fundamento, la Suprema Corte provincial sostuvo que el caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" se encontraba finiquitado desde el 19 de diciembre de 2007.

Acto seguido, resolvió que esta nueva demanda de hábeas corpus colectivo era una causa que, de acuerdo con la constitución provincial, no podía ser resuelta por la Suprema Corte en instancia originaria. Por todo ello, ratificó la competencia del Juzgado Garantías n° 2 de la ciudad de La Plata



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

que fuera sorteado en cumplimiento de la providencia dictada por el presidente del tribunal.

Contra esa decisión el Consejo de Defensores interpuso recurso extraordinario federal, que fue denegado con fundamento en que la decisión apelada no constituía una sentencia definitiva ni equiparable a tal. El auto denegatorio fue impugnado a través del correspondiente recurso de queja.

4°) El objeto de la resolución apelada, del recurso extraordinario y de la queja se circunscribe a determinar el tribunal ante el cual debería tramitar la presentación efectuada por el Consejo de Defensores, es decir, si debe ser la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires o si, como lo dispuso este último tribunal, debe serlo el Juzgado de Garantías n° 2 de la ciudad de La Plata que finalmente resultó sorteado.

5°) El recurso de queja no puede prosperar porque la decisión apelada no es una resolución equiparable a sentencia definitiva. No causa a la parte recurrente ningún agravio de imposible o muy difícil reparación ulterior, ni tampoco decide un punto federal de manera irreversible.

En primer lugar, no se trata de una sentencia definitiva puesto que no se expide sobre la pretensión de fondo contenida en la presentación de los Defensores, referida al agravamiento de las condiciones de detención en que se encuentran los reclusos del sistema penitenciario de la

Provincia de Buenos Aires, se limita a señalar el tribunal que deberá sustanciar el proceso y dictar la sentencia de fondo.

En segundo lugar, no se trata de una sentencia que haya cerrado el acceso a la jurisdicción, ni ha modificado el carácter colectivo de la pretensión, sino que, por el contrario, se limitó a declarar su incompetencia y ordenó la inmediata designación del tribunal que debía conocer en la causa. De hecho, la demanda fue sustanciada y se encuentra actualmente en trámite por ante el Juzgado de Garantías n° 2 de la ciudad de La Plata, tal como se desprende del informe labrado por su secretario y agregado a fs. 558 y sgtes. de las presentes actuaciones.

Tampoco el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires haya ordenado que la presentación tramitara como hábeas corpus colectivo ante el juez que consideró competente en el orden local constituye un manifiesto apartamiento de lo resuelto en la mencionada causa "Verbitsky". En efecto, en dicho pronunciamiento esta Corte no estableció una modificación de las reglas que rigen la competencia originaria de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ni tampoco consagró un derecho especial a litigar en dicha instancia originaria toda demanda fundada en los derechos de las personas privadas de su libertad. Por el contrario, expresamente se preservó el sistema institucional de la provincia en cuanto a la organización de las competencias judiciales. Al respecto, en el punto 4 del mismo fallo, con toda



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

claridad se ordenó a "la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal". Por su parte, el punto resolutivo 3 de aquella sentencia dispuso "que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarias de la provincia de menores y enfermos".

Por último, más allá del acierto o desacierto de la decisión apelada, ella no constituye un impedimento para la búsqueda de soluciones institucionales a la delicada situación en que se encuentra el sistema carcelario provincial. En efecto, tal como surge de la reseña efectuada en el considerando 2° del presente pronunciamiento, la Suprema Corte local en su condición de máxima autoridad judicial de la provincia ordenó al Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires la creación de un mecanismo de deliberación institucional "para que concentre y articule las medidas de los restantes órganos jurisdiccionales y con las áreas del Poder Ejecutivo, así como con otras instituciones públicas y no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos, con el fin de revertir la

situación crítica de las condiciones de detención de las personas” (resolución 2301/18, de fecha 22 de noviembre de 2018). Como resultado de esta instrucción, el Tribunal de Casación llevó a cabo una exhaustiva investigación de los principales factores causales de la sobrepoblación carcelaria y de las medidas concretas para contrarrestarlos (confr. documento sobre las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires, RC 2301/18, firmado el 10 de octubre de 2019). En esa línea, corresponde destacar que el Tribunal de Casación es un tribunal especialmente dotado para la tarea encomendada dado que tiene competencia en todo el territorio de la provincia. Más aun, con motivo de dicho documento, tal como se hizo presente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adoptó una serie de medidas específicas destinadas a solucionar la problemática.

En suma, la decisión apelada no se expide sobre la pretensión de fondo y no ha denegado en absoluto la pretensión de subsanar las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires. Por el contrario, designó un tribunal competente para su tramitación y adoptó medidas específicas para abordar la grave situación denunciada por los recurrentes. Por consiguiente, no existe un agravio de difícil o imposible reparación ulterior que torne equiparable a definitiva la resolución impugnada. Corresponde por ello desestimar la queja interpuesta.



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

6°) Sin perjuicio de la decisión a la que se arriba y de las acciones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires inequívocamente dirigidas a enfrentar la severa crisis del sistema carcelario, en vista de la presentación efectuada por dicho tribunal referida en el considerando 2°, es oportuno hacer explícitas las consideraciones siguientes, vinculadas con los conceptos centrales de la sentencia dictada en el caso "Verbitsky".

La primera de ellas es que las acciones judiciales colectivas sobre fallas estructurales en el sistema penitenciario que generan violaciones sistemáticas de los derechos de los reclusos son casos justiciables y, por lo tanto, deben encontrar una respuesta jurisdiccional efectiva y no solamente exhortaciones o recomendaciones a los demás poderes del Estado o declaraciones generales que testimonien la existencia de los problemas cuya solución se solicita a los tribunales. En este sentido, con independencia del tribunal o tribunales que deban concurrir en la toma de decisiones, los remedios judiciales deben tener un efecto concreto y directo sobre el factor generador de superpoblación carcelaria. La resolución del terrible problema de las fallas estructurales del sistema carcelario requiere una respuesta judicial, pues no debe olvidarse que en un Estado de Derecho existe una especial responsabilidad por la población privada de su libertad, que no puede quedar indefinidamente postergada a la espera de la reacción legislativa o ejecutiva.

El segundo señalamiento se refiere a que la garantía federal de los derechos que asisten a las personas privadas de su libertad debe articularse con el respeto a las facultades judiciales reservadas por la provincia cuando sus tribunales son llamados a evitar su vulneración o a poner fin a situaciones en que ello ya ha ocurrido, de conformidad con la forma en que la Constitución Nacional organiza el sistema federal (artículos 1°, 5°, 121, 122 y 123). Esto no significa, por cierto, que esta Corte resulte ajena a la determinación de si los derechos constitucionales involucrados en las situaciones de detención se hallan vulnerados o a la evaluación de la eficacia de los remedios que eventualmente se ordenen (Fallos: 328:1146; 332:2544).

De ello se deriva un tercer señalamiento: las autoridades de los tres poderes del Estado provincial en el marco de su propio ordenamiento institucional deben actuar de manera coordinada, pero sobre todo efectiva, para atacar la falla institucional que específicamente opera como factor causal de la sobrepoblación carcelaria y de la degradación de la vida de los reclusos que es su directa consecuencia. Se trata de la desproporción entre el ritmo de los ingresos al sistema carcelario y el ritmo con que se generan plazas disponibles con todas las condiciones mínimas cumplidas, sea por egresos definitivos o temporarios, sea por un aumento de la capacidad de alojamiento (construcción de nuevas cárceles o ampliación de las existentes). Esta circunstancia debería ser especialmente tenida



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

en cuenta a la hora de adoptarse una decisión judicial definitiva sobre la causa para así asegurar que todos los órganos del Estado adopten las medidas pertinentes para atacar la superpoblación carcelaria, de modo que la densidad poblacional sea compatible con el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Por todo ello y, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante en los términos expuestos, se rechaza la queja. Notifíquese y archívese.

Recurso de queja interpuesto por el **Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

**Dictamen Jurídico**

**Número:**

**Referencia:** EX-2021-10441870-ANSES-DGEAJ#ANSES

---

SEÑORA DIRECTORA EJECUTIVA DE LA  
ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

Se ha solicitado la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación con motivo de la sentencia de primera instancia dictada en los autos caratulados *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo* (Expte. N.º 38870/2017), que tramita por ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10, Secretaría N.º 1.

-I-

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. A los fines de una mejor comprensión de las cuestiones objeto de consulta, corresponde comenzar por señalar que con motivo del fallecimiento del doctor Néstor Carlos Kirchner, se le otorgó a la doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia prevista en el artículo 4.º de la Ley N.º 24.018 (B.O. 18-12-1991), en su calidad de derechohabiente del ex Presidente de la Nación, mediante la Disposición N.º 5135/10 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales.

Posteriormente, concluidos los dos períodos presidenciales para los que fue electa, el Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Resolución N.º 3193/15, le otorgó a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual

vitalicia establecida en el artículo 1.º de la mencionada Ley N.º 24.018, como ex Primera Mandataria.

Ambos actos generaron derechos subjetivos en la esfera jurídica de la doctora Fernández de Kirchner como beneficiaria de ambas prestaciones, las que tuvieron ejecución efectiva y simultánea hasta el momento en el que se dispuso la suspensión del pago de la segunda de ellas, cuestión esta que será objeto de precisiones seguidamente.

Como se verá, el nacimiento y el cumplimiento de derechos generados por aquellos actos resultan de particular relevancia para el encuadramiento jurídico del caso.

2. En el orden 2 obra el dictamen emitido por esta Procuración del Tesoro de la Nación, el 21 de octubre de 2016, registrado como IF-2016-02475535-APN-PTN.

Dicha opinión fue requerida por la entonces titular del Ministerio de Desarrollo Social, quien consultó a esta Casa acerca de la compatibilidad de las dos asignaciones percibidas por la doctora Fernández de Kirchner, derivadas de la Disposición N.º 5135/10 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y de la Resolución N.º 3193/15 del Ministerio de Desarrollo Social.

En el asesoramiento antes indicado este Organismo Asesor opinó que ... *la doctora Cristina Elisabet Fernández resulta alcanzada por la incompatibilidad prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018, toda vez que percibe la asignación mensual vitalicia que establece su artículo 1.º y, a su vez, goza del haber de pensión otorgado de conformidad con el artículo 4.º del mismo cuerpo legal.*

Dicha conclusión fue precedida por las siguientes premisas: ... *El régimen previsional bajo análisis involucra privilegios que, como tales, son de interpretación restrictiva. Y, tanto la interpretación literal como una hermenéutica finalista de las normas aplicables, conducen a la conclusión de que no procede la acumulación de los referidos beneficios.*

3. En el orden 3 fue agregada una copia de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS mediante la cual se suspendió el pago de la asignación mensual vitalicia otorgada a la doctora Cristina Elisabet Fernández por medio de la Resolución MDS N.º 3193/15; y se la intimó a fin de que en el plazo de diez días ejerciera la opción prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018, para la percepción de uno de los dos beneficios reconocidos.

4. En el orden 4 se adjuntó una copia de la RESOL-2017-1-APN-MDS mediante la

cual se rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la interesada contra la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

5. En el Orden 5 se incorporó el texto de la demanda presentada por la doctora Cristina Fernández de Kirchner contra el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación - Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, que originó el expediente judicial caratulado CSS-38870/2017 *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*, en trámite ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10.

La interesada promovió dicha demanda a fin de obtener un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de las Resoluciones registradas como RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS, y de todo acto dictado en consecuencia.

A su vez, peticionó que se ordene a la demandada la inmediata devolución de las sumas retenidas en virtud de los referidos actos administrativos, con más sus intereses hasta el efectivo pago.

Asimismo, destacó que con fecha 17 de enero de 2017, presentó un recurso jerárquico por ante el entonces Presidente de la Nación, el cual no había sido resuelto. Por esta razón, consideró vencido el plazo establecido en el artículo 91 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72 T.O. 2017 (B.O. 2-11-2017), y habilitada la vía judicial para presentar su reclamo.

6. En el orden 6 se agregó el texto de la contestación de demanda del Ministerio de Desarrollo Social, con el patrocinio letrado del anterior titular de esta Casa, en la que se opusieron las defensas de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimación pasiva y prescripción. Además, solicitó se citara como tercero a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

7.1. En el Orden 7 se adjuntó copia del dictamen de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N.º 1, en la causa *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*.

En primer lugar, informó el titular de esa Fiscalía que, al haberse dictado el sobreseimiento definitivo de las personas imputadas en los autos *Niño, Guadalupe Noemí y otro s/a determinar*, no había obstáculos para oportunamente dictar sentencia en esas actuaciones.

En tal sentido, es oportuno recordar que en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2018 dictada en dicha causa, la Sala I de la Cámara de Apelaciones

en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital concluyó que las conductas allí investigadas, vinculadas con el otorgamiento a la doctora Fernández de Kirchner de la asignación mensual vitalicia prevista en el artículo 1.º de la Ley N.º 24.018 cuando ya tenía conferida la asignación contemplada por el artículo 4.º de la ley como derechohabiente del doctor Kirchner, no implicaron la comisión de ilícito alguno de carácter penal.

Asimismo, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que en el dictado de las resoluciones en crisis (RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS), se había infringido el derecho a la tutela administrativa efectiva, en especial al "debido proceso adjetivo", al destacar que *De la lectura de las constancias obrantes se vislumbra con suma claridad que las decisiones del Ministerio de desarrollo social en juego infringen el principio general de la estabilidad de los actos administrativos, el derecho a la tutela administrativa efectiva y en especial el derecho al debido proceso adjetivo...*

Concluyó en especial que a través de los actos recurridos:

a) *Se lesionó de manera concreta el derecho a la tutela administrativa efectiva, presente tanto en nuestra Constitución Nacional como en diversos Pactos Internacionales que hoy poseen semejante rango.*

b) *Se han dejado sin efecto resoluciones anteriores, dictadas de acuerdo a derecho y que han generado derechos adquiridos, sin intervención alguna de la beneficiaria.*

c) *A la titular no se la ha convocado en ningún momento a participar en las actuaciones administrativas. No se ha cumplimentado con la "garantía de defensa", como garantía constitucional en el Derecho Procesal.*

d) *De manera especial se ha violentado el art 1º inc. f), apartados 1 a 3... de la Ley N.º 19.549 (B.O. 27-4-1972).*

7.2. Respecto a la suspensión en sede administrativa de la asignación mensual vitalicia que le correspondía como ex Presidenta de la Nación, advirtió que no se indicaron las razones que le permitiesen al Poder Administrador quebrantar una ley nacional ... *que explícitamente le prohíbe afectar la subsistencia de un acto jurídico cuando se encuentra firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.*

Y agregó que: *Si como señalan los considerandos de la resolución impugnada, el problema de la Res. MDS N º 3193/15 deriva de un "cumplimiento defectuoso", lo que debió hacer la administración era intimar a su correcto cumplimiento y no suspender, arbitrariamente sus efectos, tal como resolvió la Res. 2016-1768-E-APN-MDS (...) Del análisis de los obrados no surgen elementos algunos que justifiquen la revisión de las decisiones administrativas que concedieron a la Ex-Presidenta la asignación vitalicia. Cabe aclarar que tampoco se encuentran vertidos los fundamentos que motivaron solicitar la revisión.*

7.3. Acerca de la garantía de la estabilidad del acto administrativo consagrada en los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549, indicó que... *frente a un acto administrativo dictado por la propia administración que se considera lesivo a los intereses públicos y que goza de los atributos de la estabilidad, la administración pública debe acudir al órgano judicial a fin de obtener su invalidación.*

Aseveró, también, que no se encontraban configuradas las causales establecidas en el artículo 18 de la referida Ley, que habilitan a la Administración Pública a revocar, bajo ciertas condiciones, los actos administrativos regulares.

8.1. En el orden 8 se adjuntó el fallo de primera instancia del 29 de diciembre de 2020, dictado por el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10 en el citado expediente.

8.2. En términos generales, el sentenciante coincidió con el temperamento plasmado en el dictamen del Fiscal Federal ya reseñado.

Consideró que... *El "Thema Decidendum" troncal de los presentes actuados radica en discernir si resulta ajustada a derecho -con la debida notificación y participación de la beneficiaria que le permitiera ejercer su derecho de defensa-, la RES.-2016-1768-E-APN-MDS dictada el 1º de noviembre de 2016 por la entonces Sra. Ministra de Desarrollo Social... que suspendió el pago de la asignación mensual vitalicia a favor de la doctora Fernández de Kirchner.*

8.3. En ese orden de ideas, sostuvo que dicho acto vulneró el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en especial, el debido proceso adjetivo; y destacó que... *la primer notificación fehaciente realizada a la actora de la RES.-2016-1768-E-APN-MDS fue la llevada a cabo a través de su apoderada Dra. Graciana Peñafort, mediante carta certificada N° EC633004267 con fecha 18/11/2016, esto es que se la emplaza por 10 por diez días a realizar una opción y a oponer defensas.*

Asimismo, indicó que la RESOL-2017-1-APN-MDS, de la entonces Ministra de Desarrollo Social... *reconoce expresamente la falta de notificación fehaciente a la actora de una decisión que se encontraba efectivizándose y, por tanto, ya se había perfeccionado.*

8.4. Destacó que la Resolución MD N.º 3193/15... *es un acto firme y consentido, el cual ha generado derechos subjetivos en pacífico cumplimiento, y continúa en vigencia, y aclaró que si presentaba alguna irregularidad o, como se diera en llamar, un "defectuoso cumplimiento", correspondía aplicar en debida forma la Ley de Procedimiento Administrativo y/o, en su caso, acudir a sede judicial.*

8.5. A tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y su principio general en materia de

nulidades, concluyó que ... el Ministerio no dio participación a la interesada, decisión que refleja las vías de hecho en que incurre la Administración, siendo por ello que en la especie, no se dan las condiciones que habilitan al órgano administrador a ejercer las facultades conferidas por el art. 15 de la ley 24.241, por lo que la resolución impugnada en su forma, no ha sido dictada conforme a derecho.

8.6. Coincidió en que las decisiones cuestionadas infringieron ... el principio general de la estabilidad de los actos administrativos, el derecho a la tutela administrativa efectiva y en especial el derecho al debido proceso adjetivo.

8.7. En sustento de sus conclusiones referidas a que en el caso se violó el derecho de la interesada al debido procedimiento adjetivo, y a que la Administración no estaba facultada para disponer en su propia sede la suspensión del beneficio acordado por la Resolución MDS N.º 3193/15, el sentenciante invocó diversas fuentes doctrinarias (Greco, Carlos M., *Vías de hecho administrativas*, L.L. 1980-C, pág. 1207; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, T. II, pág. 213; y Escola, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ed. Depalma, 1975, pág. 120).

Y, a la par, se remitió a los criterios plasmados en diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencias dictadas en las causas *Carman de Cantón, Elena c/Nación Argentina s/Pensión; Copa, Diego c/ANSES s/medidas cautelares; Castellanos, Jaime Enrique c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos; y Kek, Sergio Leonardo y otros c/Municipalidad de Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa*); de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fallo dictado en la causa *Altman Construcciones S.A. c/GCBA s/Impugnación de actos administrativos*); y de la Cámara Federal de la Seguridad Social (pronunciamientos emitidos en las causas *Paladino, Marta Amelia c/A.N.Se.S. s/amparos y sumarísimos; Quiroga, Gabriela Josefa c/A.N.Se.S.; Pugliese, Juan Carlos c/ANSES s/reajustes varios; y Felman, Andrea Gabriela y otros c/E.N. Secretaría de Desarrollo Soc. Com. Nac. de Pen. Asist. s/amparos y sumarísimos*).

8.8. Por lo expuesto, el Magistrado actuante hizo lugar a la demanda, decretó la nulidad de las Resoluciones RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS del Ministerio de Desarrollo Social, sus actos preliminares y de todo acto dictado en consecuencia. Además ordenó a la ANSES que en el plazo de 30 días proceda a la restitución de asignación mensual vitalicia suspendida a la actora, con más los intereses debidos hasta el efectivo pago.

9. En el orden 9 obra el informe elaborado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES)

dirigido a la titular de dicho organismo.

Ese servicio jurídico, luego de reseñar lo actuado, aconsejó la remisión de las actuaciones a este Organismo Asesor. En tal sentido, sostuvo que: ... *siendo que esta ANSES no dictó la resolución impugnada y recién tomó intervención en la causa de la referencia con posterioridad a la contestación de la demanda, salvo mejor opinión, correspondería dar intervención a la Procuración del Tesoro de la Nación con motivo del dictado de la sentencia definitiva del 29 de diciembre de 2020, en atención a la previa intervención de ese Órgano Asesor mediante el referido dictamen.*

*Asimismo, correspondería la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación atento el patrocinio ejercido en la contestación de la demanda y a tenor de lo dispuesto por el art. 6 de la Ley N° 12.954.*

10. En ese estado del trámite, en el orden 11 tomó intervención la señora Directora Ejecutiva de la Administración Nacional de la Seguridad Social, en los siguientes términos: ... *en virtud de la relevante significación institucional del caso, se remite el presente expediente a esa Procuración del Tesoro de la Nación con el objeto de requerir su opinión a la luz de los fundamentos del dictamen fiscal del 2 de octubre de 2020 y la sentencia definitiva del 29 de diciembre de 2020, en función de los antecedentes del caso y su intervención previa mediante Dictamen N° IF-2016-02475535-APN-PTN y en la contestación de la demanda patrocinando al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.*

-II-

#### MARCO NORMATIVO

1. La cuestión en análisis se encuentra regida por la Ley N.º 24.018 de Jubilaciones y Pensiones para ciertos funcionarios del Gobierno Nacional y sus modificatorias.

1.1. Según el artículo 1.º de dicha ley, quedan comprendidos dentro del régimen de asignaciones mensuales vitalicias que ella establece, a partir del cese en sus funciones: el Presidente y el Vicepresidente de la Nación, y los Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1.2. El artículo 3.º, en su segundo párrafo, establece que al Presidente de la Nación se le reconoce una asignación equivalente a la suma que por todo concepto corresponda a la remuneración de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y al Vicepresidente las tres cuartas partes de dicha suma.

1.3. Asimismo, el artículo 4.º dispone que si se produjera el fallecimiento del titular de la asignación, el derecho acordado o a acordarse se extenderá a la viuda o viudo, en concurrencia con los hijos e hijas solteros hasta los dieciocho (18) años de edad.

1.4. El artículo 5.º, por su parte, establece que: *La percepción de la asignación ordenada en el artículo 1, es incompatible con el goce de toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho de los interesados a optar por aquélla por estos últimos beneficios. Para tener derecho al goce de esa asignación es condición que los beneficiarios estén domiciliados en el país.*

2. La autoridad de aplicación del citado régimen es actualmente la Administración Nacional de la Seguridad Social, conforme lo previsto por el artículo 15 del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 746/17 (B.O. 26-9-2017), que transfirió a ese organismo descentralizado, a partir del 1 de octubre de 2017, las funciones de tramitación, otorgamiento, liquidación y pago de distintas prestaciones no contributivas que otrora se encontraban a cargo de la ex Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Esta última había sido previamente suprimida por el artículo 6.º del Decreto N.º 698/17 (B.O. 6-9-2017).

-III-

#### OBJETO DE LA CONSULTA

1. A la luz de los antecedentes acompañados, las cuestiones a examinar son las siguientes:

i. La validez jurídica de las Resoluciones RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS.

ii. Si existe incompatibilidad en la percepción de los beneficios otorgados a la interesada por medio de la Disposición N.º 5135/2010 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y de la Resolución N.º 3193/2015 del Ministerio de Desarrollo Social, respectivamente.

2. Me referiré a ambas cuestiones en el orden enunciado.

- IV -

## ADVERTENCIA PRELIMINAR

1. Si bien en distintas oportunidades esta Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que cuando una cuestión está sometida a la resolución del Poder Judicial los órganos de la Administración deben evitar verter apreciaciones que hagan a la decisión de aquél, tal criterio -que no responde a un imperativo legal o reglamentario expreso- cede ante la necesidad de adoptar los cursos de acción que contribuyan al restablecimiento de la juridicidad en los casos en los que ella se encuentre gravemente quebrantada (doctrina de *Dictámenes* 255:663).

En especial cuando se configuran situaciones en las que la jurisprudencia, particularmente la emanada del máximo Tribunal de Justicia, ha adoptado definiciones que ponen en crisis lo decidido por el Poder Administrador.

En situaciones de esa índole, ha dicho esta Casa, resulta conveniente que la Administración Pública se atenga a los criterios jurisprudenciales en cuanto a la aplicación del Derecho. No sólo por la armonía que debe existir entre los distintos órganos estatales, sino también por la necesidad de evitar que el Estado impulse en sede judicial pretensiones que previsiblemente estén destinadas a un resultado desfavorable, con el consiguiente riesgo vinculado con la eventual imposición de costas.

Dicha pauta de actuación resulta particularmente predicable cuando exista una doctrina judicial sobre una materia determinada, y ella resulte coetánea con la determinación que deba tomar la Administración. En tales casos, la adopción de un temperamento opuesto al de la jurisprudencia *sólo puede constituir una mera declamación que va a atentar contra los principios de economía y celeridad procesales* (doctrina de *Dictámenes* 244:325 y sus citas: 144:134; 174:98; 179:75; 205:113 y 124; asimismo, 251:492 y 304 129, entre otros).

Los extremos señalados en los párrafos que anteceden se presentan en el caso que aquí nos ocupa, pues en la consulta formulada a esta Casa subyace la necesidad de analizar cuáles son los cauces para el restablecimiento, en sede administrativa, de la legalidad vulnerada por los actos que fueron jurídicamente descalificados por la sentencia arriba reseñada; la que, como quedó expuesto en la reseña antes efectuada, se basó en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, algunos de ellos contemporáneos (vgr. autos *Kek, Sergio Leonardo y otros c/Municipalidad de Coronel Du Graty*), que consagran una doctrina en materia de revocación administrativa de actos generadores de derechos subjetivos que han tenido principio de cumplimiento, opuesto a lo decidido en la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

En ese orden de ideas, me anticipo a señalar que esta última se evidencia como un acto contrario al orden jurídico, situación claramente advertida tanto en el dictamen de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N.º 1 como en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 10 de

ese fuero en la causa arriba aludida.

Al respecto, cabe recordar que el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, cuando corresponde que ella sea puesta en práctica conforme al ordenamiento jurídico, no puede verse inhibido por la circunstancia de que exista un proceso contencioso pendiente, como lo es aquí la causa *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*. Máxime cuando el uso de tal prerrogativa tiene por finalidad ajustar los efectos de la conducta administrativa a criterios de legalidad (doctrina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, Sala II, 15/4/1993, *Wag S.A.*, L.L. T. 1993-D, pág. 391 y ss.; en igual sentido, Sala III, 8/9/1982, *Garda, Mario Enrique* y 14/4/1983, *Fadlala de Ferreyra*, E.D. T. 105, pág. 689; y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF C/Estado Nacional-Ministerio de Economía s/Cobro de Sumas de Dinero*, A. 414. XLIV. ROR, 14/09/2010).

2.1. En ese orden de ideas estimo necesario adelantar que, a mi entender, la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS es un acto nulo, viciado de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549; similar calificación merece la similar RESOL-2017-1-APN-MDS por la que fue desestimado el recurso de reconsideración deducido contra aquel acto.

A ello me referiré en el capítulo siguiente de este asesoramiento.

2.2. Tengo especialmente en cuenta a los fines de este análisis que la actuación del Estado Nacional, como persona ética por excelencia (*Dictámenes* 190:103; 223:147; 251:411), está sujeta al principio de legalidad; lo cual significa que debe ajustar su conducta a las disposiciones que componen el orden jurídico.

Sobre el particular, en forma reciente este Organismo Asesor ha tenido oportunidad de destacar que, en base a esta noción del principio de legalidad, se ha concebido un tipo de organización estatal que se desenvuelve de acuerdo con la ley y que, en las relaciones con los particulares, se somete a un conjunto de reglas que a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en orden a la consecución de sus fines; y que el Derecho Administrativo se desarrolla desde la idea de que la Administración se halla sometida ("*condicionada jurídicamente*") a la ley, entendida esta última en sentido lato, comprensivo de la Constitución, de los Tratados, de las leyes e incluso de los actos de alcance general emanados del propio Poder Administrador (*Dictamen IF-2020-28204159-APN-PTN*).

Al respecto, tal como se dijo en la opinión citada precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que ... *el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de*

*tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso... (Fallos, 315: 2771).*

Es que, siendo el Estado quien formula el derecho, se obliga a respetar la norma que él ha establecido (Stein, Edith, *De L'État*, Friburgo, 1989, pág. 97).

Así, el principio de legalidad permite configurar el sistema jurídico de un modo tal que posibilita que no solo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial sean llevadas a cabo conforme al derecho vigente, limitando formalmente el accionar del Estado (Zarini, Helio J., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2a. edición, 1999, pag. 431; Gelli, Maria Angelica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4.ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pag. 331).

Es por ello que el actuar administrativo debe ... *hallar fundamento y confines en la ley, siendo así que, el principio de legalidad, por un lado, habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada y, por el otro, le impone límites a ese accionar; los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado.* (Dictamen IF-2020-28204159-APN-PTN).

2.3. Este principio rector se encuentra plasmado en forma expresa en el artículo 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 que impone la obligación al Estado Nacional de revocar en sede administrativa, por razones de ilegitimidad, los actos administrativos afectados de nulidad absoluta.

Pero, agrega la norma, cuando esos actos estuvieren firmes y consentidos y hubieren generados derechos subjetivos que se estén cumpliendo, *sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.*

2.4. En consecuencia, mi convicción acerca de la nulidad de los actos administrativos en crisis (RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS), mi deber como Director General del Cuerpo de Abogados del Estado y máximo órgano de asesoramiento jurídico de la Administración Nacional (arts. 2.º y 5.º, inc. d, de la Ley N.º 12.954 -B.O. 10-3-1947-; y arts. 3.º y 4.º del Decreto Reglamentario N.º 34.952/47 -B.O. 13-11-1947) y lo dispuesto por el citado precepto de la Ley N.º 19.549, hacen indispensable que emita mi opinión en estos actuados a fin de contribuir al restablecimiento de la juridicidad, en línea con los principios rectores que deben guiar la actuación de la Administración (*Dictámenes* 244:648; 246:703; 294:059; *Fallos* 250:491; 302:545), y, simultáneamente, no generar un innecesario dispendio de actividad jurisdiccional (*Dictámenes* 224:209; 225:28; 249:614).

ANÁLISIS

Las Resoluciones RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS.

1. Como lo adelanté en el capítulo precedente, las Resoluciones que nos ocupan son, a mi juicio, nulas de nulidad absoluta e insanable.

2. Los antecedentes determinantes para juzgar la ilegitimidad de estos actos administrativos son los siguientes:

2.1. El 21 de diciembre de 2007, a través de la Resolución 4616/07 del Ministerio de Desarrollo Social, le fue otorgada al doctor Néstor Carlos Kirchner la asignación mensual vitalicia como ex presidente de la Nación, en los términos del artículo 1.º de la Ley N.º 24.018.

2.2. Con motivo del fallecimiento del doctor Kirchner, se le concedió a la doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia prevista en el artículo 4.º de la referida Ley, en calidad de derechohabiente, por conducto de la Disposición de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales N.º 5135/10.

2.3. Mediante la Resolución del Ministerio de Desarrollo Social N.º 3193/15 se le otorgó a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia establecida en el artículo 1.º de la mencionada Ley N.º 24.018, por haber ejercido la Primera Magistratura de la Nación durante dos períodos presidenciales.

2.4. La ex Presidenta percibió ambos beneficios durante casi un año en forma pacífica, más allá de sus reclamos respecto de los descuentos que se le efectuaban en concepto de impuesto a las ganancias.

2.5. El 1.º de noviembre de 2016 se dictó la primera de las Resoluciones cuestionadas (RESOL-2016-1768-E-APN-MDS) que suspendió ... *a partir de la fecha de la presente, el pago de la asignación mensual vitalicia, que fuera otorgada a la Dra. Cristina Elisabet FERNÁNDEZ (...) por Resolución MDS N.º 3193/15, conforme lo indicado en los considerandos de la presente...* y la intimó a ejercer la opción prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018, entre la percepción del beneficio que le fuera reconocido por la Disposición CNPA N.º 5135/10 y la asignación que le fuera otorgada por Resolución MDS N.º 3193/15.

2.6. La RESOL-2017-1-APN-MDS, del 3 de enero de 2017, rechazó el planteo de nulidad efectuado por la doctora Fernández de Kirchner (tramitado como

recurso de reconsideración) contra la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS (art. 2.º).

Asimismo, dispuso intimarla ... a fin de que formule por separado su petición de reliquidación de los beneficios que habría percibido (40-5-8085268-0 y 40-5-8085213-0) y de devolución de las sumas que considera indebidamente retenidas en concepto de Impuesto a las Ganancias, bajo apercibimiento de proceder a la caducidad del procedimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto N° 1759/72 (t.o. 1991) y por el artículo 1º inciso e) apartado 9 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (art. 3.º).

2.7. Como consecuencia del rechazo del recurso de reconsideración quedó expedito el recurso jerárquico subsidiario.

2.8. No habiendo sido resuelto el recurso jerárquico subsidiario dentro del plazo establecido por el artículo 91 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72 T.O. 2017, la recurrente hizo uso del derecho de considerarlo denegado tácitamente e interpuso la demanda judicial ya referida.

2.9. El 3 de junio de 2019, mediante el Decreto N.º 394/19 (B.O. 4-6-2019), el Poder Ejecutivo rechazó el recurso jerárquico mencionado.

3. Diversos son los vicios que afectan a la Resolución registrada como RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

4. Vicio en la competencia.

4.1. El inciso a) del artículo 7.º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (LNPA) establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo:

*a) ser dictado por autoridad competente.*

De las constancias de autos puede extraerse claramente que los beneficios de los que gozaba la ex Presidenta fueron otorgados mediante actos administrativos que, al momento del dictado de la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS, se encontraban firmes, consentidos y habían generado derechos subjetivos que se estaban cumpliendo.

En tales condiciones, por regla, el único procedimiento válido para intentar su revocación y evitar que continuaran produciendo sus efectos era instar la acción de lesividad en sede judicial.

Así lo establece la segunda parte del ya citado artículo 17 de la LNPA, en estos términos: ... *si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado*

*derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.*

Al respecto, en uno de los precedentes citados esta Casa tuvo oportunidad de señalar lo siguiente:

*La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto que confiere derechos a los particulares, es garantizar el ejercicio normal de esos derechos hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario.*

*No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco suspenderlo, pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior (GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, 8ª edición, 2003, pág. VI-13) (Dictámenes 259:11).*

Como puede apreciarse, la sola lectura de la norma transcripta demuestra en forma palmaria que la entonces Ministra de Desarrollo Social carecía de competencia para suspender el beneficio del que gozaba la ex Presidenta.

En igual medida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció advirtiéndole que la falta de atribuciones normativas suficientes para el dictado de un acto administrativo es fundamento para arribar a su invalidez (Fallos 342:1632, cons. 9).

En efecto, toda vez que el acto que le otorgó la asignación mensual vitalicia como ex Presidenta de la Nación se encontraba firme, consentido y había generado derechos que estaban en cumplimiento, la competencia para revocarlo, suspenderlo o modificarlo, a tenor del artículo 17 de la LNPA, le correspondía en forma excluyente al Poder Judicial de la Nación.

Como bien lo ha recordado el Fiscal Federal en la causa judicial que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ... resolvió que los actos administrativos firmes, que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó si generaron derechos subjetivos que se incorporaron al patrimonio de sus destinatarios (Fallos: 175:368; 285:195; 308:601; 310:1045; 327:5356, entre muchos otros); destacando que este es un principio "de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es la seguridad" (Fallos: 310:1045 y 327:5356) (conf. CSJN, "Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa", sentencia del 25 de marzo de 2015).

Señaló también el Alto Tribunal que el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de "restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad". Tal como lo dijo esta Corte, **"no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo"** (Fallos: 175:368) (el resaltado no es del original).

Y agregó que lo expuesto implica que la excepción -la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de "un error grave de derecho"- debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356).

4.2. Tampoco contaba la ex titular del Ministerio de Desarrollo Social con la posibilidad de ejercer la competencia derivada del artículo 15, segundo párrafo, de la Ley N.º 24.241 (B.O. 18-10-1993), norma que autoriza de manera excepcional a revocar o suspender, en sede administrativa, el otorgamiento de beneficios previsionales cuando los actos respectivos estén viciados de nulidad absoluta.

4.2.1. En primer lugar, el propio Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Resolución RESOL-2017-1-APN-MDS (que desestimó la impugnación deducida contra la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS), expresó claramente que ... la Resolución MDS N.º 3193/15 se trata de un acto administrativo regular... (párr. 30 y 31 del Considerando del acto citado en primer término).

Siendo así, toda vez que el citado artículo 15 de la Ley N.º 24.241 exige, para el ejercicio de la potestad que confiere, la existencia de una nulidad absoluta, y que la propia titular de aquel Departamento de Estado calificó a la Resolución MDS N.º 3193/15 como un acto regular, la decisión de suspender el pago de la asignación mensual vitalicia no pudo sostenerse válidamente en lo dispuesto en aquella norma legal.

4.2.2. Por otra parte, como lo recuerda la sentencia de primera instancia dictada en el pleito judicial que nos ocupa, es nutrida la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que exige, para el ejercicio de la atribución contenida en el aludido artículo 15, la estricta observancia del debido procedimiento previo; es decir, la notificación al interesado y el respeto a su derecho de defensa (in re: *Copa, Diego c/ANSES s/medidas cautelares - Fallos 324:1403-*; y *Castellanos, Jaime Enrique c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos -Fallos 319:2416-* citados en págs. 15/16 del pronunciamiento del Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10).

En el punto 5 de este mismo Capítulo del presente asesoramiento, me referiré específicamente al vicio de procedimiento que, a mi juicio, exhibe la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

4.3. En consecuencia, la existencia del vicio de incompetencia en el dictado de la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS, la torna nula de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 inciso b) de la LNPA, en tanto establece que el acto administrativo es nulo de nulidad absoluta e insanable: *Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia...*

A la luz de las consideraciones efectuadas resulta claro que una decisión como la implementada a través de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS sólo podía ser adoptada por el Poder Judicial. Pesa sobre ese acto, pues, un vicio de incompetencia radical.

**La incompetencia en razón de la materia se halla configurada en el presente por la circunstancia de que la Administración ha dictado un acto en una materia que resultaba ajena a su competencia propia, invadiendo la esfera del Poder Judicial**, configurando este tipo de vicio una nulidad absoluta por afectar el orden público administrativo (Cassagne, Juan C., *El acto administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 321-322).

En el mismo sentido se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como "exceso de poder" puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido al emitir el acto en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto (Comadira, Julio Rodolfo - Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, anotada y comentada, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 299).

## 5. Vicios en el procedimiento.

5.1. Dos son, básicamente, las normas que corresponde considerar.

i. El artículo 7.º de la LNPA establece en la primera parte de su inciso d), como otro de los elementos esenciales de todo acto administrativo, el Procedimiento:

*d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.*

ii. Como una derivación del derecho de defensa en juicio, consagrado en la Constitución Nacional, el artículo 1.º inciso f) de la LNPA consagra el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, y añade que éste comprende:

*Derecho a ser oído.*

1) *De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión*

**de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos...** (el destacado me pertenece).

En doctrina se señaló que ... ante el vicio grave de procedimiento, la consecuencia irremediable es la nulidad absoluta. Nada más es dable exigir al interesado en dicha nulidad; y que ... Obsérvese que cuando el legislador determina que antes de la emisión del acto deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y que la violación de tales formas esenciales genera la nulidad absoluta, esta efectuando una clara opción de política legislativa, según la cual ante la falta o vicio grave en dichos procedimientos la consecuencia necesaria es la nulidad del acto (Canda, Fabián, *El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación*, El Derecho, Serie Derecho Administrativo, 2001/2002, págs. 233 a 236).

Cabe también mencionar la jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal, el que invalidó distintos actos administrativos (en el caso, resoluciones del entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación), en tanto aquéllos habían sido dictados sin la observancia de los procedimientos previos normativamente establecidos (*Fallos* 339:1077, cons. 14 a 17 y 40).

Acerca de la importancia del debido proceso adjetivo en el marco de un procedimiento administrativo, también se ha dicho, examinando los vicios previos a la emisión de un acto -entre los que se incluye el no haberle dado oportunidad de defensa al interesado-, que *En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista* (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, 10ª. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2011, Cap. X).

5.2. En esa misma línea de razonamiento, este Organismo Asesor ha dicho que la posibilidad de ejercer el legítimo derecho de defensa por parte de quien podría verse afectado por un acto (ser notificado, citado a audiencia, permitir la formulación de su descargo y ofrecer las pruebas que estime convenientes a su derecho), en forma previa a que la autoridad competente resuelva, constituye sin dudas un procedimiento esencial y sustancial, en los términos del artículo 7.º, inciso d), de la LNPA, que ineludiblemente debe respetarse a fin de resguardar el principio constitucional de defensa en juicio (conf. art. 18 de la Constitución Nacional). Concluyéndose que, aun cuando hubiera sido procedente la aplicación de una sanción, la inobservancia del procedimiento referido, traería aparejada la nulidad de cualquier medida adoptada por violación de las formas esenciales, conforme lo prevé el artículo 14 inciso b) de la citada LNPA (*Dictámenes* 290:181).

5.3. Resulta de las constancias de estos actuados, y así ha sido expresado tanto en el Dictamen de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N.º 1 como en la sentencia dictada por el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10 en la causa *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*, que la Resolución RESOL-

2016-1768-E-APN-MDS fue emitida sin brindarle a la interesada oportunidad de intervención previa en defensa de sus derechos.

Siendo así, es indudable que la mentada resolución fue dictada en abierta violación al *debido proceso adjetivo* y al *procedimiento*, que exigía dar intervención previa a la interesada a fin de que pudiese ejercer su legítimo derecho de defensa (Comadira, Julio R. - Monti, Laura (colab.), op. cit., Tomo I, págs. 367 a 372).

Ello así, en tanto el debido proceso adjetivo ... *supone el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones. En cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso..* (Gordillo Agustín, *Procedimiento Administrativo*, 1.ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 43).

En tal sentido, el ya mencionado artículo 14 de la LNPA califica de nulo de nulidad absoluta e insanable al acto emitido en violación al debido procedimiento adjetivo, que es precisamente el supuesto que nos ocupa.

El debido proceso adjetivo encarna un principio que encuentra fundamento constitucional tanto en la garantía de defensa que consagra el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional como en el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, directamente aplicable de acuerdo al artículo 75, inciso 22, del texto fundamental el cual, al consagrar la tutela judicial efectiva se proyecta también al procedimiento administrativo (Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2015, pág. 440).

Análogamente se ha expuesto que si se hubiere violado el derecho de defensa, al no otorgarle al interesado una razonable oportunidad de ejercitarlo, el acto se hallará afectado de nulidad absoluta (Cassagne, Juan C., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 1.ª edición, 2009, pág. 358; en idéntico sentido, Altamira Gigena, Julio I., *El derecho de defensa en sede administrativa*, JA, T. III-67).

Nuestro Alto Tribunal ha señalado, sentando una doctrina plenamente aplicable al caso, que...*la posibilidad de producir prueba de descargo constituye uno de los requisitos que integran el concepto de juicio en sentido constitucional, todo lo cual imponía la necesidad de que se asegurara a los recurrentes un adecuado proceso con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa...*(Fallos, 310: 1129, in re, Oddone, Luis Alberto y otros s/resolución nro. 236, 328 y 363 del Banco Central s/recurso de apelación, cit. por Cassagne, Juan C., ob. y loc. cits).

En ese orden de ideas, a la luz del artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- que es parte de

nuestro ordenamiento constitucional (artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han elaborado una rica doctrina acerca del alcance de la garantía del debido proceso adjetivo en el marco de los procedimientos administrativos.

En distintos precedentes (casos *Baena, Ricardo; Ivcher Bronstein; Comunidad Indígena Sawhoyamaxa y Claude Reyes*, entre otros), tanto la Comisión como la Corte han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos que se desarrollan ante las Administraciones Públicas; incluyendo -entre otros aspectos- el derecho a contar con una notificación previa sobre la existencia misma del procedimiento, como un componente básico de la garantía; y el derecho a la defensa, que necesariamente supone la posibilidad de disponer de plazos razonables para preparar escritos y presentarlos, y para producir las pruebas correspondientes ([http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciiiii.sp.htm#\\_ftn64](http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciiiii.sp.htm#_ftn64)).

En síntesis, la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS exhibe vicios de procedimiento de una entidad tal que se han traducido en una lesión al debido proceso adjetivo; la gravedad de aquéllos determina la nulidad del acto, la que a su vez se proyecta respecto de la RESOL-2017-1-APN-MDS.

## 6. Vicio en el objeto.

El inciso c) del artículo 7.º de la LNPA, al referirse al objeto del acto administrativo como otro de sus elementos esenciales, prescribe: *El objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible, debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.*

Esta Casa ha dicho que: *El objeto del acto administrativo es el contenido del acto; consiste en la resolución, en las medidas concretas que dispone, las que, de acuerdo con la Ley N.º 19.549, deben reunir los caracteres de certeza y posibilidad física y jurídica (Dictámenes 279:254).*

En otro asesoramiento, esta Procuración expuso que: *El contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Sus atributos son: certeza, licitud, posibilidad física y moralidad. De allí que cuando en derecho administrativo se habla del vicio de violación de la ley se alude al que contraviene las reglas a que debe sujetarse el contenido u objeto del acto (Dictámenes 236:91).*

Asimismo, se ha dicho que *...el acto que ha aplicado inadecuadamente las normas correspondientes resulta nulo; por encontrarse viciado su objeto (Dictámenes 206:141).*

También ha expresado este Organismo Asesor que el vicio en el objeto del

acto administrativo susceptible de ocasionar su nulidad se halla contemplado en el inciso b) del artículo 14 de la LNPA, interpretación que se sustenta en que tal defecto ha sido tradicionalmente llamado "violación de la ley", en sentido material o sustancial. La inconstitucionalidad, la ilegalidad, la irrazonabilidad, la imposibilidad física o jurídica, y la inmoralidad del objeto, causan la invalidez del acto, por comportar, en todos los casos, una transgresión clara y manifiesta del orden público administrativo (Dictamen IF-2020-28204159-APN-PTN).

Lo esencial del objeto es su conformidad con el derecho objetivo, tanto es así que, reconociendo como antecedente al derecho francés, en numerosos países -y en el nuestro-, se suele denominar "violación de la ley" al vicio que afecta a este elemento (Cassagne, Juan C., *El acto administrativo*, ob. cit. pág. 241). Asimismo, como bien se ha destacado, la "posibilidad jurídica" a la que alude el artículo 7º inciso c) de la LNPA lleva ínsita la noción de licitud, esto es, que el accionar administrativo debe ser legítimo, es decir, conforme con el ordenamiento jurídico, constituido por las normas objetivas sean constitucionales, convencionales, legales o reglamentarias (Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 1985, 1.ª edición, T. I, págs. 155-156)

Desde esta perspectiva, la resolución examinada, en tanto adopta una decisión con incompetencia en razón de la materia y en violación de disposiciones concretas de la Ley N.º 19.549, resulta jurídicamente inválida y, por lo mismo, nula de nulidad absoluta e insanable.

7. Los vicios nulificantes de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS (que se proyectan a la similar RESOL-2017-1-APN-MDS) autorizan su revocación en sede administrativa por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social, como autoridad de aplicación del régimen de asignaciones mensuales vitalicias establecido por la Ley N.º 24.018; ello, conforme lo previsto por el ya citado artículo 15 del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 746/17.

Tal revocación tendría sustento en el deber de restablecer de manera inmediata la juridicidad, que dimana del artículo 17, primera parte, de la Ley N.º 19.549. El texto expreso de la norma impone a la Administración la obligación de eliminar del mundo jurídico los actos portadores de vicios determinantes de su nulidad absoluta.

Resulta obvio destacar que, a tal efecto, no jugaría el límite que la segunda parte del citado artículo le impone a la potestad revocatoria de la Administración cuando el acto afectado estuviere firme y consentido, y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; caso este en el que deberá requerirse judicialmente su nulidad.

Ello por cuanto los actos antes referidos no se encuentran consentidos por la doctora Fernández de Kirchner. Y no han generado derechos subjetivos que

se estén cumpliendo, ya que por el contrario, y como se ha visto, tuvieron por efecto excluir el derecho que a la interesada le había conferido el juego armónico de la Disposición N.º 5135/10 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y la Resolución N.º 3193/15 del Ministerio de Desarrollo Social; en particular el segundo de esos actos, cuyos efectos fueron suspendidos por la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

La compatibilidad entre las asignaciones que prevén los artículos 1.º y 4.º de la Ley N.º 24.018.

8. Abordaré, en lo que sigue, la segunda cuestión involucrada en estos actuados, consistente en determinar si existe o no incompatibilidad en la percepción simultánea de las asignaciones mensuales vitalicias contempladas en los artículos 1.º y 4.º de la Ley N.º 24.018.

8.1. Dice el artículo 1.º de la Ley N.º 24.018: *El Presidente, el Vicepresidente de la Nación y los Jueces de la Corte Suprema de la Nación quedan comprendidos en el régimen de asignaciones mensuales vitalicias que se establecen en el presente capítulo a partir del cese en sus funciones.*

El artículo 4.º, en su primera parte, dispone: ***Si se produjera el fallecimiento, el derecho acordado o a acordarse al titular se extenderá a la viuda o viudo, en concurrencia con los hijos e hijas solteros hasta los dieciocho (18) años de edad (el destacado no es del original).***

Y el artículo 5.º prevé: ***La percepción de la asignación ordenada en el artículo 1, es incompatible con el goce de toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho de los interesados a optar por aquella por estos últimos beneficios. Para tener derecho al goce de esa asignación es condición que los beneficiarios estén domiciliados en el país (el resaltado no es original).***

8.2. Cabe recordar que, en materia hermenéutica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que la sujeción a la literalidad de la norma constituye el primer criterio en materia de interpretación de la ley (*Fallos*, 327:991; 329:3546; 330:4998; 331:858, entre otros).

En esa línea, el Máximo Tribunal ha considerado que en el proceso interpretativo no es correcto sustituir al legislador, sino que corresponde aplicar la norma tal como éste la concibió (*Fallos*, 308:1745), ya que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (*Fallos*, 308:1745; 312:1098; 313:254).

También ha establecido el Alto Tribunal que no debe presumirse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador (*Fallos*, 306:721;

307:518; 319:2249; 326:704), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos (*Fallos*, 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550).

Desde esta comprensión, el Tribunal viene destacando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (*Fallos*, 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto (*Fallos*, 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286); criterio este mantenido más recientemente en su pronunciamiento del 3 de marzo del 2020, en autos *Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración* (*Fallos* 343:140).

8.3. En similar sentido, esta Casa ha opinado que no es posible subsanar por medio de la hermenéutica jurídica el resultado de una disposición si en su literalidad es categórica y precisa y revela un significado unívoco; y que, cuando la expresión de una norma no suscita interrogantes, no cabe añadirle previsiones que no contempla ni sustraerle las que la integran, porque en tales supuestos la única corrección que cabe es la de la reforma legislativa (*Dictámenes* 177:117; 253:156).

En suma, en tales asesoramientos, se concluyó que no resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que ésta no dice o de dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena. De allí que si la lectura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles la única conducta aceptable es su acatamiento *ad pedem literae*.

En otros términos, no resulta posible dentro de nuestro sistema legal, cuando el texto de la ley es claro e inequívoco, obtener de ella conclusiones diversas a las que consagra (*Dictámenes* 204:205).

8.4. Desde una perspectiva hermenéutica, el examen de las normas en estudio permite afirmar que la incompatibilidad establecida en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018 se refiere exclusivamente a los titulares de la asignación contenida en el artículo 1.º y no a los beneficiarios a los que se refiere el artículo 4.º

Al respecto, considero pertinente remitirme -por compartir sus fundamentos- a la doctrina establecida por esta Procuración del Tesoro de la Nación en un antecedente que guarda analogía con el presente caso; me refiero a la opinión emitida ante un requerimiento de la señora Diana María Guthmann -también encuadrado en la normativa que nos ocupa-, en su carácter de cónyuge supérstite del ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Guillermo Alberto López.

En dicho asesoramiento, fechado el 11 de marzo de 2009, se concluyó que: *De las normas reseñadas, resulta que la incompatibilidad establecida en el artículo 5, a diferencia de lo estatuido por el régimen regulado por la Ley*

N.º 19.939, norma derogada por el artículo 11 de la Ley N.º 23.966 a partir del 31 de diciembre de 1991, **solo alcanza al titular de la asignación mensual vitalicia que indica el artículo 1 -Presidente, Vicepresidente de la Nación y Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- y no se extiende a sus derechohabientes.**

En efecto, estos últimos perciben el beneficio por extensión en la medida en que lo recibió o lo hubiese recibido su titular en las condiciones del artículo 5 (Dictámenes 268:287, el destacado no es del original).

De allí que en dicha opinión esta Casa concluyó que no existía inconveniente de orden legal en que la doctora Diana María Guthmann, que recibe una asignación especial vitalicia derivada de su cónyuge, el ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctor Guillermo Alberto López, perciba al mismo tiempo, el beneficio jubilatorio que le fuera otorgado como Juez de Cámara".

Trasladando la doctrina establecida en aquel caso a la situación que aquí nos ocupa, tendríamos que la doctora Fernández de Kirchner, beneficiaria de la asignación mensual que le correspondía como derechohabiente del ex Presidente doctor Néstor Kirchner, no quedó sujeta a la incompatibilidad prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018 para el cobro de otra prestación, concretamente la asignación por su desempeño como Presidenta de la Nación.

No se me escapa que en un Dictamen posterior -fechado el 21 de octubre de 2016 y registrado como IF-2016-02475535-APN-PTN (Dictámenes 299:115)-, el entonces titular de esta Casa sostuvo una postura distinta en cuanto a la posibilidad de compatibilizar la percepción de los beneficios contemplados por los artículos 1.º y 4.º de la Ley N.º 24.018.

Pero, debo resaltarlo, en ese asesoramiento no se hizo cargo de manera expresa del criterio previamente sostenido por este órgano asesor en el precedente registrado en Dictámenes 268:287; ni se explicitó, por ende, cuál era la objeción que le merecía aquella postura.

A la luz de la línea argumental allí sostenida, estimo pertinente mantener la doctrina plasmada en el ya citado antecedente de fecha 11 de marzo de 2009.

8.5. Es que la literalidad de los preceptos de la Ley N.º 24.018 ya reseñados, permite advertir que su artículo 1.º utiliza el concepto de "asignación mensual vitalicia" para definir una prestación que no requiere edad mínima, ni años de aportes previsionales, ni su otorgamiento está sujeto a una decisión discrecional del Estado.

Su artículo 5.º, en tanto, refiere a la incompatibilidad de dicha asignación con toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable, que sí demandan requisitos de tales características.

Resulta claro, entonces, que la intención del legislador fue diferenciar la

asignación mensual vitalicia de las categorías jurídicas enunciadas en el artículo 5.º.

Ya hemos recordado los criterios en materia de hermenéutica jurídica del Alto Tribunal, en el sentido que las leyes deben interpretarse conforme al sentido de las palabras empleadas por el legislador, cuya inconsecuencia no puede presumirse.

Desde esa perspectiva, la "asignación mensual vitalicia" prevista por la Ley N.º 24.018 constituye una prestación claramente distinta de las categorías con relación a las cuales se instituyó una incompatibilidad de cobro (jubilación, pensión, retiro, o prestación graciable).

Surge de la norma que la doctora Fernández de Kirchner está sujeta a la incompatibilidad que consagra la norma, en relación con la eventual percepción de cualquier beneficio del Sistema Integrado Previsional Argentino instituido por la Ley N.º 26.425 y sus normas complementarias, basado en los aportes efectuados a dicho sistema; y con el cobro de cualquier prestación graciable.

Es indudable que no resultaría jurídicamente admisible la acumulación de una asignación mensual vitalicia con alguna de las prestaciones previsionales que indica el ya referido artículo 5.º. En el supuesto que la aquí interesada, o cualquier beneficiaria o beneficiario tuviera derecho a ambas prestaciones, debería formular la opción correspondiente; en su caso, con el necesario resguardo del debido proceso adjetivo.

Pero la asignación establecida por la Ley N.º 24.018 no puede considerarse aprehendida por la expresión *toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal*, salvo que se tergiverse el texto expreso de la norma; esto último equivaldría a una modificación de la ley por vía interpretativa, prescindiendo del principio jurídico que indica que las normas sólo pueden ser sustituidas por otras del mismo rango.

La ley no previó, de manera expresa, la incompatibilidad entre sí de las "asignaciones mensuales vitalicias" que ella instituye. Resulta plenamente aplicable, entonces, la pauta interpretativa que impone no efectuar distinciones allí donde la ley no distingue (*Fallos*, 333:735).

En esa línea de razonamiento, la "asignación mensual vitalicia" constituye una prestación *especial*, entendiendo como *regímenes especiales* los que están destinados a *las cabezas institucionales de los tres poderes del Estado* (conf. debate parlamentario del proyecto sancionado como Ley N.º 24.018, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 13 y 14 de noviembre de 1991).

Y lo cierto es que el máximo Tribunal de Justicia tiene dicho que este tipo de normativa *especial* debe ser interpretada con la máxima prudencia, en especial si la labor hermenéutica puede conducir a la pérdida de algún derecho (*Fallos* 322:752).

De allí que no comparto el criterio vertido en el ya citado precedente de esta Casa de fecha 21 de octubre de 2016, registrado en *Dictámenes* 299:115.

Desde esa óptica estimo que cabe concluir que la doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner se encuentra habilitada por la ley para percibir el beneficio respectivo como derechohabiente del ex Primer Mandatario doctor Néstor Carlos Kirchner y, a la vez, la asignación que le corresponde en su carácter de ex Presidenta de la Nación.

8.6. En razón de ello, la decisión de suspender el pago del beneficio del cual era titular la doctora Fernández de Kirchner en virtud de la Resolución MDS N.º 3193/15, aparece desprovista de fundamento legal, ya que introduce una hipótesis de incompatibilidad que el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018 no prevé, pues la norma establece la incompatibilidad entre la "asignación mensual vitalicia" y una jubilación, pensión, retiro o prestación graciable, pero no entre asignaciones de aquella índole.

De allí se desprende que, como ya quedó expuesto, se ha configurado un vicio que afecta el objeto del acto administrativo plasmado en la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS, en tanto lo allí decidido contravino la ley aplicable, en los términos del artículo 14 inciso b) de la Ley N.º 19.549.

8.7. En síntesis, considero que resulta compatible la percepción por parte de la ex Presidenta de la Nación doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner de las asignaciones mensuales que se le otorgaran por medio de la Disposición CNPA N.º 5135/10 y la Resolución MDS N.º 3193/15 (conf. arts. 4.º y 1.º de la Ley N.º 24.018, respectivamente).

- VI -

#### CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, en mi opinión, la Resolución registrada como RESOL-2016-1768-E-APN-MDS es nula de nulidad absoluta. Y los vicios que la nulifican se proyectan a la RESOL-2017-1-APN-MDS.

Los vicios de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS autorizan su revocación en sede administrativa por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social, como autoridad de aplicación del régimen de asignaciones mensuales vitalicias establecido por la Ley N.º 24.018; tal revocación tendría sustento en el deber de restablecer de manera inmediata la juridicidad, que emana del artículo 17, primera parte, de la Ley N.º 19.549, teniendo en cuenta que en el caso no opera el límite que la segunda parte de la norma le impone a la potestad revocatoria de la Administración.

Asimismo, considero que no existe incompatibilidad en la percepción de los beneficios reconocidos por medio de la Disposición CNPA N.º 5135/10 y la

Resolución MDS N.º 3193/15.

alcance indicado precedentemente. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

---

MOTOR ONCE S. A. C. E. I. V. MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD  
DE BUENOS AIRES

*DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.*

Ante la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita, resulta menester recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno.

*DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.*

La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a Derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos; la solución sólo puede deducirse de los principios del Derecho Público.

*DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.*

Tanto la expropiación, como el régimen de la responsabilidad estatal por actividad legítima, se desenvuelven dentro del mismo ámbito de las "intromisiones estatales autorizadas"; tienden a proteger la misma garantía constitucional y, sobre todo, persiguen una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de la responsabilidad de derecho común, que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados.

*DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.*

La indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, debe ceñirse al modo de responder establecido en las disposiciones que contiene la ley de expropiaciones N° 21.499.

**LUCRO CESANTE.**

Tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita, no procede el resarcimiento del lucro cesante.

**RECURSO EXTRAORDINARIO:** *Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.*

Procede el recurso extraordinario, no obstante que los temas resueltos conduzcan al examen de cuestiones que, en principio, son ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48, si lo decidido adolece de insuficiente fundamentación.

**DAÑOS Y PERJUICIOS:** *Responsabilidad del Estado. Casos varios.*

El principio de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originen perjuicios a particulares, se traduce en el derecho a una indemnización plena que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento si causa para el acreedor o una sanción para el responsable, aunque pudiera encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en un contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

**LUCRO CESANTE.**

Es admisible la indemnización del lucro cesante en los supuestos de actividad lícita del Estado (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

**LUCRO CESANTE.**

Para admitir la procedencia de la indemnización del lucro cesante, debe examinarse previamente si concurren sus requisitos ineludibles, esto es, que se tratara de la imposibilidad de explotar económicamente el bien y de tal modo se privara al acreedor de ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

**DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL DE LA CORTE SUPREMA**

Suprema Corte:

—I—

La sentencia de V. E., de fecha 14 de mayo de 1987, agregada a fs. 916/920 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en lo

sucesivo), reseñó los antecedentes que dieron origen a la presente causa. Se destacó que el propietario del inmueble sito en esta Capital, calle Tucumán 3001/21, esquina Jean Jaurés, solicitó autorización del municipio para construir un edificio en torre, de propiedad horizontal, y una estación de servicio en el predio, siéndole concedida mediante decreto 1231/60 de la intendencia metropolitana. En virtud de ello, el interesado constituyó la sociedad, aquí actora, a la que transmitió el dominio del bien, comenzando a realizar ventas de combustibles a partir del año 1961, mediante los surtidores de nafta allí instalados.

El 5 de febrero de 1971 le fue otorgado el certificado de inspección final de servicios contra incendio y el 11 de mayo del mismo año, el certificado final de obra.

Por otra parte, se puso de manifiesto que la ordenanza 27.455, dictada el 15 de febrero de 1973, con vigencia a partir del 27 de agosto del mismo año, modificó el "Cuadro de las prevenciones contra incendio", correspondiente al art. 4. 12. 1. 2 del Código de Edificación, entonces vigente, incorporando a las prescripciones contra incendio, destinadas al rubro "Estaciones de servicio", la condición C-9, que resolvió "no se permite destinar a vivienda, locales situados en los pisos altos y solamente puede haber ambientes para oficinas o trabajo como dependencia del piso inferior constituyendo una misma unidad de uso".

Sostuvo el Tribunal, que dicha prevención se hizo efectiva a partir de la aparición del Digesto Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, en el año 1979, lo que determinó que por resolución de la Subsecretaría de Inspección General de la Municipalidad, de fecha 22 de octubre de 1979, se intimara a la actora para que, en el plazo de tres días, procediera al vaciado de los tanques de combustible y a su posterior llenado con sustancias neutralizantes, que anulen la acción de los gases y el retiro de los surtidores para expendio de nafta de la estación de servicio de su propiedad, por contravenir la norma ya citada del Código de Edificación.

Una vez firme la intimación practicada, se dictó la resolución 5264/80, del mencionado órgano municipal, disponiendo la clausura de la actividad de expendio de combustible e intimando nuevamente el vaciado de tanques. Verificado el retiro de los surtidores, se levantó la clausura del local, mediante resolución 3375-SSIG-81.

Como consecuencia de esta situación, Motor Once S. A. inició demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por nulidad del acto que había dispuesto el cese de expendio de combustible en el negocio que explotaba, impugnando la legitimidad de la normas que le dio sustento a la decisión, vale decir, la ya transcripta prevención C-9. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda y, apelada, fue confirmado el pronunciamiento por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Contra esta última decisión, la actora planteó recurso extraordinario y, denegado por el a quo, acudió en queja ante esta instancia excepcional.

V. E., en la sentencia que ya he recordado, en lo sustancial desestimó los agravios que, fundados en la arbitrariedad del fallo, pretendían la declaración de nulidad del acto, considerando que resultaba razonable la exigencia del cumplimiento de la prevención C-9, en actividades como la explotación de estaciones de servicio, debido al riesgo de deflagración permanente que genera la existencia de grandes cantidades de productos inflamables, además de la consiguiente molestia que causa, la emanación de los gases del carburante, a los habitantes de la vivienda que existe en la parte superior del local destinado a esa explotación comercial. Rechazó, asimismo, la tacha de inconstitucionalidad ensayada contra la norma de policía, entendiéndolo que, en la especie, no se encontraban vulnerados los derechos a ejercer toda industria lícita y a la igualdad, contenidos en la Constitución Nacional.

Como conclusión, en este aspecto, declaró la legitimidad del acto que aplicó la mentada norma del Código de Edificación, toda vez que había sido atacado por las mismas razones que sostenía la inconstitucionalidad de la prevención C-9, desestimada por el Tribunal. No obstante, agregó "frente a las pretensiones del recurrente, cabe examinar si media en el caso un supuesto de responsabilidad por acto lícito del Estado del cual derive la obligación de reparar" (cons. 11, fs. 919).

A renglón seguido, pasó a delinear la situación jurídica en que se encontró la demandante después de habersele concedido la autorización para construir la estación de servicio y la habilitación para explotarla. Entendió que se trata de una autorización *strictu sensu*, vale decir, una decisión administrativa que acredita el cumplimiento de determinadas exigencias reglamentarias y posibilita, una vez expedida, el ejercicio del derecho cuyo goce preexiste. De allí dedujo que, a partir de ese momento, el autorizado se convierte en titular de un

derecho subjetivo público que se incorpora a su patrimonio y que no puede ser suprimido por una norma posterior, sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional, lo que descarta toda idea de precariedad o inestabilidad el título en que se funda la pretensión resarcitoria. Concluyó, por tanto, que habiéndose declarado la legitimidad del obrar administrativo, la lesión inferida a la actora en el ejercicio de su derecho de propiedad encuentra su tutela en la indemnización reclamada, en la cual se resuelve la garantía superior del art. 17 de nuestra ley fundamental, tal como ha quedado consagrado en el art. 18 de la ley 19.549, de aplicación en el ámbito municipal.

En definitiva, confirmó parcialmente la sentencia apelada, en cuanto no hizo lugar al pedido de nulidad, y devolvió las actuaciones para que se dictara nuevo pronunciamiento en torno a la procedencia y alcance de los distintos rubros incluidos en el reclamo de daños y perjuicios, como consecuencia del accionar legítimo de la municipalidad en el caso.

—II—

Vueltos los autos a la segunda instancia, se pronunció a fs. 927/930 la Sala B, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En la sentencia se comenzó por analizar los reclamos de la actora referidos al valor del terreno —respecto del cual se solicitó la aplicación de las pautas establecidas para el caso de expropiación—, a la indemnización por el valor del edificio en la parte correspondiente a la estación de servicio y la reparación por el valor de las instalaciones y maquinarias, de acuerdo a los inventarios. Con relación a estos rubros, se desestimó la petición, coincidiendo con la solución del juez de primera instancia, por no haber cesado la propiedad de la actora sobre ellos, a pesar del cese de la venta de combustibles dispuesto por la autoridad municipal. La Cámara tampoco consideró la pretensión orientada a que se admita la disminución del valor de esos objetos, por ser un rubro que no fue oportunamente propuesto a la decisión del tribunal inferior.

Además, el a quo desechó el reclamo de daños y perjuicios relativos al “valor llave” del negocio y al “valor de empresa en marcha”, fundado en que la actora no quedaría privada de ambos, toda vez que la medida de policía no la desapoderó de la propiedad del fondo de comercio. Otros

rubros integrantes del reclamo indemnizatorio, como son los costos de despido y suspensión de personal, gastos de traslado, mudanza y nueva instalación, no utilización de la playa de estacionamiento, sueldos de personal no despedido y diferencias en fletes y costos de productos, tampoco recibieron acogida por la Cámara. Para ello, se tuvo en cuenta que el juez de grado había establecido que no guardaban relación de causalidad adecuada con el hecho generador del perjuicio y, por tanto, no se trataba de consecuencias directas e inmediatas; sin que tal conclusión hubiera merecido, a juicio de la alzada, una crítica concreta y razonada del apelante —requerida por las normas rituales para su consideración en segunda instancia— todo lo cual llevó a concluir que debía tenerse por firme la sentencia de primera instancia en esos aspectos.

Por último, se abordó el agravio relativo a la indemnización del lucro cesante, generado por la prohibición de continuar con la comercialización de combustibles. Al respecto, el camarista que votó en primer término estableció que “el lucro cesante cuya indemnización impone el Cód. Civ. en los distintos tipos de responsabilidad (arts. 519 y 1069), entendido como la ganancia o utilidad de la que se vio privado el damnificado, se presenta en estos actuados acaso como el perjuicio característico de un acto como el realizado por el Municipio” (fs. 928 vta.). Concluyó, en consecuencia, decidiendo su admisibilidad, aun cuando no se había acreditado su monto, ya que el daño se encontraba legalmente comprobado y nada obstaba a que su cuantía fuera determinada en un proceso sumarísimo de ejecución; señalando que “deberá calcularse durante el lapso transcurrido entre la efectivización del impedimento para comercialización de combustibles y hasta el momento del pronunciamiento definitivo al efecto, sin que quepa analizar la posibilidad de extenderlo por un período más extenso en tanto ese aspecto no formó parte de la litis” (fs. 929).

### —III—

Contra el pronunciamiento así reseñado, entabló la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires recurso extraordinario, que denegado por el a quo, provocó la queja en examen. En la apelación federal, la demandada dirigió la mayor parte de sus agravios contra el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante. Sostuvo que este perjuicio, dado que el tribunal de alzada admitió que no estaba acreditado en

su monto, debe entenderse que no fue probado. Por otro lado, adujo que el acto administrativo legítimo no produce daño jurídico alguno, por lo que no hay que indemnizar; insistiendo también en la precariedad que llevaba ínsita la habilitación que la comuna otorgó a la parte actora para la venta de combustibles.

Entre los argumentos de la recurrente, aparece reiterada la afirmación, según la cual la actividad lícita del Estado excluye del resarcimiento el rubro lucro cesante. Dijo que es un perjuicio que puede establecerse cuándo nace, pero no cuándo finaliza, toda vez que la prohibición de comerciar que le da pie sigue aun vigente. Recordó, por otra parte, las razones de interés público en que se fundó la medida del municipio, advirtiendo que el patrimonio de la Administración no se vio incrementado con su aplicación, por lo que no procede indemnizar por un "enriquecimiento sin causa" que no se dio, en el caso.

Finalmente, la demandada cuestionó el encuadramiento legal por reputarlo totalmente erróneo, al haberse basado la sentencia en las normas civiles de responsabilidad (arts. 519 y 1069). La apelante sostuvo la arbitrariedad del pronunciamiento, toda vez que el tema debatido en autos se vincula con la extinción de un derecho de origen y naturaleza administrativos, operada por medio de una revocación. Por tanto, ante la ausencia de normas específicas, consideró que el pleito, debe ser resuelto mediante la aplicación de disposiciones análogas contenidas en la legislación expropiatoria.

Por último, se agravió de la forma en que fueron distribuidas las costas, sosteniendo que la Comuna no debía soportarlas íntegramente, pues el resultado final del juicio le fue mucho más beneficioso que a su contraria. Ello así, pues la pretensión de la actora de que se declarara la nulidad del acto que estableció la interdicción de venta del combustible fue rechazada, como así también fueron desestimados la mayoría de los daños alegados, haciéndose lugar sólo al lucro cesante.

—IV—

De los antecedentes reseñados se desprende que la cuestión debatida en autos se relaciona directamente con el alcance del resarcimiento que corresponde otorgar, en virtud de la responsabilidad de la administración municipal, derivada de la aplicación de una norma general de

policía —a través de actos individuales de ejecución—, que estableció la prohibición de seguir ejerciendo, determinada actividad, en el establecimiento comercial que explotaba la parte actora.

A partir de esta comprensión del tema a decidir, creo conveniente destacar, en primer término, las diferencias que median entre la situación de autos y la resuelta por V. E. en Fallos: 306:1409, de modo que lo allí establecido no resulta aplicable a este pleito. En la causa "Eduardo Sánchez Granel" se fijó la indemnización que un ente estatal debía abonar, con motivo de la extinción por éste legítimamente dispuesta, en forma unilateral, de un contrato de obra pública, por lo que la cuestión jurídica a resolver tenía un marco legal definido —ley de obras públicas y previsiones conexas—, dentro del cual debía ser construida la solución.

En ese caso, se trató de un sacrificio patrimonial que la Administración decidió, en el curso de una relación especial de origen convencional, autorizada por el plexo normativo del contrato, según relaciones jurídicas singulares anteriormente constituidas y que se liquidan en el seno de las mismas. En cambio, el que aquí examino consiste en un acto imperativo, que se produce en el ámbito de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad que la autoridad comunal tiene reservado respecto de las actividades que se desarrollan dentro del ejido urbano.

Esta distinción la juzgo relevante, toda vez que, en el *sub discussio*, la ausencia de normas expresas que establezcan los rubros a indemnizar conduce a seguir el proceso hermenéutico que propondré a reglón seguido. En efecto, el art. 18 de la ley 19.549, vigente en el orden municipal por imperio de la ley 20.261 y que V. E. reputó aplicable al *sub lite* en el considerando 14 de la sentencia de fs. 916/920, se limita a establecer que la revocación de un acto administrativo regular —como lo era la habilitación para el expendio de combustibles— resulta legítima "indemnizando los perjuicios que causare a los administrados", sin precisar los alcances del resarcimiento debido.

En consecuencia, ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, resulta menester —a mi juicio— recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que los

trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno.

El examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos, conduce irremediablemente a encontrar la solución en la Ley Nacional de Expropiaciones Nº 21.499, es decir, en la norma legal típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija; pues sin esas intromisiones, el Estado no es capaz de cumplir sus funciones. Ello así, por cuanto la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a Derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución sólo puede deducirse de los principios del Derecho Público (cf. Fritz Fleiner, "Instituciones de Derecho Administrativo", traducc. 8 ed. alemana, Ed. Labor, 1933, pág. 233 y ss.).

El principio *ius publicista* es aquel que encuentra su fundamento en los arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental. Precisamente la segunda de dichas cláusulas, luego de afirmar el principio de la inviolabilidad de la propiedad, establece las limitaciones que, en aras al interés público, pueden efectuarse mediante el instituto expropiatorio, razón por la cual parece prudente que, ante la analogía de las situaciones contempladas, se recurra a las reglas previstas por la reglamentación legal del mencionado instituto.

La solución propiciada se justifica, a mi entender, porque tanto la expropiación, como el régimen de la responsabilidad estatal por actividad legítima, se desenvuelven dentro del mismo ámbito mencionado de las "intromisiones estatales autorizadas"; tiende a proteger la misma garantía constitucional y, sobre todo, persiguen una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de la responsabilidad de derecho común, que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados (conf. Fallos: 301:403).

Por otra parte, el arbitrio propuesto para salvar la ausencia de una normativa legal específica que regule la responsabilidad estatal por conducta lícita, encuentra antecedentes en el derecho comparado. Así, la ley de expropiación forzosa de España, de 1954, incluye en el art. 121 una cláusula general, según la cual corresponde indemnizar toda lesión

que los particulares sufran en los bienes y derechos a que se refiere la ley (la reglamentación aclaró que son los susceptibles de ser evaluados económicamente —art. 133—), siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", tomo II; Madrid; 1977; pág. 318). De este modo, la cláusula general de responsabilidad patrimonial, introducida por la ley dentro de la regulación del instituto expropiatorio, abarca tanto los daños ilegítimos, como los producidos por una actividad perfectamente lícita (id. cit.; pág. 320).

Y, para robustecer la pertinencia del antecedente, corresponde agregar que la reglamentación del texto citado (art. 134-3) señala que, para el cálculo de la indemnización, se deberán tener en cuenta, en lo posible, los criterios de valoración previstos en materia de expropiación forzosa (Leguina Villa, Jesús "La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos" en Revista de administración Pública, Nº 92, pág. 34).

En resumen, por aplicación de los criterios ya expuestos, cabe concluir que la indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, debe ceñirse al modo de responder establecido en las disposiciones que contiene la ley de expropiaciones Nº 21.499; las que, en lo que al caso interesa, vedan el reconocimiento del rubro bajo examen. En efecto, prescribe el artículo 10 que "no se pagará lucro cesante", reiterando igual disposición contenida en la norma anteriormente vigente (ley 13.264, art. 11). V. E. reiteradamente se manifestó, durante la vigencia de la ley 13.264, en el sentido de que la voluntad del legislador ha sido la de limitar la indemnización proveniente de la expropiación, circunscribiéndola al valor objetivo de la cosa y al daño emergente, agregando que "una cosa son los valores de que se apropia el Estado por la expropiación, y que debe indemnizar, y otra distinta la ganancia que, sin expropiación por el Estado, simplemente se frustra para el propietario o para terceros como consecuencia de la expropiación" (Fallos: 241:267).

Abona aun más, la solución que propicio, la circunstancia de que, en la expropiación, hay una transferencia de valores patrimoniales del sujeto expropiado al expropiante: el bien expropiado, por principio, se

incorpora al patrimonio del Estado, razón por la cual éste debe indemnizar esos valores.

En cambio, en el supuesto de autos —daños causados por la actividad lícita del Estado— no se ha producido un acrecimiento patrimonial para el municipio accionado, no ha habido una transferencia de un bien de un patrimonio a otro, el “pasaje de valores” del enriquecimiento sin causa, sino una legítima afectación de los derechos de un particular, sacrificados por razones de interés público. Ese sacrificio especial debe ser compensado, a través de la indemnización propia del instituto análogo de la expropiación, para que se produzca la “generalización” del sacrificio especial que ha pasado en pugna con la equidad. Esa compensación, sin embargo, de interés privado que ha debido subordinarse a las razones de seguridad colectiva que impusieron su gravamen, no puede exceder—a mi modo de ver— de aquélla que corresponde al desapoderamiento de un bien expropiado por razones de utilidad pública.

—V—

De acuerdo con las conclusiones a que he llegado, estimo que el recurso en examen resulta procedente, habida cuenta que el pronunciamiento impugnado, no obstante resolver cuestiones de derecho público local, prescinde de normas aplicables al caso y adecuadas para la solución del litigio (conf. doctrina de causas “Sibedinsky, Jorge S. A. C. I. F. y C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” y “Compañía Financiera Munro S. A.”, resueltas el 12 de marzo de 1987 y el 15 de octubre de 1987, respectivamente).

En efecto, el tribunal a quo sostuvo que el lucro cesante, entendido como la ganancia o utilidad de la que se vio privado el damnificado, se presenta como el perjuicio característico provocado por el acto municipal, fundando la procedencia de su indemnización en las disposiciones del Código Civil, relacionadas con los distintos tipos de responsabilidad (arts. 519 y 1069). De este modo, se apartó totalmente de la aplicación de las normas de derecho público, a que hice mención, con olvido de la naturaleza de la responsabilidad estatal que debía ser juzgada en el *sub discussio*; máxime cuando las prescripciones de la ley 21.499, a las que se debe acudir para determinar el daño resarcible, son de aplicación en el ámbito municipal, como surge del art. 2º.

Por las razones expuestas, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, anular la sentencia en lo que ha sido materia de agravio y disponer que se dicte nuevo pronunciamiento, por quien corresponda, con arreglo a lo establecido. Buenos Aires, 4 de octubre de 1988. *Marta Graciela Reiriz*.

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 9 de mayo de 1989.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Motor Once S. A. C. e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte lo dictaminado precedentemente por la Señora Procuradora Fiscal a cuyos términos, por razones de brevedad, se remite. A ello cabe agregar que si bien los temas resueltos conducen al examen de cuestiones ajenas, en principio, a la vía del art. 14 de la ley 48, en el caso cabe hacer excepción a dicha regla general pues lo decidido adolece de insuficiente fundamentación. En efecto, el a quo no ha aportado los argumentos necesarios para apoyar la extensión del resarcimiento que admite, toda vez que el supuesto de responsabilidad del Estado por acto lícito emitido en ejercicio de facultades de policía de seguridad, no se encuentra previsto en el Código Civil. Ello torna descalificable lo decidido con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

Por ello, y lo dictaminado en sentido concordante por la Señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto a fs. 939 y se deja sin efecto el reconocimiento del lucro cesante dispuesto en el pronunciamiento impugnado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo (art. 16, primera parte, de la ley 48).

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE  
SANTIAGO PETRACCHI (*según mi voto*) —  
JORGE ANTONIO BACQUÉ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE  
SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto declaró improcedente el resarcimiento de diversos daños reclamados por la actora, generados por la prohibición de continuar con el expendio de combustible dispuesta por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, e hizo lugar al lucro cesante, aunque al considerar que su monto no estaba acreditado, ordenó la sustanciación de un proceso sumarísimo con fundamento en el art. 165 del Código Procesal.

Para arribar a esa conclusión, tuvo en cuenta que a fs. 916/920 de los autos principales, esta Corte se expidió acerca de la legitimidad del obrar administrativo y de la procedencia de la reparación de la lesión inferida a la actora por la actividad lícita del Estado, pero difirió la procedencia y alcance de los distintos rubros incluidos en la demanda, al pronunciamiento a dictarse por el a quo (considerandos 14 y 15 del fallo mencionado).

2º) Que, en cuanto a los reclamos por el terreno, edificio, instalaciones y maquinarias, el a quo entendió que dada la forma en que habían sido pedidos en el escrito inicial, esto es, a valores actuales, "mal podrían reconocerse" "pues no se controvierte la propiedad sobre ellos de la actora" y aun cuando en su memorial ésta pretendió que, a todo evento, se admitiera la disminución del valor, la alternativa no podía ser considerada en atención a lo dispuesto por el art. 277 del Código Procesal.

En lo relacionado a los rubros "valor llave" y "valor empresa en marcha" tuvo en cuenta idénticas razones, a las que agregó que aquéllos resultaban incompatibles con el tipo de reparación perseguida aunque pudieran ser pertinentes en la indemnización expropiatoria. Acerca de los ítem "despidos y suspensiones" y "sueldo de personal"; "gastos de traslado y/o mudanza"; "no utilización de la playa de estacionamiento y diferencias en fletes y costos de productos", entendió que obstaba a su procedencia la circunstancia de no ser consecuencia directa e inmediata de la prohibición dispuesta por la Municipalidad.

Al entender por lucro cesante la ganancia o utilidad de la que se vio privado el damnificado, lo consideró como el perjuicio característico de un acto como el realizado por el municipio, aunque su determinación se supeditara a una etapa posterior a la sentencia.

3º) Que contra dicho pronunciamiento ambas partes interpusieron sendos recursos extraordinarios que, al ser denegados, dieron origen a las quejas en examen. Por razones de economía procesal y mejor comprensión de las cuestiones debatidas, los agravios serán tratados sucesivamente en una sentencia única, debiendo acumularse los expedientes respectivos.

4º) Que la actora considera que la sentencia es arbitraria en cuanto no acogió las indemnizaciones correspondientes a: 1) terreno, edificio, instalaciones y maquinarias; 2) valor llave y valor empresa en marcha y 3) despidos y suspensiones de personal y no utilización de la playa de estacionamiento.

5º) Que este Tribunal juzga que asiste razón a la apelante en relación al reclamo de los valores comprendidos en el punto 1, toda vez que los motivos alegados por la Cámara para desestimar este rubro indemnizatorio trasuntan un excesivo rigor formal que no se concilia con un adecuado servicio de justicia. En efecto, si bien en la demanda se reclamó el valor íntegro de esos bienes, al ser desechada la pretensión en primera instancia, nada obstaba a que la actora limitara su reclamo a la disminución de esos valores en el momento de expresar agravios, pues ello no importa violentar el principio de congruencia habida cuenta de que se había especificado el acto generador del perjuicio, las consecuencias patrimoniales que ocasionó e identificado los rubros de la explotación sobre los que recayeron las consecuencias dañosas. Consecuentemente, aunque no corresponde indemnizar totalmente el valor de esos bienes pues la actora no se ha visto desposeída de ellos, resulta innegable que sí debe serlo la disminución del valor del establecimiento comercial (confr. fs. 484, 485, 525) considerado como un todo y no mediante sus elementos constituyentes, los que individualmente no han salido del patrimonio de la demandante.

6º) Que, en cambio, no resultan atendibles los restantes agravios de Motor Once S. A. C. e I. Ello es así, pues las afirmaciones dogmáticas vertidas a fs. 937/938 no alcanzan a conmovir los fundamentos de la sentencia en recurso, especialmente si se tiene en cuenta que —como

quedara dicho en el considerando anterior— la actora no ha sido despojada de la propiedad de la empresa ni totalmente cercenada su actividad ya que puede continuar con la explotación comercial; ni, contrariamente a lo que sostiene, ha acreditado la relación de causalidad entre el daño que alega y el hecho generador.

7º) Que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires dirige sus agravios contra el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante y contra la condena en costas dispuestos por el a quo.

Los argumentos atinentes a la exclusión del mencionado resarcimiento en los supuestos de actividad lícita del Estado, encuentran adecuada respuesta en el caso de Fallos: 306:1409, doctrina ratificada recientemente in re “Cadesa S. A. c/ Estado Nacional (A. N. A.) s/ daños y perjuicios”, C.44.XXII., sentencia del 21 de marzo de 1989, en especial considerando 6º.

En efecto, este Tribunal ha admitido el principio de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originen perjuicios a particulares (Fallos: 286:333 y 297:252), el que se traduce en el derecho a una indemnización plena que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable, aunque pudiera encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en un contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular; excepciones éstas que no están presentes en el *sub examine*. En efecto, ha quedado claro en el precedente de Fallos: 306:1409, que el art. 18 de la ley 19.549 (aplicable en la especie según lo decidido a fs. 919 vta., considerando 14, de la sentencia de esta Corte) aunque no aclara cuáles son los alcances de la “indemnización de perjuicios”, funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición, porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad. Tampoco cabe admitir las argumentaciones relativas a la extensión analógica de la ley de expropiaciones, fundamentalmente porque la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio, supuesto ajeno a la especie (conf. considerandos 7º, *in fine* y 8º, causa “Sánchez Granel”).

8º) Que si bien estos precedentes señalan la orientación de la jurisprudencia del Tribunal en lo atinente a los principios generales

que rigen el tema bajo examen, de ello no se sigue sin más que la demandada deba hacerse cargo del reclamo por lucro cesante. En efecto, el a quo ha admitido que no se ha acreditado su monto, aunque lo tiene por existente al atribuirlo a la "propia naturaleza del daño", en expresión dogmática que no se compadece con las constancias de la causa ni con las pautas reseñadas precedentemente. Ello es así, pues a fin de admitir la procedencia del rubro en discusión, debió examinar previamente si concurrían en la especie sus requisitos ineludibles, esto es, que se tratara de la imposibilidad de explotar económicamente el bien y de tal modo se privara al acreedor de ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas, (confr. Fallos: 297:280; 307:933; 306:1409 y T. 149.XXI. "Tecniyes S. A. c/ Balcon S. A.", sentencia del 14 de marzo de 1989) máxime cuando en la materia, los jueces deben actuar con suma prudencia verificando si efectivamente se han producido los daños alegados, a fin de evitar que la solución a la que arriben no resulte manifiestamente irrazonable (conf. Fallos: 308:1049 y 2612, conceptos aplicables en la especie). A lo dicho cabe acotar que la escasa actividad probatoria de la actora ni aún autoriza la aplicación de lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal (conf. fs. 564/569, 576).

9º) Que, en atención al resultado a que se arriba, deviene insustancial el tratamiento de los agravios de la demandada relacionados a la imposición de costas.

Por ello, habiendo dictaminado la Señora Procuradora Fiscal, se resuelve: 1) acumular los recursos de hecho deducidos por las partes; 2) hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos por la actora y por la demandada, con arreglo a lo establecido en los considerandos 5º) y 8º), respectivamente; 3) dejar sin efecto la sentencia con el alcance indicado precedentemente. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

---

## GABRIEL DARIO ARENZON V. NACION ARGENTINA

*ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.*

Siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así, como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo.

*ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.*

El art. 2º, inc. d), de la ley 16.986 no debe ser entendido de manera absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto.

*ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.*

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar al amparo, ordenando que el Ministerio de Educación matricularía al actor en el Instituto Nacional del Profesorado doctor Joaquín V. González, pese a no contar aquél con la estatura mínima —1,60 m— exigida por la resolución 957/81 de dicho Ministerio. Esto es así por cuanto la ley 16.986 concede la acción de amparo contra el acto u omisión de autoridad pública, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, esos derechos; y es obvio que la decisión cuestionada participa de ese carácter, pues la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor —1,48 m— no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el art. 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración.

## FACULTAD REGLAMENTARIA.

La circunstancia de que el recurrente, al negarle al actor el certificado de aptitud psicofísica para ingresar en el Instituto Nacional Superior del Profesorado, en razón de no reunir el requisito de altura mínima, obrase en

ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto.

*ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.*

El inc. d) del art. 2º de la ley 16.986 no puede impedir la declaración de invalidez de una norma que resulte palmariamente opuesta a preceptos constitucionales. Dicha inteligencia es la única que permite la compatibilidad de la referida ley con la Carta Fundamental, y resulta de aplicación al caso. Ello así, pues la resolución 957/81 del Ministerio de Educación con arreglo a la cual se exige una estatura mínima de un metro y sesenta centímetros a los varones que deseen ingresar al Instituto Nacional Superior del Profesorado para seguir estudios de Matemática y Astronomía, comporta una reglamentación manifiestamente irrazonable de los derechos de enseñar y aprender (si es que no excediese la potestad acordada al Poder Ejecutivo por el art. 86, inc. 2, de la Constitución Nacional, aspecto sobre el que no media agravio), afecta la dignidad de las personas que inicualemente discrimina, y, por lo mismo, conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional (Voto de los doctores Augusto C. J. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

## RECURSO EXTRAORDINARIO: Gravedad institucional.

Si bien el apelante —Ministerio de Educación— prescinde de indicar cuáles son los estudios realizados por los organismos técnicos docentes que "concluyeron que una talla muy por debajo de la media normal, constituye un serio obstáculo para el buen desempeño docente, cualquiera sean las restantes condiciones personales e intelectuales que reúna el interesado", la importancia del asunto —pretender impedir el ingreso al Instituto Superior del Profesorado a quien tiene una estatura inferior a aquella— justifica que la Corte intente llenar el vacío que deja la formulación de dicho agravio con los asertos que la defensa de la Administración articula en una causa similar (Voto de los doctores Augusto C. J. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

## CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de enseñar y de aprender.

Si bien es cierto que los docentes del "pre primario" y "primario" trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus perso-

nalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social, también es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital. Por lo mismo, cabe preguntarse si no sería más compatible con la estructura democrática de aquél, antes que el requisito del metro y sesenta, para poder ingresar a la carrera docente, la exigencia de un juramento de lealtad a la Constitución Nacional que incluya el expreso compromiso de repudiar desde la cátedra la promoción por parte de cualquier persona, simple ciudadano o funcionario de los poderes constituidos, de toda idea o acto que conduzcan al desconocimiento de sus principios y garantías fundamentales (Voto de los doctores Augusto C. J. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

*CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de enseñar y de aprender.*

El hecho de que la resolución 957/81 del Ministerio de Educación de la Nación —con arreglo a la cual se exige una estatura mínima de un metro sesenta centímetros a los varones que deseen ingresar al Instituto Superior del Profesorado— haya sido establecida por autoridades de facto, exige una revisión judicial honda y puntual, presidida por el principio de que "...en los países libres la educación pública es una parte de la soberanía cuyo ejercicio no se delega ni se saca de las manos del pueblo..." (Juan Bautista Alberdi) (Voto de los doctores Augusto C. J. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

*CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de enseñar y de aprender.*

La resolución 957/81 del Ministerio de Educación de la Nación — en cuanto exige una estatura mínima para ingresar a la carrera docente— es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente, infieren una lesión enorme a los derechos del actor y mancha al ordenamiento argentino con valores éticos sustancialmente anacrónicos. El mantenimiento de su eficacia importaría una suerte de inhabilitación especial perpetua para que el demandante accediera a los beneficios que la Constitución le acuerda, sin reserva alguna que permita apoyar discriminaciones semejantes a las que fija la mencionada resolución (Voto de los doctores Augusto C. J. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

1º) El actor acciona contra la Dirección Nacional de Sanidad Escolar al negarle este organismo el certificado de aptitud psicofísica que le permita ingresar en el Instituto Superior del Profesorado, a efectos de seguir el profesorado de Matemáticas y Astronomía.

La razón de la negativa radica en la circunstancia de que el actor no reúne el requisito de altura mínima —un metro sesenta— implementado por la resolución 957/81.

El tribunal a quo, tras considerar que la vía elegida era apta para la tutela del derecho que se invoca, hizo lugar a la demanda, por entender que la inflexibilidad de la pauta de la exigencia psicofísica referida a la altura mínima para el ingreso a la carrera docente es "arbitraria", al frustrar una recta evaluación de todas las circunstancias que puedan influir sobre la concreta aptitud de los postulantes.

2º) En primer lugar, debo decir que lo resuelto por el a quo en punto a la inteligencia atribuible al art. 2º, inc. b), de la ley 16.966, es acorde en la que por mi parte asigné en el dictamen recaído en la causa "Editorial Perfil S.A. s/acción de amparo", del 27 de septiembre del corriente año, reiterada luego en el expte. "Unión Docentes Argentinos c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/demanda de amparo", dictamen del 11 de noviembre, también del corriente año. Por tanto, no cabe sino remitirme a tales dictámenes en punto a la posibilidad de declarar en el juicio de amparo la inconstitucionalidad de normas federales cuando su ofensa a la ley fundamental aparezca como manifiesta, sin que, por ser así, se torne imprescindible la necesidad de agotar una etapa de mayor amplitud de debate y prueba, impropia del ámbito procesal sumarísimo. Cuando la inconstitucionalidad de la norma es clara y evidente, la interpretación literal absoluta del precepto del inc. b) del art. 2º de la ley de amparo, como lo propugna la apelante, significaría transformarlo en un mero mecanismo ritual carente de razón significativa, lo cual resulta a todas luces erróneo atribuir a la voluntad del

legislador, porque frustraría irrazonablemente la garantía a su vez constitucional del amparo, mediante su reglamentación infundada.

En cuanto al fondo del litigio, creo que no le asiste mejor suerte al recurrente. Así lo pienso, porque como también ya tuve oportunidad de precisarlo en los dictámenes suscriptos en las causas "Gómez López, César R. s/medida precautoria y acción de amparo", dictamen de fecha 29 de noviembre de 1982 y "Almirón, Gregorio, c/Ministerio de Educación de la Nación s/amparo", dictamen del 23 de junio del corriente año, debe distinguirse entre la potestad excluyente del Poder Administrador de fijar las pautas reglamentarias en las materias de su incumbencia, de la necesidad insoslayable que tiene de fundar ante los estrados de justicia, a los que ha sido llevado el pleito, las razones tenidas en cuenta al fijar tales pautas, a fin de que el juzgador pueda valorarlas en el ejercicio de su contralor, el cual —es obvio, pero parece de importancia ponerlo de resalto— no implica por cuenta de éste que se inmiscuya en una esfera que no le compete, sino que, por el contrario, traduce la cristalización de una de sus funciones esenciales que le dan razón de ser en el sistema republicano de gobierno.

Estimo que las escuetas argumentaciones de la accionada en ese sentido, tal el considerarse que el nivel de la altura del profesor, en la medida en que puede ser superado por la media de los alumnos, es un factor negativo para el correcto desenvolvimiento de la clase, distan, a mi juicio, de ser de significación como para constituir el mencionado fundamento y llegar a conmover la solución alcanzada por el a quo. Por el contrario, estimó que esa mínima referencia viene a traslucir un concepto discriminatorio impropio de los sentimientos que conforma nuestra moral republicana, que en modo alguno puede aceptarse sean infundidos desde las bases de la escuela secundaria o primaria a los educandos, al consagrar normativamente tal discriminación repugnante a dichos sentimientos.

En consecuencia, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de recurso. Buenos Aires, 30 de noviembre de 1983. *Mario Justo López.*

## FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de mayo de 1984.

Vistos los autos: "Arenzón, Gabriel Darío c/Estado Nacional Arg. (Mrio. de Educación) - Dirección Nacional de Sanidad Escolar s/amparo".

Considerando:

1º) Que la Sala Nº 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior que ordenó al Ministerio de Educación de la Nación la matriculación del actor en el Instituto Nacional Superior de Profesorado doctor Joaquín V. González, en la especialidad de Matemáticas y Astronomía, pese a no contar aquél con la estatura mínima —1,60 m.— exigida por la resolución 957/81 del Ministerio antes mencionado, sin perjuicio del cumplimiento de las restantes exigencias reglamentarias previstas. Para así resolver consideró el a quo que no era razonable excluir al accionante de los cursos de capacitación docente por la causal cuestionada y que, si bien es admisible, en principio, una determinada exigencia psicofísica para acceder a esa carrera y cursarla, recaudos de tal índole no deben traducirse en pautas inflexibles, debiéndose alcanzar dicha finalidad por medio de un juicio concreto y ponderado acerca de todos los factores personales de los postulantes.

2º) Que contra dicho fallo la representación estatal interpuso recurso extraordinario que es procedente, toda vez que se cuestiona la interpretación de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en aquéllas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

3º) Que se agravia la demandada en razón de considerar inadecuada la vía elegida, ante la existencia de remedios administrativos idóneos y, por necesitar el tema mayores posibilidades de debate y prueba, dado que la norma impugnada, fruto de largos y concienzudos estudios realizados por organismos técnicos, fue dictada con la finalidad de evitar una excesiva discrecionalidad en el manejo de dicho tópico, por lo que se juzgó imprescindible fijar un tope mínimo sobre la base de lo que constituye la talla normal promedio. Afirma, también, que la sentencia atacada importa la indebida ingerencia en un campo propio del

poder administrador, implicando además una tácita declaración de inconstitucionalidad, vedada por el inc. d) del art. 2º de la ley 16.986.

4º) Que esta Corte tiene declarado que siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo (Fallos: 241:291; 280:228). También ha dicho que el art. 2º, inc. d), de la ley 16.986 no debe ser entendido de manera absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada con el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto (Fallos: 267:215).

5º) Que el Tribunal comparte el criterio del a quo y considera que la vía elegida por la actora para asegurar su derecho es la que mejor se aviene con las circunstancias del caso. Esto es así por cuanto la ley 16.986 concede la acción de amparo contra el acto u omisión de autoridad pública, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, esos derechos; y es obvio que la decisión cuestionada participa de ese carácter, pues la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor —1,48 m.— no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el art. 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración.

6º) Que la circunstancia de que la recurrente obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (Fallos: 298:223 y sentencia del 27 de septiembre de 1983 *in re* "Almirón, Gregoria c/Ministerio de Educación de la Nación s/ acción de amparo").

7º) Que, por lo demás, la recurrente no puso de manifiesto a lo largo del proceso los estudios y fundamentos técnicos que invoca en apoyo de su postura y que justificarían la necesidad de una mayor amplitud de debate y prueba. Por el contrario, las razones aportadas por ella, además de demostrar que no cabe exigir un marco procesal más amplio, se tornan insustanciales, lo que refirma, en el caso, la manifiesta arbitrariedad de la norma atacada.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se confirma la sentencia de fs. 79/81 en lo que pudo ser materia de recurso extraordinario. Costas a la demandada.

GENARO R. CARRIÓ — JOSÉ S. CABALLERO  
— CARLOS S. FAYT — AUGUSTO C. J.  
BELLUSCIO (*según su voto*) — ENRIQUE S.  
PETRACCHI (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO C. J.  
BELLUSCIO Y DON ENRIQUE S. PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal confirmó la sentencia del juez de primer grado, que hizo lugar a la acción de amparo instaurada por Gabriel Darío Arenzón, sobre la base de considerar inconstitucional la resolución 957/81 del Ministerio de Cultura y Educación, en cuanto prescribe un mínimo de estatura a los aspirantes a ingresar al Instituto Superior del Profesorado Joaquín V. González. Contra dicho pronunciamiento se dedujo el recurso extraordinario concedido a fs. 96.

2º) Que ya en el dictamen que precedió al pronunciamiento registrado en Fallos: 264:37, el Procurador General don Ramón Lascano expresó opinión en el sentido de que el caso, entonces en examen, autorizaba una excepción a la jurisprudencia de Fallos: 249:221 que estableció la improcedencia de la vía del amparo para discutir la constitucionalidad de normas legales o reglamentarias, opinión que fue compartida por los jueces don Luis María Boffi Boggero y don Carlos Juan Zavala Rodríguez, que votaron en minoría.

3º) Que años más tarde, dictada la ley 16.986, una nueva composición de la Corte Suprema recogió el criterio recordado (Fallos: 267: 215), y sostuvo que el inc. d) del art. 2º de dicha ley no podía impedir la declaración de invalidez de una norma que resultase palmariamente opuesta a preceptos constitucionales.

4º) Que esta Corte en su actual integración coincide con esa inteligencia, entiende que es la única que permite la compatibilidad de la propia ley 16.986 con la Carta Fundamental, y la estima estrictamente aplicable al caso.

5º) Que, en efecto, la resolución 957/81 del Ministerio de Educación con arreglo a la cual se exige una estatura mínima de un metro y sesenta centímetros a los varones que deseen ingresar al Instituto Nacional Superior del Profesorado doctor Joaquín V. González para seguir estudios de Matemáticas y Astronomía, comporta una reglamentación manifiestamente irrazonable de los derechos de enseñar y aprender (si es que no excediese la potestad acordada al Poder Ejecutivo por el art. 86, inc. 2º de la Constitución Nacional, aspecto sobre el que no media agravio), afecta la dignidad de las personas que inicualemente discrimina, y, por lo mismo, conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional.

6º) Que, por cierto, lo expuesto no importa descartar de plano una regulación que restrinja la admisión en establecimientos oficiales de enseñanza por razones distintas a las de naturaleza puramente técnica. Empero, la limitación que tales normas impongan deberá ser equitativa y razonable, esto es, comprensiva de situaciones claramente incompatibles con el ejercicio normal de la actividad de que se trata.

7º) Que, sobre este particular, la Administración apelante se circunscribió a remitirse, repetidamente, a los "largos y concienzudos estudios realizados por organismos técnicos docentes de este Ministerio" (fs. 87) los cuales "concluyeron que una talla muy por debajo de la media normal para el sexo de que se trata, constituye un serio obstáculo para el buen desempeño docente, cualquiera sean las restantes condiciones personales e intelectuales que reúna el interesado" (fs. 87 vta.).

8º) Que, según puede advertirse, prescinde la apelante de indicar cuáles son esos estudios, en qué consisten, y en qué se fundan, lo que

bastaría para considerar que su agravio configura una mera aseveración dogmática.

9º) Que, sin embargo, la importancia del asunto en examen justifica que este Tribunal intente llenar el vacío que deja la formulación de dicho agravio con los asertos que la defensa de la Administración articula en una causa similar: "Moreno, Juan José s/recurso de amparo c/Autoridades de la Escuela Nacional Normal Superior del Profesorado Mercedes Tomasa San Martín de Balcarce", que se tiene a la vista.

10) Que en estos autos dice aquélla: "El docente debe ser física, moral e intelectualmente apto para la enseñanza. Las dos últimas condiciones (moral e intelectual) eximen de todo comentario. Pero la primera de ellas no es menos importante sobre todo si se tiene que actuar frente a alumnos inmaduros, sin discernimiento lógico, como son los pre-primarios y primarios. La presencia del maestro debe imponerse naturalmente a los educandos. Ninguna persona con defectos físicos (la bajísima estatura entre ellos) podría ejercer pleno ascendiente sobre el sujeto de la educación... El alumno suele ser hiriente, sarcástico, y más que nunca la figura del maestro, de la maestra, debe estar 'bien plantada' frente a ellos, se debe recurrir a todos los resortes humanos para no perder autoridad. El maestro no debe ser jamás un disminuido, un apocado, para neutralizar con su fuerza física, moral e intelectual, las pullas y chanzas de los alumnos. Porque somos humanos, y porque humanos son también los niños, es que en esta profesión, tal vez más que en ninguna otra, la prestancia física es imprescindible para no interferir el complejo de enseñanza y aprendizaje" (fs. 45, 45 vta. y 46).

11) Que los párrafos transcritos importan la aceptación de un conjunto de principios no cuestionados pero cuestionables, y dejan al descubierto, desenmascarados, los equívocos radicales de la defensa, la tonta trama de sus racionalizaciones y sus oscuras vetas místicas. Al respecto, y sin dejar de advertir la frivolidad de los prejuicios que se vinculan con las excelencias atribuidas a la estatura, y que sus términos importan desconocer el origen de la burla y su importancia en la integración social del niño y del adolescente, así como descartan infundadamente otras posibilidades no menos despiadadas de aquélla, al referirla exclusivamente a algunos aspectos, siempre físicos, del docente, cabe poner de relieve que lo peor del discurso de que se trata es la agraviante

indiferencia con que en él se deja fuera de toda consideración los más nobles méritos de los menos tallados, fijando una restricción genérica susceptible de convertir a cada situación personal en un argumento vivo en contra de la posibilidad misma de tal generalización (por ejemplo, la estatura del actor es de un metro y cuarenta y ocho centímetros). Como si fuera posible, rebajan las calidades humanas a la mensurabilidad física, establecen acriticamente una entrañable e incomprensible relación entre alzada y eficacia en el desempeño de la tarea docente, y empuñan la figura de los maestros al no advertir que si éstos han de tener una vida fecunda les es forzoso ser, antes que altos, inteligentes y aptos en las técnicas de comunicación.

12) Que es cierto que los docentes del "pre-primario" y "primario" trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social.

13) Que también es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital. Por lo mismo, cabe preguntarse si no sería más compatible con la estructura democrática de aquél, antes que el requisito del metro y sesenta, la exigencia de un juramento de lealtad a la Constitución Nacional que incluya el expreso compromiso de repudiar desde la cátedra la promoción por parte de cualquier persona, simple ciudadano o funcionario de los poderes constituidos, de toda idea o acto que conduzcan al desconocimiento de sus principios y garantías fundamentales. Al cabo, nadie es más alto que la Constitución.

14) Que es inadmisibles la afirmación de la apelante relativa a la incompetencia de los magistrados para juzgar en la especie, que los lleva a "...incursionar en un campo que no les es propio ni conocido" (fs. 85 vta.).

15) Que no es necesaria una inteligencia muy trabajada del asunto para comprender los principios de la ética elitista, perfeccionista y autoritaria, que sirven de sustento ideológico a la regla impugnada de la resolución 957/81. Irónicamente, el instituto de enseñanza al que aspira ingresar el actor como alumno para poder ejercer la docencia en el futuro lleva el nombre de uno de nuestros constitucionalistas más sobre-

salientes, no exclusivamente por el largo de sus huesos. Respecto del tema decía: "Limitación práctica al derecho (de enseñar), es la de exigir prueba de idoneidad o suficiencia para ejercer en la República la enseñanza o la medicina (Fallos: 3:315) y demás profesiones científicas. ..., impedir que un espíritu hostil a las instituciones fundamentales venga a corromper a la juventud" ("Obras Completas", vol. III, págs. 148/9).

16) Que en lo concerniente a esta última reflexión, no resulta dudosa la hostilidad de la norma general en examen respecto de nuestras instituciones fundamentales, y si fueran educadores quienes proponen mantenerla, valdría hacer una paráfrasis de expresiones de Alberdi y declarar que la Argentina será educada cuando se vea libre de ciertos educadores. Sobre todo si se tiene en cuenta que las amenazas más graves a la naturaleza emocional de nuestra población media son, evidente y precisamente, las tentaciones de elitismo y del autoritarismo y su fatal correlato: la anarquía. Por lo mismo, no necesitan agitadores, ni normas jurídicas que las recojan.

17) Que tampoco puede esta Corte prescindir del hecho de que el obstáculo ha sido establecido por autoridades de facto, lo cual exige una revisión judicial honda y puntual, presidida por el principio de que... "en los países libres la educación pública es una parte de la soberanía cuyo ejercicio no se delega ni se saca de las manos del pueblo..." (Juan Bautista Alberdi, "Obras Completas", Bs. As., "La Tribuna Nacional", 1887, T. 7, pág. 367).

18) Que, en suma, hay que decirlo de una buena vez de manera enfática y vigorosa, este extravagante privilegio de los que miden más de un metro y sesenta centímetros es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente, infiere una lesión enorme a los derechos del actor ya mencionados, y mancha al ordenamiento argentino con valores éticos sustancialmente anacrónicos. Baste señalar al respecto, que el mantenimiento de su eficacia importaría una suerte de inhabilitación especial perpetua para que el demandante accediera a los beneficios que la Constitución le acuerda sin reserva alguna que permita apoyar discriminaciones semejantes a las que fija la resolución 957/81.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se confirma la sentencia apelada. Con costas.

AUGUSTO C. J. BELLUSCIO — ENRIQUE S. PETRACCHI.

ROSA MEZA DE DIAZ V. OSCAR R. DIAZ

*RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.*

Es improcedente el recurso extraordinario contra la sentencia que, al rechazar la demanda, no excluyó al demandado como heredero declarado en su carácter de hijo extramatrimonial del causante. Ello así, pues las cuestiones planteadas remiten a la consideración de cuestiones de derecho común, regularmente ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48, las que fueron resueltas por el a quo con fundamentos suficientes del mismo carácter que, al margen de su acierto o error, bastan para sustentar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (1).

*RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Principios generales.*

Los jueces no están obligados a ponderar uno por uno y en forma exhaustiva todos los planteos de las partes, pues basta con que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos para fallar la causa, y la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional, lo que impone un criterio particularmente restrictivo; de lo contrario abriría una tercera instancia en la que lo resuelto por los jueces de la causa sería sustituido por la Corte en materia no federal. Por ello, en tanto las sentencias contengan fundamentos que impidan su descalificación como acto judicial, aquella doctrina no puede invocarse frente a supuestos errores en la solución acordada (2).

(1) 15 de mayo. Fallos: 300:1006; 301:129; 302:236; 304:1122.

(2) Fallos 303:267, 819.

SAMUEL POLITE Y OTROS

*RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Gravamen.*

Resulta insustancial el agravio referente a que a la fecha del hecho no existía disposición legal ni reglamentaria que prohibiera ingresar a la República Argentina portando cualquier monto de billetes de moneda extranjera, conducta que no encuadra en ninguno de los hechos ilícitos tipificados en la ley 19.359, por lo que la multa aplicada sobre la base de aquella viola los principios de legalidad y reserva consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Ello así, pues de los términos de la resolución del Banco Central confirmada por la Cámara a quo, surge que se consideró al hecho referido no como delito autónomo sino como tipo subordinado al art. 1º, inc. b), de dicha ley, al afirmar que "los hechos comentados representan la comisión de las infracciones previstas" en la norma citada, "en grado de tentativa respecto de u\$s 200.000 dado que en relación con los mismos la actividad tuvo principio de ejecución al haberse ingresado al país divisas tendientes a nutrir el mercado marginal, iniciándose la acción principal en la que el delito consiste y cuya consumación plena se vio frustrada por circunstancias ajenas a la voluntad de los autores, en el caso la intervención policial; y con consumación plena respecto de los restantes valores involucrados" (1).

JOSE EMILIO JUNCOS, Y OTROS

*JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.*

Conforme los arts. 100 y 101 resulta ajena a la competencia originaria de la Corte la presentación efectuada por internos alojados en la Unidad 6 del Servicio Penitenciario Federal, mediante la que solicitan al Tribunal revise las condenas que se encuentran cumpliendo en virtud de sentencias dictadas por distintos tribunales de justicia del país (2).

(1) 15 de mayo.

(2) 15 de mayo.



Roj: **STS 2333/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2333**

Id Cendoj: **28079130042019100231**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/07/2019**

Nº de Recurso: **5010/2017**

Nº de Resolución: **1040/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.040/2019**

Fecha de sentencia: 10/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5010/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 5010/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1040/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez



En Madrid, a 10 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 5010/2017, interpuesto por doña Valentina , representada por el procurador don Antonio Javier Campal Crespo y asistida por el letrado don Generoso Tato Becerra, contra la sentencia n.º 356, dictada el 20 de junio de 2017 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y recaída en el recurso n.º 27/2016 , sobre resolución de 25 de noviembre de 2015 desestimatoria del recurso formulado y de las resoluciones de 31 de julio y de 4 de agosto de 2015 del proceso convocado por resolución 452/38049/2015, de 20 de mayo, por la que se hace pública la relación de aprobados del proceso selectivo para el ingreso en centros docentes militares de formación por ingreso directo en la Escala de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del cuerpo de infantería de Marina, al haber sido declarada la recurrente no apta en el cuadro médico por estar incluida en la causa A número uno, según la Orden PRE/2622/2007 modificada por la Orden PRE/528/2009.

Se ha personado, como parte recurrida, la Administración, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso n.º 27/2016, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 20 de junio de 2017 se dictó la sentencia n.º 356, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Ordinario número 27/2016, interpuesto por D<sup>a</sup> Valentina representada por el Procurador D. Javier Campal Crespo, asistida del Letrado D. Generoso Tato Becerra, siendo parte demandada el Ministerio de Defensa, representado y asistido por el Abogado del Estado contra la Resolución 25/11/2015 desestimatoria del recurso formulado y de la resolución de 31/7/2015 y 4/8/2015 del proceso convocado por resolución 452/38049/2015 y (Resolución 453/38049/2015) por la que se hace pública la relación de aprobados del proceso selectivo, para el ingreso en centros docentes militares de formación por ingreso directo suboficiales de los cuerpos generales y del cuerpo de infantería de Marina al haber sido declarada la recurrente no apta en el cuadro médico por estar incluida en la causa A número uno, según la Orden PRE/2622/2007 modificada por la Orden PRE/528/2009. Declaramos la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas y las confirmamos, con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento, debiendo estar y pasar por la presente resolución. Procede la imposición de costas a la parte recurrente, en vigor la Ley 37/2011, fijándose moderadamente en 300 euros".

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó recurso de casación doña Valentina , que la Sala de instancia tuvo por preparado por auto de 22 de septiembre de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas, se tuvo por personados al procurador don Javier Campal Crespo, en representación de doña Valentina , como parte recurrente, y al Abogado del Estado, en representación de la Administración, como parte recurrida.

**CUARTO.-** Sometida a la deliberación de la Sala la resolución sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación, por auto de 16 de marzo de 2018 su Sección Primera acordó:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de Doña Valentina contra la sentencia de 20 de junio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava), dictada en el recurso 27/2016 .

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si la fijación de una **talla mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos.**

Tercero. Identificar como normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 14 , 23.2 y 103.3 CE , en relación con el art. 55.1 del EBEP , y las Ordenes Ministerial OM 23/2011 y PRE/2622/2007 por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.



Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto".

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 23 de marzo de 2018 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

**SEXTO.-** Por escrito de 25 de mayo de 2018, el procurador don Javier Campal Crespo, en representación de doña Valentina , interpuso el recurso anunciado, alegando como normas infringidas las contenidas en los artículos 14 , 23.2 y 103.3 de la Constitución , en relación con los artículos 55.1 y 56.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y las Órdenes Ministeriales OM 23/2011 y PRE/2622/2007.

Y, después de señalar la pretensión deducida y el pronunciamiento que solicita, suplicó a la Sala que dicte sentencia por la que, casando y anulando la recurrida, se estime el recurso en los términos interesados, esto es:

"1°. Declare contrarios a derecho y nulos, anulándolos, revocándolos y dejándolos sin efecto alguno todos los actos administrativos y Resoluciones objeto del recurso contencioso administrativo interpuesto por mi mandante y cuantos se derivasen de ellos. De conformidad al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, dichos actos administrativos son: a) La Resolución de fecha de 25 de noviembre de 2015 de la Subsecretaría de Defensa (Ministerio de Defensa) dictada en el expediente nº NUM000 por la que se desestima el Recurso de Alzada formulado por mi representada mediante escrito de fecha de registro de 03/09/2015, b) Resoluciones de los Tribunales Médicos de Calificación del CIMA de fecha de 31 de julio de 2015 y de Apelación del Hospital Gómez Ulla de fecha de 04 de agosto de 2015 así como la Resolución de fecha de 11 de agosto de 2015 por la que se publica la relación de aprobados del proceso selectivo convocado por Resolución 453/38049/2015, de 20 de mayo, de la Subsecretaría, para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina cuyas copias se acompañan a dicho recurso de alzada como documentos números 1, 2 y 3 y que se acompañaron al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo así como cuantos actos administrativos deriven de ellos.

2°. Se declare contrario a Derecho y nulo de pleno derecho el requisito límite mínimo de **160 centímetros** de altura como requisito para superar las pruebas de acceso a controlador aéreo y sistemas de información y telecomunicaciones (Grupo III) del proceso de selección convocado por Resolución 453/38049/2015, de 20 de mayo, de la Subsecretaría, para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina.

3°. Se declare contraria a Derecho y nula de pleno derecho, la declaración de NO APTO de Dña. Valentina en las pruebas de acceso a controlador aéreo (Grupo III) del proceso de selección convocado por Resolución 453/38049/2015, de 20 de mayo, de la Subsecretaría, para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina.

4°. Se declare que Dña. Valentina ha superado todo el proceso selectivo de control aéreo y sistemas de información y telecomunicaciones (Grupo III) del proceso de selección convocado por Resolución 453/38049/2015, de 20 de mayo, de la Subsecretaría, para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina y por ello tiene derecho a ser incluida en la lista asignación de plazas siendo escalafonada en función de la puntuación obtenida en dicho proceso (puesto 127 del folio 38 vuelto del expediente administrativo) con todos los derechos inherentes a dicha declaración, entre los que se encuentran los salarios dejados de percibir y los relativos a su carrera profesional (entre otros antigüedad), a retrotraer a la fecha en que se publicó la asignación de plazas (folios 37 a 39)".

**SÉPTIMO.-** Evacuando el traslado conferido por providencia de 14 de junio de 2018, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, se opuso al recurso por escrito de 21 de septiembre de 2018 en el que solicitó la desestimación del recurso.

Por otrosí digo, manifestó que no considera necesario la celebración de vista pública "dado lo bien delimitado de la cuestión planteada".

**OCTAVO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción , atendiendo a la índole del asunto, se consideró necesaria la celebración de vista pública y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.



**NOVENO.-** Por necesidades del servicio, se dejó sin efecto el señalamiento de la vista pública que venía acordado, en principio, para el 25 de junio de 2019 y, posteriormente, para el anterior día 24 y se señaló para su celebración el 2 de julio del corriente, en que han tenido lugar. Y el 9 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

Doña Valentina participó en el proceso selectivo convocado por la resolución 452/38049/2015, de 20 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se convoca proceso de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, mediante la forma de ingreso directo, con y sin titulación previa de Técnico Superior, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina (Boletín Oficial del Estado del 26 de mayo).

Concurrió, en particular, al ingreso en la Academia Básica del Aire para acceder a las plazas de la especialidad de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones de la Escala de Suboficiales del Cuerpo General del Ejército del Aire. El proceso selectivo consistía en una fase de concurso y en otra de oposición. Las pruebas que integraban esta última eran de aptitud psicofísica y de lengua inglesa, siendo la última el reconocimiento médico. En el caso de los aspirantes a plazas de la especialidad fundamental de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones del Ejército del Aire debían pasar el reconocimiento médico en el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial. El cuadro médico de exclusiones que aplicaría, según la base 2.2.3 de la convocatoria era el incluido en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo. La calificación de ese reconocimiento solamente podía ser de "apto", "no apto" o "apto excepto ..." y podía ser revisada a solicitud del aspirante por el Tribunal Médico Militar de Apelación cuya decisión sería definitiva.

La Sra. Valentina, que había superado la prueba de lengua inglesa y las otras pruebas de aptitud psicofísicas, fue calificada como no apta por ser su **talla** en bipedestación inferior a **160** cm., conforme al Cuadro Médico de Exclusiones de la Orden PRE/2622/2007 que, efectivamente, incluía entre ellas, en el apartado 3, la siguiente:

"Parámetros biológicos, enfermedades y causas generales.

Parámetros biológicos:

**1. Talla:**

a) En bipedestación:

Inferior a **160** cm o superior a 203 cm, con las excepciones siguientes:

a.1) Para militar profesional de tropa y marinería: Inferior a 155 cm o superior a 203 cm.

a.2) Para la Escala Superior de Oficiales y Escala de Oficiales (especialidad fundamental de operaciones aéreas) del Cuerpo General del Ejército del Aire: Inferior a **160** cm o superior a 196 cm".

La **talla** en bipedestación de la Sra. Valentina que se estableció en el reconocimiento médico fue de 1,55 metros.

La Sra. Valentina interpuso recurso de alzada contra la resolución de 11 de agosto de 2015 que publicó la relación de aspirantes que superaron el proceso selectivo, argumentando, además de que no padecía la alteración hematológica significativa que también se adujo para excluirla, extremo sobre el que se le dio la razón, que el cuadro de exclusiones que se le debió aplicar era el contenido en la Orden 23/2011, de 27 de abril, en la cual la **talla** en bipedestación que se debe igualar o superar es de 155 cm. para el Grupo III de los que contempla, al que (artículo 6) pertenecen los controladores de interceptación y de tráfico aéreo que deban poseer la correspondiente tarjeta de aptitud y los operadores de aeronaves no tripuladas. Además, consideraba injustificada y discriminatoria la exigencia de una **talla** de 1,60 metros para desempeñar los cometidos de controlador de interceptación y de tráfico.

Su recurso fue desestimado por la resolución n.º 13146, de 16 de octubre de 2015. En ella, además, de recordar cuanto decían las bases de la convocatoria y señalar que su **talla** era de 156 cm., se dice que no procedía valorar la aptitud médica necesaria para el personal de vuelo y que se debía estar a las exclusiones de la Orden PRE/2622/2007.

En la instancia, la Sra. Valentina reiteró sus razonamientos e insistió en que la exigencia de la Orden PRE/2322/2007 que permite acceder a las Fuerzas Armadas con 155 cm. mientras que a ella se le impide por exigirle, al menos, **160** cm. es discriminatoria. Alegó también *reformatio in peius* porque en la **talla** que se le



hizo en vía administrativa en el trámite de su recurso de alzada se le dieron 154 cm. y propuso prueba para establecer su **talla** en bipedestación. Practicada en la Clínica Médico Forense de los Juzgados de la Plaza de Castilla, resultó que mide 155,8 cm.

La sentencia objeto del presente recurso de casación desestimó el recurso contencioso-administrativo que la Sra. Valentina interpuso contra la anterior actuación administrativa. En sus fundamentos, además de resumir las posiciones de las partes, acogió la desviación procesal alegada por el Abogado del Estado ya que, mientras el escrito de interposición se dirigía contra las resoluciones administrativas de 11 de agosto y 16 de octubre de 2015, la demanda pedía, además de su nulidad, que se declarara la de la exigencia de **160** cm. para superar las pruebas de acceso a plazas de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones y que se le reconociera a la recurrente el derecho a ser incluida en la lista de asignación de plazas con efectos desde que se hizo pública. Por tanto, la Sala de Madrid no entró a conocer de esas pretensiones y añadió, como explicación adicional, que el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción impide a los órganos jurisdiccionales determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general.

A partir de ahí, la sentencia precisó que la cuestión a decidir consistía en dilucidar si la Sra. Valentina debía ser declarada apta por tener una **talla** de 155 cm. o si, siendo necesaria una de **160** cm., era correcto considerarla no apta. Todo ello en el proceso de acceso directo sin titulación previa a los centros docentes militares de formación para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales del Cuerpo General del Ejército del Aire en una de las 15 plazas convocadas de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones. Se fijó la sentencia en que la convocatoria y las bases que contiene quedaron firmes por consentidas y en los resultados de la prueba pericial practicada. Igualmente, indicó que el cuadro de exclusiones, según la convocatoria, era el de la Orden PRE/2622/2007.

Rechazó, después, que hubiera *reformatio in peius* por la **talla** que se le hizo en el Hospital Gómez Ulla, pues se trató de un acto de trámite y porque, en todo caso, las distintas mediciones que obran en las actuaciones están por debajo de la exigida. Y, sobre la infracción del derecho a la igualdad, dijo que no puede apreciarse porque la recurrente no ha aportado un término de comparación ni realizado un mínimo de actividad probatoria indiciaria para poner de manifiesto que, a otros, en las mismas circunstancias que ella, se les dio un trato distinto al que ha recibido. Asimismo, observó la sentencia que el requisito de **talla** en bipedestación varía según los cuerpos a los que se pretende acceder y que, "así se diferencia para militar profesional de tropa y marinería, inferior a 155 cm., lo cual parece razonable, si se tiene en cuenta que puede concurrir al ascenso o promoción de este personal eventual, cuyo tallaje "ab initio" fue de 155 cm".

Por último, la sentencia recordó la jurisprudencia para la que las bases de la convocatoria son la ley del proceso selectivo y vinculan a todos los intervinientes en él. Y explicó que el requisito de **talla** que no cumplía estaba exigido por la Orden PRE/2622/2007 a la que se remiten las bases.

**SEGUNDO.-** *La cuestión en la que el auto de admisión ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

La cuestión en la que el auto de admisión ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la de "si la fijación de una **talla** mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos". Y los preceptos que debemos interpretar para resolverla son los 14, 23.2 y 103.3 CE, en relación con el art. 55.1 del EBEP, y con las Órdenes Ministeriales 23/2011, y PRE/2622/2007.

Explica el auto de la Sección Primera de 16 de marzo de 2018 que establecer si la fijación de una **talla** mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos, reviste una indudable trascendencia. En concreto, la de saber si la exigencia biológica que se impone debe tener algún fundamento en relación con las funciones del puesto al que se trata de acceder.

**TERCERO.-** *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de doña Valentina .

Lleva a cabo, en primer lugar, una exposición de carácter general sobre la **talla** como posible elemento de discriminación en el acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Aquí nos dice que, si bien no es una circunstancia enunciada normativamente en el artículo 14 de la Constitución, puede considerarse incluida en él porque este precepto no debe interpretarse de forma restrictiva y, además, la expresión con que termina –"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"– permite entender que la comprende y que, por tanto, también la comprende el artículo 23.2 de la Constitución .

A continuación, afirma que la exigencia de un requisito biológico como la **talla** para acceder a la función pública debe contar con la correspondiente justificación, la cual ha de ser objetiva, razonable y proporcional a la



finalidad a la que sirve, de acuerdo con el artículo 56.3 del Estatuto Básico del Empleado Público. Justificación, añade, cuya razonabilidad ha de argumentar la Administración desde el momento en que el requisito de la **talla** no guarda relación con el mérito y la capacidad.

Desde estas premisas, explica que los actos administrativos impugnados han vulnerado los artículos 14, 23.2. y 103.3 de la Constitución y 55.1, 55.2., 55.1.b) y 55.3. del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la Orden 23/2011, de 27 de abril, y la base décima de la resolución de convocatoria.

Esa infracción resulta, según explica, porque la Sra. Valentina se vio excluida de un proceso selectivo por razón de un requisito biológico de **talla** mínima en bipedestación –**160** cm.– que no es necesario para ejercer plenamente las funciones y tareas a desarrollar en el acceso al centro de formación para el puesto de controlador aéreo del Ministerio de Defensa. Destaca el escrito de interposición que ningún juicio de razonabilidad concreto justifica que esa **talla** sea precisa para ser controlador aéreo. La Administración, subraya, no lo ha ofrecido y la sentencia de instancia tampoco. Reitera en este punto que no se le ha dado, ni en vía administrativa ni en vía judicial a la recurrente, razón alguna por la que una persona que mide en bipedestación 155 cm. no pueda desempeñar todas y cada una de las funciones de controlador aéreo. Insiste la Sra. Valentina en que, ni siquiera en el terreno de las hipótesis, cabría hablar de limitación o incapacidad para ello. Además, recuerda que la propia convocatoria contempla pruebas físicas y médicas para excluir a quienes incurran en incapacidad y que ella las superó.

Dice, igualmente, el escrito de interposición que la sentencia fundamenta su fallo en la Orden PRE/2622/2007 y en que no impugnó la convocatoria. Pues bien, señala que esa Orden ha de considerarse indirectamente impugnada y que la posterior Orden 23/2011 exige a los controladores aéreos una **talla** en bipedestación de 155 cm. Esta última, dice, es la que habría debido aplicársele porque es la norma específica y porque se remite a ella la Base Décima en el apartado 2.2.3. En todo caso, apunta que, ante dos regulaciones diferentes, no debieron interpretarse las bases de la forma más restrictiva y contraria al ejercicio del derecho fundamental de la recurrente. Por lo demás, aunque no impugnara la convocatoria, mantiene que es perfectamente posible la impugnación indirecta de la Base Décima en la medida en que ha dado pie a una actuación contraria a los artículos 14 y 23.2 de la Constitución .

En razón de estos argumentos, el escrito de interposición pasa a exponer las pretensiones que hemos consignado en los antecedentes.

B) El escrito de oposición del Abogado del Estado.

Tras resumir los antecedentes del caso, explica que es claro el criterio de la Orden PRE/2622/2007 en lo que respecta a la **talla** mínima en bipedestación que contiene. Para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación en plaza de la especialidad de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones del Ejército del Aire por parte de quien no es militar profesional de tropa y marinería, la **talla** mínima en bipedestación ha de ser **160** cm. En cambio, si el aspirante a esa plaza era ya militar profesional de tropa y marinería, la **talla** en bipedestación debía ser de al menos 155 cm.

Sigue explicando el Abogado del Estado que a ese proceso selectivo podían presentarse también quienes ya pertenecieran a las Fuerzas Armadas como militares profesionales de tropa y marinería Y que estos, al acceder a las mismas, debieron acreditar, al menos, 155 cm. Indica que para ellos este proceso selectivo operaba como una oportunidad de promoción profesional a fin de ingresar en las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina.

Prosigue el escrito de oposición diciendo que la diferencia entre quienes ya pertenecían a las Fuerzas Armadas como militares profesionales de tropa y marinería y los que no formaban parte de ellas no infringe el principio de igualdad. Observa al respecto que no se violenta cuando se trata de manera desigual situaciones que no son iguales. Aquí destaca la gran diferencia que supone pertenecer ya y pretender promocionarse en las Fuerzas Armadas y no pertenecer a ellas y pretender ingresar en las mismas. De ahí que –para el Abogado del Estado– no carezca de justificación objetiva y razonable establecer requisitos ligeramente superiores y más rigurosos para estos últimos. Cita al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 46/1991 y continúa diciendo que fijar una **talla** mínima para acceder a las Fuerzas Armadas con independencia del destino concreto "no puede considerarse una medida arbitraria, irrazonable o injustificada, sino que responde a la misión y a los cometidos a que (...) [les] corresponden, para cuyo desempeño se exigen unas determinadas condiciones físicas y en particular determinada constitución, que se considera idónea para la realización de los cometidos que dichos miembros tienen asignados y que en modo alguno puede considerarse arbitraria o irrazonable".

Por último, observa que, con independencia del puesto concreto que vaya a ser servido, una vez superada la convocatoria y obtenido el nombramiento, la interesada se convertiría en militar profesional de carrera, integrante de las Fuerzas Armadas, con los deberes, funciones y responsabilidades establecidos para ellos,



los cuales, dice, tienen un alcance general, destinado a la tarea común de atender a la defensa nacional. En este sentido, apunta el escrito de oposición a la posibilidad de que, al margen del puesto concreto obtenido, se desempeñen otros distintos y a la movilidad que existe en el ámbito del ejercicio profesional como militar de carrera dentro de las Fuerzas Armadas.

**CUARTO.-** *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y del recurso contencioso-administrativo.*

Adelantaremos ya que el recurso de casación debe prosperar y la sentencia contra la que se ha interpuesto debe ser anulada y estimado el recurso contencioso-administrativo de la Sra. Valentina porque, efectivamente, la actuación administrativa que está en el origen de este proceso es contraria al artículo 23.2 de la Constitución por erigir una circunstancia personal, la **talla** o altura, en un requisito injustificado en términos objetivos y de razonabilidad.

Llegamos a la conclusión de que el requisito de **160** cm en bipedestación en cuya virtud se consideró no apta a la recurrente, el que contemplaba la Orden PRE/2622/2007, no está justificado y entraña una diferencia de trato contraria al principio de igualdad por dos razones principales. En primer lugar, porque no se ha explicado por qué motivo es necesario que quien va a dedicarse a la especialidad de Control Aéreo y los Sistemas de Información y Telecomunicaciones ha de tener esa **talla**. En ningún momento del procedimiento administrativo ni del proceso judicial se ha ofrecido otra justificación que la de la previsión correspondiente de la Orden PRE/2622/2007. Y, ciertamente, no se alcanza a comprender cuál pueda ser.

Esa primera e inevitable impresión se ve inmediatamente confirmada cuando se comprueba que la misma Orden PRE/2622/2007, la que se aplicó a la Sra. Valentina, admite a quienes midan 155 cm., si ya son militares profesionales de tropa y marinería. Y nos explica el Abogado del Estado que esa diferencia se debe a que, precisamente, para ingresar en las Fuerzas Armadas esa era la **talla** mínima. Así, pues, si se puede ser militar profesional con 155 cm. de **talla** en bipedestación y desempeñar los cometidos propios de la tropa y de la marinería, para los que no es difícil pensar que la constitución física puede ser especialmente importante y esos mismos militares profesionales pueden, con esa **talla**, ejercer la especialidad de Control aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones, no se alcanza a comprender por qué no pueden hacerlo quienes aspiran a ingresar como Suboficiales en esa especialidad.

El mismo hecho de que quienes ya son militares profesionales y midan 155 cm puedan promocionarse a Suboficiales en la especialidad indicada echa por tierra el argumento del Abogado del Estado sobre la movilidad en el ejercicio profesional.

No es relevante, por otra parte, la circunstancia en que el escrito de oposición cifra la diferencia –el dato de pertenecer ya a las Fuerzas Armadas los que pueden medir 155 cm.– porque no explica por qué se puede acceder a las Fuerzas Armadas en las clases de tropa y marinería con esa **talla** y por qué no es posible hacerlo como suboficial en la especialidad de referencia. No se advierte una justificación objetiva relacionada con las condiciones personales y con el desempeño de los cometidos correspondientes. Cualesquiera que hayan sido los motivos que han llevado a aceptar en las Fuerzas Armadas a quienes miden 155 cm. y a que puedan promocionarse internamente como suboficiales, no se han hecho explícitas ni tampoco se han manifestado las que llevan a tratar de modo diferente a quienes, sin pertenecer aún a las Fuerzas Armadas, pretenden incorporarse a ellas por la vía que les ofrece la resolución de convocatoria de este proceso selectivo.

Considera la Sala que a las conclusiones anteriores se llega sin especial complicación y que la demanda planteaba con suficiente claridad el problema que la Sala de Madrid debió resolver en el sentido que se acaba de exponer. Es decir, apreciando el trato discriminatorio que se dio a la Sra. Valentina y acogiendo su recurso contencioso-administrativo. Al no hacerlo, debemos anularla y resolver ese recurso.

Al respecto, diremos, en primer lugar, que no se advierte la desviación procesal que sí aprecia la sentencia de instancia. La identificación en el escrito de interposición de las resoluciones administrativas y la formulación en el escrito de demanda de las pretensiones de anulación del requisito de **talla** y de reconocimiento del derecho a ser incluida en la relación de quienes superaron el proceso selectivo no entrañan desviación. En los términos en los que se expresa la demanda, las pretensiones inadmitidas son la consecuencia inevitable de las razones por las que desde la vía administrativa la Sra. Valentina venía quejándose de discriminación injustificada.

Por otro lado, la falta de impugnación de las bases de la convocatoria no es obstáculo para combatirlas a través de los actos que las aplican cuando ellas mismas comportan la vulneración de un derecho fundamental, como sucede aquí. La jurisprudencia así lo viene admitiendo [sentencias de 6 de julio de 2015 (casación n.º 674/2012); 3 de octubre de 2013 (recurso n.º 644/2012); 25 de abril de 2012 (casación 7091/2010); 16 de enero de 2012 (casación n.º 4523/2009); 22 de mayo de 2009 (casación n.º 2586/2005), entre otras].

Es menester, por tanto, precisar los términos en que debe estimarse el recurso contencioso-administrativo. Está claro que ha de comportar la anulación de las resoluciones administrativas que supusieron la exclusión



de la Sra. Valentina del proceso selectivo, de la que le declaró no apta y de la que confirmó en alzada esa declaración. Asimismo, en tanto el reconocimiento médico es la última de las pruebas de la fase de oposición y en la medida en que la Sra. Valentina había superado las demás y que su puntuación superaba a la de otros aspirantes que obtuvieron plaza, la estimación del recurso contencioso-administrativo ha de suponer, únicamente en cuanto no incluye a la recurrente, la anulación de la resolución de 11 de agosto de 2015.

Además, la estimación ha de comportar no sólo el reconocimiento de su derecho a que se le tenga por apta y, en consecuencia, a que se le tenga también por superado el proceso selectivo, sino también a que se le asigne plaza en la Academia Básica del Aire con efectos desde que se produjeron para los otros aspirantes que ingresaron en ella en su momento.

Finalmente, la demanda pide la anulación del requisito de **talla** en bipedestación de **160** cm. impuesto por la Orden PRE/2622/2007. Antes de pronunciarnos al respecto, debemos recordar que fue esta la aplicada a la recurrente y que no procedía que se le aplicara la Orden 23/2011, de 27 de abril, pues la Base Décima, apartado 2.2.3. establece que será aquella la que se aplique con carácter general en los reconocimientos médicos. Por otro lado, no está claro que la categoría de controladores de interceptación y de tráfico aéreo que forman el Grupo III al que se refiere el artículo 6 de la Orden 23/2011 sea homogénea con la especialidad a la aspiraba la Sra. Valentina .

Pues bien, la Orden PRE/2622/2007 ha sido derogada por la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero. Por tanto, no tiene sentido declarar la nulidad del apartado que se aplicó a la recurrente ya que no está en vigor.

**QUINTO.-** *El juicio de la Sala. La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

Después de cuanto se ha dicho en el fundamento anterior, a la pregunta de "si la fijación de una **talla** mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos", debemos responder que, en las condiciones que se dieron en el caso de autos sí la supusieron. Y que, por eso, se infringieron los artículos 14 y 23.2 de la Constitución y 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público.

**SEXTO.-** *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción , cada parte correrá con las costas del recurso de casación causadas a su instancia y con las comunes por mitad. Por lo que se refiere a las del recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con su artículo 139.1, no se hace imposición de las mismas habida cuenta de las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 5010/2017, interpuesto por doña Valentina contra la sentencia n.º 356/2017, de 20 de junio, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y anularla.

(2.º) Estimar en lo sustancial el recurso contencioso-administrativo n.º 27/2016 y, en consecuencia:

(a) anular la actuación administrativa que llevó a la declaración de no apta de la recurrente en el proceso selectivo convocado por la resolución de la Subsecretaría de Defensa 452/38049/2015, de 20 de mayo, para el ingreso en los centros docentes militares de formación mediante la forma de ingreso directo, con y sin la titulación previa de Técnico Superior, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de la Infantería de Marina (Boletín Oficial del Estado del 26 de mayo);

(b) Anular la resolución de 11 de agosto de 2015 por la que se publica la relación de aprobados únicamente en la medida en que no incluye a la recurrente.

(c) Reconocer a doña Valentina el derecho a que se le tenga por superado el proceso selectivo para el acceso a la Academia Básica del Aire para su incorporación por ingreso directo en la Escala de Suboficiales del Cuerpo General del Ejército del Aire en la especialidad fundamental de "Control aéreo y sistemas de información y telecomunicaciones" convocado por la resolución 452/38049/2015, de 20 de mayo, y a que se le adjudique plaza en dicha Academia con todos los efectos correspondientes desde el momento en que se produjeron para los demás aspirantes que la obtuvieron.

(3.º) Estar respecto de las costas a lo indicado en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Publicato il 13/12/2019

N. 08472/2019REG.PROV.COLL.

N. 02936/2019 REG.RIC.

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2936 del 2019, proposto da Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale per la Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Pasqualina Caiazza, Giovanna Cioffi, Anna Esposito, Concetta Esposito, Rosanna Mastroianni, Maria Mormone, Daniela Principe, Teresa Trinchillo, Valeria Fummo, Roberta Epistolato, Franca Mastrantuono, Lorella Piccolo, Nilla Potenza, Tiziana Carandente, rappresentati e difesi dagli avvocati Michele Speranza, Michele Ursini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Russo in Roma, via Ottaviano, 9; Castaldo Carmela, Fummo Valeria, Cira Ariosto, Fiorenza Paola, Lumia Alessia, Maria Grazia Del Giudice non costituiti in giudizio;

Teresa Botta, rappresentato e difeso dagli avvocati Michele Speranza, Michele Ursini, con domicilio eletto presso lo studio Salvatore Russo in Roma, via Ottaviano, 9;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 09230/2018, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pasqualina Caiazza e di Giovanna Cioffi e di Anna Esposito e di Concetta Esposito e di Rosanna Mastroianni e di Maria Mormone e di Daniela Principe e di Teresa Trinchillo e di Valeria Fummo e di Teresa Botta e di Roberta Epistolato e di Franca Mastrantuono e di Lorella Piccolo e di Nilla Potenza e di Tiziana Carandente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2019 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Michele Speranza, Michele Ursini e l'avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con l'appello in esame il Ministero, odierna parte appellante, impugnava la sentenza n. 9230 del 2018 con cui il Tar Lazio aveva accolto l'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalle odierne parti appellate, nella dedotta qualità di docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015 (a seguito delle

procedure indette ex art. 1, co. 98, lett. c) l. cit.) su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, al fine di impugnare la procedura nazionale di mobilità attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell'art. 1, co. 108 della citata legge. All'esito del giudizio di primo grado il Tar accoglieva il ricorso sotto due dei profili dedotti: per un verso per il fatto che, in uno al predetto piano straordinario, non è stato previsto un meccanismo di deroga al vincolo quinquennale di permanenza nel posto già occupato per i docenti di sostegno, conseguendone che i medesimi non hanno potuto prender parte a questo piano straordinario per un posto comune, violandosi per loro il principio di uguaglianza; per un altro verso per il fatto che il delineato piano straordinario non è stato corredato da alcuna attività amministrativa ma è stato demandato ad un algoritmo, tuttora sconosciuto, per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- infondatezza manifesta sul difetto procedimentale, nonché sanatoria processuale dell'eventuale vizio di mancata comunicazione di avvio;
- infondatezza manifesta sul merito provvedimento sull'asserita disparità di trattamento tra docenti appartenenti alle varie fasi della mobilità, segnatamente dei docenti appartenenti alla Fase C..

Alcuni degli appellati si costituivano in giudizio chiedendo la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto dell'appello. Gli appellati Epistolato Roberta, Mastroianni Rosanna, Botta Teresa e Piccolo Lorella

dichiaravano che nei loro confronti è cessata la materia del contendere siccome sono state trasferite secondo il loro interesse e non in base alla sentenza appellata, chiedendo l'estromissione dal giudizio.

Con ordinanza n. 2279 del 10 maggio 2019 veniva respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2019 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. La controversia decisa dalla sentenza impugnata ha ad oggetto l'azione proposta dagli odierni appellati, nella qualità di docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015 (a seguito delle procedure indette ex art. 1, co. 98, lett. c) l. cit.) su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, avverso gli esiti della procedura nazionale di mobilità attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell'art. 1, co. 108 della citata legge. In particolare, la contestazione riguarda l'esito della procedura la quale, svolta sulla base di un algoritmo non conosciuto e che non ha correttamente funzionato, ha disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate. In sostanza, il meccanismo straordinario di mobilità si è rivelato pregiudizievole per quei docenti, quali le odierne ricorrenti, immessi in ruolo nella fase C, i quali sono stati trasferiti in province più lontane da quella di propria residenza o quella comunque scelta con priorità in sede di partecipazione alla procedura, benché in tali province di elezione fossero disponibili svariati di posti.

2. A fronte dell'accoglimento disposto dal Tar, nei termini riassunti nella narrativa in fatto, l'appello proposto dal Ministero è articolato nei seguenti

due motivi: a) il primo teso a confutare che vi sia stato un difetto procedimentale sotto un duplice profilo, sia perché “l’algoritmo è semplicemente il risultato della trasposizione matematica e della sua applicazione informatica delle direttive”, sia perché non doveva essere comunicato l’avvio del procedimento ex art. 7 legge n. 241 del 1990; b) il secondo diretto ad affermare la correttezza del merito provvedimento non sussistendo disparità di trattamento tra docenti appartenenti alle varie fasi della mobilità e particolarmente con riferimento ai docenti della fase C.

3. Preliminarmente, parte appellata chiede l’estromissione di alcuni degli originari ricorrenti per i quali sarebbe cessata la materia del contendere, in quanto avrebbero ottenuto il trasferimento secondo il loro interesse e non in base alla sentenza appellata.

L’eccezione è infondata. L’estromissione riguarda non già la legittimazione, ma la diversa questione di chi debba ritenersi parte del processo, dunque la naturale destinataria degli effetti che scaturiscono dalla decisione in senso stretto, implicando l’accertamento negativo della legittimazione dell’estromesso in ordine alla pretesa sostanziale oggetto del contendere. Nel caso di specie oggetto della pretesa sostanziale del presente giudizio è la legittimità della procedura cui gli stessi interessati hanno partecipato.

La declaratoria di estromissione dal giudizio per difetto di legittimazione passiva ha valore non solo processuale ma anche sostanziale, in quanto implica un accertamento negativo della legittimazione dell’estromesso in ordine alla pretesa sostanziale oggetto del contendere. Nel caso di specie

invece i soggetti hanno partecipato ed ottenuto il trasferimento in base alla procedura oggetto del contendere.

4. Sempre in via preliminare, non appare fondata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi.

In linea di diritto, pur dinanzi al generale onere di specificità dei motivi di gravame, costituisce *jus receptum* il principio per cui l'appello è da ritenersi ammissibile se dallo stesso sia possibile desumere quali siano le argomentazioni fatte valere da chi ha proposto l'impugnazione in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. V 14 maggio 2012 n. 2745). Inoltre, va ribadito che il grado di specificità dei motivi di appello va parametrato e vagliato alla luce del grado di specificità della sentenza contestata.

Applicando tali coordinate al caso di specie, se per un verso i vizi risultano scanditi in due ordini di censure, quantomeno in parte sulla scorta delle argomentazioni svolte dalla sentenza impugnata sui due ordini di motivi accolti, per un altro verso gli stessi risultano piuttosto infondati nel merito.

5. Passando all'esame del merito, per ciò che concerne il primo ordine di motivi di appello, sempre in via preliminare va rilevata la manifesta infondatezza delle contestazioni svolte in merito alla presunta violazione dell'art. 7 legge 241 cit..

Infatti, tale vizio risulta del tutto privo di riferimento nella sentenza impugnata la quale, lungi dall'accogliere il gravame sul profilo della violazione delle garanzie partecipative, ha accolto il ricorso sulla scorta dei due seguenti ordini di censure: non è stato previsto un meccanismo di deroga al vincolo quinquennale di permanenza nel posto già occupato per i docenti di sostegno, conseguendone che i medesimi non hanno potuto

prender parte a questo piano straordinario per un posto comune, violandosi per loro il principio di uguaglianza; per un verso per il fatto che il delineato piano straordinario non è stato corredato da alcuna attività amministrativa ma è stato demandato ad un algoritmo, tuttora sconosciuto, per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative.

6. La restante parte delle censure, concernente la legittimità del ricorso all'algoritmo e la correttezza del relativo meccanismo così come applicato, è parimenti infondata, seppur sulla scorta di un più approfondito percorso argomentativo.

7. In termini generali, come correttamente evidenziato dalle parti, questa sezione ha già avuto modo di approfondire il tema in oggetto con la nota sentenza n. 2270 del 2019.

A fronte della diversità della fattispecie e del dibattito sollevato, occorre svolgere alcune brevi considerazioni integrative, in specie in relazione a quanto dedotto avverso la sentenza appellata.

7.1 In linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità.

In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente

letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati.

7.2 Peraltro, già in tale ottica è emersa altresì una lettura critica del fenomeno, in quanto l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza.

8.1 Sempre in linea generale va richiamato quanto già evidenziato dalla sezione in ordine all'elemento positivo derivante dal nuovo contesto di digitalizzazione; in proposito, non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti.

In tale ottica lo stesso Codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in tale direzione. I diversi interventi di riforma dell'amministrazione susseguitisi nel corso degli ultimi decenni, fino alla legge n. 124 del 2015, sono indirizzati a tal fine; nella medesima direzione sono diretti gli impulsi che provengono dall'ordinamento comunitario.

8.2 Tuttavia, nel caso di specie lo scenario necessita di un approfondimento ulteriore. Non si tratta, infatti, di sperimentare forme

diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni.

Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali, come avvenuto nella fattispecie oggetto della presente controversia, ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrina, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale.

9.1 Come già evidenziato nel precedente della sezione richiamato, l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure, come quella oggetto del presente contenzioso, seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei

propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale.

9.2 Anche il caso in esame, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi, l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggioro) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

10. Peraltro, l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa.

In tale contesto, infatti, il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

11. Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase

quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità.

Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi.

12. In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, qualificati nei termini di cui sopra al punto 10, assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

13.1 Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso.

In relazione alla stessa p.a., nel precedente richiamato la sezione ha già chiarito come il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione

robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico.

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In proposito, va ribadito che, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile. Con le già individuate conseguenze in termini di conoscenza e di sindacabilità (cfr. punto 8.3 della motivazione della sentenza 2270 cit.).

In senso contrario non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza.

13.2 In relazione ai soggetti coinvolti si pone anche un problema di gestione dei relativi dati. Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento.

Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi.

In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l'interessato sia che venga compiuta in via indiretta.

Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire "informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato". In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento.

13.3 L'interesse conoscitivo della persona è ulteriormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall'articolo 15 del Regolamento che

contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati.

Incidentalmente, è stato evidenziato come l'articolo 15, diversamente dagli articoli 13 e 14, abbia il pregio di prevedere un diritto azionabile dall'interessato e non un obbligo rivolto al titolare del trattamento, e permette inoltre di superare i limiti temporali posti dagli articoli 13 e 14, consentendo al soggetto di acquisire informazioni anche qualora il trattamento abbia avuto inizio, stia trovando esecuzione o abbia addirittura già prodotto una decisione. Ciò, ai fini in esame, conferma ulteriormente la rilevanza della trasparenza per i soggetti coinvolti dall'attività amministrativa informatizzata in termini istruttori e decisorii.

14.1 Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo.

14.2 In tale contesto, lo stesso Regolamento predetto affianca alle garanzie conoscitive assicurate attraverso l'informativa e il diritto di accesso, un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali interamente automatizzati. L'articolo 22, paragrafo 1, riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità,

che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo.

14.3 In tema di imputabilità occorre richiamare, quale elemento rilevante di inquadramento del tema, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo. Tale atto esprime in maniera efficace questi passaggi, laddove afferma che “l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati».

14.4 Quindi, anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere.

15. A conferma di quanto sin qui rilevato, in termini generali dal diritto sovranazionale emergono tre principi, da tenere in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici.

15.1 In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo

riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Il principio, in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del Regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali ("*Right to a good administration*"), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di "dare le ragioni della propria decisione".

Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovvero sia la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere "informazioni significative sulla logica utilizzata".

15.2 In secondo luogo, l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione *Loomis vs. Wisconsin*), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel

processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano.

15.3 In terzo luogo, dal considerando n. 71 del Regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti.

In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio.

In questi casi, come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale;

operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni.

16. Sulla scorta delle argomentazioni sin qui svolte, nel caso di specie l'algoritmo non risulta essere stato utilizzato in termini conformi ai principi predetti, anche in considerazione del fatto che non è dato comprendere per quale ragione le legittime aspettative di soggetti collocati in una determinata posizione in graduatoria siano andate deluse.

Non può quindi ritenersi applicabile in modo indiscriminato, come si ritiene nella motivazione della sentenza di primo grado, all'attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un'epoca nella quale l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica, né sono condivisibili richiami letterari, pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani ( da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività ).

Il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 ( quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che , con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse ), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione.

L'amministrazione, nel presente contenzioso, si è limitata a postulare una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche che deve invece essere sempre provata ed illustrata sul piano tecnico, quantomeno chiarendo le circostanze prima citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento.

In tal senso la sentenza può essere confermata ma con diversa motivazione.

Infatti, l'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili, costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura, in termini analoghi e coerenti rispetto al precedente della sezione più volte citato che, tuttavia, in parte se ne differenziava essendo state provate singole violazioni di legge mentre qui la censura finisce per involgere il metodo in quanto tale per il difetto di trasparenza dello stesso. Ciò ha trovato indiretta conferma dall'avvenuta esecuzione della sentenza appellata, in termini soddisfattivi delle posizioni azionate.

17. Infine, destituito di fondamento è il vizio dedotto avverso la riconosciuta disparità di trattamento tra docenti appartenenti alla fascia C. Al riguardo, infatti, l'opzione ermeneutica fatta propria dal Tar Lazio nella sentenza impugnata appare coerente ai principi invocati ed applicati. In proposito, va pertanto ribadito che la mancata previsione della deroga al vincolo di permanenza quinquennale dei docenti di sostegno sulla medesima tipologia di posto, con conseguente loro esclusione dalle

procedure di mobilità, si pone in contrasto con la facoltà riconosciuta alla generalità degli altri docenti. Ciò sia in termini di principio, in termini qualificabili di irragionevolezza e disparità di trattamento, sia normativi, a fronte della parallela previsione della prevista deroga al vincolo triennale di permanenza nella sede, di cui all'art. 399 co. 3, d.lgs. n. 297/2004, contemplata per i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2014 del primo periodo dell'art. 1, co. 108, L. n. 107/2015 proprio ai fini della loro partecipazione al contestato piano straordinario di mobilità.

18. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va respinto, confermandosi l'esito del giudizio di prime cure.

Sussistono giusti motivi, in relazione alla complessità ed alla novità delle questioni affrontate, per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Davide Ponte**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Montedoro**

**IL SEGRETARIO**



Escuela del Cuerpo de  
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro  
**Argentina**