



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Unidad Fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario
"2014- Año de las letras argentinas"

**CARÁTULA: VAYO MIGUEL ENRIQUE Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO**

EXPTE. n° A7770-2014/0

Juzgado: 23

Secretaría: 46

Equipo Fiscal N° 3

Dictamen N° 510 /2014

Señor Juez:

I. Vienen las presentes actuaciones en razón de la vista conferida a foja 39.

II. En tales condiciones he de indicar que el rol de este Ministerio Público Fiscal ha sido descripto en la presentación de fojas 37/38, fundamentos a los que me remito *breavitis causae*.

Con el criterio expuesto, la interposición de la presente acción involucra un claro interés general social por cuanto: a) el objeto de la misma es la declaración de inconstitucionalidad y/o nulidad de un acto de la administración el cual goza de presunción de legitimidad; b) la eventual declaración de inconstitucionalidad de un acto que rige la organización interna de la Administración podría lesionar el principio constitucional de división de poderes, y c) la interposición de acciones inoficiosas afecta el normal desenvolvimiento de la prestación de justicia.

III. RESUMEN DEL PLANTEO INICIAL.

En este sentido, he de destacar que a fojas 1/11 se presentan Miguel Enrique Vayo, Dominga Isabel (Patricia) Machado, Martín Andrés Iommi, Jorge Gabriel Orovitz Sanmartino, Maria Alejandra Camiña Bergalli, Ruben Tzanoff, María Marta Lopes, Paula Andrea Resels, Marcelo Alejandro Charlón y Carlos Felipe Méndez en su "... *calidad de integrantes de las Juntas Comunales de la Ciudad y de habitantes de la Ciudad*" como así también en ejercicio de la "... *legitimación popular*", con el patrocinio

letrado del Dr. Jonatan Emanuel Baldividiezo e interponen acción de amparo colectivo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante GCBA- a fin de que “... *se declare la nulidad absoluta e insanable del Decreto N° 251/2014 en cuanto viola lo que establece el art. 1 y el art. 127 de la Constitución de la Ciudad, los artículos 1, 2, 8, 28 y 35 de la ley N° 1777 y el art. 4 inciso d de la ley N° 3233*”.

Asimismo requieren que se dicte una medida cautelar a efectos de que “... *se ordene al GCBA a suspender la vigencia y los efectos del Decreto N° 251/2014*”.

Luego de transcribir íntegramente el Anexo I del decreto en cuestión, fundan su postura en la CCABA, la ley 1777 y en jurisprudencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero.

IV. Así las cosas, en primer término he de destacar que la intervención de esta Oficina judicial habrá de entenderse como limitada a analizar la admisibilidad de la acción intentada y el análisis de la medida *ad cautelam* peticionada en el escrito inicial.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECRETO N° 251/2014.

En este aspecto, a efectos de analizar la admisibilidad de la acción intentada corresponde indicar primeramente cuál es la naturaleza jurídica del decreto impugnado por la parte actora.

A tal efecto corresponderá efectuar una breve reseña del decreto en cuestión.

V.1. Así las cosas corresponde destacar que su artículo 1 prevé que “*Apruébase la estructura organizativa de las Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de acuerdo con los Anexos I (Organigrama) (IF-2014-07331341-SECGCYAC) y II (Descripción de Acciones) (IF-2014-073411637-SEXGCYAC), los que a todos sus efectos forman parte integrante del presente Decreto*” y el artículo 2 que “*El Ministerio de Modernización y la Secretaría de Gestión Comunal y Atención Ciudadana, dictan en forma conjunta las normas complementarias, operativas e interpretativas que fueren necesarias para una mejor aplicación del presente*”.



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Unidad Fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario
"2014- Año de las letras argentinas"

Agrego que del Anexo I del decreto en cuestión puede observarse que se crean dos gerencias operativas dependientes de la Presidencia de la Junta Comunal, una de "Gestión Administrativa" y la otra de "Gestión Comunal". A su vez, esta última gerencia contaría con dos subgerencias operativas, una de "Participación y Atención Vecinal" y la otra de "Control Comunal y de obras".

Destaco que el decreto se encuentra sustentado en los artículos 127 y 128 de la CCABA, en la ley orgánica de comunas n° 1777 (arts. 2 y 28), en la ley de ministerios del GCBA n° 4013, demás normas infralegales.

Agréguese a lo expuesto que en dicho decreto se dejó constancia *"Que ha tomado intervención el Consejo de Coordinación Intercomunal"*.

V.2. Descripto brevemente el decreto n° 251/2014, he de resaltar que este último no es un acto administrativo sino un acto interno de la administración.

Destáquese que en doctrina se entiende acto administrativo como *"... una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros"* (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo*, La Ley, 2004, pág. 5), y que **el decreto n° 251/2014 no produce esos efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.**

A mayor abundamiento destacó que el citado autor sostiene que *"La calidad de acto administrativo en sentido técnico queda reservada, de este modo, a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando excluidos los actos que, no obstante producir efectos incluso directos en el ámbito interno de la administración [...] carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta"* (Op. cit., pág. 14).

Por su parte, en doctrina se define dichos actos como *"... decretos meramente formales porque no regulan situación jurídicas y por tanto no incluyen proposiciones jurídicas sino que sólo tienen efectos*

dentro del marco de la organización del Ejecutivo" (BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, tomo I, 2011, pág. 502).

En este sentido, recuérdese que la ley orgánica de comunas en su artículo 2 prevé que *"Las Comunas son unidades de gestión política y administrativa descentralizada (de la Administración Central) con competencia territorial, patrimonio y personería jurídica propia"*.

VI. LOS ACTOS INTERNOS Y SU REVISIÓN JUDICIAL.

De lo anterior se desprende la indudable naturaleza jurídica del acto impugnado como interno.

Así, **corresponde analizar si dicho acto es impugnabile judicialmente** y en el supuesto de obtener una respuesta afirmativa en qué caso.

En este aspecto, he de resaltar que de ninguna manera entiendo que el acto en cuestión implica una "cuestión política no justiciable", en tanto no comparto esa postura jurídico-ideológico acerca de algunos actos estatales.

Aclarado ello, he de destacar que el decreto en cuestión no se encuentra exento del control judicial, empero **solamente habrá de ser revisado por el Poder Judicial en la medida que sus efectos jurídicos se externalicen (dictado de un posterior acto administrativo) respecto de terceros quienes tengan una afectación por este último.**

Téngase presente que el decreto n° 251/2014 no ha externalizado sus efectos jurídicos, **v.gr. con el dictado de un acto administrativo por parte de alguna de las gerencias o subgerencias comunales que afecten derechos de terceros.**

En igual sentido, en doctrina se sostiene que los actos internos de la administración *"... son aquellos cuyos efectos repercuten directamente en órganos de una misma persona pública estatal [...] son irrecorribles, en principio, ante los tribunales judiciales"* (CASAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, 2002, tomo II, pág. 61/62).

Mairal agrega que *"El carácter interno del acto no puede invocarse como razón para excluir su control judicial, cuando éste es requerido por un [...] usuario del servicio público agraviado por dicho acto"*



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Unidad Fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario
"2014- Año de las letras argentinas"

(MAIRAL, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, 1984, tomo I, pág. 286; en igual sentido GARCÍA PULLES, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Hammurabi, 2004, tomo I, pág. 356), es decir que para que sea revisable judicialmente un acto interno de la administración debe haber un usuario agraviado del servicio público –en este caso de la Comuna- en razón de un acto administrativo dictado como consecuencia del acto interno, cuestión que no se verifica en el *sub examine*.

Por tal motivo, en este larval estado respecto de la aplicación del decreto en cuestión, no corresponde que sea revisado judicialmente, en razón de la falta de legitimación que ostentan los amparistas al no alegar afectación alguna de sus derechos ni tampoco evidenciarse en razón de lo indicado en el escrito inicial.

Cobra relevancia en este aspecto, que la demanda ha sido al solo efecto de que se declare la nulidad del decreto, es decir implicaría una acción ejercida por la mera "ilegalidad" o "nulidad" de la norma cuestionada.

VII. INEXISTENCIA DE CASO, CAUSA O CONTROVERSIA JUDICIAL.

Todo lo dicho anteriormente, me permite concluir que en el *sub examine* no estamos en presencia de un/a caso, causa y/o controversia judicial.

En efecto, de las presentaciones de los actores no se logra advertir que exista un derecho concretamente afectado, individual y/o colectivo, que amerite la intervención del poder judicial.

Por el contrario, los actores realizan meras aseveraciones respecto del orden interno de la administración que en nada se advierte que puedan lesionar en forma concreta los derechos enunciados. De esta manera, cualquier intervención judicial en la materia se traduce en un control abstracto de la administración, ajeno al conocimiento de los jueces que han intervenido, invadiendo por tanto la esfera de competencias del poder ejecutivo (en igual sentido cfr. dictamen FG n° 123/CAyT/2014 en el

marco del expte. n° 10875/14 y su acumulado n° 10804/14, *in re* "Cabandié, Juan y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", de fecha 26/05/2014).

Por otra parte, cabe remitirse a las consideraciones efectuadas por la Fiscalía General recientemente, al emitir dictamen en el caso "Gentili Rafael Amadeo y otros c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)" expediente n° EXP 39938/0 (dictamen FG n° 169/CAyT/2013), en el que señaló, mediante interpretación jurídica que comparto, que los actores que tal como aquí se presentaban como comuneros o simplemente como ciudadanos, carecen de legitimación. Se afirmó en aquella ocasión que:

"Sentado ello, corresponde adentrarnos en el análisis del recurso de inconstitucionalidad [...] referido a la falta de legitimación de los actores, como a la inexistencia de un caso en los términos del art. 106 de la Constitución de la CABA, pues ellos se encuentran ineludiblemente ligados.

Tal como lo señala la Sra. Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Carmen Argibay, '... Ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según cual sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección o remedio judicial'.

En tal sentido, debe decirse que los actores invocaron como sustento de su legitimación y razón de su acción de amparo, que se encuentran comprometidos sus derechos políticos de participación ciudadana, consagrados en la Constitución, en lo atinente a la formación de las Comunas y al proceso de descentralización. A su vez, también aducen el riesgo en que se encuentran sus derechos a la normal administración de gobierno y servicio de administración pública. Con esa base se agravieron de las omisiones en que, a su criterio, habría incurrido el Gobierno, que fueran sintetizadas en el punto II de este dictamen.

Lo que subsiste de ese amparo, tras el rechazo sentenciado en primera instancia y el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones interviniente, que es a lo que debe limitarse el análisis de los agravios detallados, se refiere al dictado del Decreto. N° 316/11 per parte del Poder Ejecutivo local, el cual modifica la estructura organizativa de la Subsecretaría de Atención Ciudadana y crea Unidades de Atención Ciudadana. El dictado de ese Decreto fue denunciado como un hecho nuevo per los actores a fs. 491/2 y allí sostuvieron que mediante el mismo se contradecía lo dispuesto per el inc. d) del art. 4 de la ley 3233. Los amparistas, es menester señalar también, no invocaron ninguna afectación adicional a sus derechos al plantear este hecho nuevo, sino que solicitaron simplemente su incorporación a la demanda.

Ahora bien, sin perjuicio de la corrección de la afirmación de los amparistas en orden a la interpretación que efectúan respecto de dicho Decreto -cuestión



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Unidad Fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario
"2014- Año de las letras argentinas"

que será tratada subsidiariamente más adelante-, debe decirse que lo que plantean en ese aspecto del amparo que aun suscita controversia refleja su falta de legitimación y, por ende, la inexistencia de un caso propiamente dicho en que el Poder Judicial este habilitado para ejercer su jurisdicción sin desmedro de lo previsto por el art. 106 de la CCBA y la división de poderes que postula su art. 1.

Cabe recordar que, como ha señalado el TSJ, con citas de la doctrina fijada por la CSJN sobre la materia, el art. 14 de la Constitución local exige, tanto al contemplar el amparo individual, como el colectivo, la existencia de un caso, lo que supone la demostración de que existe una afectación o riesgo respecto de sus derechos individuales o colectivos que los asistan (conf. Expte. n° 7214/10 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/ GCBA s/ proceso de conocimiento s/ SAO – Otros', rta. el 26 de mayo de 2010, en la que se precisó que tipo de interés permitan afirmar la calidad de derechos colectivos).

En este sentido, vale citar las palabras de nuestro máximo tribunal federal en el conocido fallo 'Halabi' (Fallos 332:111), en cuyo considerando 9° se señaló: 'en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un 'caso' es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos'. Teniendo ello presente, se advierte que la norma que se reputa transgredida no consagra un derecho a los amparistas, sino una restricción al Poder Ejecutivo respecto de competencias que poseen las autoridades comunales al prescribir que aquel debe: 'Abstenerse de emitir o producir actos que signifiquen intromisión o menoscabo de las funciones de competencia exclusiva de las comunas o lesionen su participación en las competencias concurrentes.

Es decir, eventualmente, la intromisión o menoscabo que aducen, no sería respecto de sus derechos (sean estos individuales o colectivos) sino, en todo caso, del de las Comunas, que serían eventualmente las habilitadas a intervenir, máxime teniendo presente que a la fecha sus autoridades han sido electas y, conforme establece el art. 2 de la Ley 1777, poseen personería jurídica propia.

Entiendo, por lo demás, que los actores no han dado sustento alguno, al aludir a los derechos que invocaron, que justifique apartarse de esa conclusión.

Así, debe señalarse que la naturaleza participativa de la forma de gobierno que la puesta en marcha de las Comunas supone, no permite subrogarse en las facultades de estas, ni ejercer en nombre o a favor de ellas acciones judiciales, aun cuando se

resida en la Comuna y se ejerzan derechos políticos en ella, pues de ser así, el gobierno de las mismas, descentralizado y participativo, pero gobierno al fin, correrla el riesgo de verse desnaturalizado como tal. Tiene aplicación en este sentido lo señalado por el Sr. Juez del TSJ, Dr. Luis F. Lozano, al afirmar que 'la condición de ciudadano es un atributo cuya invocación no basta para demostrar la existencia de un derecho directo, inmediato, concreto o sustancial que permita reconocer legitimación para exigir ante los estrados judiciales la genérica regularidad de la marcha de los órganos que ejercen el poder público (Fallos 306:1125; 307:2384; 322:528 y 324:2048'. Por lo demás, la alusión al derecho a la 'normal administración de gobierno y servicio de administración pública', a la que aluden los actores sin mayor precisión jurídica, tampoco refiere a derechos de naturaleza colectiva conforme la doctrina sentada por la CSJN en el citado precedente".

Trasladado lo antedicho al *sub lite*, advierto que por las razones expuestas, los actores presentados en su calidad de comuneros electos que ostentan, no los habilita, por la mera asunción del cargo, a presentarse judicialmente en defensa de la legalidad u otros intereses de la sociedad, como aquí se intenta.

Por el contrario, debe demostrarse la afectación directa e inmediata y el interés jurídico relevante que presenta para ellos, el caso concreto.

Por otra parte, y en lo que hace a su carácter de ciudadanos, cabe indicar que sin perjuicio de las consideraciones por ellos expuestas, los mismos no logran presentar caso concreto que los defina como parte del mismo y habilite su intervención a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad y/o nulidad como la peticionada en el escrito inicial.

En efecto, del escrito de su demanda, no logra advertirse cuál es el derecho o interés directamente afectado, ni el perjuicio que ello les irroga.

VIII. RECHAZO IN LIMINE DE LA DEMANDA Y DE LA MEDIDA CAUTELAR PETICIONADA.

En definitiva, en virtud la falta de revisión que por el momento ostenta el decreto n° 251/2014 en razón de la falta de legitimación de los actores y de la inexistencia de caso, causa o controversia



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Unidad Fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario
"2014- Año de las letras argentinas"

judicial corresponde rechazar *in limine* la presente acción y la medida cautelar requerida inicialmente, esta última por la manifiesta falta de configuración del requisito ritual del *fumus bonis iuris*.

En este aspecto, téngase presente que el Tribunal Superior de Justicia tiene dicho que corresponde adentrarse en el análisis de la existencia de "caso judicial" y/o legitimación activa de los actores aún en el marco del estudio del citado requisito ritual (cfr. sentencia del 15 de abril de 2014, expte. n° 8668/12, *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad dene-gado en: Di Filippo, Facundo Martín y otros c/ GCBA y otros s/otros procesos incidentales").

Destáquese que esta Oficina Judicial no desconoce que el artículo 5 de la ley 2145 prevé un plazo de dos días para resolver acerca de la admisibilidad de la vía intentada y/o su rechazó *in limine*.

No obstante lo cual el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ha hecho uso de dicha facultad cuando ya se había dictado la sentencia definitiva de primera instancia y esta última había sido confirmada por la Cámara, doctrina judicial que sustenta la postura aquí expuesta (TSJ, sentencia del 26/08/2009, *in re* "Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6368/08).

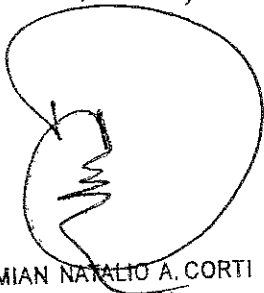
Ello, es concordante con lo dispuesto por el artículo 27 inc. 5, b) del CCAT donde se establece que "*Son deberes de los/las jueces/zas [...] Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código [...] Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades*" (a mayor abundamiento cfr. BALBIN, Carlos F. -director-, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, primera edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, pág. 578/579).

Al respecto, corresponde recordar que la doctrina ha señalado que uno de los deberes del juez en estadios procesales es examinar

la proponibilidad jurídica de la misma (en igual sentido, Juz. CAyT n° 17, sentencia del 27/05/2014, *in re* "Drotec CIYF c/ GCBA s/ Otras demandas contra la autoridad administrativa", expte. n° C1060-2014/0). Se ha dicho que "... una vez controlados los extremos y presupuestos procesales aludidos, denominados comúnmente requisitos rituales, deberá el juez, escribe Redenti, 'descender al examen de la proponibilidad y del fundamento intrínseco de la acción, tal como ha sido propuesta'. Es decir, indagar, ante todo, si la acción en concreto se modela al derecho previsto y es admitido por el ordenamiento jurídico (...) El examen de la demanda importa la verificación oficiosa de sus requisitos, rituales y sustanciales, con independencia de las excepciones y defensas que pudiera oponer la accionada, pues el referido control está destinado a 'garantizar la constitución válida de la relación procesal'" (cfr. FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales*, segunda edición, Editorial Astrea, 2001, Buenos Aires, pág. 352 y siguientes).

IX. En este sentido dejo contestada la vista, solicitando que una vez resuelto lo aquí peticionado se me conceda una nueva vista.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15 de julio de 2014.



DAMIAN NATALIO A. CORTI
FISCAL (INT.)
Equipo Fiscal N° 3 - CAyT