

Doctrina

La Ciudad de Buenos Aires como sujeto aforado de la competencia originaria de la Corte Suprema (Preguntas y reflexiones críticas)



Alberto B. Bianchi

Abogado (UCA). Doctor en Derecho (UBA). Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional Profundizado (UCA). Profesor de Derecho Constitucional Profundizado (UA). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

SUMARIO: I. Planteo.— II. Las restricciones de la competencia de la Corte Suprema.— III. El cambio de rumbo en relación con la Ciudad de Buenos Aires.— IV. El caso “GCBA c/ Estado Nacional”.— V. Algunas preguntas y reflexiones.— VI. Conclusiones.

I. Planteo (*)

El conflicto institucional planteado entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (CCBA) y el Poder Ejecutivo Nacional con motivo del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 241/2021 (1), que modificó el artículo 10 del Decreto 235/2021 (2), disponiendo, en su párrafo quinto, la suspensión del dictado de clases presenciales en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) (3), ha dado a la Corte Suprema la oportunidad de ratificar que la ciudad de Buenos Aires es un sujeto aforado de su competencia originaria. Este criterio ampliatorio del artículo 117 de la Constitución Nacional (CN), ya insinuado en un fallo anterior (4), se ha consolidado ahora en el caso *GCBA c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo)*, resuelto el 04/05/2021 (5).

Ya he analizado este fallo en un trabajo anterior (6), haciendo una reflexión crítica sobre la elección de los argumentos empleados por la Corte Suprema, pues, si bien fue declarada inconstitucional la norma im-

pugnada por el GCBA, se omitió, por completo, el análisis constitucional de fondo sobre los alcances de la prerrogativa que el artículo 99, inc. 3 CN acuerda al Poder Ejecutivo para emitir DNU, en particular, dentro del contexto de la pandemia generada por el COVID-19, que es, sin dudas, una de las cuestiones que hoy en día más interesan a la sociedad argentina, habida cuenta del empleo serial de tal competencia, que nos afecta diariamente en forma directa. Esta omisión es sumamente llamativa, por cierto.

Sin perjuicio de dicho análisis, me interesa abordar aquí, con más detenimiento, la cuestión de la ciudad de Buenos Aires como sujeto de la competencia originaria, de la Corte Suprema, pues el otorgamiento de este aforo supone interpretar el artículo 117 CN en dirección opuesta al carácter taxativo que siempre se le otorgado a esta norma, desde *Eduardo Sojo* (7) en adelante.

Esta tendencia, sin dudas, está encarnada en otra, de igual envergadura, que ya está en escena con toda claridad. Me refiero al conflicto entre los poderes autonómicos de

los municipios y los de las provincias, que la Corte hace suyo, invocando la raíz constitucional de la autonomía municipal, erigiéndose en árbitro final de disputas típicamente locales. En su más reciente versión, esta tendencia se advierte en el caso *Shi c/ Municipalidad de Arroyito*, decidido el 20/05/2021 (8) en el cual solo se debatía un conflicto de poder de policía laboral.

Analizaré, entonces, el aforo de la ciudad de Buenos Aires en el art. 117 CN, pero lo haré teniendo en cuenta, como marco, el principio de la autonomía municipal, cuyo “crescendo” impulsa decididamente la Corte Suprema, a expensas de la autonomía provincial.

II. Las restricciones de la competencia de la Corte Suprema

II.1. Restricciones a la competencia originaria

Aunque pueda parecer innecesario, quiero recordar que la Corte Suprema ha dicho,

y repetido constantemente, que su competencia originaria es excepcional y de carácter restrictivo (9), tanto en razón de la materia, como en razón de las personas. Fue precisamente este carácter restrictivo, lo que permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazar el *writ of mandamus* planteado por William Marbury y sus colegas en *Marbury v. Madison* (10), *leading case* en materia de control de constitucionalidad, que nuestra Corte hizo suyo años después en “Eduardo Sojo”, ya citado.

II.1.a. En razón de la materia

La limitación de la competencia originaria en razón de la materia se puso de manifiesto, en primer lugar, cuando la Corte en *Provincia de Buenos Aires c/ Aubert Arnaud* (11), luego de varias idas y venidas (12), excluyó del artículo 117 (el entonces art. 101), los casos de expropiación en los que es parte una provincia, por entender que la materia expropiatoria es enteramente de derecho público local.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación para la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del día 10 de junio de 2021.

(1) BO. del 16/04/2021.

(2) BO. del 08/04/2021.

(3) Aglomerado urbano geográficamente delimitado en el artículo 3 del DNU 125/2012; BO. del 28/02/2021.

(4) *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/*

Provincia de Córdoba, Fallos 342-533 (2019). En este fallo, de menor voltaje político, la cuestión había sido mencionada en un *obiter dicta*.

(5) *GCBA c/ Estado Nacional* (CSJ 567/2021), 04/05/2021.

(6) BIANCHI, Alberto B., “El conflicto entre la Ciudad de Buenos Aires y el Poder ejecutivo. ¿Cuál es el límite de los jueces para elegir los fundamentos de un fallo?”, *Revista de Derecho Administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos

(dir.), Abeledo Perrot.

(7) Fallos 32-120 (1887).

(8) *Shi c/ Municipalidad de Arroyito* (CSJ 1751/2018/RHI); 20-05-2021.

(9) De esta larga serie, menciono tan solo dos casos que tienen entre sí medio siglo de separación: *Ullate c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 344-409 (2021) y *Taylor c/ Provincia de Entre Ríos*, Fallos 286-237 (1973).

(10) 5 U.S. 137 (1803).

(11) Fallos 308-2564 (1986).

(12) Inicialmente, la Corte sostuvo que la expropiación era un instituto de carácter mixto, de modo tal que, si solo se cuestionaba el monto de la indemnización, la causa era de competencia originaria; *Provincia de San Luis c/ Compañía de Electricidad de los Andes*, Fallos 212:325 (1948). Este criterio fue modificado en el caso *Provincia de La Rioja c/ Azzalini*, Fallos 291:232 (1975), donde se estableció que la expropiación se rige enteramente por el derecho

Nota a fallo

Personas con discapacidad

Obras sociales. Implementación de asistencia personal. Grupos en situación de vulnerabilidad. Medidas de acción positiva. Progresividad de los derechos. Procedencia. Disidencia. *CContencioso Administrativo, La Plata, 08/06/2021*. - *Asociación Azul c. I.O.M.A. y otro/a s/ Pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos - Otros juicios (Acollarado a la presente “Sarmiento Daniel Ricardo s/ materia a categorizar - otros juicios - “Causa 6130”*. 9

Asistencia personal para personas con discapacidad

La aplicación correcta de estándares internacionales Lautaro E. Pittier 9

Jurisprudencia

Cesión de derechos hereditarios

Realizada por la cónyuge supérstite a sus hijos. Posibilidad de incluir los bienes gananciales existentes en la sociedad conyugal. Presentación del acuerdo particionario. Negocio mixto.

CNCiv., sala C, 15/07/2021. - *La Bella, Antonio s/ sucesión ab-intestato*. 10

Fallecimiento del trabajador

Universidades. Pedido de subsidio. Falta de legitimación activa. Imposibilidad de aplicar las disposiciones de la LCT. *CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 15/07/2021*. - *Jaca Marchetti, Marina Luz y otro c. Universidad de Buenos Aires s/ empleo público*. 11

En segundo lugar, esta limitación se hizo más intensa cuando fueron excluidas las acciones de responsabilidad civil, una cuestión que, hasta 1987, no había suscitado en la Corte un análisis detenido (13). La línea divisoria de aguas se produjo en 2006, cuando la Corte dispuso cambiar drásticamente de criterio, al resolver el caso *Barreto c/ Provincia de Buenos Aires* (14), junto con otras causas de responsabilidad civil de las provincias (15), donde -sin mencionarlo expresamente- adhirió al criterio sostenido por el Procurador General en “Sedero de Carmona” (16), casi dos décadas antes (17). En su dictamen, la Procuración General se opuso a la habilitación de la competencia de la Corte por no estar debidamente probada la distinta vecindad de las partes, y el Tribunal —una vez superada esta cuestión con una información sumaria— analizó la materia del pleito y anunció formalmente que en los sucesivos se apartaría del criterio establecido en “De Gandía” (18). Luego de algunos fundamentos de tono institucional (19), la sentencia entra en la materia específica y dice que las acciones de responsabilidad civil contra las provincias, involucran cuestiones de derecho administrativo local y, por ende, no constituyen una “causa civil” a los fines de la competencia originaria (20).

A partir de “Barreto”, la Corte empezó a aplicar la doctrina de este caso a todos los de responsabilidad civil de las provincias en los cuales entendió que existía “falta de servicio” y era necesario analizar normas locales. Así lo hizo en acciones de responsabilidad extracontrac-

tual motivadas por: (a) un presunto error judicial que privó de la libertad a un individuo que luego resultó absuelto (21); (b) la inundación de un campo (22); (c) un accidente de tránsito ocurrido en una ruta provincial por falta de debida iluminación y señalización (23); (d) la negligencia de la policía provincial que, con ocasión de un accidente motivado por la presencia de un caballo en una ruta, no tomó los recaudos necesarios para identificar al propietario del animal (24); (e) la mala praxis de los médicos de un hospital provincial (25); (f) la inundación de un inmueble urbano como consecuencia de la inundación general de una ciudad (26); (g) la muerte por asfixia de un detenido en una comisaría (27); (h) la caída al río de una estructura colgante por donde transitaban los actores (28); (i) irregularidades cometidas por un oficial de justicia con motivo de diligenciamiento de un mandamiento (29); (j) la muerte de una persona ocasionada por el disparo de una policía en una manifestación (30); y (k) el contagio de sida en penales de la provincia (31); entre otros casos.

Incluso, ya con anterioridad a “Barreto”, la Corte rechazaba de la competencia originaria los casos de responsabilidad contractual si los daños y perjuicios reclamados tenían como antecedente un vínculo de naturaleza administrativa con la provincia demandada (32). Se invoca para ello la llamada “secuela de vínculo administrativo”. Un ejemplo de ello es *Platt c/ Provincia de Córdoba* (33), donde el actor reclamaba el pago de los daños y perjuicios que le habría ocasionado la rescisión

público y, por ende, es ajena a la competencia originaria. Poco después, en *Provincia de Misiones c/ Ceva S.A.*, Fallos 297:213 (1977) el tribunal retomó su criterio anterior y, finalmente, en el caso “Aubert Arnaud”, volvió al criterio establecido en “La Rioja c/ Azzalini”.

(13) Hasta 1987, como regla, la Corte rechazaba su intervención en instancia originaria cuando el caso tenía elementos de derecho local, pero entendía que las causas de responsabilidad civil extracontractual (daños y perjuicios) se regían por normas de derecho común y constituían, por ende, un “asunto civil” en los términos del artículo 24, inc. 1) del Decreto Ley 1285/58. Menciono, por ejemplo, el caso *Juan Carlos Patricio*, Fallos 307-2090 (1985), donde se demandaban daños y perjuicios derivados de la actuación presuntamente irregular del registro inmobiliario de una provincia y la Corte admitió la demanda en instancia originaria. Dos años después, en 1987, fue resuelto *Sedero de Carmona c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 310-1074, otro caso de daños y perjuicios originado también en errores del registro inmobiliario, donde la cuestión fue analizada con más profundidad en razón del interesante debate que se produjo entre el Procurador General y la Corte. Podría decirse que este es el primer caso en el cual el punto fue analizado con detenimiento y la solución fue favorable a la habilitación de la instancia originaria por medio de un fallo unánime. La cuestión de competencia se suscitó con motivo de la excepción planteada por la demandada la cual, en opinión del Procurador, era viable. Con apoyo en *Vadell c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 306-2030 (1984), el Procurador General entendió que la responsabilidad del Estado, en casos como estos, procede de la llamada “falta de servicio” regida por el derecho público. La Corte, empero, no siguió este criterio y sostuvo que las acciones de responsabilidad contra las provincias no conllevan de por sí la aplicación del derecho público local. “Distinto sería —agrega el Tribunal— si se pretendiera en esta instancia la invalidez de actos administrativos”. Una cuestión similar, aunque originada en la omisión de un tribunal judicial, se suscitó en *De Gandía c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 315:2309 (1992). El caso se originó como consecuencia de que la actora fue detenida, al querer cruzar un paso internacional conduciendo un vehículo sobre el cual pesaba una orden de secuestro, cuyo levantamiento el tribunal interviniente no había comunicado a las autoridades de Migraciones. La Procuración General, muy brevemente, sostuvo que el caso era de competencia originaria y la Corte, por mayoría, adhirió a este criterio.

(14) Fallos 329:759 (2006).

(15) *Álvarez Cañedo c/ Provincia de Buenos Aires*, A.285.XLII; *Gatica c/ Provincia de Buenos Aires*, G.3024.XXXVIII; *Möhlinger c/ Provincia de Corrientes*, M.3361.XLI; *Olivo c/ Provincia de San Luis*, O.24.XLI; *Perret c/ Provincia de Buenos Aires*, P.520.XXXVII; *Pezza c/ Provincia de Córdoba*, P.834.XXXIX; *Platt c/ Provincia de Córdoba*, P.1256.XLI; *Ramos c/ Provincia de Córdoba*, R.421.XXXIII; *Rodríguez*

Rey c/ Provincia de Tucumán, R.1256.XLI; *Sociedad Anónima Agrícola Ganadera Nehuén c/ Provincia de Buenos Aires*, S.210.XL; *Vallejos c/ Provincia de Santa Fe*, V.255.XLI.

(16) Citado en nota 13.

(17) Los hechos del caso *Barreto* son simples: un suboficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en el curso de un procedimiento y empleando el arma reglamentaria, hirió de muerte, accidentalmente, a *Gisela Barreto*. Los padres de la fallecida promovieron, entonces, una acción de daños y perjuicios contra la Provincia y contra el agente policial.

(18) Si bien alude al caso “De Gandía”, ya citado en nota (13), debería haberse citado “Sedero de Carmona”, donde la cuestión había sido analizada con más detalle.

(19) “... adquiere un valor decisivo la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una “causa civil” ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema” (Ver considerando 5º).

(20) “... quedan excluidos de tal concepto [el de causa civil] los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la Constitución Nacional... La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (Fallos: 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora Procuradora Fiscal a la que adhiere este Tribunal) ... se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima con-

de un contrato de mantenimiento de la instalación del aire acondicionado del Banco de la Provincia de Córdoba. La Corte sostuvo que “... La necesidad ... de examinar el origen de la relación jurídica, lleva a concluir que aquella no reviste carácter civil si a tal efecto se tiene en cuenta la naturaleza administrativa del vínculo que ligó a las partes” (34).

Excepcionalmente, esta doctrina no se ha aplicado cuando ha sido la propia provincia demandada quien pide la intervención originaria de la Corte. Así fue decidido en *Serradilla c/ Provincia de Mendoza* (35), un caso de daños y perjuicios por actuación irregular del Registro Nacional de las Personas con sede en Mendoza (36).

En tercer, lugar se advierte también una limitación en razón de la materia en la eliminación de la competencia originaria de aquellas causas en las cuales esta se suscita como consecuencia de una acumulación subjetiva de pretensiones. Ocurre frecuentemente que dos acciones individualmente consideradas no habilitarían la competencia originaria, sin embargo, desde 1977, se admitió que la suma de ellas, por ejemplo, cuando se demanda a una provincia junto con una persona que suscita el fuero federal, produjera tal resultado (37).

Esto fue posible hasta *Mendoza c/ Nación Argentina* (38) donde la Corte resolvió que la competencia originaria no puede surgir como fruto de una acumulación subjetiva

veniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado... lo expuesto conduce necesariamente a fin de resolver el caso al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes 12.154 y 12.155, entre otras), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema ... no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el *sub lite* se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretados teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate... Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuadra el presente caso”. Ver considerandos 8º, 9º, 10º, 11º y 12º. La similitud de estos argumentos con los del Procurador General en “Sedero de Carmona”, es evidente. Es más, la Corte menciona aquí el caso de Fallos 306-2030, que ya citaba el Procurador en dicha causa.

(21) *Contreras c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329-1311 (2006); *Valenzuela c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329-5289 (2006); *Castañares c/ Provincia de Buenos Aires*, C.1367.XLII, 29/05/2007.

(22) *Galfetti de Chalbaud c/ Provincia de Santa Fe*, Fallos 329:1603 (2006); *Ayerza c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:1839 (2006); *Polerio c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:5178 (2006).

(23) *Aguilar c/ Rey*, Fallos 329:2069 (2006).

(24) *Pierini de Pochat c/ Provincia de La Rioja*, Fallos 329:2115 (2006).

(25) *Ledesma c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 329:2737 (2006); *Márquez Bello c/ Provincia de Santa Cruz*, Fallos 330:2059 (2007).

(26) *Valle Gonzalo c/ Provincia de Santa Fe*, Fallos 329:2764 (2006).

(27) *Blackie c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 329:2065 (2006).

(28) *Gómez c/ Provincia de Chubut*, Fallos 329:3165

de pretensiones. En esta célebre causa ambiental, fueron demandadas, además del Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y una serie de empresas ubicadas en las márgenes del Riachuelo y del río Matanza, y se acumularon dos pretensiones: (a) el resarcimiento de los daños y perjuicios y (b) la recomposición del medio ambiente (39). Partiendo de esta división, la Corte señala que la primera de ellas, por aplicación de “Barreto”, es ajena a la competencia originaria, en tanto que la segunda no lo es, pues la recomposición ambiental es una materia federal en tanto tiene proyecciones interjurisdiccionales (40).

En relación con la reducción de su competencia, la Corte dijo: “... no debe olvidarse que un examen como el que se viene llevando a cabo, además de hacer pie en el rigor de los razonamientos lógicos, tiene por objeto mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar este Tribunal así como de no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado a este Cuerpo en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como intérprete final de aquella, como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno” (41). La doctrina establecida en “Mendoza” ha sido aplicada en numerosas causas posteriores (42).

(2006).

(29) *Vernengo Prack c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:2492 (2006).

(30) *Santillán c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:4470 (2006).

(31) *Godoy c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:5336 (2006).

(32) El origen de esta doctrina nace en *DY CASA - Dragados y Construcciones Argentinas S.A. c/ Provincia de Santa Cruz, El Derecho* 122-533 (1987). De todos modos, recordemos que en este caso el contrato con Santa Cruz no estaba regido por el derecho público local, sino por normas de derecho administrativo nacional (leyes 13.064 y 21.392). No obstante, la Corte entendió que la causa era ajena a la competencia originaria.

(33) Fallos 329:833 (2006).

(34) Consid. 4º, primer párr.

(35) Fallos 330:2798 (2007).

(36) El actor, que también demandaba al Estado Nacional, radicó la demanda ante un juzgado federal civil y comercial de la Capital Federal, pero al contestar la demanda, la Provincia solicitó la intervención de la Corte en forma originaria y se le hizo lugar.

(37) Los casos emblemáticos de esta corriente fueron *Mayoraz de Arroyo c/ Nación Argentina*, Fallos 299:132 (1977) y *Centurión de Vedoya c/ Provincia de Misiones*, Fallos 305:441 (1983).

(38) Fallos 329:2316 (2006).

(39) Según las describe el fallo en su considerando 6º, las pretensiones son las siguientes: “... La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas que se detallan en el considerando primero, y que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente (punto 6. fs. 56 vta./75). La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (fs. 75/76)”. Fallos 329, en p. 2327.

(40) “... el art.7º de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el *sub lite* en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia la degradación o contaminación de recursos ambientales al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial”. Fallos 329, en p. 2327-2329.

(41) Fallos 329, en p. 2332.

(42) Entre ellas: *Rico c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:3190 (2006); *Tabossi c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:4396 (2006); *Godoy c/ Provincia de Buenos Aires*,

II.1.b. En razón de las personas

En cuanto a la competencia en razón de las personas, el artículo 117 CN establece que solo acceden a ella (a) las provincias cuando son “parte” y los diplomáticos extranjeros cuando la causa les “concierna” (43). Me ocuparé solamente de lo primero, pues lo segundo es ajeno a este trabajo.

También en este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido restrictiva. Esta restricción se observa en la exigencia de que la provincia sea parte “sustancial” en el proceso. Esto implica, que la competencia originaria surge, solamente, si la provincia tiene un “interés directo” en el litigio. Así lo ha establecido la Corte por medio de una jurisprudencia que corre ininterrumpidamente desde casos antiguos (44), hasta el presente (45). Como resultado de ello, no acceden a la competencia originaria, ni las entidades descentralizadas de la provincia, ni sus municipios, los que no tienen aforo bajo el artículo 117 de la Constitución. En función de este criterio fue resuelto, por ejemplo, que no es parte sustancial en el pleito la provincia de Salta en una demanda entablada contra esta y el Estado Nacional por cumplimiento de una recomendación de la OIT, “... toda vez que es el Estado Nacional en su condición de miembro de la Organización Internacional del Trabajo el que, en todo caso, debe valorar los alcances de la recomendación que se intenta hacer valer, y determinar... si asume su cumplimiento”.

Un caso de especial aplicación de este principio, se suscita con las direcciones provinciales de rentas —que usualmente son entidades descentralizadas— cuando se discuten aspectos relacionados con la percepción de impuestos provinciales. En estos casos se argumenta que, si el órgano recaudador es una entidad autárquica, la provincia demandada no es parte sustancial en el pleito, pues quien percibe el tributo es una persona distinta de ella. En cambio, cuando el objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad de la obligación tributaria, aspecto este que excede la recaudación material del impuesto, la provincia demandada tiene interés directo en el pleito y por ello es parte sustancial en él. Así, en *Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Provincia de Misiones* (47), la Corte sostuvo que Misiones debía ser considerada parte sustancial pues, “... ostenta, a través de su Cámara de Representantes, la potestad tri-

butaria en virtud de la cual se sancionó la ley impugnada N° 4275 (arts. 101, inc. 2° de la Constitución provincial y 1° del Código Fiscal), y es la acreedora y destinataria de la obligación impositiva cuya repetición se persigue, porque provee los gastos de su gestión con los fondos del tesoro provincial que se integra —entre otros recursos— con el producido de las contribuciones permanentes y transitorias que la Legislatura establece (artículos 67 y 116, inciso 5° de la referida Constitución y 2° del citado Código)” (48). Diferente es la cuestión si solo se ha impugnado la determinación tributaria y está demandada también la Dirección de Rentas, pues, tal como señala la Corte en *Argencard c/ Provincia de Misiones* (49), aquí es parte sustancial el órgano recaudador que, en Misiones, es una persona descentralizada.

II.2. Restricciones a la competencia apelada

No es menos relevante también, la restricción que la Corte ha impuesto en algunos segmentos de su competencia apelada. Dejo de lado, por cierto, las que tiene el recurso extraordinario, el cual, tal como repite la Corte en forma constante, especialmente en casos de arbitrariedad, no la convierte en una “tercera instancia” (50), pues tales restricciones son connaturales a la instancia extraordinaria misma. Es un lugar común que la Corte haga referencia a la “vía excepcional del artículo 14 de la ley 48” (51).

Quiero recordar, en cambio, la que tuvo lugar en el caso *Anadón c/ Comisión Nacional de Comunicaciones* (52), respecto del recurso ordinario de apelación, donde fue declarado inconstitucional el artículo 24, inciso 6°, apartado a), del dec. 1285/1958 que lo regula (53). El fallo sostiene que la Corte Suprema solo debe atender los casos que poseen “trascendencia institucional” y, por ende, el recurso ordinario cuando la Nación es parte y se discute un determinado monto económico, ha devenido inconstitucional en tanto expande su jurisdicción fuera de ese exclusivo ámbito. En palabras textuales de la sentencia: “la vigencia de esta vía de apelación en la actualidad se contrapone a la misión específica del Tribunal, por lo que cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 24, inciso 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58” (54).

III. El cambio de rumbo en relación con la Ciudad de Buenos Aires

Bajo estas premisas, la ciudad de Buenos Aires, ya como ciudad autónoma, fue con-

siderada un sujeto no aforado de la competencia originaria. Así lo estableció inicialmente la Corte en el caso *Cincunegui c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (55), un fallo muy breve, en el cual la Corte se remitió íntegramente al dictamen de la Procuración General “a fin de evitar repeticiones innecesarias”. La Procuración, por su lado, había sostenido que “[...] la facultad de los particulares para acudir ante los jueces en tutela de los derechos que les asisten, no autoriza a prescindir de las vías que determinan los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias para el ejercicio de la competencia que aquella otorga a la Corte [citas omitidas] En tales condiciones, el Tribunal no puede asumir jurisdicción originaria y exclusiva sobre una causa, si el asunto no concierne a Embajadores. Ministros y Cónsules extranjeros o no es parte una provincia [...] la demanda ha sido dirigida contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual por no ser una provincia argentina, no le corresponde, conforme los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, la instancia originaria de la Corte [...] Sobre el particular, tiene dicho desde antiguo el Tribunal que en el artículo 117 de la Constitución Nacional se establecen de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá una competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de ampliarse, restringirse o modificarse mediante normas legales” (56).

La doctrina establecida en “Cincunegui” fue reiterada luego en varios casos, tales como: *Fisco Nacional (A.F.I.P. - D.G.I.) s/ pedido de avocación* (57), *Aguas Argentinas S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* (58), y *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Dirección General Impositiva)* (59).

Incluso, la Corte sostenía, en ese momento, que los litigios entre una provincia y la ciudad de Buenos Aires no eran de competencia originaria cuando la materia del pleito no era civil o federal, pues “los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal”. Así fue establecido en *GCBA c/ Provincia de Tierra el Fuego* (60) donde, modificando lo decidido en *GCBA c/ Provincia de Chubut* (61), la Corte dijo que “[...] en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, fue necesario calificar el *status* institucional de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si es aforada, o no, a la competencia originaria de esta Corte Suprema que reglan los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (Fallos: 322:2856) hasta en las decisiones más recientes [citas omitidas] que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar en los supuestos contemplados por las disposiciones citadas en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno (62) [...] esta Corte en su actual composición comparte la interpretación de los textos constitucionales llevada a cabo en los reiterados precedentes citados en los considerandos 2°, 3° y 4°, que han negado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, por lo que los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal en esta instancia” (63) (Agrego el destacado). Agregó finalmente la Corte que “[...] las causas que se suscitaren entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y una provincia deberán tramitar ante los jueces del Estado provincial que es parte. Naturalmente, por tratarse aquella ciudad de una persona jurídica de derecho público en los términos previstos por el art. 24, inc. 1°, ap. b, del decreto-ley 1285/58 con domicilio en su territorio, a aquella regla le son aplicables las excepciones en favor de la competencia originaria de esta Corte contempladas de modo genérico por la Constitución Nacional, para los procesos entre aquellas personas en que se ventilare una causa civil o de manifiesto contenido federal” (64).

Si bien esta jurisprudencia parecía estar bastante consolidada, tres casos resueltos entre 2015 y 2019, que no tienen relación alguna con el aforo de la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria, le han dado pie a la Corte para modificarla. Se trata de *Guillermo Corrales* (65), *Alberto Nisman* (66) y *Fernando Bazán* (67), en los cuales el Tribunal comenzó a levantar el perfil de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, a propósito de la demora en trasladar los tribunales nacionales con asiento en la

Fallos 329:5336 (2006); *Cannavo c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:5670 (2006); *Valenzuela c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:5829 (2006); *Odano c/ Estado Nacional*, Fallos 329:6009 (2006); *Bece c/ Provincia de Buenos Aires*, B.1872.XLII, 12/06/2007; *Silberman c/ Provincia de Entre Ríos*, S.805.XL, 26/06/2007. Ha sido aplicada también en casos donde la acumulación subjetiva no se da respecto de una provincia y el Estado Nacional, sino respecto de dos provincias. Así fue decidido en *Agrar S.A. c/ Provincia de Santa Fe* (A.216.XXXVIII, 05/06/2007) un caso de daños y perjuicios por inundación de un campo en el cual se demandaba a Santa Fe y a Buenos Aires. La Corte —por aplicación conjunta de las doctrinas *Barreto* y *Mendoza*— sostuvo que las provincias debían ser cada una de ellas, en forma separada, demandadas ante sus propios tribunales. Esta doctrina aparece también en *Ávila c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 332:2088 (2009) donde varios particulares demandan el pago de daños y perjuicios a Santiago del Estero, al Estado Nacional y a la empresa concesionaria, como consecuencia de un accidente sufrido en una ruta nacional en el tramo que cruza el territorio provincial. Señala la Corte que, por aplicación de la doctrina de “Barreto”, la acción contra la provincia debe tramitar ante la justicia local y, por su lado, la acción contra el Estado Nacional y la concesionaria, corresponde a los tribunales federales inferiores. Véase también el caso *Tapia c/ Estado Nacional y Provincia de Mendoza*, Fallos 331:194 (2008). El mismo criterio fue aplicado en *Pla c/ Provincia del Chubut*, Fallos 331:1243 (2008), una acción cuyo objeto era, por un lado, obtener el cese del daño ambiental en la cuenca internacional del río Puelo, la elaboración de un plan de gestión con la participación de todos los

sectores involucrados, la realización de las obras necesarias para prevenir y remediar los efectos de las inundaciones, y, en defecto de la recomposición del daño ambiental, el pago de las indemnizaciones previstas para el Fondo de Compensación Ambiental. Por otro, se reclamaba la reparación de los daños y perjuicios alegados como consecuencia del daño ambiental producido. En este caso la Corte admitió su competencia originaria en la cuestión ambiental y la rechazó en la de daños y perjuicios. La doctrina del caso *Mendoza* se ha aplicado también en acciones declarativas de certeza. Un ejemplo de ello puede verse en *Lavado c/ Provincia de Mendoza*, Fallos 330:1135 (2007), donde los actores, un grupo de abogados con matrícula federal, promovieron contra Mendoza y el Estado Nacional una acción declarativa de certeza en los términos del artículo 322 del Código Procesal, con el objeto de que se establecieran ciertos hechos y se formularan declaraciones en relación con la situación carcelaria en esa Provincia.

(43) Como puede verse, la diferencia entre ambas categorías de casos es importante, pues no es lo mismo ser “parte” en una causa, que esta nos “concierna”. Mientras el primero es un concepto jurídico bastante preciso, el segundo, en cambio, no es ni jurídico, ni preciso. En relación con este último, la Constitución ha querido que todas aquellas causas que puedan afectar o ser de interés para la función del diplomático como tal, sean de competencia originaria. Obviamente, establecer cuando se da esta circunstancia, es materia discrecional de la Corte.

(44) *Ferrari Oyhanarte c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 176:164 (1936).

(45) *Sisti c/ Estado Nacional y otros*, Fallos 344:603 (2021); *Gahan c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 343:319

(2020); *Publicar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 342:1549 (2019); *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional*, Fallos 334:715 (2011).

(46) *Asociación de Trabajadores del Estado c/ Estado Nacional y otra*, A. 386. XXXVII, 25/11/2008. Ver considerando 4°.

(47) Fallos 332:1422 (2009). Este caso modificó el criterio sostenido en *IBM Argentina S.A. c/ Provincia de Misiones*, Fallos 330:173 (2007).

(48) Ver consid. 7°. En igual sentido *Compañía Miocroómnibus La Colorada S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 332:1624 (2009) y *Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 333:1446 (2010).

(49) Fallos 330:103 (2007).

(50) Para mencionar solamente los casos más recientes, ver: *Tuero Caso c/ Latoyar S.A.*, Fallos 343:913 (2020); *Nidera S.A. c/ DGI*, Fallos 339:1066 (2016); *Glibota c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía)*, Fallos 339:499 (2016); *Varela c/ Transportes Automotores Plaza*, Fallos 338:623 (2015), etc.

(51) Entre los casos más recientes: *Aban de Ituarre c/ Estado Provincial* (CSJ 001486/2018/RH001) 27/05/2021.

(52) Fallos 338:724 (2015).

(53) Un antecedente de esta limitación fue el caso *Itzcovich c/ ANSeS*, Fallos 328:566 (2005), donde se declaró inconstitucional el art. 19 de la ley 24.463 que establecía el recurso ordinario contra las sentencias dictadas por la Cámara Federal de la Seguridad Social.

(54) Consid. 19. Alude también al “criterio de trascendencia para delimitar su tarea [el que] gobierna de manera general la jurisdicción del Tribunal” (consideran-

do 14°.) y dice que “el recurso ordinario ... constituye un ámbito de expansión de la competencia de esta Corte ... que prescinde del criterio de trascendencia señalado” y conspira contra la tarea institucional del Tribunal en la medida en que “[l]a admisibilidad basada en el valor económico del pleito, en tanto permite someter casos al Tribunal sin acreditar una cuestión de derecho federal, se encuentra en abierta contraposición con las señaladas funciones de esta Corte [que] debe fallar todos los asuntos en que pueda estar comprometido algún principio constitucional, sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que puedan importar, porque un caso en el que esté en juego una suma muy elevada puede depender de una norma de derecho común, mientras que una cuestión de unos pocos centavos, puede afectar todo el sistema de la propiedad y quizás todo el sistema constitucional” (consid. 17°).

(55) Fallos 322:2856 (1999).

(56) Dictamen de fecha 23/03/1999, punto II.

(57) Fallos 323:1199 (2000).

(58) Fallos 327:4768 (2004).

(59) Fallos 327:2357 (2004).

(60) Fallos 330:5279 (2007).

(61) Fallos 326:2479 (2003).

(62) Consid. 2°.

(63) Consid. 6°.

(64) Consid. 8°.

(65) Fallos 338:1517 (2015).

(66) *N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros*, Fallos 339:1342 (2016).

(67) Fallos 342:509 (2019).

ciudad de Buenos Aires a la justicia local de esta. Esta demora le permitió a la Corte sostener que dichos tribunales nacionales, luego de la reforma constitucional de 1994, son meramente transitorios, exhorta, entonces, a que su traslado a la justicia local se lleve a cabo (68) y, como consecuencia de todo ello, abandona su jurisprudencia anterior que equiparaba a los tribunales nacionales con los federales a los fines de los conflictos de competencia (69). En “Bazán” se resolvió además que los conflictos de competencia entre un tribunal nacional y un tribunal de la ciudad de Buenos Aires deben ser resueltos por el Superior (70). Esta jurisprudencia fue aprovechada por el Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires que, en *Ferrari c/ Levinas* (71), dando un paso más adelante y, sin norma específica que lo avalara, se constituyó en el tribunal de alzada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil para resolver un recurso de inconstitucionalidad (72).

Tal como señalé, nada de lo decidido en la serie “Corrales-Nisman-Bazán”, tenía relación alguna con la competencia originaria del artículo 117, ni con el aforo de la ciudad de Buenos Aires en ella. Se trataba de tres casos de conflicto de competencia entre la justicia nacional y la justicia federal, al cual la ciudad de Buenos Aires era procesalmente ajena. Su conexión con ellos estaba dada, en todo caso, porque los tribunales nacionales tienen asiento en la Capital Federal.

Estos tres casos, sin embargo, son el punto de apoyo para que en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba* (73), la Corte modificara el criterio de *GCBA c/ Provincia de Tierra del Fuego* (74) y retomara lo decidido anteriormente en *GCBA c/ Provincia de Chubut* (75), estableciendo que los litigios entre una provincia y la Ciudad de Buenos Aires pertenecen a su competencia originaria, sin perjuicio de la materia del pleito (76). Nuevamente el Tribunal hace sentir aquí su molestia por el retraso en el traslado de los jueces nacionales a la justicia local, y trata de repararlo abriéndole a la ciudad autónoma las puertas del artículo 117, sin parar mientes en que ella misma se las había cerrado (77). Así, remontándose hasta los tiempos de Rivadavia, y recordando los “cruentamientos armados que culminan con la derrota de las tropas porteñas del gobernador Tejedor a manos del ejército nacional”, la sentencia

dice que ha llegado el momento de dar por finalizada “la cuestión capital” (78) y para ello “[...] la ciudad debe generar un autogobierno entendido como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad, pero también debe contar con la misma posibilidad que tienen las provincias de contar con un tribunal imparcial para dirimir las controversias que pudiera tener con ellas” (79).

Ciertamente no era necesario remontarse tan lejos en nuestra historia, ni remover los conflictos que nos han dividido, para resolver que, cuando dos personas jurídicas públicas y autónomas no tienen un tribunal común para resolver sus conflictos, deben acudir a la competencia originaria de la Corte en salvaguarda de su derecho de defensa, caso contrario, es irremediable que alguna de ellas termine litigando ante los tribunales de la otra. Esta solución, que había sido propuesta por la propia demandada, no requería más que reiterar lo sostenido en *GCBA c/ Provincia de Chubut* (80), que había sido modificado en *GCBA c/ Tierra del Fuego* (81), sin tener que invocar tantas veces el caso “Nisman”, cuya cita la Corte repite en numerosas ocasiones, pese a que ninguna relación tiene con la competencia originaria.

Sin embargo, resolver el caso bajo este correcto y sencillo sendero procesal, hubiera privado a la Corte del carácter épico y fundacional que pretendía darle a su pronunciamiento (82). La Corte no solo quería asegurar el derecho de defensa de las partes en litigio, sino que estaba decidida a dar un paso más largo aún, convirtiendo a la ciudad de Buenos Aires en un aforado pleno de la competencia originaria, como una provincia más, no solamente cuando litiga con una provincia, sino en cualquier otro caso. Así lo expresa claramente en un *obiter dicta* al decir que “[...] la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1º, inc. 1º de la ley 48 y art. 24, inciso 10 del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467)” (83). También lo expresa, con igual énfasis, el voto separado del Dr. Rosenkrantz al decir que “[...] es constitucionalmente inadmisibles equiparar la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un vecino de provincia y, por consiguiente, no queda otra

posibilidad que la de reconocerle el mismo lugar que los artículos 116 y 117 de la Constitución prevén para las provincias” (84).

En síntesis, dentro de sus límites procesales estrictos, el caso “GCBA c/ Provincia de Córdoba” fue resuelto correctamente, pues la competencia originaria allí se imponía por la falta de un tribunal común a ambas partes, que no fuera la Corte Suprema en instancia originaria. Pero su *dictum* del considerando 17º es incorrecto en tanto pretende extender el aforo de la ciudad de Buenos Aires fuera de tales límites, es decir, cuando esta no litiga con una provincia, sino con un sujeto no aforado. Esto fue ratificado en el caso “GCBA c/ Estado Nacional”, al cual me referiré seguidamente, donde este *dictum* se convierte en *holding* haciendo de la ciudad de Buenos Aires un sujeto aforado del artículo 117 CN por derecho propio, es decir, sin que en el caso concurre una provincia o un diplomático extranjero.

IV. El caso “GCBA c/ Estado Nacional”

Habiendo establecido la Corte los principios antes mencionados, se planteó el caso “GCBA c/ Estado Nacional”, ya citado (85). Tratándose de un caso de puro derecho, sus hechos, además de sencillos, no fueron controvertidos. La discusión estuvo centrada en la constitucionalidad del artículo 10 del decreto 235/2021, modificado por el DNU 241/2021, que dispone “Establécese, en el aglomerado del Área Metropolitana De Buenos Aires (AMBA), según está definido en el artículo 3º del decreto 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive”.

Esta norma fue cuestionada constitucionalmente por la ciudad de Buenos Aires desde varios ángulos, cuya síntesis figura en el considerando I, párrafo tercero del voto del Dr. Rosenkrantz, en estos términos “[e]n lo sustancial, [el GCBA] afirma que el art. 2º del decreto 241/2021 es inconstitucional por las siguientes razones: a) lesiona el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; b) resulta irrazonable; y, c) fue dictado en violación artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional”.

Al resolver el caso, la Corte Suprema, en primer lugar, se declaró competente si-

guiendo la línea ya trazada en el considerando 17º del caso “GCBA c/ Provincia de Córdoba” (86), y luego, al tratar el fondo de la cuestión, ratificó la autonomía de la ciudad de Buenos Aires a la que califica de “ciudad constitucional federada” (87). Más aún, conforme señala el voto del Dr. Lorenzetti “[...] los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar” (88).

En esa línea, el hilo argumental del voto de la mayoría, que se repite con bastante similitud en los votos de los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti, comienza destacando las características del sistema federal argentino fundado “en el principio de ‘lealtad federal’ o ‘buena fe federal’, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros” (89) y señala que “todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta” (90).

Una vez expuestos estos principios, el fallo analiza el enclave institucional de la Ciudad de Buenos Aires calificándola como un “actor pleno del sistema federal” (91), recordando que la propia Corte Suprema, en sus últimos fallos, ha ido asegurando esa plenitud, habiéndole otorgado a la Ciudad “un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional” (92), en tanto “integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermedialidad de los poderes nacionales [...] sino del propio texto de la Constitución Nacional” (93).

Luego de ello, sin dar muchos rodeos, el fallo adelanta su criterio sobre la cuestión de fondo diciendo “En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio” (94).

(68) “[...] en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos [...] si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local [...] transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias”. Considerandos 8º y 9º del caso “Corrales”. Un reproche similar se lee en “Bazán” donde la Corte dice “A cuatro años de la exhortación realizada en el precedente “Corrales” (Fallos: 338:1517), a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde y la Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas, detenta un

poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.” Considerando 8º.

(69) “[...] la presente decisión conlleva el abandono del tradicional criterio del Tribunal conforme al cual, a los efectos de analizar si media denegatoria del fuero federal, todos los magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten el mismo carácter nacional (Fallos: 233:30; 36:8; 321:2659, entre muchos otros). Por tanto, de aquí en más, a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales”. Consid. 10º del caso “Corrales”.

(70) “[...] se establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad”. Consid. 17º.

(71) QTS 16374/2019-0; sentencia de fecha 30/09/2020.

(72) En disidencia votó la Dra. Alicia Ruiz.

(73) Fallos 342:533 (2019). Ver el comentario de LAPLACETTE, Carlos J., “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante el tribunal de la federación”, LA LEY, 2019-B, 299; TR LALEY AR/DOC/898/2019.

(74) Citado en nota 60.

(75) Citado en nota 61.

(76) Se trataba de un juicio ejecutivo, promovido por el GCBA contra la provincia de Córdoba, ante los tribunales contencioso-tributarios de la ciudad de Buenos Aires, por

el cobro de una deuda originada en la prestación de servicios médicos en sanatorios del Gobierno de la Ciudad a beneficiarios derivados por la Provincia de Córdoba. Al plantear las excepciones al juicio ejecutivo, la provincia demandada opone, entre otras, la excepción de incompetencia, y señala que “el caso corresponde o bien a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien a los jueces locales de la Provincia de Córdoba, pero en ningún caso a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad Autónoma”. (Ver considerando 1º, tercer párrafo).

(77) “[...] se impone que esta Corte se desligue de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y, en el ámbito de la competencia originaria, le reconozca a la ciudad el derecho a no ser sometida ante tribunales ajenos a la plena jurisdicción que le garantiza la Constitución Nacional. La Ciudad Autónoma, tal como sucede con las provincias, se ve afectada en su autonomía cuando es forzada a litigar ante tribunales de extraña jurisdicción” (Consid. 13º).

(78) Consid. 11º.

(79) Consid. 13º.

(80) Citado en nota 61

(81) Citado en nota 60.

(82) Si bien la Corte equipara “sentencia” con “pronunciamiento” y ello es correcto según lo establecido por el Diccionario de la Real Academia Española (<https://dle.rae.es/pronunciamiento?m=form>) hay sentencias que constituyen un auténtico “pronunciamiento” de principios, en los cuales el Tribunal pone especial énfasis. Este es uno de esos casos.

(83) Consid. 17º.

(84) Consid. 10º.

(85) Ver nota 5.

(86) Sentencia del 19/04/2021, que se remite al dictamen de la Procuración General, fechado el 16/04/2021, el cual, a su vez, se remitió a lo decidido en la Corte en el caso *GCBA c/ Provincia de Córdoba*, ya citado.

(87) Consid. 9º, párrafos primero y segundo.

(88) Consid. 1º.

(89) Consid. 4º, primer párrafo.

(90) Consid. 16º, cuarto párrafo.

(91) Consid. 7º, segundo párrafo.

(92) Consid. 8º, cuarto párrafo.

(93) Consid. 10º, tercer párrafo. En coincidencia con esta afirmación, el voto del Dr. Rosenkrantz señala “[e]l federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación [...] la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas” (Considerando 6º).

(94) Consid. 10º, quinto párrafo.

Todo lo que sigue es la justificación de este principio. A tal fin, se analizan las competencias de la ciudad de Buenos Aires y del Estado nacional en materia de educación y de salud (95). En relación con la primera, el fallo entiende “[q]ue corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5º, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (96). Respecto de la segunda, señala que “esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias” (97), de modo tal que “los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas” (98).

Con ello, la sentencia deja trazado el acotado sendero de su análisis, el cual discurre, exclusivamente, por la distribución de competencias entre la Nación y la ciudad de Buenos Aires. Sostiene así, que “en este marco de análisis propio del federalismo [...] corresponde examinar en este caso la invocación de la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional” (99).

Su conclusión es que el Estado Nacional es incompetente para regular las modalidades de la educación en la ciudad de Buenos Aires en tanto “[e]l debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta

orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora [...] en el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2º del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena” (100). Esta conclusión “no se encuentra desvirtuada por la conformación territorial de Área Metropolitana de Buenos Aires [...] [en tanto] la previsión del ‘AMBA’ como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3º del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una ‘región’ en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (101).

Por último, el fallo entiende que, si bien el plazo de las medidas dispuestas por la norma impugnada, ya estaba superado —brevemente— a la fecha de la sentencia, corresponde emitir una decisión pues “no se trata solo de ponderar una decisión temporal y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino” (102).

Como resultado de todo ello, podría decirse que, hoy día, ante los ojos de la Corte Suprema, entre la autonomía de las provincias y la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, no existe diferencia alguna y, de existir, es casi imperceptible. El voto del Dr. Lorenzetti, en particular sus considerandos 8º, 9º y 10º, son significativos en este aspecto, pues en ellos puede advertirse una equiparación total, entre las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

V. Algunas preguntas y reflexiones

V.1. ¿Ha dejado de ser taxativo el artículo 117 CN?

Mi primer interrogante es si, a raíz de estos fallos, la enumeración de casos formulada en el artículo 117 ha dejado de ser taxativa.

Recordemos que, desde el *leading case* “Eduardo Sojo” (103), la Corte Suprema ha

dicho y repetido que el artículo 117 es taxativo en relación con los casos allí previstos. Este criterio interpretativo corre, ininterrumpidamente, desde antiguos casos hasta los más recientes (104). Ello se debe a que la competencia originaria, es “de raigambre constitucional” y, por lo tanto: no puede extenderse a casos no previstos (105), no puede ser ampliada, restringida, ni modificada por persona o poder alguno (106), no puede ser extendida ni restringida por las leyes que la reglamentan (107); no se puede ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental (108); y su inhibición debe declararse de oficio en cualquier estado de la causa, pese a la tramitación dada al asunto (109).

Toda esta extensa serie de fallos, cuya mención, aun incompleta, pone de manifiesto cuán consolidada está la jurisprudencia que emana de ellos, era difícil de modificar. Es por ello que la Corte se resiste a admitir que ha flexibilizado el artículo 117 con el aforo de la ciudad de Buenos Aires, diciendo que “[...] vale apuntar que en otros supuestos este Tribunal ya ha abierto su competencia originaria a determinados supuestos no incluidos literalmente en el texto de la Constitución Nacional, en el entendimiento de que al hacerlo mejoraba el funcionamiento del federalismo pues abría un mecanismo de solución de conflictos de las provincias con el estado federal. En efecto, entre los asuntos que tienen como parte a una provincia, el art. 116 no incluye a las causas que se plantean entre una provincia y el Estado nacional. Si predominase el derecho del Estado nacional al fuero federal, el caso debería corresponder a los jueces federales de primera instancia. Pero, si se decidiera de esta manera, las provincias verían comprometido su derecho a no verse sometidas a los tribunales federales (salvo a la jurisdicción de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación). El problema ha sido resuelto admitiendo que esta Corte tiene competencia originaria para resolver casos como el mencionado en la convicción de que ello es la única forma de conciliar ambas prerrogativas constitucionales, esto es, el derecho del estado nacional al fuero federal y el de las provincias a no verse sometidas a tribunales federales diferentes a esta Corte” (110). Un razonamiento similar puede verse en el voto del Dr. Rosenkrantz (111).

Esta afirmación es manifiestamente incorrecta, pues en los casos en donde litiga una provincia con el Estado nacional la

competencia originaria, lejos de surgir como una ampliación de los casos previstos artículo 117, es la aplicación lisa y llana de uno de ellos, en tanto, por un lado, litiga un sujeto aforado (la provincia) y, por el otro, el Estado nacional, que solo puede ligar ante los tribunales federales. Como consecuencia de esta combinación, la Corte accede a abrir su jurisdicción originaria como una porción más de la jurisdicción federal.

Me parece muy difícil, entonces, sostener que, aforando en la competencia originaria a la ciudad de Buenos Aires, como si esta fuera una provincia más, se mantiene el carácter taxativo del artículo 117. Aunque la Corte se resista a reconocerlo, y probablemente no lo haga, la flexibilización de esta cláusula constitucional es evidente y la mejor prueba de ello es el propio texto de la Constitución.

Tengamos en cuenta que el artículo 117, si bien mantiene su redacción original, ha pasado por el filtro de la reforma constitucional de 1994, que podría haberlo modificado. Sin embargo, no lo hizo. La reforma de 1994, pese a reconocer el carácter autónomo a la ciudad de Buenos Aires, no la incluyó en el artículo 117, como sí lo hizo en otros artículos constitucionales, a la par de las provincias. Tal es el caso del artículo 75, inc. 1º, en relación con la coparticipación federal; los artículos 75 inc. 31 y 99, inc. 20, respecto de la intervención federal; el artículo 124 para integrarse en regiones y el artículo 125 para “conservar organismos de seguridad social”.

No ocurrió lo mismo con el artículo 117, en el cual la reforma de 1994 no incluyó a la ciudad de Buenos Aires. ¿Fue un mero olvido del constituyente? No lo creo así. No es convincente que, habiendo sido cuidadosamente tratado el régimen de la ciudad de Buenos Aires en tanto artículos reformados, la omisión de reformar el artículo 117 pueda computarse como un mero olvido. Por el contrario, en mi opinión, esta no inclusión debe interpretarse como una exclusión pues, quien pudiendo incluir no lo hace, no tiene el propósito de incluir, sino de excluir.

V.2. La ciudad de Buenos Aires no es, ni puede ser una provincia

Además de ser muy poco convincente, la teoría del “olvido del constituyente” no tiene en cuenta una diferencia sustancial entre las

(95) El voto del Dr. Lorenzetti, recuerda que ambos son derechos humanos (consids. 3º y 4º) y, por lo tanto, “[...] debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho”. Consid. 6º, primer párrafo.

(96) Consid. 13º, primer párr.

(97) Consid. 15º, primer párr.

(98) Consid. 16º, tercer párrafo.

(99) Consids. 18º y 19º, primer párrafo.

(100) Consid. 19º, párrs. quinto y sexto. El voto del Dr. Lorenzetti confirma estos principios, en tanto recuerda que las competencias en materia de educación y salud entre el Estado nacional y las provincias son concurrentes (considerandos 11º y 12º) de modo tal que “[...] conforme con la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas” (Consid. 15º primer párr.).

(101) Consids. 20 y 23. Al respecto, el voto del Rosenkrantz afirma “[...] resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación. En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Na-

cional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución)” (Consid. 9º).

(102) Consid. 28, tercer párrafo. Una consideración similar formula el voto del Dr. Rosenkrantz en el consid. 19º.

(103) Citado en nota 7.

(104) Ver, entre muchos otros: *Siddi c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 270:78 (1968); *Los Teros S.A. Agrícola, Ganadera, Financiera y Comercial c/ Provincia de La Pampa*, Fallos 285:209 (1973); *Pedro Daniel Weinberg*, Fallos 302:63 (1980); *Romero c/ Estado Nacional*, Fallos 318:1738 (1995); *Constantino c/ Provincia de Misiones*, Fallos 318:1361 (1995); *Zaimakis Goitia S.A. c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 322:1514 (1999); *Provincia de Santa Fe c/ Instruequipos S.A.*, Fallos 323:1854 (2000); *Cid c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 323:2944 (2000); *Almozni de Cosentino c/ Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos 325:246 (2002); *Orona c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.*, Fallos 325:2960 (2002); *Estado Nacional c/ Ente Provincial Regulador de la Electricidad (Provincia de San Juan)*, Fallos 325:2236 (2002); *Provincia de Corrientes c/ Banco Nación Argentina*, Fallos 326:3642 (2003); *Queijo Delgado c/ Comisión Técnica*

Mixta de Salto Grande, Fallos 327:6008 (2004); *López c/ Provincia de Corrientes*, Fallos 327:5997 (2004); *Montenegro c/ Provincia del Neuquén*, Fallos 328:2479 (2005); *Azucarera Argentina C.E.I. S.A. c/ Provincia de Tucumán*, Fallos 328:3797 (2005); *Droguería Oncofarma S.R.L. c/ Provincia de Tucumán*, Fallos 329:5675 (2006); *Intercargo S.A.C. c/ Líneas Aéreas de Entre Ríos S.E.*, Fallos 329:4390 (2006); *Colegio de Abogados de Tucumán c/ Provincia de Tucumán*, Fallos 329-937 (2006); *Unionburg S.A. c/ Banco Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:851 (2006); *Ríos c/ Consulado de la República de Italia (R. 323. XLIII) 30/10/2007*; *Arias c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 330:4055 (2007); *Soria c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 330:610 (2007); *Claudio A. Paz*, Fallos 334:59 (2011); *Mennitto c/ Agro Industrial Madero S.A. (CIV 033511/2013/CS001) 20/10/2015*; *Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio c/ Provincia de Catamarca*, Fallos 341:480 (2018); *Publicar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 342:1549 (2019); *Romero c/ Provincia de Misiones*, Fallos 344:169 (2021).

(105) *Pepsico de Argentina S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 328:3691 (2005); *González c/ Felice*, Fallos 328:1257 (2005); *Henter Industrial y Comercial S.A. c/ Provincia de Misiones*, Fallos 329:6033 (2006); *García c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:4811 (2006); *Día Argentina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 329:2105 (2006); *Arrúa c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 328:2767 (2005); *Núñez c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 328:2650 (2005); *Badaro c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 328:1421 (2005); *Unión Docentes Argen-*

tinos c/ Provincia de Misiones, Fallos 327:3994 (2004); *Stiefel c/ Provincia de Santa Fe*, Fallos 326:4575 (2003); *Santillán c/ Ferrovías S.A.C.*, Fallos 325:3023 (2002).

(106) *Nordi c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 342:1417 (2019).

(107) *Gustavo Fabián Cardano*, Fallos 327:3971 (2004); *Banco Río de la Plata S.A. c/ Provincia de Río Negro*, Fallos 327:3056 (2004); *Asociación de Trabajadores del Estado c/ Provincia de San Juan*, Fallos 326:3517 (2003); *Provincia de Corrientes c/ Banco Nación Argentina*, Fallos 326:3642 (2003); *Aranda c/ Gobierno de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos 326:1591 (2003); *S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ Provincia de Río Negro*, Fallos 325:2236 (2002); *Argenbingo S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 325:893 (2002); *Acevedo c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 325:887 (2002); *Rodríguez c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 323:3991 (2000); *Cardozo c/ Estado Nacional*, Fallos 322:813 (1999).

(108) *Machuca c/ Provincia de Santa Cruz*, Fallos 343:711 (2020); *Mendoza c/ Estado Nacional y otros*, Fallos 329:2316 (2006)

(109) *Aragneili c/ Estado Nacional*, Fallos 329:5543 (2006); *Blackie c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 329:3065 (2006); *Padilla c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 327:446 (2004).

(110) *GCBA c/ Provincia de Córdoba*, considerando 16º.

(111) En su opinión “[...] si bien normalmente el Tribunal rechaza la posibilidad de incluir en su competencia originaria supuestos distintos de los taxativamente mencionados en el artículo 116 de la Constitución, ello no

provincias y la ciudad de Buenos Aires, que es vital al momento de considerar sus respectivas autonomías y evaluar los alcances de sus competencias.

Las provincias —todas ellas— son originarias, incluso las que no eran tales en 1853. Fueron las provincias quienes dieron luz a la Constitución y crearon el Estado nacional delegando en él muchas de sus competencias. Por el contrario, la ciudad de Buenos Aires, como ente autónomo, es un sujeto derivado de la Constitución, que no ha delegado competencia propia alguna para la formación del Estado nacional.

Esta diferencia no es menor, las provincias crearon la Constitución y el Estado nacional, mientras que la Constitución por medio de uno de sus órganos, la convención nacional constituyente, crearon la ciudad de Buenos Aires como ente autónomo, pero derivado, no originario. Así, mientras las provincias conservan, es decir, “retienen” todos los poderes no delegados en el gobierno federal, conforme lo establece el artículo 121, la ciudad de Buenos Aires no puede arrogarse tal prerrogativa, pues sus poderes no son originarios, sino derivados. Su acto de creación, en realidad, es una delegación constitucional inversa a la de las provincias (112).

Se sigue de ello, tal como he dicho en otras oportunidades (113), que en el federalismo argentino existen tres niveles de autonomía distintos (114): (a) el de las provincias, (b) el de la ciudad de Buenos Aires y (c) el de los municipios existentes dentro del territorio de cada provincia, cuya intensidad gradúa, cada una de estas, según lo establecen las respectivas constituciones provinciales.

V.3. ¿Puede la Corte Suprema crear una provincia?

Esta pregunta, y su respuesta por la negativa, son elementales, sin duda, pero cuando la Corte Suprema decide “crear” una provincia, es necesario hacerla. Debemos ser conscien-

titutiva una regla férrea, pues ha procurado asimismo que ese rigor no llegase al extremo de afectar la vigencia de otras normas constitucionales. Un ejemplo de esto último ha sido la admisión en la competencia originaria por razón de las personas de los pleitos entre una provincia y el Estado nacional. Entre los asuntos que tienen como parte a una provincia, el artículo 116 de la Constitución no incluye este tipo de causas. Por lo tanto, si predominase el derecho del Estado Nacional al fuero federal, el caso debería corresponder a los jueces federales de primera instancia. Pero, si se decidiera de esta manera, las provincias verían comprometido su derecho a no verse sometidas a los tribunales federales con la única excepción de la Corte Suprema de Justicia. El problema ha sido resuelto por esta Corte admitiendo el caso en la competencia originaria como única forma de conciliar ambas prerrogativas constitucionales”, GCBA c/ Provincia de Córdoba, considerando 10º.

(112) Acerca de la delegación constituyente me remito a lo dicho en BIANCHI, Alberto B., “La Delegación Legislativa”, Ábaco, Buenos Aires, 1989, p. 200 y ss.

(113) BIANCHI, Alberto B., “La autonomía universitaria. (A propósito de la revisión judicial de los concursos)”, LA LEY, 2005-C, 342.

(114) Dejo de lado, por supuesto, la autonomía de las universidades, que nada tiene que ver con el régimen federal. Sobre la autonomía universitaria puede verse con provecho: VANOSI, Jorge R., “Universidad y Constitución en América Latina”, en *Universidad y Facultad de Derecho: sus Problemas*, EUDEBA, 1989, ps. 15-32, esp. ps. 26-27.

(115) Consid. 12º.

(116) Consids 9º y 15. Ver también el consid. 6º del voto del Dr. Rosenkrantz.

(117) Tengo para mí que la ciudad de Buenos Aires era una “ciudad constitucional federada” mucho antes de ser autónoma. Tal condición no se la otorgó la autonomía. Siempre ha sido una “ciudad”; en 1880 fue “federada”, al ser declarada “capital de la república” por la Ley 1029 y, en ese mismo momento, adquirió rango de “ciudad cons-

tes que, al elevar a la ciudad de Buenos Aires al *status* provincial, la Corte está ejerciendo, indirectamente, la competencia que le otorga al Congreso el artículo 75 inc. 15 de la CN. Esta facultad es exclusiva del Poder Legislativo, no podría ser ejercida jamás por el Poder Ejecutivo y, menos aún, por la Corte Suprema.

Cierto es que la Corte, en modo alguno, dice que la ciudad de Buenos Aires es una provincia. Pero esa “ciudad constitucional federada” a la que alude, reiteradamente, en *GCBA c/ Córdoba* (115) y en *GCBA c/ Estado Nacional* (116), una condición que ya tenía, por cierto, desde 1880 (117), no parecería tener ya diferencia alguna con una provincia, pese a que las tiene y son sustanciales. En palabras textuales de la Corte, la ciudad de Buenos Aires tiene “un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional” (énfasis agregado) (118). Asimismo, los considerandos 8º, 9º y 10º del voto del Dr. Lorenzetti en *GCBA c/ Estado Nacional*, a los que ya hice referencia —y vale la pena transcribir ahora— no permiten establecer diferencia alguna entre una provincia y la ciudad de Buenos Aires (119).

V.4. ¿Fortalecimiento o debilitamiento del sistema federal?

Al otorgarle aforo en el artículo 117 CN a la ciudad de Buenos Aires, la Corte Suprema cree haber fortalecido el sistema federal. Entiende —probablemente con las mejores intenciones— haber beneficiado a lo que califica como un “sistema cultural de convivencia” (120), fundado en “el principio de ‘lealtad federal’ o ‘buena fe federal’, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros” (121).

Lamentablemente, no es así. Debemos ser conscientes de que la sumisión de las provincias a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, lejos de ampliar su auto-

nomía, la restringe, en tanto las obliga a litigar ante un tribunal federal (la Corte Suprema), en lugar de hacerlo antes sus propios tribunales. No puede sostenerse, entonces, que la jurisdicción originaria sea un remedio que fortalezca la descentralización en la cual se funda el sistema federal. En todo caso, asegura la “pax federal” que provee, desde la cima del sistema judicial, la Corte Suprema.

(118) Consid. 8º.

(119) Este voto recuerda, en primer lugar, que el GCBA c/ la Corte reconoció a la ciudad de Buenos Aires como aforada del artículo 117 “[...] en fecha relativamente reciente este Tribunal reconoció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, (considerando 8º). Seguidamente, en el considerando 9º, alude a los poderes de las provincias —que no estaban en juego en el caso— como si se tratara de los poderes de la ciudad de Buenos Aires, cuya competencia sí estaba en discusión “[...] los precedentes de esta Corte Suprema establecen que el poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones. De acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) [citas omitidas] Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo”. Finalmente, en el considerando 10º, agrega “[...] 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 admiten poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. El sistema federal también reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada. 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”.

(120) *GCBA c/ Estado Nacional*, consid. 3º.

(121) *GCBA c/ Estado Nacional*, consid. 4º.

(122) Fallos 14:425 (1874).

(123) 2 U.S. 419 (1793).

(124) Citado en nota 13.

(125) Consid. 1º.

De allí nace la clásica resistencia que han tenido las provincias al aforo del artículo 117 CN, puesto de manifiesto en casos tan antiguos como *Avegno c/ Provincia de Buenos Aires* (122), donde la Corte Suprema rechazó la declinatoria planteada por el Fiscal de Estado en una acción reivindicatoria de un bien, ubicado en San Nicolás de los Arroyos, planteada por un ciudadano del Uruguay, sosteniendo —en un muy extenso y fundado pronunciamiento— que no se aplica en la Argentina la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos, mediante la cual se estableció que los Estados no están sometidos a la jurisdicción federal.

Antes de analizar esta Enmienda y el caso *Chisholm v. Georgia* (123) que le dio origen, lo cual pone de manifiesto que la fricción entre los estados (o las provincias) y el gobierno federal producida por la jurisdicción originaria, es muy antigua, vale la pena recordar que nuestra Corte Suprema también la ha tenido claramente presente en casos como “*Sedero de Carmona*” (124), donde la Corte señaló que “el objeto de la jurisdicción originaria de la Corte conferida por el art. 101 de la Constitución Nacional [actualmente el 117] no es otro que dar garantías a los particulares proporcionándoles, para sus reclamaciones, jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad, pero ello debe encontrar límite en el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales y de manera de no perturbar su administración interna, porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte vendría ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales” (125). Este principio,

por un ciudadano. Para un estudio más pormenorizado del caso y de la Enmienda, véase: ORTH, John V., “The Judicial Power of the United States. - The Eleventh Amendment in American History”, Oxford University Press, 1987.

(129) La Corte había afirmado su competencia en la Constitución y no en la *Judiciary Act* de 1789, de modo que, para apartarse del precedente, la Constitución debía ser reformada.

(130) 28 USC § 1251. “(a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States.

(131) Recordemos que en los Estados Unidos la ciudadanía es doble: nacional y estatal.

(132) 28 USC § 1251. “(b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: (1) All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties; (2) All controversies between the United States and a State; (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens”.

(133) En relación con los embajadores, cónsules y ministros extranjeros el 28 USC § 1351, dispone que son competentes los tribunales de distrito. Esta norma dice: “The district courts shall have original jurisdiction, exclusive of the courts of the States, of all civil actions and proceedings against (1) consuls or vice consuls of foreign states; or (2) members of a mission or members of their families (as such terms are defined in section 2 of the Diplomatic Relations Act)”.

(134) Ver SHAPIRO, Stephen M. - GELLER, Kenneth S. - BISHOP, Timothy S. - HARTNETT, Edward A. - HIMMELFARB, Dan: *Supreme Court Practice*, 10th edition, Bloomberg BNA, Arlington, Va, 2017, p. 628.

(135) Ver: MCKUSICK, Vincent L., “Discretionary Gatekeeping: The US Supreme Court’s Management of Its Original Jurisdiction Docket Since 1961”, *Maine Law Review*, vol. 45, Nº 2, año 1993, ps. 185-242. Para una estadística anterior a 1961 ver: Note: “The Original Jurisdiction of the United States Supreme Court”, *Stanford Law Review*, vol. 11, No. 4 (Jul. 1959), ps. 665-719.

que ya estaba esbozado en “*Avegno*”, citado por la Corte, ha sido repetido en numerosos casos posteriores (126).

Está fuera de discusión, por ende, que la jurisdicción originaria no amplía, sino restringe la autonomía de las provincias, pues, en definitiva, las obliga a litigar ante la jurisdicción federal. Este sometimiento a la jurisdicción federal de los estados fue el que dio lugar, en 1795, a la sanción de la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos, que eliminó tal sometimiento (127). Esta enmienda, como dije, se produjo a raíz del caso “*Chisholm v. Georgia*”, en el cual fue admitida una demanda planteada contra dicho estado, ante un tribunal federal, por las deudas contraídas por aquel, durante la Guerra de la Independencia, con un ciudadano de otro estado (128). Conocida la sentencia, se produjo tal conmoción que, inmediatamente, fue promovida una enmienda constitucional que prohibiera a los ciudadanos de un estado accionar judicialmente contra otro estado ante los tribunales federales (129).

A raíz de ello, actualmente en los Estados Unidos la competencia originaria de la Corte, legislada en 28 USC § 1251, es (a) exclusiva en todas las controversias que se susciten entre estados (130) y (b) no exclusiva: (i) cuando sea parte un embajador, un cónsul, un ministro extranjero o un estado extranjero; (ii) en todas las controversias entre el gobierno federal (los Estados Unidos) y un estado y (iii) siempre que un estado demande a un ciudadano de otro estado (131) o a un ciudadano extranjero (132). Es preciso señalar que esta jurisdicción originaria no exclusiva implica, en la práctica, que todos estos casos se disputan en los tribunales federales inferiores, o bien en tribunales estatales, según corresponda (133). Si la misma se ha mantenido en la legislación actual, es porque una ley no podría derogar lo que la Constitución establece expresamente (134). Pero, de hecho, los casos de jurisdicción originaria ante la Corte son muy escasos, pues solo se refieren a controversias suscitadas entre estados y, en promedio, no superan los dos o tres casos por año (135).

V.5. Autonomía provincial versus autonomía municipal

Como parte de este mismo análisis, es necesario tener en cuenta, tal como mencioné al comienzo, lo decidido en “Shi c/ Municipalidad de Arroyito” (136), pues si bien no se trata de un caso de competencia originaria, integra una serie de casos sobre el desarrollo del sistema federal que viene efectuado la Corte en varios fallos recientes. En el caso citado, parecería que se fortalece el sistema federal acordando una autonomía cada vez más pronunciada a los municipios (137), sin parar mientes en que, tal fortalecimiento, no se produce a expensas de los poderes del gobierno federal, dentro de la clásica tensión entre las fuerzas centrípetas de las autoridades nacionales y las fuerzas centrífugas de las locales (138), sino de los poderes de las provincias, en medio de una típica controversia entre autoridades locales, que tiene como árbitro a la Corte Suprema, que es un poder federal. Me pregunto, entonces, si en este contexto, podemos decir que el régimen federal se beneficia. Creo que no.

El caso “Shi” se produjo como consecuencia de un conflicto suscitado entre los propietarios de supermercados del municipio de Arroyito, en la provincia de Córdoba. Mientras algunos de ellos querían abrir sus locales los días domingo, otros se oponían. La cuestión fue zanjada por medio de la Ordenanza 1660/2014 de “Descanso Dominical del Trabajador”, que prohibió en Arroyito la apertura de los supermercados los domingos, sancionado con multas progresivas y clausuras en días hábiles a quienes la violaran. Esta ordenanza contrariaba lo dispuesto por la ley provincial 8350, que había desregulado esta actividad permitiendo a los propietarios de dichos establecimientos determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre. A raíz de ello el Sr. “Shi” planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 165, inc. 1º, ap. a, de la Constitución de la Provincia de Córdoba), contra la Municipalidad de Arroyito, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º, inc. a, de la ordenanza 1660.

En las instancias judiciales de Córdoba, la acción declarativa concluyó en forma exitosa para el actor con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia la cual, entre otras consideraciones, estimó que, 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”. Agregó que 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 las atribuciones municipales y dicho ejercicio debe ser “razonable”; en este caso —a juicio del Superior Tribunal— la razón que fundamenta la restricción resultaba inconstitucional porque el municipio no tiene competencia para regular la materia abordada y, al hacerlo, invadió la esfera de atribuciones de otros órdenes de gobierno (139).

Hasta aquí, como puede verse, se trataba de un conflicto trabado entre dos normas locales: la Ordenanza 1660 de la Municipalidad de Arroyito y la ley 8350 de la Provincia de Córdoba; el conflicto, además, había sido resuelto por la máxima autoridad judicial del estado provincial. Todo ello permitía suponer, que no era procedente el recurso extraordinario federal planteado por el municipio pues, tal como señaló, a mi juicio correctamente, el dictamen de la Procuración General (140), (a) no mediaba resolución contraria al derecho federal en los términos exigidos por el art. 14, inc. 2º, de la ley 48 y (b) lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad de normas locales no constituye cuestión federal apta para sustentar el recurso extraordinario, ya que no existe resolución favorable a la validez de la norma local cuestionada (141).

Sin embargo, dispuesta a henchir las velas de la autonomía municipal, la Corte Suprema declaró procedente el recurso extraordinario (142) y revocó la sentencia del Superior Tribunal de Córdoba.

A tal fin, si bien reconoce que “En cuanto a los ‘alcances’ de cada contenido autónomo, ellos deben reflejar la heterogeneidad insita en todo régimen federal y por tanto ser fijados por cada provincia” (143), ello no le impide —como tribunal federal— calar hondo en la interpretación del régimen municipal establecido por la Constitución de Córdoba (144), concluyendo en 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)” (145). Sostiene entonces, en una declarada profesión de fe por la democracia directa, contraria al principio representativo de gobierno, que “[...] 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’” (146). De tal modo, “[l]as peculiares características del municipi-

pio 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 norma adoptada, promovidos y facilitados por las autoridades locales [...] 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” (147). Por todo ello, “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” (148). Munida de estos argumentos, la Corte Suprema, como tribunal federal, corrige al Superior Tribunal provincial, en lo que este había interpretado de su propio derecho local, y dice: “[...] 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 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” (149).

No es mi propósito analizar aquí, si la ordenanza de la Municipalidad de Arroyito era constitucional o inconstitucional bajo lo dispuesto en el derecho público de Córdoba. Quiero destacar, en cambio, tal como lo reconoce la propia Corte Suprema, que se trataba de un caso donde debía resolverse una cuestión de estricto poder de policía municipal, conforme su regulación en la Constitución provincial (150). Me pregunto entonces si la Corte Suprema, como máximo tribunal federal, es competente para corregir al Superior Tribunal local, en una materia tan local como esta, especialmente si, para ello, se apoya en el valor democrático de las “asambleas públicas”, pues no olvidemos que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” (art. 22 CN) (151).

Es indudable, que decisiones de la Corte Suprema como esta, no favorecen al régimen federal. En primer lugar, porque con ellas, desde lo alto del estrado nacional, la Corte se erige en árbitro de cuestiones típicamente locales, que solo corresponde decidir a los tribunales provinciales. Hace muchos años —casi un siglo— en un artículo periodístico, González Calderón dijo que, al declarar la inconstitucionalidad de una ley local, la Corte ejercía una suerte de “intervención judicial” (152). Esta expresión, que parece exagerada, ya que nada tiene que ver el recurso extraordinario con la intervención política del artículo 6, generó una airada crítica de Bielsa (153). Sin embargo, “intervenciones” de la Corte Suprema como la del

caso “Shi”, hacen repensar si González Calderón tenía algo de razón.

En segundo lugar, es evidente que la autonomía de los municipios compite ahora, en un pie de igualdad, cada vez mayor, con la de las provincias. A la antigua contienda de las provincias con el gobierno federal, por lograr el respeto de su autonomía, se le suma ahora, en el otro extremo, la que aquellas empiezan a tener con sus propios municipios. Se sigue de ello que, cada porción que se le agrega a la autonomía municipal, es uno que pierde, proporcionalmente, la de las provincias. Esta es una ecuación inevitable. Debemos preguntarnos, entonces, si este fraccionamiento cada vez mayor del sistema federal, lo beneficia o lo perjudica. Esta es una pregunta que no tiene respuestas todavía. Es claro, sin embargo, que esta distribución de la autonomía “hacia adentro” de las provincias, es una cuestión que cada una de ellas debe llevar a cabo con la menor intervención posible del gobierno federal, pues se trata de un asunto donde prima, y debe primar, el derecho local.

En síntesis, creo que debemos distinguir el régimen municipal del régimen federal, pues uno es el todo y el otro es una de sus partes. No me parece, entonces, que el fortalecimiento del régimen municipal, fortalezca directa y necesariamente al sistema federal como tal, si dicho incremento se obtiene restando poderes o competencias a las provincias.

V.6. La Corte Suprema, cada tanto, tiene que matar a sus propias criaturas

Siempre digo que la Corte Suprema tiene dos condiciones propias de la Divinidad. Por un lado, es infalible, pues nadie la corrige (154), por el otro, es un ser casi atemporal. Su actividad está libre de la cárcel del tiempo, no está sujeta a ningún plazo procesal, puede fallar cuando quiere y, de hecho, así ocurre en la mayoría de los casos. A estas dos condiciones, se le puede agregar una tercera, que la asemeja al dios *Cronos* de la mitología griega (*Saturno*, para los romanos). Hijo de *Urano*, *Cronos* había destronado a su padre y, para evitar que sus propios hijos hicieran lo mismo con él, los devoraba. A la Corte Suprema, cada tanto, le sucede algo similar; fabrica una criatura a la que luego debe limitar, pues esta cobra tanta vitalidad e independencia, que atenta contra su propia creadora, abrumándola de trabajo.

Así sucedió con la acción de amparo, dada a luz en *Ángel Siri* (155). Esta joven criatura, que había sido abortada en varios casos anteriores (156), comenzó a crecer vigorosa, amenazando con apoderarse de un escenario procesal que reclamaba su presencia desde hacía mucho tiempo. Las limitaciones para el amparo no tardaron en llegar y están ya insinuadas en *Samuel Kot S.R.L.* (157), donde si bien la Corte volvió a dar muestras de su interés por la protección efectiva de las libertades constitucionales, a las que ya menciona como “derechos humanos” (158),

(136) Citado en nota 8.

(137) Esta tendencia comenzó en *Rivademar c/ Municipalidad de Rosario*, Fallos 312-326 (1989), cuando la Corte Suprema, en un fallo de gran trascendencia en su momento, declaró la autonomía de los municipios, abandonando el principio de la autarquía municipal establecido en *Ferrocarril Sud c/ Municipalidad de La Plata*, Fallos 114-282 (1911). Ver mi comentario a este caso en BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades”, LA LEY, 1989-C, 47.

(138) Ver: LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, 2ª ed., t. VII, p. 318.

(139) Ver apart. d) y j) del consid. 3º de la sentencia de la Corte Suprema.

(140) Dictamen de fecha 12/04/2019.

(141) El dictamen cita varios precedentes de la Corte

Suprema en ese sentido.

(142) En opinión de la Corte “[...] el examen de la controversia exige la interpretación de normas de [naturaleza federal] (arts. 5º, 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)”, consid. 6º.

(143) Consid. 7º, párr. tercero.

(144) Ver todo el consid. 9º.

(145) Consid. 9º, párr. séptimo.

(146) Consid. 10, párr. tercero.

(147) Consid. 11, segundo y tercer párr.

(148) Consid. 12, segundo párr.

(149) Consid. 15º, primer párr.

(150) “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”, considerando 15º, segundo párrafo.

(151) Muy diferente era el caso *Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis*, Fallos 330:3126 (2007), donde el Intendente de la Ciudad de San Luis demandó a la Provincia con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una serie de leyes provinciales —y de todos los actos dictados en su consecuencia— que, a su juicio, perturbaban el proceso electoral municipal. En este caso, además de corresponder la competencia originaria, la materia tenía una típica raíz federal.

(152) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “La intervención judicial de la Corte Suprema en las provincias”, *La Prensa*, 04/10/1927.

(153) BIELSA, Rafael, “La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema”, Depalma, Buenos Aires, 1958, 2ª ed., p. 133.

(154) Robert H. Jackson, exjuez de la Corte de los Estados Unidos, decía “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (No somos [los jueces] finales porque seamos infalibles, somos infalibles porque somos los finales), *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

(155) Fallos 239:459 (1957).

(156) *Manuel González Maseda*, Fallos 155:356 (1929); *Bertotto c/ Jefe de Correos y Telégrafos de la Ciudad de Rosario*, Fallos 168:15 (1932); *Alfredo Malvar*, Fallos 169:103 (1933); *Ricardo A. Hinz*, Fallos 183:44 (1939); *José San Miguel*, Fallos 216:606 (1950) y *Amadeo Allocatti*, Fallos 216:622 (1950), entre otros.

(157) Fallos 241:291 (1958).

(158) Fallos 241 en p. 299.

hizo dos advertencias, abriendo con ellas dos pequeños surcos que, concienzudamente profundizados en fallos posteriores, produjeron —a largo plazo— la escasa eficacia del amparo. En primer lugar, señaló que la ilegitimidad de la restricción generadora del amparo debe aparecer clara y manifiesta y que la remisión del caso a los procedimientos ordinarios debe producir un daño irreparable (159). Luego agregó que “... en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia ... a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios” (160).

Nadie podía anticipar en ese momento, dentro del júbilo republicano producido por la sentencia (161), que, en 1966, la ley 16.986 aprovecharía adecuadamente estas advertencias, luego recopiladas por decisiones posteriores, para limitar profundamente los alcances del amparo, pero lo cierto es que desde un primer momento se hizo aplicación de ellas abundantemente. Diez meses después, en julio de 1959, la Corte ya estaba profundizando las advertencias asentadas en *Kot*. Fue en *Cooperativa del Personal de Y.P.F.* (162) donde, en un brevísimo fallo, se aludió al “[...] remedio excepcional del amparo, reservado para casos de actuación ilegal manifiesta y, en principio, sin remedio previsto por el legislador” (163). La suerte del amparo ya estaba echada. Tal como tempranamente lo advirtió Carrió, “La llave maestra consiste en decidir si existe o no remedio legal adecuado. Porque basta que lo haya, o que el juez considere que existe, para que la nueva vía de carácter excepcional, quede automáticamente cerrada” (164). Una nueva limitación a la acción de amparo tuvo lugar cuando la Corte le negó aptitud procesal para cobijar un planteo de inconstitucionalidad. Este criterio tuvo origen en *Aserradero Clipper S.R.L.* (165) y fue reiterado luego en casos posteriores (166). La Ley 16.986 luego recopilaría todas estas limitaciones.

Una experiencia similar ha tenido la acción declarativa de inconstitucionalidad. Nacida sin otro apoyo normativo que el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (167), la Corte comenzó a darle alas en un momento que no resulta muy preciso, pero tiene como claro antecedente el caso *Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba* (168), donde se admitió, por primera vez, el ejercicio del control de constitucionalidad dentro de la acción declarativa de certeza. El primer caso en el cual la acción declarativa de inconstitucionalidad se advierte nítidamente, como acción independiente, es *Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero* (169), donde se requirió y se obtuvo, la declaración de inconstitucionalidad de

la ley 5379 de Santiago del Estero por ser contraria a la ley nacional 23.056. El caso siguiente es *Colegio San Lucas S.R.L. c/ Gobierno Nacional* (170), donde se declaró formalmente admisible una acción de inconstitucionalidad dirigida en contra de la ley 18.037. La doctrina de “Gomer” fue luego repetida en *Cugliari c/ Provincia de Salta* (171), donde se admitió el cambio de *nomen iuris* en un amparo en el cual se planteaba una inconstitucionalidad, para transformarlo en un proceso sumario, conforme la doctrina del ya citado caso de Santiago del Estero. En *La Plata Remolques S.A. c/ Provincia de Buenos Aires* (172), se reconoció la viabilidad formal de una acción declarativa en la cual se requería la inconstitucionalidad del artículo 118 del Código Fiscal de Buenos Aires; y en *Conarpesa S.A. c/ Provincia del Chubut* (173), fue nuevamente repetida la doctrina de “Gomer”. Asimismo, fue admitido un planteamiento de inconstitucionalidad por vía de incidente formado en el curso de una querrela penal. La idea era novedosa pues normalmente el planteo de constitucionalidad tramita con los autos principales. La Corte admitió procesalmente la incidencia a título de acción meramente declarativa con invocación de la jurisprudencia citada más arriba (174). A partir de estos antecedentes la acción declarativa de inconstitucionalidad cobró una importancia inusitada en el mundo del derecho procesal constitucional, es hoy día una de las principales fuentes de la competencia originaria de la Corte cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley provincial y existen obras de doctrina que se ocupan de ella específicamente (175).

Este creciente desarrollo de la acción declarativa de inconstitucionalidad alertó a la Corte y nació, entonces, como limitación, el requisito del llamado “acto en ciernes”, según el cual la acción declarativa no puede plantearse hasta tanto la demandada no tenga, “en ciernes”, la emisión de un acto que ponga en evidencia la aplicación de la ley. Así, antes de que exista un “acto en ciernes”, que evidencia la inminencia de la aplicación de la ley, la acción declarativa de inconstitucionalidad no es procedente. No es suficiente, entonces, el mero dictado de la ley, pese a que esta sea claramente aplicable al actor. Se exige, como requisito necesario, que la demandada haya insinuado, bajo alguna forma indubitable y concreta, que se dispone a aplicar la ley (176).

Por cierto, este requisito se justifica por la necesidad de que la pretensión declarativa constituya un verdadero “caso judicial” y no una mera consulta a los jueces. Debe existir, por lo tanto, una cierta actividad por parte de la demandada que ofrezca evidencia concreta de que, en un futuro cierto y próximo, se planteará una controversia, que todavía está “en ciernes”. Sin embargo, según la dis-

crecionalidad y rigidez con que se lo emplee, este requisito puede ocasionar la inutilidad completa de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pues si la ventana de tiempo que media entre el dictado del “acto en ciernes” y el acto que hace efectiva la aplicación de la ley es muy limitada, la acción declarativa tendrá un margen muy estrecho para ser planteada. Dicho de otro modo, si la acción declarativa no procede antes del acto en ciernes, pero tampoco procede luego de emitido el acto de aplicación de la ley y producidos sus efectos, el espacio que queda entre ambos es el único momento en que la acción declarativa puede ser viable. Antes del acto en ciernes no hay caso judicial y después de producidos los efectos del acto, la acción declarativa no es procedente, pues el artículo 322, Cód. Proc. Civ. y Com., exige que no haya “otro medio legal para ponerle término inmediatamente” y, dictado el acto, ese medio ya no es un proceso meramente declarativo.

En síntesis, la acción declarativa de inconstitucionalidad está sometida al cumplimiento de un requisito que, si bien en la teoría jurídica es razonable, se ha convertido en la llave que abre o cierra la admisibilidad de la acción, pero uso rígido o antifuncional, puede inutilizarla por completo.

Con el aforo de la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria de la Corte y la intervención de esta en los conflictos de competencia entre las provincias y sus municipios, podría suceder lo mismo. Ya hemos visto, en relación con lo primero, que este aforo parece haber sido acordado en forma plena. No se trata simplemente de generar una jurisdicción imparcial e independiente en los conflictos entre las provincias y la ciudad de Buenos Aires. La “ciudad constitucional federada”, luego del *dictum* en “GCBA c/ Provincia de Córdoba”, hecho *holding* en “GCBA c/ Estado Nacional”, se ha convertido en un sujeto pleno del artículo 117. En relación con lo segundo, aunque no exista, estrictamente, una decisión contraria al derecho federal, la Corte abre igualmente el recurso extraordinario en el marco de una contienda regida por el derecho local.

Todo esto tiene, naturalmente, consecuencias inevitables. Una de ellas, es que las leyes y normas reglamentarias que dicte el GCBA, podrán ser impugnadas directamente ante la Corte Suprema, como tribunal de única y exclusiva instancia, como ocurre con las provincias. Si tenemos en cuenta la dimensión poblacional de la ciudad de Buenos Aires y el hecho de que no se exige distinta vecindad en los casos de competencia originaria donde se discute exclusivamente una cuestión federal, el impacto que esto puede llegar a producir en la carga de tarea de la Corte es impor-

tante (177). Es imaginable también que, si la Corte decide abrir el recurso extraordinario cada vez que un municipio, en un litigio con su provincia, alega la violación de su régimen municipal, la cantidad de casos en los cuales la Corte intervendrá es muy elevada (178).

Dado este escenario, ¿se convertirá la Corte Suprema en el dios *Cronos* de estas criaturas? No lo sabemos todavía, pero la historia del Tribunal permite suponer que lo hará, si no quiere ser desbordada por sus propias creaciones.

V.7. El fin y sus medios

Quiero retomar, por último, una cuestión que ya mencioné anteriormente. En los casos “Corrales-Nisman-Bazán”, la Corte hizo sentir su fuerte crítica por la falta de conclusión del proceso de traspaso de los jueces nacionales al Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires. Luego, en “GCBA c/ Provincia de Córdoba”, quejándose nuevamente de esta demora, pretendió reparar o compensar esta omisión, otorgándole a la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria. En otros términos, para compensar el perjuicio institucional que sufre la ciudad de Buenos Aires por no haberse permitido completar aún su Poder Judicial, se emplea, como medio de reparo, el otorgamiento del aforo en el artículo 117, enviando a toda la sociedad el mensaje de que, ante los ojos de la Corte, las provincias y la “ciudad constitucional federada”, son equivalentes.

La solución es extraña, e incorrecta, por dos motivos. En primer lugar, porque, siguiendo la doctrina tradicional de la propia Corte sobre el principio de razonabilidad, una decisión es razonable cuando existe una proporción adecuada entre el fin perseguido y los medios empleados para ello. De acuerdo con una línea jurisprudencial extensa y consolidada, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (179). No se comprende, entonces, cómo el aforo en la competencia originaria va a producir o acelerar el traslado de los jueces nacionales a la ciudad de Buenos Aires. En todo caso, la Corte ha querido “compensar”, de algún modo, el déficit judicial de la Ciudad, dándole ese especial aforo. En segundo lugar, porque, al otorgarle un lugar en su jurisdicción originaria, no mejora su autonomía, sino que, por el contrario, la limita, tal como ocurre con las provincias.

VI. Conclusiones

Aforar a la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria de la Corte suprema es, en mi opinión, un error pues (a) le-

(159) Fallos 241, en p. 302.

(160) *Ibidem*.

(161) En palabras de Carlos M. Bidegain, luego de los casos *Siri* y *Kot*, “... la Constitución ha empezado a vivir en la mente y en el corazón de muchos hombres que no la conocían o no creían en ella...”. *La Prensa*, 7 de junio de 1959, citado por ORGAZ, Alfredo, “El Recurso de Amparo”, Depalma, Buenos Aires, 1961, ps. 11-12.

(162) Fallos 244:179 (1959).

(163) Fallos 244 en p. 180.

(164) CARRIÓ, Genaro, “Algunos Aspectos del Recurso de Amparo”, Abeledo Perrot (colección Monografías Jurídicas), Buenos Aires, 1960, ps. 19-20.

(165) Fallos 249:221 (1961).

(166) *Conrado T. Traverso*, Fallos 249:449 (1961); *Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines*, Fallos 249:569 (1961); *Enrique Juan Oyuela*, Fallos 252:167 (1962); *Antonio M. Ruiz*, Fallos 256:386 (1963); *Spinoffer S.A.*, Fallos 258:227 (1964); *Carlos Trincherro*, Fallos 262:181 (1965); *Luis E. Leguiza*, Fallos 264:37 (1966), etc.

(167) Este artículo, en realidad, contempla a la acción

declarativa de certeza.

(168) Fallos 310:142 (1987).

(169) Fallos 310:2812 (1987).

(170) Fallos 311:421 (1988).

(171) Fallos 311:810 (1988).

(172) Fallos 311:1835 (1988).

(173) Fallos 312:1003 (1989).

(174) *Roberto Colombo Murúa*, Fallos 310:2342, 2372 (1987). Se trataba de una denuncia penal efectuada por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista efectuada en contra de los presuntos contaminantes de tales cursos de agua. Paralelamente, los denunciantes plantearon la inconstitucionalidad del Decreto 2125/78, que estableció el régimen de cuotas de resarcimiento por contaminación, en el entendimiento que el mismo violaba disposiciones de la ley 13.775, que obliga a OSN a controlar la actividad de quienes arrojan efluentes tóxicos en los ríos imponiendo sanciones a los establecimientos. Los denunciantes entendían que el decreto era inconstitucional en la medida que permitía a dichos establecimientos pagar una simple suma de dinero y evitar la apli-

cación de sanciones que podían llegar hasta la clausura. Véase el comentario de Germán J. BIDART CAMPOS en *El Derecho* 127-109.

(175) Entre otras, menciono LAPLACETTE, Carlos José, “Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad. En el Poder Judicial de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *La Ley*, Buenos Aires, 2020.

(176) *Transportes Unidos del Sud S.R.L. c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 343:2039 (2020); *Echegaray c/ Carrió*, Fallos 343:560 (2020); *Cristina Fernández de Kirchner*, Fallos 343:195 (2020); *Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Provincia de Tucumán*, Fallos 342:971 (2019); *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. c/ Estado Nacional*, Fallos 342:917 (2019); y *Festival de Doma y Folklore c/ Estado Nacional*, Fallos 341:101 (2018), son algunos de los casos más recientes.

(177) Conforme sostiene la Corte en forma reiterada, para que proceda la competencia originaria establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/1958, en un juicio en que una

provincia es parte, resulta necesario examinar la materia sobre la que este versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo último caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria. *Asociación Mutual Sancor*, Fallos 344:373 (2021); *Álvarez c/ Provincia de La Rioja*, Fallos 343:1319 (2020); *Rodríguez c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 343:283 (2020).

(178) Como dato, vale tener en cuenta que, en Córdoba, provincia donde tuvo lugar el conflicto con la municipalidad de Arroyito, existen actualmente 260 municipios. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/cordoba/municipios>

(179) Menciono el caso *Lee c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa*, Fallos 343:1704 (2020), uno de los casos más recientes de una larga jurisprudencia que nace allá en *Avico c/ De la Pesa* Fallos 172:21 (1934) y fue luego más desarrollada en *Pedro Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes*, Fallos 199:483 (1944).

jos de favorecer su autonomía, la limita; (b) no es un medio adecuado para lograr el fin perseguido, es decir, el trasado de los jueces nacionales al Poder Judicial de la Ciudad; y (c) es el fruto de una interpretación forzada del artículo 117 CN que (i) está orientado en la dirección opuesta a la limitación de la competencia originaria que la Corte ha tenido tradicionalmente y (ii) generará en la Corte Suprema una so-

brecarga de trabajo, que algún día se verá obligada a limitar.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2182/2021

Más información

[Legarre, Catalina - Roca, Justa](#), "Competencia originaria de la corte suprema: novedad-

des acerca de la aplicación de la doctrina del caso "Córdoba", LA LEY 02/03/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2962/2020
[Palacio de Caeiro, Silvia B.](#), "Competencia originaria, provincias y CABA. Precisiones, restricciones y aperturas de la jurisdicción originaria. Excepcionalidades en el tiempo de pandemia, LA LEY, 2021-A, 395, TR LALEY AR/DOC/3898/2020

Libro recomendado

[Constitución de la Nación Argentina. Comentada - Claves para el estudio inicial de la norma fundamental](#)

Autoras: Cayuso, Susana G.

Coordinación general y gráficos: lenticle, Verónica M.

Edición: 2ª actualizada y ampliada 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Nota a fallo

Personas con discapacidad

Obras sociales. Implementación de asistencia personal. Grupos en situación de vulnerabilidad. Medidas de acción positiva. Progresividad de los derechos. Procedencia. Disidencia.

1. - Es razonable la necesidad de implementar la asistencia personal a favor de los afiliados que padecen discapacidad, en la medida que las prestaciones otorgadas por la obra social demandada —enfermería domiciliaria, cuidador domiciliar y acompañante terapéutico— se presentan como coberturas parciales y resultan abarcadas por la propuesta superadora de la accionante, en tanto configura una herramienta fundamental para asegurar a dicho sector vulnerable de la comunidad una vida independiente, centrada en las necesidades de la persona debidas a las barreras existentes en la sociedad y no en la deficiencia, y prestando especial prioridad a la voluntad y las preferencias del individuo, asegurando la plena participación de las personas con discapacidad en el proceso de adopción de decisiones.

2. - Resulta innegable la fundamental contribución que, en la eliminación de ciertas barreras, ha de conllevar la existencia de la *asistencia personal*, para el disfrute efectivo de otros derechos constitucionales —junto a los derechos a la salud y a la vida; y, de la mano de ellos, a la dignidad humana—, tales como el derecho al trabajo y el empleo, entre otros, habiendo sido incluso ponderada la asistencia personal como "prerrequisito" en el efectivo goce de aquellos

3. - La realidad humana siempre trasciende el fenómeno del derecho; y, en tal caso, las demandas sociales exigen del Estado de derecho, y de sus órganos constituidos, mayor libertad de acción para abarcarlas en el marco de la legalidad.

4. - Si bien las medidas de acción positiva constituyen un mandato dirigido al Congreso, pueden ser tomadas en cuenta por los jueces con el fin de orientar la interpretación judicial de las causas sometidas a su decisión.

5. - No caben dudas de que entre las obligaciones de la Provincia de Buenos Aires se encuentra la de garantizar la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad,

para asegurar que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos. En esa línea, la progresividad de los derechos, reconocido por la Constitución Nacional, se ve francamente vulnerada cuando se dilata en el tiempo la adopción de medidas tendientes a poner en un pie de igualdad jurídica y material a las personas afectadas con algún tipo de discapacidad.

6. - No puede dudarse de que se encuentra configurado un caso justiciable, en tanto la materia que se ventila consiste en la directa protección de los derechos humanos en un ámbito especialmente tutelado, como es el de la dignidad de la persona para acceder a una línea de prestaciones necesarias a su condición, que posibilite el goce y ejercicio pleno de sus derechos y que se encuentran controvertidas (del voto del Dr. Milanta).

7. - Las medidas de acción positiva tienen como destino primero a los organismos legislativos y de administración, pues el diseño de esas políticas activas les compete, en la medida que proponen actos de mérito en la respuesta al interés público subyacente, pero que escapan a toda especie justiciable, mientras no se con-

creten en fórmulas exigibles (del voto en disidencia del Dr. De Santis).

8. - El derecho predicado a la asistencia personal, si bien plausible y suficiente para suscitar la intervención de la actividad legislativa que instituya la relación jurídica y así la exigibilidad por todos quienes resulten destinatarios, escapa, hasta tanto, a la actividad judicial (del voto en disidencia del Dr. De Santis).

CContencioso Administrativo, La Plata, 08/06/2021. - Asociación Azul c. I.O.M.A. y otro/a s/ Pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos - Otros juicios (Acollarado a la presente " Sarmiento Daniel Ricardo s/ materia a categorizar - otros juicios - "Causa 6130".

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/71703/2021]

Costas

Se imponen a la demandada vencida.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Asistencia personal para personas con discapacidad

La aplicación correcta de estándares internacionales



Lautaro E. Pittier

Abogado. Profesor universitario en Ciencias Jurídicas. Director de Asuntos Jurídicos, Facultad de Derecho (UNLZ). Docente adjunto de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino, Facultad de Derecho (UNLZ). Docente Asociado en la ECAE y Docente de la Escuela de Abogacía de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Codirector de investigación Lomas CyT, "El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el principio internacional de progresividad de los Derechos Humanos".

SUMARIO: I. El modelo social de discapacidad.— II. El fallo.— III. A modo de conclusión.

I. El modelo social de discapacidad

Un reciente fallo de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en hermosa ciudad de las diagonales (La Plata), en acuerdo ordinario por mayoría resolvió rechazar la apelación de la demandada confirmando la sentencia de grado que hacía lugar a *asistencia personal*. El fallo "Asociación Azul c/ I.O.M.A. y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos - otros juicios (acollarado a la presente "Sarmiento Daniel Ricardo s/ materia a categorizar - otros juicios-" causa 6130", en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 4 del Departamento Judicial La Plata, confirma la doctrina de Corte Interamericana y el estándar internacional en materia de personas con discapacidad que se enmarca en el modelo social de discapacidad.

II. El fallo

La mayoría de la Cámara compuesta por el Dr. Spacarotel y la Dra. Milanta se sustenta en el modelo social de discapacidad. Dicho estándar señala que "...los derechos humanos reconocen que todas las personas poseemos los mismos derechos, pero hay algunos grupos sociales que por tener necesidades específicas o por haber sido discriminados durante mucho tiempo gozan de derechos que fueron especialmente proclamados para ellos. Algunos de estos grupos vulnerables son: niños y niñas, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, entre otros..." (1). Básicamente las personas con discapacidad "no tienen" discapacidad, sino que estas aparecen cuando la persona interactúa en sociedad materializadas en diversas barreras, con las que pueden ver impedida su participación plena y efectiva en

la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En tal sentido, Argentina ha ratificado dos instrumentos internacionales en materia de personas con discapacidad: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (por ley 27.044, BO. del 22/12/2014, se le otorgó jerarquía constitucional); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (por ley 25.280, promulgada de hecho el 31/04/2000). Ambos instrumentos coinciden en señalar que las personas con discapacidad "Son aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden ver impedida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (2).

Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene jerarquía constitucional, reconoció a la discapacidad como un concepto en evolución, que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos que se le presentan, tales como las barreras físicas y las actitudes imperantes que le impiden su participación en la sociedad. Así, una persona se vuelve más discapacitada a medida que más obstáculos encuentra.

Las discapacidades comprenden deficiencias mentales, intelectuales, sensoriales y físicas, como, por ejemplo, deficiencias en el desarrollo, sordera, ceguera y deterioro de la movilidad, entre otras. Habrá personas que tienen más de una forma de discapacidad y, a su vez, muchas personas podrían llegar a tener alguna discapacidad en algún momento de su vida a causa de enfermedades, lesiones físicas o envejecimiento (3).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver PITTIER, Lautaro Ezequiel, "La educación inclusiva. Dificultades y desafíos pendientes para el cum-

plimiento de los tratados internacionales en materia de discapacidad", RCCyC 2021 (febrero), 48

(2) *Ibidem*.

(3) PITTIER, Lautaro Ezequiel, "Lecciones de Derechos Humanos", LOIANNINO Adelina (coord.), *Lecciones de Derechos Humanos*, Erreius, 2020, p. 173,

El Código Civil y Comercial de la Nación y los tratados internacionales han consagra-

do normativamente el denominado modelo social de discapacidad que como vemos funciona como un remedio que no llega al cuerpo del paciente. La permanente judicialización de prestaciones ante las coberturas médicas privadas de contingencias o de servicios educativos prueban que los órganos de control no funcionan adecuadamente. Si a esa situación se suma que la mayoría del poder judicial no se encuentra capacitado en materia de estándares internacionales, no conocen la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deben aplicar en virtud del Control de Convencionalidad, la situación no mejora. En efecto, la asignatura *Derechos Humanos* fue incluida dentro de los planes de estudio de la carrera de abogacía apenas en 2015, por lo que la mayoría de los abogados que integran el Poder Judicial no la cursaron. Agreguemos además que muchos de ellos ingresaron al Poder judicial después de 1994, por lo que no vieron en sus carreras de grado a los derechos humanos jerarquizados en esa reforma por el art. 75 inc. 22.

Volviendo al fallo, llega a la Alzada con motivo del recurso de apelación articulado por la parte demandada (v. escritos electrónicos de fechas 28/04/2020 y 29/04/2020) contra la sentencia de grado (de fecha 17/04/2020 y aclaratoria del 28/04/2020), que resuelve hacer lugar a la demanda interpuesta por la *Asociación Azul por la Vida Independiente de las Personas con Discapacidad*, y reconocer el derecho de todo el colectivo por ella representada a acceder a la "Asistencia Personal" (AP), condenando al IOMA a la creación de la prestación de Asistencia Personal, regulándola bajo los estándares internacionales y los parámetros brindados en el apartado 7 de esa decisión, con la participación de la *Asociación Azul* y de toda otra organización similar y/o persona con discapacidad -PcD- que considere conveniente (arts. 12, inc. 2, CPCA; 16, 75 inc. 22 CN; 11, 36.5 y cc. CP; 1, 3, 12, 19, 28 y cc. CDPD; I, III y cc. CIE-FDPD; 1 y cc., ley 10.592); todo ello en el plazo de sesenta (60) días (conf. sent. ampliatoria del 28/04/2020).

Así las cosas, cabe señalar que en el expediente intervino la voz experta de los *amicus curiae*: el Centro de Derechos Humanos de la American University Washington College of Law y el Centro por la Implementación de los Derechos Constitucionales (CIDI), conjuntamente; la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos Alicia Moreau, de la UNMDP; la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); la Asociación Civil Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI); la Dra. Mariela Galeazzi, la Dra. Ca-

talina Devandas (Relatora Especial ONU sobre PcD) y el Dr. Facundo Chávez Penillas (asesor de DD.HH. y Discapacidad del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]).

La demandada había alegado un exceso de jurisdicción al respecto es de destacar el iluminado voto del Dr. Spacarotel ajustado a los estándares internacionales sustentado fundamentalmente en la dignidad humana que sustentan los mismos. En efecto, el voto señala: "...un activismo judicial que, en el estado constitucional de derechos, cobra mayor relevancia cuando se trata de analizar cuestiones inherentes a la dignidad humana. De este modo, hay un valor interno y propio del derecho, concebido como un fenómeno normativo que está dado por la armonización y el refuerzo mutuo entre sus tres aspectos: el ideal, el procesal y el convencional". Y agrega: "En este contexto, los sistemas judiciales se ven requeridos, -de consuno- a dar respuestas a diversas demandas de hondo contenido social, en procura de la realización efectiva del sentido de justicia distributiva, en procura de la protección integral de los derechos involucrados". Funda su posición en Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en relación con a la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26/11/2010.

Recordemos que la Corte IDH ha dicho que "el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos" (4).

Es decir que, los jueces como directores del proceso judicial deben procurar que las garantías judiciales puedan desarrollarse en el marco de un plazo razonable. La razonabilidad del plazo debe apreciarse en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Porque al momento de ser alegada la violación del plazo razonable la Corte IDH evaluará al proceso con base en los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (5).

Por su parte, el juez recuerda normativa aplicable como Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, seguida luego dicha postura en el Protocolo Adicio-

nal a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), que en su art. 18 señala que "toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad".

Recuerda el magistrado que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad es el primer instrumento internacional de derechos humanos específicamente dedicado a personas con discapacidad y representa un invaluable compromiso de los Estados americanos para garantizarles el goce de los mismos derechos que gozan los demás, que dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano, incluyendo un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar "la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad" (Ley nacional 25.280).

Así, el magistrado refuerza su posición aplicando correctamente el concepto de discapacidad al razonar los derechos en juego en el caso señalando: "Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno". En tal sentido, la Corte IDH ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (6).

Finalmente, recuerda la Observación General N° 5/17 —sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad— emitida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el cual se resalta la importancia visceral de que las personas con discapacidad cuenten con la posibilidad de tomar opciones y ejercer el control de manera personal e individual en todas las esferas de su vida, mediante la creación de formas de apoyo que potencien el pleno ejercicio de sus derechos, como la asistencia personal ("Introducción" aps. 4, 15; Cap. II "Contenido normativo del art. 19", ap. A.16.d).

En tal sentido, en dicha Observación General del Comité se especifica que "La asis-

tencia personal se refiere al apoyo humano dirigido por el interesado o el 'usuario' que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente. Aunque las formas de asistencia personal pueden variar, hay ciertos elementos que la diferencian de otros tipos de ayuda personal, a saber:

1) La financiación de la asistencia personal debe proporcionarse sobre la base de criterios personalizados y tener en cuenta las normas de derechos humanos para un empleo digno.

2) El servicio está controlado por la persona con discapacidad, lo que significa que puede contratar servicios entre una serie de proveedores o actuar como empleador

3) Este tipo de asistencia es una relación personal. Los asistentes personales deben ser contratados, capacitados y supervisados por las personas que reciban la asistencia, y no deben ser "compartidos" sin el consentimiento pleno y libre de cada una de estas personas.

III. A modo de conclusión

Consecuentemente, debe ser señalado que resulta muy habitual que las personas con discapacidad deban judicializar situaciones cotidianas, no solo las no contempladas por el sistema de salud o educativo en virtud de falta de regulación en el derecho interno argentino, sino por la falta de control de los organismos encargados de supervisar los sistemas. A ello se le agrega que no hace muchos años que *Derechos Humanos* figura como materia dentro de los planes de estudios de las universidades públicas o privadas, siendo la Universidad Nacional de Lomas de Zamora la primera en tenerla desde 1984.

Vale decir que muchos de los jueces, fiscales, funcionarios judiciales y hasta ministros de la Corte Suprema de Justicia no estudiaron *Derechos Humanos* en su carrera de grado. La falta de fallos con acuerdo unánime y la necesidad constante de llegar a las máximas instancias para resolver cuestiones de derechos fundamentales también evidencian que los órganos de control no aplican en su ejercicio los estándares internacionales y el control de convencionalidad que debe ser efectivizado por toda autoridad pública de los tres poderes incluso de oficio, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cita on line: AR/DOC/2181/2021

<https://ebooks.errepar.com/reader/lecciones-de-derechos-humanos?location=275>

(4) Ver Fallos de la Corte IDH "Garrido y Baigorria vs. Argentina", "Bayarri vs Argentina", "Mémoli vs. Argen-

tina", "Bulacio vs. Argentina", "Arguelles vs. Argentina", "Romero Feris vs Argentina", "Jenkins vs Argentina" y "Perrone vs. Argentina", entre otros casos en donde Argentina no supo observar el plazo razonable.

(5) PITTIER, Lautaro Ezequiel, "Educación inclusiva ¿realidad o ficción?, LA LEY 25/02/2021, 4.

(6) conf. Corte IDH, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparacio-

nes y Costas", 01/09/2015. Serie C No. 298.

Jurisprudencia

Cesión de derechos hereditarios

Realizada por la cónyuge supérstite a sus hijos. Posibilidad de incluir los bienes gananciales existentes en la sociedad conyugal. Presentación del acuerdo particionario. Negocio mixto.

1. - Puede admitirse que la partición efectuada en una sucesión incluya los bienes que corresponden al cónyuge supérstite, en la inteligencia de que junto a la indivisión poscomunaria que involucra a los bienes

gananciales existentes en la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de uno de los esposos coexiste la llamada comunidad hereditaria; y que, en definitiva, es la partición la que pone fin a esa situación.

2. - La posibilidad de integrar la masa de bienes con aquellos adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal que por fallecimiento se liquida puede viabilizarse a través de la partición que concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que

aquella importa, tratándose en rigor de una unidad comercial derivada de una relación de comunidad hereditaria preexistente, por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición.

3. - El acuerdo particionario presentado no merece observación alguna en lo concerniente a la inclusión de los bienes gananciales, máxime si, como en el caso, la cesión fue otorgada mediante escritura pública. Sin embargo, el juez destaca el acaecimiento del deceso de la cedente y les hace saber a los restantes herederos

que, en su caso, y de así considerarlo, deberán ocurrir por la vía y forma que corresponda. Si bien la cónyuge supérstite falleció con anterioridad a la presentación del acuerdo particionario, sus derechos sobre los bienes gananciales ya se encontraban cedidos, no resultando necesario, a los fines perseguidos, ocurrir por una vía distinta a la de este proceso sucesorio.

CNCiv., sala C, 15/07/2021. - La Bella, Antonio s/ sucesión ab-intestato.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/107711/2021]

2ª Instancia.- Buenos Aires, 15 de julio de 2021.

Considerando:

I.- Contra el decisorio del 23 de junio de 2021, que dispuso que la orden de inscripción ordenada el día 8 de junio de 2021 era solo con relación a la parte proporcional del causante de autos, y no respecto de la cesión acompañada, salvo en lo que atañe a los bienes propios, se alzan los herederos, quienes plantearon revocatoria con apelación en subsidio.

Rechazado el recurso de reposición, el Sr. Juez de grado concedió el de apelación interpuesto en forma subsidiaria, teniéndolo por fundado.

II.- Mediante escritura número siete del 25 de febrero de 2021 Sara Sirianni, cónyuge supérstite del aquí causante, cedió y transfirió “los derechos y acciones hereditarios que tiene y le corresponden y/o pudiere corresponderle en calidad de heredera y la porción de los gananciales que le corresponde por la disolución de la sociedad conyugal en la sucesión de Antonio La Bella”, a sus hijos M. V. y J. C. L. B., quienes aceptaron la cesión.

Luego de fallecida aquella, sus hijos presentaron un acuerdo particionario en el que se distribuyeron los bienes que componen el acervo hereditario del causante y los gananciales que les fueran cedidos.

Si bien el Sr. Juez *a quo* aprobó la partición y ordenó su inscripción el 8 de junio de 2021, de oficio, el día 23 del mismo mes y año la limitó a la parte proporcional de los bienes causante de autos y no de la cesión acompañada, salvo en lo que atañe a los revisten el carácter de propios, por cuanto entendió que la inscripción de los gananciales “no corresponde mediante el presente proceso sucesorio”.

III.- Existe indivisión cuando dos o más personas tienen derechos en común sobre un bien o conjunto de bienes, sin que exista división material de sus partes. Son indivisiones: el condominio, derecho de propiedad de varias personas por partes indivisas sobre cosas muebles o inmuebles; la copropiedad de bienes inmateriales; la indivisión hereditaria, en el caso de que existan pluralidad de herederos o sucesores universales por muerte de uno o ambos cónyuges desde el fallecimiento y hasta la partición. La indivisión poscomunitaria es la situación en que se halla la masa de los bienes gananciales desde la disolución del régimen de comunidad y hasta la partición. Sobre esa masa tienen un derecho de propiedad proindiviso, por partes iguales los cónyuges, si la disolución se produjo en vida de ambos, sustituidos por los sucesores universales de uno y otro si la disolución deriva de la muerte de alguno de ellos (conf. Curá, José M., “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado” —2da. edición actualizada y ampliada—; Ed. La Ley, T. II, pág. 280 y sus citas).

Por su parte, la partición es el acto jurídico mediante el cual se transforma la parte indivisa que cada heredero tiene sobre la herencia en bienes concretos y se les adjudican a título singular y exclusivo. Presupone, por consiguiente, la existencia de una pluralidad simultánea de sucesores, titulares cada uno de una cuota indivisa sobre el caudal relicto. Dicha indivisión nace, como expresamente lo dispone el art. 2323 del Código, con la muerte del causante y cuando concurre más de un heredero a la sucesión (conf. Alterini, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”; Ed. La Ley; T. XI, págs. 375 y 376).

IV.- En la especie, conforme surge del instrumento otorgado por escritura pública, digitalizado el 4 de junio de 2021, la cónyuge supérstite cedió a favor de sus hijos las acciones como los derechos hereditarios que le correspondían en la sucesión de quien

en vida fuera su esposo, y la porción de los gananciales que le correspondían sobre los bienes integrantes del acervo hereditario de este último. Ello en los términos de los arts. 1614, 1616 y 1618 del CCyCN.

Así, los herederos declarados en autos presentaron el acuerdo particionario del 4 de junio de 2021, en el que se distribuyeron los bienes del sucesorio teniendo en cuenta la cesión antes mencionada.

Sobre este punto cabe señalar que puede admitirse que la partición efectuada en una sucesión incluya los bienes que corresponden al cónyuge supérstite, en la inteligencia de que junto a la indivisión poscomunitaria que involucra a los bienes gananciales existentes en la sociedad conyugal disuelta con causa en el fallecimiento de uno de los esposos, coexiste la llamada comunidad hereditaria, y que en definitiva es la partición la que pone fin a esa situación.

En otras palabras, la posibilidad de integrar la masa de bienes con aquellos adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal que por fallecimiento se liquida, puede viabilizarse a través de la partición que concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que aquella importa, tratándose en rigor de una unidad negocial derivada de una relación de comunidad hereditaria preexistente, por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición (conf. Cám. Civ. y Com. de San Isidro, Sala III; en autos “Pan, Rosa Adelaida s/sucesión”, resolución de fecha 12-5-21).

De allí que el convenio que en tales términos fuera presentado en estos obrados no debería merecer observación alguna en lo concerniente a la inclusión de los bienes gananciales antes indicados —máxime si, como en el caso, la mentada cesión fue otorgada mediante escritura pública—. Sin embargo, el Sr. Juez de la instancia anterior, a los efectos de motivar su decisión —que limita en la forma antes indicada la orden de inscripción—, destaca el acaecimiento del deceso de la cedente y les hace saber a los restantes herederos que, en su caso, y de así considerarlo, deberán ocurrir por la vía y forma que corresponda.

Sobre ello es menester indicar que, si bien no se desconoce que la cónyuge supérstite falleció con anterioridad a la presentación del acuerdo particionario —5 de marzo de 2021, según partida digitalizada—, lo cierto es que sus derechos sobre los bienes gananciales ya se encontraban cedidos —cesión que fue aceptada por los cesionarios en el mismo instrumento público—, no resultando necesario, a los fines perseguidos, ocurrir por una vía distinta a la de este proceso sucesorio.

Es por tales motivos que el pronunciamiento en crisis habrá de ser revocado.

En atención a lo expuesto, el Tribunal *resuelve*: Revocar el decisorio recurrido, sin costas por no haber mediado sustentación. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse a su juzgado de origen. — Omar L. Díaz Solimine. — Juan M. C. Converset. — Pablo Tripoli.

Fallecimiento del trabajador

Universidades. Pedido de subsidio. Falta de legitimación activa. Imposibilidad de aplicar las disposiciones de la LCT.

1. - La res. 652/04 de la Universidad de Buenos Aires es clara respecto a las personas comprendidas para el cobro del beneficio

por fallecimiento de un trabajador, entre las cuales no se encuentran las dos hijas mayores aquí reclamantes. Por tal motivo procede la confirmación de la falta de legitimación activa.

2. - La pretensión de las actrices dirigida a obtener la indemnización correspondiente al art. 248 LCT no resulta procedente, dado que las universidades nacionales son personas jurídicas de derecho público con autonomía académica y autarquía económica y financiera; carácter que les confiere la posibilidad de fijar su propio régimen administrativo de personal. Esta relación laboral, como principio general, ha de reputarse administrativa *stricto sensu* y, por resultar campo natural de la Administración, gobernada por el derecho público. En efecto, el quehacer propio y normal de esta última corresponde a funciones específicas y públicas de órgano estatal.

CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 15/07/2021. - Jaca Marchetti, Marina Luz y otro c. Universidad de Buenos Aires s/ empleo público.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/107253/2021]

Costas

Se imponen a las vencidas.

2ª Instancia.- Buenos Aires, 15 de julio de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Duffy* dijo:

1º) Que, el señor juez de primera instancia rechazó la demanda mediante la cual las actrices, Marina Luz Jaca Marchetti y Natalia Soledad Jaca Marchetti, reclamaron a la Universidad de Buenos Aires el pago de la indemnización prevista por el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo, junto a las diferencias salariales que estimaron adeudadas, por el fallecimiento de su madre, a la sazón, empleada de la UBA.

Impuso las costas a las vencidas.

Para decidir de tal modo, el magistrado entendió procedente la defensa de falta de legitimación activa que había opuesto la demandada en relación con el “subsidio por fallecimiento” que dicha casa de estudios otorga, en razón de que la resolución 652/04 (que gobernaba la especie y remitía a la ley 24.241) señalaba, taxativamente, quiénes eran posibles acreedores del cobro de ese beneficio, entre los cuales no figuraban las actrices (hijas de la causante, mayores de edad).

Sin perjuicio de lo anterior, precisó que si bien el reclamo de las accionantes aludía al art. 248 de la ley de contrato de trabajo, las relaciones de derecho entre el Estado y sus empleados se desarrollaban en el marco de la legislación aplicable al empleo público, de modo que la política respecto de sus agentes se hallaba ligada al régimen que los regulaba, lo que conllevaba el sometimiento del personal a las normas que organizaban la institución dentro del esquema de la Administración Pública. Por ello, remarcó que dado que su madre —exdependiente de la Universidad de Buenos Aires— encuadraba dentro de la referencia específica que hacía el precepto legal, resultaba aplicable al caso el art. 53 de la ley 24.241 (por disposición de la resolución del Rectorado 652/04 y 2084/11) que reglamentaba la “compensación por fallecimiento” y no lo que reclamaban las actrices, vgr., la indemnización prevista en el art. 248 LCT.

Por otro lado, destacó que por resolución 1697, del 5/8/2014, la Universidad de Buenos Aires había admitido el pago a las demandantes de las diferencias de haberes pendientes que les correspondían por el deceso de su progenitora.

Finalmente, el *a quo* rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 2, inc. e, del Estatuto para el Personal no docente de la Universidad de Buenos Aires y sus concordantes; del decreto 2213/87, del Convenio Colectivo aprobado por la resolución del C.S. UBA 1309/94 y del art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo.

2º) Que, contra ese pronunciamiento, las actrices interpusieron recurso de apelación el 22/12/20, que fue concedido libremente el 28/12/20.

Puestos los autos en la Oficina, expresaron sus agravios el 8/02/21, que fueron replicados por su contraria el 24/02/21.

3º) Que, en primer lugar, las apelantes sostienen que la previsión indemnizatoria estipulada en las disposiciones administrativas resulta insuficiente frente a la contemplada en la Ley de Contrato de Trabajo. Al respecto, destacan que, si bien la UBA es un órgano del Estado Nacional, el *a quo* omitió analizar que al momento en que la fallecida comenzó a trabajar en la Administración Pública se había celebrado un convenio colectivo —aprobado por la resolución del C.S. UBA 1309/94—, que autorizaría (y así lo solicitan) la aplicación del derecho laboral privado, aun reconociendo la relación como de derecho público, ya que el ente estatal se sometió voluntariamente a la política negociada colectiva.

Por otro lado, cuestionan el rechazo de la inconstitucionalidad del art. 2, inc. e, del estatuto para el personal no docente UBA, por entender que lesiona el principio protectorio de los trabajadores y derechohabientes.

Finalmente, solicitan que las costas del juicio se impongan a la demandada.

4º) Que, a los efectos de dar adecuada respuesta a los agravios traídos a conocimiento de esta Alzada, cabe tener presente el criterio jurisprudencial de la Corte federal que establece que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, ni a valorar la totalidad de la prueba aportada, sino considerar tan solo aquellas invocaciones y probanzas que sean conducentes y relevantes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (doctrina de Fallos: 258:308, 262:222, 265:301, 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; entre muchos otros).

5º) Que, sobre tales bases y, en primer lugar, cabe examinar la cuestión atinente a la falta de legitimación activa de las actrices, conforme la previsión del art. 347, inc. 3º del CPCCN, respecto a procedencia del “pago de subsidio por fallecimiento”.

Resulta de interés destacar que dicho subsidio fue regulado por la Universidad de Buenos Aires mediante la resolución 652/04, la cual se remitió a la ley 24.241 para individualizar a los beneficiarios del subsidio. En tal sentido, precisó expresamente a qué derechohabientes corresponde.

Así, el rector de la UBA dispuso: “art. 1º: Dejar sin efecto los alcances de la Resolución (R) N°1024/04 y sus modificatorias, en lo que respecta al pago de subsidio por fallecimiento del personal que se desempeñaba en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires; art. 2º: Dejar establecido que las Resoluciones (R) N° 1020/04 y 999/09 mantienen su vigencia respecto al cobro

de los haberes pendientes del personal fallecido en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires; art. 3º: Aprobar el procedimiento para el pago del subsidio por fallecimiento descrito en el Anexo I que forma parte integrante de la presente". Asimismo, el anexo I de la referida resolución, enumeró los beneficiarios facultados para disponer del "subsidio por fallecimiento", a saber: la viuda, el viudo, la conviviente, el conviviente, los hijos e hijas menores de 18 años solteros e hijas viudas y a los hijos incapacitados.

Sentado lo expuesto y como concluyó acertadamente el juez de grado, la normativa es clara respecto a las personas comprendidas para el cobro del beneficio en cues-

tion, entre las cuales no se encuentran los dos hijos mayores aquí reclamantes. Por tal motivo procede la confirmación de la falta de legitimación activa.

6º) Que, sin perjuicio de lo expuesto, cabe realizar algunas aclaraciones con respecto a las afirmaciones de que la previsión indemnizatoria estipulada en las disposiciones administrativas resultaría insuficiente frente a la contemplada en la ley de contrato de trabajo.

Por su parte, cabe destacar que las universidades nacionales son personas jurídicas de derecho público con autonomía académica y autarquía económica y financiera (cfr. art. 75, inc. 19 de la Constitución

Nacional); carácter que les confiere la posibilidad de fijar su propio régimen administrativo de personal. Esta relación laboral, como principio general, ha de reputarse administrativa *stricto sensu* y, por resultar campo natural de la Administración, gobernada por el derecho público. En efecto, el quehacer propio y normal de esta última corresponde a funciones específicas y públicas de órgano estatal.

En esta línea argumental, la Corte federal ha entendido que, dentro de la relación de empleo y función pública, "están comprendidos tanto los supuestos de incorporación permanente a los cuadros de la administración, como aquellos del personal contratado y temporario (cfr. Fallos: 311:216), *marco este ajeno al derecho privado —laboral o no laboral— y propio de la normativa administrativa* (cfr. Fallos: 320:74 y sus numerosas citas)" (cfr. C.567. XXIV, "Casteluccio, Miguel Ángel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 5/10/1999, entre otras, énfasis añadido).

En este sentido, el art. 2º de la ley 20.744 estipula que: "La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta...Las disposiciones de esta ley *no serán aplicables*: a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo..." (énfasis añadido).

En tales condiciones, la pretensión de las actoras dirigida a obtener la indemnización correspondiente al art. 248 de la mencionada ley no resulta procedente.

Por ello, en el caso en cuestión, resulta aplicable el art. 53 de la ley 24.241 por disposición de la resolución del Rectorado 652/04 y 2084/11, que regula la compensación por fallecimiento, no así la indemnización del art. 248 de la LCT.

7º) Que, con respecto al pedido de inconstitucionalidad del art. 2, inc. e, del estatuto para el personal no docente UBA, también debe ser desestimado. En efecto, debe enfatizarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia y, como tal, un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando un acabado examen conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca en forma clara, concreta

y manifiesta, un derecho o una garantía consagrados por la Constitución Nacional (cfr. Fallos: 288:325; 298:511; 302:457; 303:1708; 312:122; 315:923; 316:2624; 321:441; 324:920; 327:2551; 329:5567; 333:447, entre muchos otros).

Un planteo de esta índole, por lo demás, debe contar con un sólido respaldo argumental por parte de quien lo introduce, a partir del cual el juzgador pueda llegar a la convicción de que la norma impugnada conculca el principio constitucional invocado (Fallos: 315:923; 327:1899; 331:2068; 338:1444), y que la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional surge de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto (Fallos: 317:44; 324:920).

En esta inteligencia, la Corte Suprema ha establecido que la atribución de decidir la inconstitucionalidad de preceptos legales solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, lo que exige una demostración acabada de semejante contrariedad (cfr. Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 295:850; 299:291, entre muchos otros; y esta Sala, "González, Esteban Rafael c/ Estado Nacional s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.", sentencia del 25/04/2017; y "Labware S.R.L. c/ SEDRONAR s/ Registro nacional de precursores químicos", sentencia del 2/05/2017).

Y ese desarrollo argumental que demuestre la incompatibilidad constitucional referenciada no ha sido demostrado —ni se advierte— en el caso.

8º) Que, por último, se deben denegar las quejas sobre la decisión en materia de costas, en atención a que no existen elementos que permitan apartarse del principio general que gobierna la materia, atento a que la pretensión del actor prosperó en sustancia (art. 68, primera parte, del CPCCN). Por idéntica razón, las costas de la instancia también se deben imponer a la demandada vencida (art. 68, ya citado).

Los doctores *Vincenti* y *Morán* adhirieron al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve*:

Rechazar el recurso interpuesto por las actoras y confirmar la sentencia apelada, con costas (art. 68, primer párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Marcelo D. Duffy*. — *Jorge E. Morán*. — *Rogelio W. Vincenti*.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que JORGE ENRIQUE ZAMBRA-

NO OROZCO de nacionalidad venezolana con DNI 95.879.020 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Pu-

blíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 10 de marzo de 2021
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 03/08/21 V. 03/08/21

THOMSON REUTERS
LEGAL ONE™

¡Preparate para la mejor consultoría empresarial!

SEMINARIO

Asesoramiento LEGAL de empresas

Profundizá en los temas del mundo Pyme y convertite en un consultor de excelencia.



Inicio: 18 de agosto.
Modalidad: online, clases semanales en vivo, con material y consultas.

¡Inscríbete ya!

Conectate para explorar temas como: asesoramiento legal en el desarrollo, planificación legal, sociedades más utilizadas, empresas de familia, contratos y **mucho más.**



Conocé más e inscribite.

Dirige y expone: Osvaldo Pisani.

