



FISCALIA GENERAL EXPRESA AGRAVIOS.

MANTIENE CASO FEDERAL

Excma. Cámara de Apelaciones en lo

Contencioso Administrativo Federal

Sala I:

Gabriela Fernanda Boquin, en mi carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la **causa N° 31698/09** caratulada "***Fiscalía General ante la Cámara Nacional Apelaciones en lo Comercial c/ GCBA s/ proceso de conocimiento***", con domicilio legal en Diagonal Roque Sáenz Peña 1211, piso 7º, of. 702, de la Ciudad de Buenos Aires, a V.E. digo que:

I. OBJETO.

Que vengo a expresar los agravios del recurso interpuesto con fecha 3/3/2016 concedido a fs. 571 el 4/3/2016, solicitando se revoque el decisorio de fecha 23/2/16 en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada. Téngase presente que fui notificada de los autos en secretaría en mi público despacho el 21/4/17.

El 23.02.2016 la jueza subrogante dictó sentencia en estos actuados, resolviendo "hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada" y "en consecuencia, rechazar la demanda interpuesta por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

El fallo causa agravio a esta fiscalía pues limita infundadamente las facultades de actuación del Ministerio Público, que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público ante los tribunales, consagrando una interpretación que contraría la letra expresa de la Constitución Nacional.

Ello provoca cuestión federal en tanto la Constitución Nacional es operativa y la atribución que explícitamente le confiere al Ministerio Público para accionar en defensa de la legalidad es suficiente para que éste la ejercite, y en el caso, se ha consagrado la interpretación más restrictiva respecto de los alcances del ejercicio de esa facultad.

El Ministerio Público promueve la actuación de la justicia en defensa de la ley, que es la expresión de la voluntad popular (en el marco de lo dispuesto por el art. 120 CN); fórmula que se repite en el art. 25 de la ley 24.946 y en el art. 31 de la ley 27.148, reafirmando su legitimación activa.

Lo referido determina que el caso revista gravedad institucional en tanto la sentencia recurrida cercena las facultades atribuidas por la Constitución desconociéndole poder de actuación, al Ministerio Público Fiscal a los fines de hacer efectivas las misiones y deberes funcionales que se le asignaron, implicando ello un retroceso institucional inadmisible.

La sentencia apelada no sólo se encuentra viciada de nulidad – al no tratar ni siquiera someramente el planteo referido a la ausencia de certeza que determina el dictado de la ley 2.875 de la CABA, ni su constitucionalidad– ,



Ministerio Público de la Nación

sino que además incurre en serias inconsistencias argumentales y en graves contradicciones que la descalifican como acto válido.

En consecuencia y por medio del presente vengo en legal tiempo y forma a fundar el recurso de apelación concedido y el planteo de nulidad que conlleva, solicitando a VE revoque la sentencia apelada, por los fundamentos que se exponen seguidamente.

II. EL FALLO RECURRIDO Y SUS “APARENTES” FUNDAMENTOS.

La jueza a quo rechazó la acción declarativa de certeza interpuesta por la Fiscalía General ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, considerando que es “*clara y manifiesta*” la carencia de legitimación procesal del Ministerio Público para entablar esa acción.

Sustentó el decisorio apelado afirmando:

a. Que la legitimación activa del Ministerio Público para entablar una acción contenciosa contra el gobierno local no proviene del artículo 120 de la Constitución Nacional o de la ley 24.946 (hoy ley 27.148), ni de los dispositivos de la ley 22.315 y que la presentación de esta demanda por ante la primera instancia, no respetó el “principio de unicidad” (art. 1 de la ley 24.946 y 9 de la ley 27.148);

b. Que “*quien acciona debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados lo afecten de manera directa o sustancial, concreta e inmediata o, en su caso, que se encuentra habilitado por el*

ordenamiento jurídico para ejercer la acción en nombre propio, con el objeto de tutelar derechos de otros”, y que esos requisitos no se verifican en autos;

c. Que en el caso de autos no se trataría de un “proceso colectivo” en el cual el Ministerio se encuentre autorizado para actuar (art. 52 de la ley 24.240 y art. 2 inc. c) y d) ley 27.148);

d. Que la demanda versa sobre derechos individuales y el interés general de la sociedad en la seguridad jurídica de las operaciones de personas jurídicas, derechos cuya tutela no se encuentran previstos dentro de la legitimación extraordinaria contemplada por el art. 43 de la C.N.

e. Que el avasallamiento de competencias propias del Gobierno Federal invocado por la actora constituiría una materia excluida del ámbito del Ministerio pues no tiene la representación de los intereses del Estado (artículo 27 ley 24946 y artículo 5 ley 27148); y,

f. Que en el caso no hay “causa” en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, en tanto el fin de la acción sería “*la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes*”, no encontrándose en juego la determinación del “*derecho debatido entre partes adversas ... que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante ...*”, lo que impide tratar el caso a fin de no violar el principio de división de poderes;

g. Que no existiendo “caso o controversia”, lo referido torna inadmisible la acción intentada, en tanto no podría emitirse opinión en abstracto



Ministerio Público de la Nación

acerca de la validez de actos llevados a cabo por otros Poderes del Estado, cualquiera fuera su jurisdicción.

Como veremos, los señalamientos esbozados constituyen un fundamento sólo aparente del decisorio recurrido por cuanto limitan la actuación del Ministerio Público Fiscal; e implican una interpretación sesgada de los alcances de las facultades que la Constitución atribuye a este órgano teniendo como consecuencia un cercenamiento del ejercicio de la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad”.

En efecto, como se analizará en los puntos siguientes:

- a. Este Ministerio Público Fiscal tiene legitimación activa para interponer acción declarativa de certeza (art. 322 CPCCN) tendiente a que se disipe el estado de incertidumbre con respecto a la aplicación de la ley 2.875 dictada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, declarando a tal fin la inconstitucionalidad de la referida norma;
- b. El Ministerio Público promovió acción pública y colectiva, dado que interesa a la sociedad toda que el Estado no habilite un doble sistema de registro y fiscalización de asociaciones civiles, fundaciones y sociedades que se superponga en la misma jurisdicción, lo cual sería un escándalo jurídico que afectaría la seguridad de las transacciones civiles y comerciales. Ello exige para su preservación, una demanda interpuesta por un sujeto con legitimación colectiva;
- c. El Ministerio Público no actuó defendiendo el interés del Estado Nacional en juicio, sino que lo hizo en ejercicio de la defensa de los intereses generales de la sociedad y realizando un efectivo control de legalidad en el marco de las

atribuciones /deberes que le impone el art. 120 de la C.N. y de las leyes 24.946 y 27.148;

d. No se verifica manifiesta falta de legitimación procesal activa de este Ministerio Público Fiscal, como declaró el juez a quo apartándose del mérito efectuado por la Sala I, quien había considerado que la excepción de falta de legitimación opuesta por la demandada no correspondería ser declarada, en tanto no surgía manifiesta. Por su parte, debe tenerse presente que la CSJN, al entender en las presentes actuaciones -si bien por una cuestión de competencia- tampoco la declaró de oficio (v. dictamen de la Procuración General de la Nación y fallo de la CSJN que adhiere, a fs. 378/80);

e. Que la ley 27.148, reglamentaria del art. 120 de la C.N., amplió la base de legitimación procesal del Ministerio Público en orden al cumplimiento de sus misiones constitucionales y la jueza, soslayó sus postulados;

f. La sentencia apelada es inconsistente con los antecedentes de hecho y de derecho de la causa: la decisión acerca de la excepción de falta de legitimación fue pospuesta (fs. 482) para cuando se resolviera la cuestión de fondo -no tratándose como de previo y especial pronunciamiento- y finalmente, si bien se declaró la causa de puro derecho, no hubo un pronunciamiento respecto de la cuestión de fondo, haciéndose lugar a la excepción, considerando la falta de legitimación activa como "manifiesta", luego de haber tramitado el proceso durante casi 7 años. La jueza no se pronunció sobre el fondo del asunto a pesar que el Estado Nacional a través del Ministerio de Justicia se había presentado a fs 290/207 y 510/518 como parte actora adhirente a la demanda;



Ministerio Público de la Nación

g. En esta causa existe indudablemente “caso judicial o controversia” y así lo ha declarado el Sala I en su anterior intervención al sostener que *“en la medida que la referida representante del Ministerio Público Fiscal ha promovido la acción cabeza de las actuaciones con la expresada finalidad de proteger el orden público negocial y los derechos de los ciudadanos frente a la inseguridad jurídica que podría generar la duplicidad de registros societarios operando en la misma jurisdicción – la Ciudad de Buenos Aires-, no parece que pueda válidamente negarse la existencia del “caso” judicial exigido por el art. 116 de la Constitución Nacional como requisito habilitante del válido ejercicio de la función judicial, en la medida que lo “pretendido” no es una mera opinión consultiva por parte del Poder Judicial, sino el dictado de un acto jurisdiccional que preserve los intereses colectivos que se invocan como afectados”*; lo cual ha adquirido firmeza. (ver punto apartado VIII, punto 3., sentencia de la Cámara Contencioso Administrativo, Sala I, del 25/04/11, expediente N° 480/2011, “Fiscalía General Cámara Nac. Apel. Comercial inc. med C/ GCBA s/ proceso de conocimiento”);

h. La Ley 2875 CABA es inconstitucional en tanto vulnera la Constitución Nacional (art. 31 y 129), las leyes dictadas por el Congreso de la Nación (art. 10, ley 24588 y ley 22.315) y el Estatuto Organizativo local (cláusula transitoria segunda), al usurpar facultades del gobierno nacional, instalando un doble sistema registral para las asociaciones civiles y sociedades comerciales (art. 2 ley 2875) y sustrayendo de los tribunales nacionales civiles y de comercio una competencia fijada por ley (art. 16, Ley N° 22.315), en perjuicio directo de los intereses generales de la sociedad “al traer aparejada la alta dosis de inseguridad jurídica sobre sus

habitantes, derivada de la coexistencia de dos autoridades de control distintas, con similares funciones de registro y fiscalización, y consecuentes facultades reglamentarias y sancionatorias”, tal como fuera invocado en la demanda;

i. La ley 2.875 de CABA es contraria a la ley dictada por el Congreso de la Nación a los fines de garantizar los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la República (ley 24.588, art. 10), cuestión que si bien ha sido resistida por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al propiciar el rechazo de esta demanda, estaría siendo reconocida por la demandada atento a que en la actualidad existe la presentación ante el Congreso de la Nación del Proyecto de Ley N° 729/16 y la firma de un Convenio (2/2017) del 19 de enero de 2017, con lo cual admite la necesidad de dictar una ley que modifique el art. 10 de la ley 24.588 a fin de transferir la Inspección General de Justicia –y va de suyo, sus competencias- a la jurisdicción del Gobierno de la Ciudad;

En suma, por todo lo expuesto, corresponde se revoque la sentencia apelada, se reconozca la legitimación activa del Ministerio Público Fiscal para instar y promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad y en el caso y se ordene se dicte nuevo pronunciamiento, ajustado a derecho sobre la cuestión de fondo.

III. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS DE ÍNDOLE INSTITUCIONAL.

En este caso se ha puesto en tela de juicio la facultad de esta Ministerio Público de requerir mediante promoción de acción judicial la tutela de la



Ministerio Público de la Nación

legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en orden a obtener un pronunciamiento que los preserve dichos intereses generales y la legalidad.

El art. 120 del CN dice expresamente que “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”.

El art. 1 ley 27148 considera que “El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”.

El art. 31 de dicha ley dispone que “La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos. Estos magistrados y los titulares de las unidades fiscales en materia no penal con asiento en las provincias tendrán como función:....c) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervenientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer

las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso”.

El art. 1 de la Ley 24946 decía que “ El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales”.

El art. 25 de la citada ley preveía que: “Corresponde al Ministerio Público: a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera...g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República”.

Así para activar la actuación de los jueces debe existir un caso judicial, requisito de carácter objetivo que si bien es esencial, no es el único ya que tiene su complemento indispensable en otro de naturaleza subjetiva, que no atiende ya a la manera en que se plantea un litigio, sino la legitimación de quien la promueve.



Ministerio P\xfablico de la Naci\xf3n

La sentencia apelada desconoce ambos requisitos de procedencia de la acción ya que no sólo funda la decisión que rechaza la demanda en la inexistencia de caso sino que alega ausencia de legitimación procesal del Ministerio P\xfablico para entablarla.

Bianchi Alberto en su obra “Control de Constitucionalidad”, Tomo II, pág. 49 vta. y ss., Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, segunda edición, 1998), se refiere respecto al control de constitucionalidad y al analizar la cuestión relativa a la legitimación señala “*una legitimaci\xf3n procesal completamente diferente, cuantitativa y cualitativamente*”, “*la ampliaci\xf3n de la legitimaci\xf3n*” y los problemas que se plantean respecto de aquellos órganos o personas a los que la ley y los pronunciamientos judiciales les han reconocido esa capacidad.

En relación a ello, indica que “*los tribunales de hoy est\xfan llamados a resolver problemas de naturaleza general, y sus decisiones proyectan naturalmente sus efectos m\xfas all\xed de los intereses personales de las partes involucradas en el conflicto. Se ha superado el valladar que en otra \xe9poca pose\xfan la legitimaci\xf3n y las situaciones jur\xeddicas subjetivas, donde solamente acced\xian al procedimiento administrativo o judicial quienes eran portadores de un derecho subjetivo o de un inter\xe9s leg\xedtimo, cuesti\xf3n que de todos modos no han tenido soluci\xf3n pac\xedfica en la doctrina*”.

En tal sentido, sigue el autor, ”*se ha modificado profundamente el concepto tradicional de caso judicial que est\xf3bamos habituados a manejar, en cambio no se ha encontrado a\xfan un remedio que resuelva o de cauce procesal a estas nuevas tendencias*”; en suma, señala, ”*el derecho de fondo ha ampliado la*

base de la legitimación, pero el derecho procesal no ha encontrado aún un medio para canalizarlas”.

La mirada restrictiva y cercenada de la jueza respecto de la función del Ministerio Público Fiscal se contrapone con el análisis realizado por el Dr. Bianchi y resulta contraria a las disposiciones que ella misma cita.

En efecto, la magistrada menciona “en cuanto a la actuación del Ministerio Público Fiscal en el marco de un proceso contencioso, como el examinado en autos, se ha destacado que cumple con dos tipos de funciones, “...por un lado se encuentra habilitado para plantear ciertas clases de pretensiones, peticiones u oposiciones, en los casos en que el interés social aconsejan no supeditar tales planteos a la iniciativa privada; y, por otro, colabora con la justicia en el contralor de la observancia de determinadas normas que hacen al orden público judicial en temas tales como la competencia de los tribunales que habrán de entender en un asunto; la reunión de los requisitos indispensables para que el juez pueda ejercer su jurisdicción...” (cfr. Canda Fabián, “El Ministerio Público Fiscal en el Proceso Contencioso Administrativo Federal”, Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Juan Carlos Cassagne, Tomo II, págs.. 247 y sgtes. La Ley, año 2007).

Cuando considera el Dr. Bianchi en su obra los problemas de “la legitimación colectiva a gran escala” –como la llama- señala por tal a aquella que la Constitución pone en cabeza del Defensor del Pueblo y de las asociaciones que propenden a esos fines, pero aclara, que el Ministerio Público también tiene



Ministerio P\xedblico de la Naci\xf3n

legitimaci\xf3n, ya que la misma Constituci\xf3n le impone actuar en defensa de los intereses generales de la sociedad (art. 120 CNI).

Adentr\u00e1ndose en el examen de la problem\u00e1tica particular de “los legitimados colectivos”, indica que “*la cuesti\xf3n tiene importancia desde el punto de vista del control constitucional, pues quien tiene legitimaci\xf3n para estar en juicio tiene- consecuentemente- habilitaci\xf3n procesal para efectuar un planteo constitucional.* Reseña, que a tal fin que “*los legitimados colectivos son: a) el Defensor del Pueblo; b) las asociaciones de usuarios y consumidores; c) los legisladores; d) el Ministerio P\xiblico Fiscal; e) las clases de personas y f) las personas individuales*”. (el resaltado me pertenece).

Resulta de inter\u00e9s señalar que al analizar el caso del “legitimado colectivo Ministerio P\xiblico” aclara que si bien no es com\u00fan citarlo entre los legitimados colectivos –porque “*hasta ahora tampoco ha actuado como tal*”, refiriendo a las circunstancias imperantes a la fecha de publicaci\u00f3n, a\u00f1o 1998- “*no es menos cierto que la Constituci\xf3n le reconoce esa legitimaci\xf3n expresamente*”. (Bianchi Alberto, ob cit, p\u00e1g. 92 vta.).

As\u00ed, remarca que “*hasta el momento, este \u00f3rgano se ha mantenido dentro de los l\xedmites tradicionales en que desarroll\u00f3 su actuaci\u00f3n hasta la reforma de 1994. Si bien desde entonces se ha avanzado mucho en la construcci\u00f3n de lo que podr\u00eda ser un nuevo (cuarto) poder del Estado, no se ha llevado adelante ninguna acci\u00f3n que permita visualizarlo como un “defensor aut\u00f3nomo de la legalidad” o de los intereses de la sociedad, fuera de la intervenci\u00f3n que le cabe en*

los procesos conforme a las normas procesales vigentes". El subrayado me pertenece. (Bianchi, Alberto, ob cit, pág. 93.).

Como se advierte, han pasado casi 20 años desde que el constitucionalista sostuviera que el Ministerio Público ha mantenido una "intervención tradicional" en juicio y, por otra parte, dicha legitimación constitucional ha sido objeto de regulación específica: inicialmente con el dictado de la ley 24.946 – que es una ley orgánica- y, especialmente, a partir de la modificación que implicó la sanción de la ley 27.148, el 10/06/15, reconocido y citado por la misma jueza de grado subrogante en la sentencia atacada.

Son numerosas las actuaciones llevadas a cabo por este Ministerio Público Fiscal a fin de instar la acción, más allá de la promoción de la acción penal propiamente dicha.

La Ley 27.148, vigente desde mediados de 2015, dispone que el Ministerio Público Fiscal intervendrá y peticionará en todo asunto en el que se verifiquen conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas o cuando se afecte el orden público y/o leyes no disponibles para las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional (arts. 2 inc. e. y 31 inc. b).

En tal sentido la mencionada ley ratifica el carácter de órgano encargado de "*velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos Internacionales de derechos humanos en los que la República sea*



Ministerio Público de la Nación

parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes” (art. 1); indicando que a tal fin deberá actuar bajo “criterios de flexibilidad y dinamismo”, a fin de atender las necesidades que la complejidad y conflictividad social demanden (art. 9, inc. b), “procurando la solución de los conflictos con la finalidad de re establecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social” (art. 9 inc. e), encontrándose habilitado a “realizar investigaciones con relación a los casos en que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales” (art. 31, inc. h).

El art. 2 in fine dispone que “el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de: c) Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos; d) Conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente; e) Conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas; f) Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales; g) Casos en que una norma especial lo determine. (el subrayado me pertenece)

El art. 31 inc. c de la ley 27.148 expresamente contempla como función de los magistrados del Ministerio Público el planteo de inconstitucionalidades y con anterioridad al dictado de la ley 27.148 este Ministerio Público fue redimensionando su actuación y adaptándose en la práctica a la manda del art. 120 CN, efectuado presentaciones en el ámbito jurisdiccional, no limitándose a dictaminar en el caso concreto sometido a su consideración sino, constituyéndose como parte y haciendo reserva de cuestión federal para luego recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de recurso extraordinario.

A título de ejemplo cabe referir a la presentación de diversos recursos extraordinarios presentados propiciando la revisión de sentencias, con base en que habían contrariado normativa Constitucional o Tratados de Derechos Humanos.

Todo ello en el marco de la doctrina de la Corte Suprema – que también reconociéndole sus funciones y rol institucional- que señala que el Ministerio Público se halla “*facultado para introducir y mantener en la causa, por vía de dictamen, la cuestión federal, base del recurso extraordinario*” (Fallos 248:836; 252:313; 299:171), y, luego, sostenerla por vía de recurso.

Ejemplo de ello son las causas “AEZA Aceros Especiales S.A. S/ Quiebra s/ Incidente de apelación” (REX A 113 XLVI, de fecha 1.08.2013), “Case S.A.C.I.F.I.E s/ Quiebra” (RHE C 1011 XLIV, de fecha 1.08.2013), “Clínica Marini S.A. s/ Quiebra” (RHE C 534 XLIV, de fecha 1.08.2013) y “Dolce Pasti S.A. s/ Quiebra” (RHE D 231 XLIV, de fecha 1.08.2013), en las que el máximo tribunal



Ministerio Público de la Nación

concluye revocando las sentencias por haberse prescindido de verificar la compatibilidad de normas concursales con la ley de contrato de trabajo, con la Constitución Nacional (art. 14 bis y 75 inc. 19, 22 y 23) y, más aún, con tratados internacionales con jerarquía constitucional tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2.1).

También, se ha dictaminado efectuando reserva del caso federal en expedientes donde se encontraba en cuestión la interpretación y aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, cuestionando sentencias por afectar los derechos del niño, derechos indígenas, el derecho constitucional de la vivienda, derechos del consumidor, los derechos de la ancianidad, el derecho a la salud, a la vida, los derechos relativos a la condición de discapacidad, entre otros.

En todos los casos se ejerció la acción dimensionando que la legitimación activa, para tal proceder, derivaba del artículo 120 de la Constitución Nacional, en cuanto le asigna a este Ministerio Público Fiscal, la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

En otros casos, se actuó en el entendimiento de que la Sala actuante “*había perjudicado el interés general de la sociedad*”, en tanto, al tratar las cuestiones debatidas y resueltas mediante la sentencia, habían ignorado (sea porque trataron parcialmente o soslayaron los argumentos esbozados) la

intervención del Ministerio Público “que es una garantía creada por los constituyentes en beneficio de la ciudadanía”.

En suma, en dichas causas, se sostuvo la presentación y la legitimación activa de este Ministerio Público Fiscal indicando que la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946) disponía en su artículo 25 que le corresponde a este organismo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (inc. a); representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme la ley se requiera (inc. b); velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República (inc. g).

Asimismo, se ha actuado fundando la legitimación activa para actuar en juicio, formulando peticiones y requerimientos, en lo dispuesto por los arts. 1, 2, 9 inc. d), 31 inc. b) y c) de la ley 27.148.

Especialmente, se señaló que la ley 27.148 dispone que el Ministerio Público requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes (art. 9 inc. d) y que tendrá como función peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Ello, refiriendo a los supuestos en que se encuentren afectados un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional (art. 31 inc. b).



Ministerio Público de la Nación

En suma, lo reseñado ejemplifica cuál ha sido la práctica del ejercicio de la función atribuida por el art. 120 de la C.N., la cual se fue progresivamente ajustando a los designios constitucionales y que, como señala Bianchi si bien en el año 1998 aún no se había desarrollado una actuación que permita visualizar el rol del Ministerio Público como “defensor autónomo”; hoy, la sentencia que se recurre, al negar legitimación procesal, implica un retroceso institucional en tanto no se inscribe en la lógica de aceptar la ampliación de la base de legitimación activa que implicó la reforma constitucional del año 1994, al incorporar los arts. 43, 86 y 120 de la Constitución Nacional y la posterior sanción de la ley 27.148.

Al respecto cabe referir que tal como la doctrina ha sostenido el Ministerio Público “*se trata de un órgano extra poder o un “nuevo poder”, lo cierto es que con una redacción indudablemente inspirada en el texto español, la Constitución Nacional le confiere legitimación para el ejercicio de la acción pública para la persecución penal, porque ello es defensa de los “intereses generales de la sociedad”*”. *Pero –antes- le atribuye la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad”* que – con la salvedad de “actuación” por acción” – es el mismo texto de la Constitución española que recoge la posición de González Pérez, que –ahora- acepta la doctrina y sustenta la legitimación activa del Ministerio Público Fiscal en el proceso contencioso administrativo”. (Conf. Prieto Hugo, Derecho Procesal Administrativo 1, Hammurabi, Pág. 666 y ss., José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2004) (el resaltado me pertenece)

En tal sentido, sigue el autor, cabe recordar que “*La Constitución es operativa y la atribución que explícitamente confiere al Ministerio Público para accionar en defensa de la legalidad es suficiente para que éste ejercite la acción*”.

Un esbozo de la actuación que le compete al Ministerio Público en la defensa del interés público y defensa de la legalidad y de los intereses generales – antes y después de la reforma de 1994- puede verse en los dictámenes de los procuradores generales de la Nación Juan Octavio Gauna y Nicolás Becerra en las causas “Colombo Murúa, Roberto Estrada, José M de” y “Portal de Belén”, resueltas por la CSJN el 19/11/87 (CSJN Fallos 310:2342) y el 22/3/02, respectivamente.

Conforme señala éste último - quien fuera Procurador General de la Nación al tiempo de operada la reforma constitucional y se diera inicio a la transformación institucional que implicó- “*el Ministerio Público ha recibido del art. 120 de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, el mandato de defender la legalidad y velar por los intereses generales de la sociedad. Este mandato otorgado por el Poder Constituyente, emerge directamente del pueblo soberano y, por ello, no es una simple potestad jurídica sino un verdadero poder público constitucional que erige al Ministerio Público en un órgano constitucional esencial de la República Argentina*”.. *misión que responde a la lógica del estado de derecho en tanto “el pueblo soberano ha puesto la custodia de la legalidad, la custodia del Derecho* –la voluntad general expresada a través de sus representantes en el Congreso Legislativo- en manos de un órgano público, independiente y autónomo, a fin de que pueda requerir de los jueces la efectividad



Ministerio Público de la Nación

de dicha tutela” (Becerra Nicolás, “El Ministerio Público Fiscal”, pág. 71/2, Ciudad Argentina, año 2004). (el resaltado me pertenece)

La decisión apelada pone un freno inadmisible a la acción tendiente a obtener esa tutela efectiva, desconociendo facultades constitucionales expresas e implicando un retroceso en la evolución del Ministerio Público y en su posicionamiento en el rol institucional que se le asignara a partir del año 1994.

IV. EXPRESA AGRAVIOS

Sin perjuicio de las salvedades expresadas en los acápite anteriores vengo a expresar los agravios que generan la resolución atacada.

1. El fallo apelado soslaya expresas categorizaciones efectuadas por el Tribunal Superior, apartándose de ellas sin fundamentación suficiente y cercenando, de forma inadmisible, dogmática y arbitraria, el ejercicio de funciones que la Constitución Nacional atribuye a este Ministerio Público Fiscal y el efecto de la cosa juzgada.

El fallo cuestionado soslaya las categorizaciones expresadas por el tribunal superior en la materia, en su anterior intervención (resolución de V.E. de fecha 25/4/11 obrante a fs 198/202 Expte N° 480/2011), las que pese a la provisoriedad propia del marco del análisis de la cautelar dictada – que fuera confirmada en el año 2011-, constituyen el punto de partida necesario para el abordaje de la cuestión sometida a examen en esta oportunidad.

En la resolución se confirmó la medida cautelar dictada el 6/02/09, suspendiendo la ejecución de la ley 2.875 de CABA, en los términos del art. 230 CPCCN.

En esa sentencia podemos observar que las dos cuestiones medulares a dilucidar -para hacer lugar al recurso y revocar la sentencia apelada- ya han sido tratadas por la Sala I en el pronunciamiento mencionado.

1.1. La legitimación procesal activa del Ministerio Público Fiscal de la Nación para interponer la presente acción.

Se destaca que en el punto VIII, apartado 2 de la sentencia de fecha 2/04/11, el tribunal sostuvo que:

"En atención a lo dispuesto en el art. 120 de la Constitución Nacional, los arts. 1, 25 –inc. a) y b)- y 37- inc. b)- y, en particular, en el art. 6 –inc. d)- de la citada ley 22.315, encontrándose a cargo del Ministerio Público la defensa de la legalidad del orden jurídico en su totalidad y de los intereses generales de la sociedad (conf. CSJN Fallos 311:593; 315:2255; y 319:1855, entre otros), no corresponde en este estado larval del proceso, en que el tribunal se encuentra obligado a emitir una primera opinión sobre el punto, considerar como manifiesta la falta de legitimación activa que la accionada atribuye a la Sra. Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial" (el resaltado me pertenece).

En efecto, el Tribunal aclara que se encuentra obligado en esta primera intervención a expedirse al respecto, expresando que no existe una evidente y manifiesta falta de legitimación activa por parte del Ministerio Público para interponer la acción que diera lugar a la cautelar dictada.

Ello, en tanto la demandada al apelar la cautelar, introdujo como agravio la falta de legitimación de la accionante (fs. 80/2 del incidente 480/11)



Ministerio Público de la Nación

La Sala, en dicha oportunidad, aclaró que se trataba de una primera aproximación -dado el estadio larval del proceso-, de lo que es posible concluir que de haber apreciado como manifiesta la falta de legitimación que exhibía la parte actora, correspondía así declararlo y en consecuencia, en vez de rechazar el recurso, hubiera debido dejar sin efecto la cautelar.

Por el contrario, la medida cautelar fue confirmada en la instancia revisora, lo que, como anticipara, no podría haberse sostenido si el pretensor claramente carecía de aptitud para interponer la acción.

En tal sentido se ha sostenido que “*cuando es inicialmente manifiesta, clara, indudable, inequívoca, de modo que sea cuestionable que el pretendido proceso incoado será tramitado inútilmente, debe ser declarada de oficio por los jueces*” (Conf. Colombo, Carlos J, “Excepción de falta de legitimación inicialmente manifiesta”, en La Legitimación, homenaje al profesor Lino Enrique Palacio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 263 y ss.)

Sin embargo la jueza subrogante rechazó la demanda con base en que “*aparece en forma clara y manifiesta que la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial carece de legitimación procesal para entablar la acción que pretende*” (el subrayado me pertenece).

Así la sentencia considera que es “manifiesta” la falta de legitimación procesal del Ministerio Público y sin embargo no explicita el por qué lo cual torna dogmática y arbitraria la calificación.

Debemos tener presente que el juzgado de primera instancia dispuso avanzar en la tramitación de la causa postergando el tratamiento de la

excepción de falta de legitimación lo cual ya de por sí es una contradicción con lo expuesto en la resolución atacada afectándose el principio de congruencia.

En suma, el fallo no fundamenta suficientemente en que se basa para declarar “manifiesta” la falta de legitimación activa del Ministerio Público, ni controvierte lo explicitado al respecto por el tribunal superior y de este modo impide evaluar la razonabilidad de la decisión y la defensa de rol institucional de este Ministerio Público, violando el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, cercenando de este modo, su acceso a la jurisdicción.

Tal como se analizará en otro apartado, al resolver de esta manera, la jueza evitó pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida, pese a existir otro actor cuya legitimación procesal no mereció reproche alguno sin embargo tampoco obtuvo una decisión acerca de la pretensión de declaración de certeza y la inconstitucionalidad planteada.

Si bien no corresponde a esta parte la defensa del derecho del otro actor de la causa -que eventualmente pudiera resultar afectado-, se realiza este señalamiento para demostrar no sólo la arbitrariedad que exhibe la decisión sino, fundamentalmente, su nulidad y que se han tratado parcialmente las cuestiones sometidas a su consideración, circunscribiéndose a una cuestión procesal – en forma errónea -para así evitar , evitando el pronunciamiento respecto de la cuestión de fondo, sin considerar la presencia del otro actor del proceso, a cuyo respecto no existe un pronunciamiento que lo excluya como legitimado activo.

1.2. Existencia de caso judicial



Ministerio Público de la Nación

La jueza ha indicado que no advierte la existencia de un “caso contencioso”, ya que – de conformidad a la reseña que efectúa- las condiciones que invoca la Fiscalía General ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial no resultan aptas para conferirle legitimación activa y autorizar la intervención de un juez.

Manifestó en concreto la a quo que “*la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2 de Ley 27). Tales “causas” han sido definidas como aquellos “asuntos” en que se pretende de modo efectivo del derecho debatido entre partes adversas....que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante.... En tal contexto quien acciona debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados lo afecten de manera directa o sustancial, concreta e inmediata, o en su caso, que se encuentra habilitado por el ordenamiento jurídico para ejercer la acción en nombre propio con el objeto de tutelar derechos de otros*”

Ello, pese a que el tribunal de Alzada ya se había pronunciado al respecto al sostener que “*en la medida que la referida representante del Ministerio Público ha promovido la acción cabeza de las actuaciones con la expresada finalidad de proteger el orden público negocial y los derechos de los ciudadanos frente a la inseguridad jurídica que podría generar la duplicidad de registros societarios operando en una misma jurisdicción – Ciudad de Buenos Aires- no parece que pueda válidamente negarse la existencia la presencia del “caso” judicial exigido por el art. 116 de la Constitución Nacional como requisito*

habilitante del válido ejercicio de la función judicial, en la medida que lo “pretendido no es una mera opinión consultiva por parte del Poder Judicial, sino el dictado de un acto jurisdiccional que preserve los intereses colectivos que se invocan como afectados”.

Lo referido en la sentencia del 25/04/11, no ha sido recurrido por el demandado, pasando por ende en autoridad de cosa juzgada.

La jueza en cambio desconoce de esta manera la existencia de “caso”, soslayando el efecto de la cosa juzgada, del Tribunal de Alzada de autos “Fiscalía General Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ incidente de medida cautelar” (expte. N° 480/2011).

El argumento esgrimido por la contraria respecto de que no hay caso porque la ley 2875 no es aplicativa no sólo contradice el propio texto legal sino que, además, se difumó en el tiempo por la firma del convenio 2/2017 de fecha 19 de enero de 2017 que puso operativo la disposición transitoria primera de la misma y por el nombramiento del director del organismo creado por dicha ley ya denunciado en anteriores presentaciones

2. Resulta innecesaria una ley especial que autorice la actuación del Ministerio Público Fiscal.

La jueza a quo cita doctrina que indica que el Ministerio Público Fiscal de la Nación “se encuentra habilitado para plantear ciertas clases de pretensiones, peticiones u oposiciones, en los casos en que el interés social aconsejan no supeditar tales planteos a la iniciativa privada” (conf. Canda Fabián, “El Ministerio Público Fiscal en el Proceso Contencioso Administrativo Federal”,



Ministerio Público de la Nación

Tratado de derecho procesal administrativo, Juan Carlos Cassagne, Tomo III, La Ley, año 2007), coincidiendo con el autor en tanto dicha aptitud para la defensa de los intereses generales de la sociedad encontraría límite “allí donde éstos se encuentren comprendidos y la ley autorice dicha actuación”, “cuando una norma procesal o específica así lo indique”.

En relación a ello cabe referir que pese a no coincidir acerca de la necesidad del dictado de una ley para tornar operativa la cláusula constitucional que asigna misiones funcionales a este órgano del Estado –toda vez que esta vía podría llegar a consagrarse la restricción de facultades constitucionales por simple omisión legislativa- la mentada regulación la encontramos en la ley 27.148 cuando delinea, en su art. 31, la actuación en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo.

La referida norma establece que dicha actuación estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos, los que tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

“Art. 31: ...a) Velar por el debido proceso legal.
b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como

cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

c) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervenientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso.

d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

e) Intervenir en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público.

h) Realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales.

i) Ejercer las demás funciones previstas por leyes especiales”.

Así, los Fiscales y los Fiscales Generales –conforme ley 27.148, reglamentaria del art. 120 de la C.N.- encuentran entre sus funciones plantear



Ministerio Público de la Nación

inconstitucionalidades y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en aquellos casos en que se encuentren en juego normas o principios de orden público”.

La jueza considera erróneamente que “*si bien su función no se agota en la defensa de la legalidad en el marco del proceso, sino que también le asiste legitimación para la defensa de los intereses generales de la sociedad, pero... allí donde éstos se encuentran comprendidos y la ley autorice dicha actuación'.... En este sentido ,se ha enfatizado que '.. tal defensa habrá de suscitarse cuando la ley califique dicho interés y provea la aludida intervención' y la promoción de la acción pública '...será competencia fiscal, cuando una norma procesal o específica de determinado instituto....así lo determine'*”

Pero se advierte, que el art. 31 de la ley 27.148 sólo circumscribe la actuación “a los casos y mediante los procedimientos que la ley específica establezca” a los taxativamente enunciados en el inc. d) del art. 31; sin atar la actuación a requisito condicionante alguno ni a la necesidad de una ley especial, cuando lo que se encuentre en juego sean normas o principios de orden público o como en el caso se afecte los intereses generales y el principio de legalidad (en el caso en su sentido amplio pues una ley de la legislatura porteña crea un organismo que expresamente por ley nacional no puede crear cfr. art. 10 ley 24.588).

El art. 31 ley 27.148 tampoco circumscribe el ejercicio de la acción jurisdiccional a la existencia de una causa en trámite, lo que determina que a fin de cumplir con las funciones reseñadas podrán los fiscales interponer las acciones recursos o reclamos que discrecionalmente ponderen como conducentes

para hacer efectiva la defensa de los intereses generales de la sociedad y el control de legalidad que como misión le asigna la Constitución Nacional.

En suma, habiendo sido habilitado constitucionalmente el Ministerio Público para promover la actuación de la justicia, detenta todas las atribuciones explícitas para la defensa de los intereses generales de la sociedad y de la legalidad, y las facultades que surgen implícitas, como así también las inherentes para el cumplimiento de esas misiones institucionales.

3.Cercenamiento de facultades del Ministerio Público Fiscal.

La jueza ha interpretado los alcances del art. 120 de la Constitución Nacional, restringiendo sus términos y soslayando la letra y misión expresa de las leyes reglamentarias, en especial la ley 27.148, sin declarar su inconstitucionalidad como requisito previo al rechazo de la acción.

La magistrada al haber negado la legitimación activa del Ministerio Público para la promoción de esta acción, le cercena e impide el ejercicio de una función propia expresamente atribuida por la Constitución Nacional en su artículo 120.

En ese sentido, el dispositivo constitucional es claro cuando instituye al Ministerio Público –como órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera- disponiendo a su cargo “*la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República*”.

Al tiempo de interposición de la demanda, se encontraba vigente, conforme su texto originario, la ley 24.946; ley orgánica del Ministerio



Ministerio Pùblico de la Naciòn

Pùblico que establece su organización e integración y las normas generales de funcionamiento; habiéndose fundado la legitimación activa en lo dispuesto en el art. 25 al establecer “que corresponde a ese Ministerio promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (inc. a), representar y defender el interés pùblico en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera (inc. b; conf. art. 6 inc. d, ley 22.315), promover la acción civil en los casos previstos por la ley (inc. d; conf. art. 6 inc. d), ley 22.315) y velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la Repùblica (inc. g)”.

Se planteó en esa oportunidad que la Fiscalía General, como integrante del Ministerio, se hallaba investida de plenas facultades e incluso tenía no sólo la atribución sino el deber de ejercer su cometido constitucional, requiriéndole al órgano jurisdiccional se avocase al conocimiento y decisión en un planteo donde se encontraban comprometidos los intereses generales de la sociedad.

En el punto VII de la sentencia se menciona, para rechazar la legitimación procesal de esta dependencia, no sólo al art. 120 de la C.N. sino también a “*las leyes 24.946 y 27.148 que delinearon las funciones, bajo tales directrices*”.

La jueza, para rechazar la demanda por falta de legitimación, invoca la normativa que modificó sustancialmente la ley 24.946 –vigente al tiempo de interposición la demanda-, sorteando expedirse sobre la ampliación de funciones que el dictado de la ley 27.148 determinó para este Ministerio Pùblico.

En suma, si bien refiere a dicho ordenamiento, no se adentra en el análisis de los alcances de sus postulados, consagrando una interpretación restrictiva –cuando la ley es ampliatoria del ejercicio funcional del Ministerio Público- y resuelve incluso contra ella pero fundándose supuestamente en su letra.

De tal como, desconoce la legitimación procesal activa, soslayando la ley 27.148 – pero apreciándolo en sus fundamentos -cercenando de este modo el acceso a la jurisdicción de este Ministerio Público, quien acudió en defensa de intereses de la sociedad y custodia de la legalidad, tal como postula la Constitución Nacional.

Cabe recordar que se ha sostenido que “*No puede invocarse la inexistencia de “daño distintivo o diferenciado” como “un medio para desconocer la legitimación ... cuando la acción es ejercida –aunque por derecho propio- en defensa de intereses de otros (como sucede de modo indiscutible en el caso de las asociaciones, del Defensor del Pueblo y del Ministerio Público) o en defensa de la legalidad en ejercicio del mandato constitucional (situación del Ministerio Público)*” (Ver Cassagne, Juan Carlos –director- “Derecho procesal administrativo”, Tomo 1, capítulo 12. “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, María Jeanneret de Pérez Cortés, Editorial Hammurabi SRL, Bs.As., 2004, pág.481).

La legitimación activa del Ministerio Público Fiscal nace encontrando sustento en el artículo 120 de la Constitución Nacional, habiéndose dicho al respecto que “... en los supuestos en que la **norma constitucional claramente confiere legitimación a personas y órganos determinados**, la



Ministerio Público de la Nación

aptitud de éstos para poder actuar en juicio no debe admitir discusión, ni ser desnaturalizada con interpretaciones restrictivas, menos todavía si ellas son fundadas en normas anteriores a una reforma de la Ley Fundamental” (Cassagne, Juan Carlos –director-, ob.cit., capítulo 12 “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, María Jeanneret de Pérez Cortés, pág.463).

En el caso, adviértase que la jueza ha rechazado la demanda, basándose centralmente en la ausencia de legitimación procesal del Ministerio Público para intentar la acción pretendida, no ya invocando leyes anteriores a la reforma de 1994, sino posteriores (ley 24.946 y 27148), pero sin pronunciarse acerca de la ampliación en la legitimación que implicó el dictado de la ley 27.148, ni declarando –de así entenderlo- su inconstitucionalidad como requisito previo.

Así la sentencia resulta arbitraria e inentendible pues si bien alega la ley 27.148 lo hace para negar la facultad que el art. 31 inc c expresamente le reconoce. Ello encuentra explicación, en mi opinión, en el hecho de que la jueza **replica prácticamente** los argumentos esgrimidos por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en la sentencia de fecha 29 de abril de 2009; sentencia que como fácilmente se advierte, fue dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.148 que modificó sustancialmente la base de legitimación de los magistrados del Ministerio Público, ampliéndola, cuya vigencia data de mediados del año 2015. (v. sentencia del TSJCABA del 29/04/09 dictada en el Expediente N° 6421/09 “GCBA s/ SAO – otros- inhibitoria, en “Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/ GCBA s/ sumarísimo) y que por otro lado fue revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha

26/10/2010 (fs 378/80). Es decir se fundó en argumentos de una sentencia cuyos argumentos fueron desistidos por el Máximo Tribunal y que encima luego fueron superados por la expresa letra de la ley 27.148.

Desde otra perspectiva, el pronunciamiento apelado implica no sólo un avasallamiento del ejercicio de funciones propias de este organismo sino que conlleva una visión distorsionada de la cuestión, en tanto so pretexto de la existencia de una regla procesal se invierte la relación de valor existente entre la norma constitucional y la regla procesal; ello, con la grave consecuencia de no haberse pronunciado en definitiva sobre el fondo del asunto, incumpliendo así con la función específica que le compete al Poder Judicial (art. 116 Constitución Nacional).

Cabe recordar que “*es menester partir de la Constitución porque las instituciones y reglas procesales deben ajustarse a ella y ser interpretadas a la luz de sus exigencias*” (Morello Augusto M-Vallejos Carlos, “No se interpreta a la Constitución procesalmente”, en “*El amparo. Régimen procesal*”, 4ta.ed., Platense, La Plata, 2000, 263, con cita de Celso Antonio Bandeira de Mello).

En efecto, conforme señala Hutchinson “*en primer lugar, en lo que toca a los problemas de la legitimación, cabe analizarlos a partir de un principio fundamental: no se debe interpretar la Constitución procesalmente, sino que “las contingencias procesales son las que deben interpretarse a la luz de las exigencias de la Constitución”*” (con cita de Bandeira de Mello, Celso, “*O controle judiciais dos atos administrativos*”, conferencia pronunciada en la Universidad de Belgrano, octubre de 1982, libro de ponencias, p. 2, N° 2; Jiménez Eduardo, “*Evaluación de*



Ministerio Público de la Nación

algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación”, E.D. exemplar del 23/01/97,p.1; Tomás Hutchinson, “La Legitimación en el proceso contencioso”, Derecho Procesal Administrativo 1, p.523, Hammurabi, edición 2004)

Los argumentos invocados en el decisorio recurrido para negar la legitimación aluden a aspectos no contemplados por el artículo 120 de la Constitución Nacional, interpretados e integrados por la jueza en sentido limitante, cercenando el rol encomendado al Ministerio Público especialmente luego de la reforma constitucional, como órgano autónomo encargado -en el ejercicio de una función que le es propia- de la protección o custodia de el principio de legalidad y los intereses generales de la sociedad y con la amplitud funcional en orden al ejercicio de sus competencias que ha determinado el dictado de la Ley N° 27.148.

La jueza de grado ha soslayado, por otra parte, las especiales características que detenta la legitimación activa del Ministerio Público, pues al igual que en el caso del Defensor del Pueblo “*el ordenamiento jurídico prevé una legitimación llamada anómala, extraordinaria, diferente a la general, que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un organismo que actúa en nombre propio, para la adecuada protección de derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público o social”* (Cassagne, Juan Carlos –director-ob.cit., Tomo 1, capítulo 12, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, María Jeanneret de Pérez Cortés, pág. 482).

Asimismo se ha sostenido que, el ordenamiento jurídico en principio, confiere acción solamente al interesado porque de esta forma se aseguran todas las posibilidades de cumplimiento de la ley; sin embargo “en algunos supuestos cuando los intereses en juego trascienden a los meramente privados y es de interés público que el cumplimiento de la ley quede librado a las decisiones de los particulares es que procede la intervención del Ministerio Público, cuya actuación está ideada en defensa de la mera legalidad objetiva” (Cassagne, Juan Carlos –director- ob.cit., Tomo 1, Prieto Hugo, “La acción popular en el procedimiento administrativo”, p. 662). En el caso, la de una ley de la legislatura porteña que contradice expresamente una ley nacional que justamente fue sancionada teniendo en miras la protección de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras ésta sea capital federal de la República Argentina. En efecto, el art. 10 de la ley 24.588 expresamente dice “El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional”

La decisión apelada debe ser revocada en tanto exhibe gravedad institucional, toda vez que “*la legitimación se relaciona con la necesidad de habilitar la entrada en el mérito; es decir, con el acceso a la justicia*”, y está impidiendo en el caso acceder a ello a este Ministerio Público, que lo hace en cumplimiento de sus cometidos constitucionales (cfr. Morello Augusto, “El amparo y la protección de los intereses difusos en “Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, Platense, La Plata, 1986, p. 173). La resolución anula la función encomendada.



Ministerio Público de la Nación

4. La sentencia plantea la ausencia de caso contencioso, desligando el análisis necesariamente conjunto que cabe efectuar acerca de la legitimación procesal y la existencia de caso cuando quien actúa es el Ministerio Público Fiscal.

La jueza de grado ha considerado que el objeto de la pretensión de autos no configuraría una “causa” que pueda ser sometida a decisión judicial pues no existiría un caso concreto a dirimir entre partes, como tampoco se encontraría habilitado por ley el Ministerio para su petición.

También en este punto resulta necesario destacar las conclusiones de la Sala interviniente en el decisorio ya referenciado del 25.04.2011 del Expte. N° 480/2011 donde fundadamente y en sentido contrario al considerado por la a quo expresó: “*por cuanto la acción se promovió con la finalidad de proteger el orden público negocial y los derechos de los ciudadanos frente a la inseguridad jurídica que podría generar la duplicidad de registros societarios operando en una misma jurisdicción (la ciudad de Buenos Aires), por lo que no podía válidamente negarse la existencia del “caso” judicial exigido por el artículo 116 de la Constitución Nacional como requisito habilitante del válido ejercicio de la función judicial, en la medida que lo pretendido no es mera opinión consultiva por parte del Poder Judicial, sino el dictado de un acto jurisdiccional que preserve los intereses colectivos que se invocan como afectados*”.

Dicho pronunciamiento no ha sido apelado por la demandada y la sentencia que ahora se cuestiona, elípticamente implica revocar la sentencia dictada por el superior o por lo menos contradecirla en su sustrato. Tal proceder

resulta improcedente, pues no corresponde que un magistrado de una instancia inferior revoque lo tratado y decidido por la Alzada; ya que de admitirse, se subvertiría la competencia en razón de grado, por lo que cabe declarar procedente este recurso en tanto el rechazo de la demanda se sostiene, esencialmente, en la ausencia de caso o controversia, lo cual fue reconocido por esta Sala.

Sin perjuicio de ello, lo desacertado del pronunciamiento de grado se advierte a poco de analizar los elementos que rodean el planteo y el rol que cabe asignarle al Ministerio Público.

“El objeto del proceso es siempre una pretensión. Y es parte “toda persona (física o de existencia ideal) que reclama en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción” (Palacio Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, Bs.As., 1991, To. III, “Sujetos del proceso” pág.8 y sstes.).

La petición puede ser efectuada no sólo por personas físicas o jurídicas sino también por organismos como el Ministerio Público Fiscal en resguardo de los intereses generales por los cuales debe velar.

En ese sentido, se ha dicho que: “... conforme al ordenamiento jurídico, pueden formular pretensiones procesales personas u **organismos estatales**, que –aunque actúan en nombre propio- cumplen esos actos en defensa de intereses de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público o social” (Cassagne, Juan Carlos –director-, ob.cit., Tomo 1, capítulo 12, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, María Jeanneret de Pérez Cortés, pág.466).



Ministerio Público de la Nación

La doctrina admite sin cortapisas la legitimación del Ministerio para actuar como **parte actora en casos concretos en el ejercicio de su función propia, cual es la custodia del principio de legalidad y los intereses generales de la sociedad.**

“... la actividad de algunas partes se agota, como principio, en su propia esfera jurídica, la de otras trasciende a la esfera jurídica de sujetos distintos. Tal situación se configura claramente cuando actúan las asociaciones, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público. En consecuencia, la legitimación procesal implica la habilitación, por el ordenamiento jurídico, para asumir la calidad de parte con referencia a la concreta materia sobre la que puede versar el proceso”. (Cassagne, Juan Carlos –director-, ob.cit., Tomo 1, capítulo 12, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, María Jeanneret de Pérez Cortés, pág.467).

Es que claramente carece de fundamento –como se intenta en la sentencia recurrida- sostener que no hay conflicto a dirimir en el planteo formulado en estas actuaciones.

Basta con leer la acérrima defensa que ha efectuado el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para rechazar la acción, como también los otros actos procesales que ha llevado adelante como apelar la medida cautelar otorgada o luego requerir su levantamiento.

No debe perderse de vista que el Jefe de la CABA ha dictado el decreto 195/2016 del 07.03.2016 –que denuncié oportunamente en el expediente- designando al director de un registro cuyo funcionamiento se encuentra suspendido

precisamente por la medida cautelar peticionada por esta Fiscalía General y otorgada por el juez de primera instancia; medida que fue apelada y confirmada por la Alzada con fecha 25/04/11.

La intención de la demandada no puede ser otra que avanzar por otras vías para lograr su objetivo y diluir los efectos procesales emergentes de la tramitación de estos autos, donde concretamente se ha peticionado la inconstitucionalidad de la ley 2875 a los fines de que no sea aplicada. Mientras esto ocurre la sentencia de la a quo pretende amordazar, silenciar y/o destruir la función del Ministerio Público Fiscal que es constitucional y resguarda la legalidad y el interés general

El caso no trata entonces un mero control de legalidad (lo cual ya justifica la intervención del Ministerio Público Fiscal y el inicio de una acción), sino de impedir que se ponga en funcionamiento un organismo que pondría en riesgo la seguridad del tráfico mercantil ante la posible duplicidad de inscripciones societarias y permitiría presumiblemente el establecimiento de sociedades extranjeras sin los adecuados controles lo cual favorecerá situaciones de fraude a la ley. Se suma a ello que todo lo expuesto se concretaría violentando una norma de jerarquía superior que tiene una finalidad concreta: las garantías que el Estado Nacional quiso formular al reconocer la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para salvaguardar los intereses de orden nacional.

Es evidente entonces que en pos del principio de legalidad e intereses sociales que se encuentran involucrados en la cuestión le compete al



Ministerio Público de la Nación

Ministerio Público en el ejercicio y estricto cumplimiento de su función, solicitar el control judicial de constitucionalidad de la ley 2875.

"... la legitimación concurrirá, en principio, cuando se afirme, se invoque o se intente hacer valer la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial o material, o la calidad de sujeto de la situación jurídica, que da lugar a la pretensión. Pero también existirá cuando las normas admitan esa intervención –como parte en un proceso concreto- aunque quien lo haga no sea sujeto de aquellas relaciones o situaciones, como sucede –con claridad luego de la reforma constitucional de 1994- en los casos en que actúan asociaciones, el defensor del pueblo y el Ministerio Público" (Cassagne, Juan Carlos–director-, ob.cit., Tomo 1, capítulo 12, "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", María Jeanneret de Pérez Cortés, pág. 470/1).

Como ya se analizara, la ley que admite expresamente la legitimación activa de este Ministerio Público para intentar la acción presentada y requerir, como se hizo, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 2375 CABA, es la ley 27.148 que si bien fue invocada por la jueza, se apartó de sus términos, sin fundamento y sin declarar su inconstitucionalidad.

5.- El fallo dictado implica una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, al rechazar la demanda soslayando expresa habilitación legal para interponer la acción promovida.

El principio de tutela judicial efectiva –garantizado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, se

encuentra indisolublemente vinculado a la cuestión relativa a la legitimación procesal activa.

La magistrada so pretexto de la falta de legitimación activa de esta Fiscalía, omitió dar tratamiento al planteo de inconstitucionalidad deducido vulnerando así el principio de tutela judicial efectiva consagrado tanto por el artículo 18 de la Constitución Nacional como por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Se ha dicho que “... *toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación*” (Bidart Campos, Germán J., “*El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación*”, “*La legitimación*”, homenaje al profesor Lino E. Palacio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág.18).

Precisamente el análisis efectuado en el decisorio de grado restringiendo el acceso a la justicia, cercena las funciones que la Constitución establece en el art. 120 a este Ministerio Público y se contrapone con dicho principio.

“*De conformidad con el principio de tutela judicial efectiva debe haber una interpretación amplia del concepto de legitimación. Constitucionalmente no son atendibles aquellos obstáculos que pueden considerarse excesivos, que sean producto de un innecesario formulismo, que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como proporcionados o justificados conforme a las finalidades para las que han sido establecidos. En síntesis: ha de interpretarse del modo más favorable al ejercicio*



Ministerio Público de la Nación

del derecho fundamental de tutela judicial” (Cassagne, Juan Carlos –director-, ob.cit., capítulo 13 “La legitimación en el proceso contencioso administrativo”, Tomás Hutchinson, pág.538).

No puede negarse la estrecha vinculación existente entre la legitimación ad causam, la garantía de la tutela judicial efectiva y el goce de los derechos.

*“Con claridad ha afirmado Bidart Campos que “El sistema de derechos de un Estado democrático no se agota en el reconocimiento amplio de los derechos –comprendidos los implícitos y con la doble fuente: interna e internacional-, ni con la existencia de suficientes vías procesales garantistas. Es indispensable para la eficacia de los derechos y de las vías tutelares, **atender a la legitimación procesal Y ello es así porque el derecho no existe sin legitimación procesal.** Tampoco existe, aunque se haya declamado esa legitimación, **si es desconocida por los jueces. Sin una adecuada legitimación procesal no existe virtualidad del derecho”** (Cassagne, Juan Carlos –director-, ob.cit., capítulo 12, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, María Jeanneret de Pérez Cortés, pág.509).*

El arbitrario desconocimiento de la jueza de grado de la legitimación de este Ministerio para la custodia de los intereses involucrados importa una clara afectación a dicho principio y a la protección del orden público

Al mismo tiempo deja expuestos a los ciudadanos a verse sometidos no sólo a que se les apliquen normas contrarias a la Constitución Nacional por infringir los artículos 31 y 129 , sino también a la creación contra legem

de un organismo de control generando a una situación de inseguridad jurídica frente a la posible coexistencia de dos registros que puedan avalar la doble inscripción de sociedades comerciales con graves consecuencias para el tráfico mercantil como también la eventual proliferación de sociedades offshore creadas para defraudar al Fisco y derechos de terceros.

En tal sentido, únicamente un organismo que controle eficazmente la creación y funcionamiento de las sociedades locales y extranjeras puede garantizar –como se expresó en el escrito inicial- la vigencia de los derechos de igualdad ante la ley, las cargas públicas, la propiedad en sentido amplio y en general los derechos fundamentales de los ciudadanos (artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 33 de la Carta Magna). Ese control es hoy ejercido por la Inspección General de Justicia, el cual además de ser más estricto y más amplio que el que establece la ley local 2875 se encuentra actualizado conforme lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ver resolución General 7/2015). Ello sin perjuicio de destacar a riesgo de resultar reiterativa que el artículo 10 de la ley 24.588 expresamente determina que la Inspección General de Justicia permanecerá en el ámbito nacional, por lo cual, cualquier traspaso resulta inconstitucional sin una ley de la misma jerarquía (dictada por el Congreso de la Nación) que modifique el mentado artículo.

Así la ley 2875 no respeta la jerarquía y vigencia de la ley nacional 24588.

A tales fines es que constituye deber de la jurisdicción (artículo 116 de la Constitución Nacional) admitir la legitimación de este Ministerio para la



Ministerio Público de la Nación

formulación del planteo efectuado y así para posibilitar el análisis de la ley impugnada y declarar su inconstitucionalidad, pues sólo de esta forma y como expresa Cassagne: “... se podrá sostener que el **principio de la tutela judicial efectiva**, lejos de ser una fórmula declamatoria y vacía de contenido, constituye una realidad tangible que **protege a los ciudadanos** de una manera uniforme y generalizada **contra la aplicación de reglamentos ilegales o inconstitucionales** y sustancialmente, contra los abusos y **arbitrariedades de los poderes públicos**” (“*El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general*”, LL, 2001-E, 1226, *Doctrina*).

6.- La decisión apelada invoca la ley 27.148 pero no analiza sus disposiciones, ni declara la inconstitucionalidad como requisito previo para no aplicar dicha norma a la solución del caso.

La resolución recurrida acotó su análisis, sin atender a la legislación vigente al tiempo de su dictado, toda vez que en realidad se limitó a reproducir los argumentos esgrimidos por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en la sentencia del 29/04/09, dictada en el Expediente N° 6421/09 “GCBA s/ SAO – otros- inhibitoria, en “Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/ GCBA s/ sumarísimo. Es más, la a quo citó la norma pero sin siquiera reparar que expresamente el art. 31 inc c establece la posibilidad de los fiscales no penales de plantear inconstitucionalidades.

Dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia -que la jueza cita en el punto VII, párrafo 6- fue dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.148, la que modificó la base de legitimación procesal activa de los

magistrados del Ministerio Público, ampliándola sustancialmente para actuar en juicio y peticionar en ejercicio de sus facultades constitucionales.

De tal modo, la jueza incumplió con el deber de fundar suficientemente las decisiones judiciales, al omitir analizar los términos de una ley que entró en vigencia con posterioridad, pese a invocarla en sus fundamentos.

Si la jueza hubiese entendido que dicha legitimación ampliada, - que en línea con el cumplimiento de las misiones que el art. 120 de la C.N establece la ley 27.148-, excedía los designios constitucionales debió declarar de oficio su inconstitucionalidad toda vez que constituye una obligación de los jueces ejercer - aún de **oficio**- el control de constitucionalidad de toda norma cuya aplicación corresponda en el caso sujeto a consideración.

Por el contrario, invocó la norma, no analizó sus términos y consagró una interpretación de la legitimación restrictiva, negándosele en el caso concreto y desoyendo también a la doctrina cuando indica que: “*Una legitimación reducida puede implicar que quede sin control judicial una cuestión constitucional. La extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos y la más plena vigencia del principio de juridicidad.*” (Cassagne, Juan Carlos –director-, ob.cit., capítulo 12, María Jeanneret de Pérez Cortés, pág. 510).

En suma, por lo expuesto corresponde revocar la sentencia recurrida y ordenar se dicte otra ajustada a derecho, subsanando de este modo la gravedad institucional que implica desconocer la legitimación procesal del



Ministerio Público de la Nación

Ministerio Público de la Nación y los términos de la ley 27.148 en cuanto a ella se refiere

7. La decisión apelada desconoce principios básicos que la ley ha establecido en orden al desempeño de los deberes funcionales de los magistrados del Ministerio Público Fiscal.

La a quo señala –para reforzar su postura acerca de la falta de legitimación procesal de esta Fiscalía General– que “*se advierte que el invocado “principio de unicidad” de la actuación del Ministerio Público Fiscal lo es sin perjuicio de la especificidad de las funciones asignadas – según el grado- a cada uno de los funcionarios que lo integran. Por ello, con la actuación desplegada por la Fiscalía General de la Cámara Comercial iniciando una acción contenciosa por ante primera instancia, tal principio no ha sido respetado (arts. 1 de la ley 24946 y 9° de la ley 27.148).*”

Como se analizará, la sentencia postula una interpretación que termina por vaciar de contenido las funciones que asigna la Constitución Nacional y la ley orgánica reglamentaria a los funcionarios de este Ministerio Público; llegando al extremo de propiciar, de tal modo, que los Fiscales –que actúan por ante la primera instancia– tienen mayores facultades que los Fiscales Generales e incluso, que el Procurador General de la Nación.

Sabido es que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se ha consagrado expresamente al Ministerio Público como un organismo extrapoder, independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera de la clásica triada (poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial), y con el objetivo de

cumplir con mayor eficacia e imparcialidad la defensa del interés general de la sociedad y la legalidad; sumado a afianzar los controles y garantizar de una mejor manera las libertades públicas (cfr. art. 120 de la CN, Gelli, María Angélica; Constitución de la Nación Argentina, comentada y acordada, La Ley, 2012, Tomo II, pág. 579).

Es decir, que el éxito, en términos jurídicos-institucionales, del Ministerio Público se relaciona directamente con el verdadero grado de independencia y autonomía funcional con el que cuenta día tras día, para ejercer las atribuciones que la Constitución Nacional le ha otorgado, lo que implica también que los jueces reconozcan dicha independencia y autonomía funcional sin interferir, por medio de resoluciones como la que aquí se cuestiona o por otras vías, en las actividades que los integrantes del nombrado Ministerio Público llevan a cabo con el único objetivo de cumplir con el destino que el constituyente le ha fijado.

Por ello, la materialización de los mencionados principios de independencia y autonomía son un resorte exclusivo del Ministerio Público, quien deberá decidir si actúa como fiscal de la ley, como parte en las acciones judiciales que encuentran comprometido el interés general de la sociedad o la legalidad, sin que los magistrados del Poder Judicial puedan influir directa o indirectamente en tal decisión.

De allí que la resolución recurrida es manifiestamente incompatible con la organización de nuestro sistema jurisdiccional, afectando la propia estructura institucional de la República.



Ministerio Público de la Nación

La actuación del Ministerio Público Fiscal radica en el ejercicio y cumplimiento de las previsiones fundamentales de nuestro Estado, lo que no puede ser limitado por los jueces a través de una visión sesgada del interés general de la sociedad.

La ley orgánica del Ministerio Público, en consonancia con la Constitución Nacional, ha plasmado en el art. 1 y 25 (ley 24.926; ahora ley 27.148, art. 9), el deber del Ministerio Público de actuar objetivamente en defensa de la legalidad.

Acorde a esta concepción, la CSJN ha sostenido que el oficio fiscal tiene por naturaleza el exclusivo objeto de pedir la observancia de la ley (Fallos 16:210) y que es en defensa de la legalidad (Fallos 323:130) y el orden jurídico en general (Fallos 319:1855) que el Ministerio Público ha de actuar en virtud del mandato constitucional que así lo exige.

Una primera cuestión en la que cabe detenerse para delinear el alcance del principio de unidad de actuación -invocado por la jueza para denegar la legitimación de esta Fiscalía General para actuar en juicio- reside en las funciones que específicamente la ley dispone al organizar la actuación de sus magistrados en materia no penal.

En segundo término, no debe confundirse la actuación del Ministerio Público en el marco de un proceso – en el que el expediente es remitido en vista a los fines de que se emita dictamen sobre la cuestión sometida a consideración del magistrado-, con la promoción de acciones judiciales, en ejercicio

de su habilitación funcional en materia no penal, en el rol del fiscal como defensor autónomo.

En el marco de un proceso, el Ministerio Público Fiscal, se rige por el principio de unidad de actuación (conf. art. 1, ley 24.946; ahora ley 27.148, art.9) y en dicho contexto, estamos en presencia de un cuerpo dotado de **unidad e indivisibilidad**, de manera tal que cada uno de sus miembros representa al cuerpo en su totalidad y pueden, por lo tanto, reemplazarse recíprocamente.

El principio de unidad de actuación implica que existe **una voluntad única e indivisible del Ministerio Público**. En el Poder Judicial existen tantas volúntades como instancias y el fundamento de dicho principio es otorgarle a los justiciables la posibilidad de recurrir a diversas instancias a los efectos de subsanar los errores judiciales.

Sin embargo, ese fundamento no existe en el ámbito de actuación del Ministerio Público, cuya función no es decidir la suerte de los particulares, sino representar el interés general de la sociedad y promover la actuación de la justicia con ese norte. El referido interés general es único, por lo que cualquier representante del Ministerio Público puede actuar en su defensa.

En definitiva, el principio de unidad se encuentra, en el marco de un proceso, estrechamente vinculado a los principios de coherencia de actuación y de subordinación jerárquica; imponiéndose una actuación coordinada de sus integrantes, que sólo puede asegurarse mediante una organización jerárquica.



Ministerio Público de la Nación

Pero el rol de dictaminar en las causas, en defensa de la integridad del principio de legalidad y de los intereses generales de la sociedad en el marco de un proceso en trámite, no es la única función de los magistrados de este organismo.

Especificamente, el art. 31 de la ley 27.148 regula la actuación en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo.

La referida norma establece que dicha actuación estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos, los que tendrán, entre otras, como función “*plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso*” (art. 31 inc. c), e “*Intervenir en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público*” (art. 31 inc. e).

De tal modo, tanto los Fiscales como los Fiscales Generales – conforme ley 27.148, reglamentaria del art. 120 de la C.N.- encuentran entre sus funciones plantear inconstitucionalidades y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en aquellos casos en que se encuentren en juego normas o principios de orden público.

La afirmación que efectúa la jueza en la sentencia recurrida conlleva a un extremo inadmisible: sólo el fiscal de primera instancia podría

“promover” acciones en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, excluyendo no sólo al Fiscal General sino también al Procurador General de la Nación, pues si el Fiscal General solo pudiera actuar en segunda instancia, nunca podría fácticamente iniciar una acción.

Malaría una ley reglamentaria establecer tamaña desingeniería, por implicar un cercenamiento de funciones constitucionales ya que excedería su condición de norma reglamentaria, vaciando de contenido la misión del Ministerio Público cuál es velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos Internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte.

Conforme expresamente lo establece la ley 27.148, los funcionarios deben actuar bajo “criterios de flexibilidad y dinamismo” y en la interpretación de los alcances de las funciones que la ley dispone – en el marco de lo establecido por el art. 120 de la C.N.- debe primar aquella que mejor condice con el efectivo cumplimiento de las funciones institucionales.

En conclusión, una vez más a lo largo de la sentencia, la jueza de grado invoca un principio consagrado en la ley para desconocerle de manera dogmática su aplicación en la práctica.

V. NULIDAD DE LA SENTENCIA

La jueza de grado en el decisorio recurrido hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada con fundamentos solo aparentes y como consecuencia de ello dispuso **“rechazar la demanda interpuesta por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de**



Ministerio Público de la Nación

Apelaciones en lo Comercial contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

Centró su análisis en la excepción opuesta por el G.C.B.A., concluyendo que al carecer de legitimación activa este Ministerio y “*al no presentarse conflicto alguno sobre el cual debería tratar la acción deducida*”, devendría “***manifiesto que ésta (la acción) se torna inadmisible***”.

Es decir que sin examinar la **cuestión esencial** puesta a su consideración –la **inconstitucionalidad de la ley 2875 CABA**–, desestimó la demanda.

El art.253 del CPCCN establece que “*El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio*”.

La decisión recurrida resulta **nula** por cuanto no se pronunció sobre el **objeto principal** del pleito so pretexto de la falta de legitimación activa de este Ministerio, a pesar que el Estado Nacional se había presentado por parte a fs. 294/307, 510/7, 535/6 y 644/5 y tenido como tal a fs. 498, 519, 537 y 647.

La sentencia definitiva debe contener “*La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte*” (art.163:6 CPCCN).

La omisión incurrida implica el incumplimiento de tales recaudos, tornando nulo el decisorio apelado en tanto se ha afectado el principio constitucional dispositivo del debido proceso que incluye el de congruencia (art.18 Constitución Nacional).

La sentencia apelada carece de validez pues ha violado el principio de congruencia contenido en el inc.4 del artículo 34 CPCCN y en el inc.6 del art. 163 CPCCN el cual “*impone que exista correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta. La sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, debe considerar el juez las argumentaciones de las partes y ser congruente con la forma en que ha quedado trabada la litis*” (Arazi- Rojas, *ob.cit.*, tomo I, pág.46).

“*Existirá incongruencia objetiva cuando medie un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvenCIÓN y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva ... La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución citra petita si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio ...*” (Peyrano Jorge W. -director-, “Principios procesales” - Mabel De Los Santos, “Principio de congruencia”, *Rubinzal Culzoni Editores*, Bs.As., 2011, tomo I, pág.213).

1. La sentencia omite tratar la pretensión principal deducida por este Ministerio como parte actora.



Ministerio Público de la Nación

De las constancias de autos, surge que la acción promovida por esta Fiscalía obrante a fs. 1/96 tuvo por objeto principal la **declaración de inconstitucionalidad de la ley 2875 de la CABA** (fs.15).

El Gobierno de la ciudad de Buenos Aires contestó la demanda a fs. 453/476 solicitando su rechazo por las razones allí invocadas, esgrimiendo como “manifestación preliminar” la “falta de legitimación activa para promover acción judicial” por parte de este Ministerio.

El juzgado enmarcó dicha manifestación como “defensa de falta de legitimación activa” y dispuso correr el traslado respectivo (fs.477).

En responde al mismo, este Ministerio destacó –entre otros fundamentos- que “la existencia de caso o causa” respaldatoria de la acción ya había sido admitida por el tribunal de alzada (esta misma Sala) con calidad de cosa juzgada al confirmar la medida cautelar recaída el 25.04.2011 en autos “*Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - incidente medida c/ GCBA s/proceso de conocimiento*” -Expte N° 480/2011- (fs. 479/481).

A fs. 482, resolvió el juez diferir su tratamiento “para el momento de definitiva (conf.art.347 inc.3) in fine del CPCC)”.

Llegado entonces el momento de dictar sentencia, la magistrada circunscribió el decisorio al planteo del GCBA en torno a la falta de legitimación activa de este Ministerio, examinándola sin embargo, como si se tratara de una excepción previa, pues ante su admisión ni siquiera entró a considerar el planteo de inconstitucionalidad, resolviendo sin fundamentación suficiente, el **rechazo** de la acción.

La jurisprudencia ha expresado que: "Si lo decidido por la Sra. Juez **obvió totalmente la cuestión fundamental del litigio**, corresponde descalificar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido, toda vez que lo así resuelto no encuentra apoyo en los antecedentes del juicio (Fallos: 295:417 y 296:481), correspondiendo declarar la **nulidad de la sentencia** (art. 34, inc.4 del C.P.C.C.N.) (CNApel.Cont. Adm. Fed., Sala II, 8.387/03, "Iturrieta, Carlos Adolfo y otros c/E.N. -M° JS y DDH- PNA s/personal militar y civil de la FFAA. y de Seg.". 29/04/08).

2. La jueza omitió también pronunciarse sobre la pretensión deducida por el Estado Nacional como tercero voluntario (art. 90:2 CPCCN).

El Estado Nacional-Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos-Inspección General de Justicia se presentó en autos como **tercero voluntario** en los términos del art. 90:2 CPCCN como coadyuvante autonómo o litisconsorcial (fs. 290/307).

Cabe destacar que dicha presentación **espontánea** tuvo causa en el pedido de autorización formulado expresamente por la Inspección General de Justicia al Ministerio de Justicia para presentarse en los términos del art. 90:2 CPCCN en las presentes actuaciones por considerar que la creación de "un organismo en el ámbito local a quien se le asignan facultades propias del Estado Nacional y atribuidas a la Inspección General de Justicia" violaba "expresas normas federales", requiriendo "por razones de especialidad" se encomendara esa tarea "a las autoridades superiores de la Inspección General de Justicia" (fs.294).



Ministerio Público de la Nación

El Ministerio autorizó por resolución nro.964 del 31.03.2009 a la Inspección General de Justicia para presentarse en estos autos - en los términos del art.90:2 CPCCN- a los fines de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 2875 de la CABA (fs.295).

En ese marco la IGJ señaló que se presentaba como tercero ***"coadyuvando con el Ministerio Público actor en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 2875 y la medida cautelar requerida en la acción impetrada por éste"***; destacando, asimismo, que ***"la sentencia a dictarse en las presentes actuaciones afecta directamente los intereses del Estado Nacional"*** (fs.296 vta.).

Expresamente resaltó que ***"En este supuesto, el tercero tenía ab initio vocación de parte, vale decir, en el caso en examen, el Estado Nacional estaba legitimado activamente para actuar en el juicio, sin haber sido llamado a él. Precisando la participación del Estado Nacional, éste se presenta como coadyuvante autónomo o litisconsorcial. En este supuesto, procesalmente se produce la conversión del tercero en parte. Ahondando el alcance de esa participación, este interviniente actúa en interés propio y ello permite que pueda participar autónomamente, con una actividad tan amplia como la del actor y el demandado"*** (el resaltado me pertenece).

La doctrina apoya lo expresado cuando sostiene que ***"La intervención de terceros tiene lugar cuando, durante el desarrollo del proceso, en forma espontánea o provocada, se incorporan a él personas distintas de las partes originarias, con el objeto de hacer valer derechos o intereses propios, vinculados a***

la causa o al objeto de la pretensión" (Arazi Roland-Rojas Jorge A., "Código procesal civil y comercial de la Nación comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, Bs.As., 2015, Tomo I, pág.129).

En tal sentido se ha señalado también que "Quien está legitimado, según las normas del derecho sustancial para demandar o ser demandado en juicio, puede intervenir voluntariamente en el proceso (at. 90 inc. 2 CPN), también puede hacerlo llamado por una de las pares (ar. 94 CPCCN)" (Arazi Roland-Rojas Jorge, ob.cit, tomo I, pág.131).

Este Ministerio Público, por su parte, prestó conformidad con el pedido de intervención de la IGJ (fs.437) mientras que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó su rechazo señalando someramente que adolecía de legitimación activa (fs. 489/490).

Oídos entonces todos los sujetos involucrados el juzgado resolvió el 04.04.2012 **admitir** la intervención solicitada por el Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - conforme art 90:2 CPCCN- en calidad de tercero voluntario.

Citada entonces la IGJ compareció a fs. 510/518 adhiriendo nuevamente a la presentación de este Ministerio y remarcando que al disponer la ley 2875 CABA la creación de un Registro Público y establecer que las funciones y competencias de la IGJ podrían traspasarse al GCBA mediante un convenio "**afectaba directamente los intereses del Estado Nacional** enderezados a garantizar la vigencia, eficacia e integridad –con exclusividad en el ámbito de su aplicación material y territorial- de su ordenamiento legal. Ello toda vez que la IGJ



Ministerio Público de la Nación

“ejerce competencias iguales a las que la ley 2875 de la CABA atribuye al organismo que crea”.

La consecuencia de la admisión de dicha intervención no es otra que otorgarle al Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- IGJ- el status jurídico de “**parte**” con todo lo que ello implica.

“Es decir, pasa a ser litisconsorte de su parte, como tal, tiene autonomía de actuación, pudiendo ejecutar actos procesales aún en oposición a la parte principal. El tercero comparece a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer un “derecho” propio (no ya un mero interés jurídico) frente a alguna de las partes originarias, adhiriendo a la calidad de parte actora o demandada” “...reviste la calidad de parte “autónoma” por lo que puede actuar al mismo nivel que las partes principales (art. 91 segundo párrafo) De ello se sigue que, como goza de plena autonomía en el proceso, puede asumir actitudes independientes, e incluso, contrapuestas a la parte principal” (Colombo Carlos J.-Kiper Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial anotado y comentado”, La Ley, Bs.As., 2006, tomo I, pág.602/3).

Dicho todo lo anterior, aún si la jueza entendió –aunque no correspondía- que este Ministerio Público carecía de legitimación para estar en juicio, debió tratar el planteo de inconstitucionalidad, pues integra el tema decidendum, articulado por el Estado Nacional.

La eventual ausencia de legitimación de una de las partes del proceso, no puede perjudicar el derecho del otro actor a obtener una decisión

fundada acerca de su oportuna pretensión, que en el caso coincide en cuanto a que se declare la inconstitucionalidad de la ley 2875 de la CABA.

Como se anticipara, el legitimado para demandar o ser demandado “*puede intervenir como tercero litisconsorcial, asume el carácter de parte, con las misma atribuciones que ellas tienen dentro del proceso, por lo tanto, más que de intervención de terceros, en estos casos debe hablarse de la conversión de terceros en parte. Tiene autonomía de gestión procesal*” (Arazi Roland-Rojas Jorge A., *ob.cit.*, tomo I, pág.132).

La jueza de grado ha menospreciado el rol de parte del Estado Nacional soslayando pronunciarse respecto de su pretensión.

Adviértase que la única referencia al Estado Nacional fue formulada en el apartado X de la sentencia donde sin perjuicio de señalar que “*el Estado Nacional ha tenido intervención en autos en calidad de tercero ...*”, no trató siquiera someramente su planteo o pretensión.

Respecto a su **legitimación** cabe aclarar que si bien el GCBA refirió tangencialmente a fs. 489/490 a la falta de legitimación activa de la Inspección General de Justicia, el planteo no fue introducido como **defensa formal**. A tal punto que la jueza no dispuso ningún traslado, habiendo declarado la cuestión como de puro derecho (fs.541) sin que ninguna de las partes formulara observación alguna.

En tal sentido debió la jueza al momento de dictar sentencia expedirse sobre su pretensión, es decir, respecto de la inconstitucionalidad de la



Ministerio Público de la Nación

ley 2875 de la CABA, en tanto no le desconoció legitimación en el decisorio y su intervención resulta autónoma.

En tal sentido es útil recordar que “*La decisión debe resolver todas las pretensiones, ha de ser plena, debe hacerlo contemplando las que se hayan formulado en el juicio, esto es, ha de ser congruente con la forma como ha quedado trabada la relación jurídica procesal (art. 34:4 CPCCN)* (Colombo Carlos J. Kiper Claudio M., ob.cit., tomo II, pág.183).

“*De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el thema decidendum integrado por pretensiones ... y oposiciones. Es, por consiguiente, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso ... En similares términos se ha pronunciado en recientes trabajos Falcón, al afirmar que el principio de congruencia es la concordancia lógica entre el conflicto planteado o conocido por la jurisdicción y el decisorio. Expresa en ese orden de ideas que la congruencia y el sometimiento del juez a la cuestión planteada por las partes no están dados por los escritos, sino por el conflicto llevado ante la jurisdicción*” (Peyrano Jorge W. -director-, “*Principios procesales*” -Mabel De Los Santos, “*Principio de congruencia*”, tomo I, pág.209/210, Rubinzel Culzoni Editores, Bs.As., 2011).

De todo lo expuesto en los puntos precedentes, se desprende que la a quo ha incumplido el principio emanado del art. 3 CCCN conforme al cual

el juez debe resolver los asuntos que sometidos a su jurisdicción mediante una **decisión razonablemente fundada**.

"El recurso de nulidad apunta a los vicios que puede tener la sentencia que la descalifican como pronunciamiento jurisdiccional válido" (Arazi Roland-Rojas Jorge, "Código procesal civil y comercial de la Nación comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, Bs.As., 2015, Tomo I, pág.353).

Todo pronunciamiento judicial debe respetar dicha premisa, ya que lo contrario determina arbitrariedad.

Es que *"La congruencia que se refiere a un aspecto específico del procedimiento –requisito de validez de las resoluciones judiciales, cuya infracción permite impugnarlas ya sea por vía de recursos ordinarios o extraordinarios- tiene una gran trascendencia en el derecho procesal, pues se sustenta en varios principios, tales como el dispositivo, el de contradicción, ... y particularmente el principio político que obliga a los jueces a decidir **todas las cuestiones litigiosas que se les presentan** –art. 16 Cód.Civil [hoy art. 3 CCCN]– lógicamente por encima de ello se encuentra el **derecho a la jurisdicción** que consagra nuestra Constitución Nacional –art.18-y el Pacto de San José de Costa Rica –art.8- (Colombo Carlos J. Kiper Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial anotado y comentado", La Ley, Bs.As., 2006, tomo II, pág.186).*

Por otra parte, *"... se ha dicho que la nulidad de la sentencia sólo procede cuando ésta adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional o se circumscribe a los errores o defectos de la sentencia motivados por vicios nacidos en la construcción del decisorio, como*



Ministerio Público de la Nación

por ejemplo ...la omisión de decidir cuestiones esenciales ... “ (Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial comentado y anotado, Abeledo Perrot, Bs.As. 2013, Tomo I, pág.675/676).

Por todo lo expuesto, debe declararse la nulidad de la sentencia (conf. art. 34, inc. 4) del Código Procesal) y ordenarse la remisión de las actuaciones a primera instancia, a otro Juzgado atento el vicio que contiene la sentencia para que se proceda a dictar un nuevo pronunciamiento toda vez que lo decidido por el a quo no encuentra apoyo en los antecedentes del juicio, ni en la legislación vigente.

VI. MANIFIESTA

Sin perjuicio que en el presente recurso no entramos a debatir la cuestión de fondo atento a que ni siquiera fue tratada por la magistrada de grado, es que venimos a aclarar que la inconstitucionalidad solicitada en la demanda del art. 34 C.Com. se volvió abstracta por la modificación formulada por la ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación.

VII. MANTIENE CASO FEDERAL.

Para el hipotético caso de que se dicte una resolución adversa y encontrándose en cuestión la interpretación y alcances que corresponde asignar al art. 120 de la C.N., que asigna a este Ministerio Público la misión de defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, mantengo la reserva formulada para ocurrir por la vía extraordinaria federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se suma a lo expuesto, en tanto en el caso se encuentran comprometidos los derechos de igualdad ante la ley, las cargas públicas, la propiedad en sentido amplio y en general los derechos fundamentales de los ciudadanos (artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 33 de la Carta Magna), el principio de legalidad (artículo 31 Constitución Nacional) y la interpretación que cabe dar a los artículos 116 y 129 de la Constitución Nacional.

VIII. PETITORIO

Por todo lo expuesto solicito:

1. Se tenga por fundado el recurso de apelación deducido contra la sentencia del 23.02.2016 y se la revoque por los fundamentos esgrimidos.
2. Se tenga presente lo expresado en torno a la reserva del caso federal.

Proveer de conformidad, que

