



***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

***“ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (ATE) CONTRA GCBA SOBRE MEDIDA CAUTELAR”, EXPTE: EXP 28352 / 1***

Buenos Aires,                      de marzo de 2008.

**Y VISTOS:**

Estos autos, para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada —a fs. 102, pto. V, fundado a fs. 118/32, memorial cuyo traslado fue contestado a fs. 150/75— contra la resolución de fs. 86/70.

**VOTO DEL DR. CARLOS F. BALBÍN:**

I.1. La Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) solicitó una medida cautelar tendiente a que se ordene al Gobierno de la Ciudad la continuidad de los servicios del personal contratado —en sus diversas modalidades—, al 31 de diciembre de 2007, con asignación de las tareas normales y habituales que desarrollaba hasta esa fecha y el correspondiente pago de las remuneraciones, mientras no se demuestre en un proceso legal y con las debidas garantías las causales aducidas por la parte demandada.

Manifestó que —en síntesis— la decisión del gobierno, consistente en la no continuidad de 2.300 contratos, constituye una vía de hecho administrativa de arbitrariedad manifiesta en tanto no se habrían acreditado las causales invocadas por la autoridad administrativa, esto es, la supuesta falta de prestación de servicios por parte del personal no obstante percibir su remuneración, o bien la realización de tareas que no aportarían utilidad real para los vecinos de la ciudad.

Adujo que existe una discriminación dado que el gobierno acordó con otra entidad sindical —mediante acta suscripta el día 08/01/08— la revisión de la situación del resto del personal contratado y la realización de un censo. Sostuvo que no existe ninguna razón para que el personal cuyos contratos no han sido renovados reciba un tratamiento desigual con respecto a los demás contratados. Afirmó que, por lo tanto, corresponde que se mantenga la relación contractual hasta tanto la situación sea revisada.

I.2. La señora magistrada de primer grado hizo lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, ordenó el mantenimiento de la prestación de servicios del personal contratado de la Ciudad de Buenos Aires, en sus diversas modalidades, al 31/12/07, con la asignación de idénticas tareas normales y habituales que desarrollaba hasta esa fecha y el correspondiente pago de las remuneraciones, hasta tanto se resuelva en definitiva. La juez

dispuso, asimismo, que debe brindarse al personal cuyos contratos no fueron renovados la posibilidad de ser incluidos en el censo a realizarse en el mes de marzo de 2008 (fs. 86/90).

Dicho pronunciamiento fue cuestionado por la parte demandada —a tenor de los agravios vertidos en su memorial— circunstancia que motiva la intervención de esta alzada.

La señora Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 180/4, propiciando que se haga lugar a los agravios y, en consecuencia, se revoque la decisión apelada.

II.1. Toda vez que al contestar el traslado del memorial la parte actora solicitó que el recurso sea declarado desierto (fs. 150, pto. 1), por razones de orden corresponde expedirse sobre este aspecto en forma previa, por cuanto de la conclusión a la que se arribe dependerá la procedencia de examinar o no los otros agravios.

Al respecto cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes al establecer que, ante la gravedad de la sanción impuesta por el artículo 237, CCAyT, corresponde efectuar una interpretación razonablemente flexible y libre de rigor formal con relación a la fundamentación del recurso, lo cual conduce a admitir su validez en cuanto la presentación respectiva reúna al menos un mínimo de suficiencia técnica (esta Sala, *in re* “Fernández, Lucía Nélica c/ G.C.B.A.-Secretaría de Educación s/ Amparo”, expte. n° 163/00; “Fridman, Silvia Beatriz y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo, expte. n° 15/00, entre otros antecedentes).

Dado que el escrito agregado a fs. 118/32 satisface el estándar indicado precedentemente, la aplicación de las pautas enunciadas conduce a desestimar el pedido formulado. Corresponde examinar, en consecuencia, el *thema decidendum* propuesto a conocimiento del Tribunal.

II.2. En el apartado referido a los alcances de la medida cautelar (punto II.2 de su contestación de agravios) ATE argumentó que, según su criterio, la decisión de primer grado ha quedado consentida con respecto al personal que indica a fs. 160, 'a' y 'b'.

El planteo no puede prosperar. En efecto, la parte demandada destacó “...la modalidad genérica y abarcativa con que está diseñada la medida cautelar...” y abundó en argumentos referidos a este punto (ítems 2.1 a 2.4 del memorial, fs. 122 vta./ 123 vta.), que consideró confuso en tanto impide discernir con precisión el universo del personal comprendido —aspecto adecuadamente desarrollado por la señora Fiscal de Cámara con sustento en el principio procesal de congruencia (fs. 181, punto IV, apartado A, de su dictamen)— y solicitó que sea revocada íntegramente (cfr. punto VI, apartado 3, del petitorio de fs. 132 vta.).

Luego, ninguno de los aspectos del pronunciamiento recurrido han sido consentidos por el gobierno y, por lo tanto, su consideración en grado de apelación, por parte de este tribunal, deviene habilitada por las atribuciones conferidas a la Cámara por los arts. 242, 247 y ccts., CCAyT.



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Despejadas las cuestiones preliminares tratadas hasta aquí, cabe abordar específicamente el tratamiento de los agravios.

### **Falta de legitimación**

III. El primero de los aspectos es el concerniente a la legitimación activa.

III.1. En relación a esta cuestión, la demandada aduce, en primer lugar, que la Asociación de Trabajadores del Estado (en adelante ATE) carece de legitimación toda vez que “*no ejerce la representación personal y territorial de los trabajadores del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al menos para representarlos en autos y de la manera que pretende*”. Ello, en virtud de que “*su actuación como titular de una personería gremial está supeditada a su condición de sindicato más representativo en el sector personal y territorial en que aspira desenvolverse*” (fs. 119, punto 1.2.). Alega que la personería gremial en la Ciudad de Buenos Aires recae sobre el Sindicato Único de Trabajadores del estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA).

En segundo término, señala —en caso de que no se declare la falta de legitimación gremial de ATE— que la actora sólo puede representar a sus afiliados y observa que —en este supuesto— la mentada asociación “*no menciona cuáles son los afiliados cuya representación individual ha asumido*” (fs. 120).

En tercer y último orden destaca que, si se rechazan los argumentos precedentes, de todas formas la actora carece de aptitud procesal ya que esta causa no tiene por objeto la defensa de un derecho o interés colectivo sino una multiplicidad de derechos subjetivos individuales (fs. 121).

III.2. En el *sub lite*, la accionante ha solicitado el dictado de una medida cautelar contra el Gobierno de la Ciudad a fin de que “*se ordene: el mantenimiento de la prestación del personal “contratado” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —en sus diversas modalidades— al 31.12.07*” (fs. 1 vta.).

Así las cosas, a fin de resolver este planteo resulta preciso determinar si la entidad demandante se halla jurídicamente habilitada para invocar la afectación de los derechos o intereses cuya protección jurisdiccional pretende.

III.3. Con referencia a la caracterización de los supuestos en que se encuentra configurado un caso judicial, como lo ha recordado esta Sala *in re* “Rubiolo, Adriana Delia y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo”, del 16/11/00, es doctrina reiterada de la Corte que se trata de las causas “*... en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (doctrina de Fallos 156:318, consid. 5º, p. 321). Y, por ello, no se da una causa o caso contencioso (...) cuando se procura (...) la declaración general y*

*directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos, 243:176 y 255:104, consid. 5º, segundo párrafo)” (conf. cita efectuada por el Procurador General de la Nación en Fallos 320:2851).*

Es claro entonces que, de acuerdo a la doctrina sostenida en forma reiterada por la Corte, la existencia de un "caso" o "causa" presupone el carácter de "parte", es decir, que quien reclama se beneficie o perjudique con la resolución a dictarse en el marco del proceso. En este orden de ideas, dicho Tribunal ha señalado que *"al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer"*, de manera que éste *"resulta esencial para garantizar que [aqué] sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal"* (CSJN, Fallos 322:528, considerando 9º).

De esta forma, para poder ser considerado como parte en el proceso, quien ocurre por ante la jurisdicción debe demostrar la existencia de un "interés especial", esto es, que los agravios alegados la afecten de forma "suficientemente directa" o "substancial" y tengan suficiente "concreción e inmediatez" para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas por la reforma constitucional de 1994 en el artículo 43 de la Constitución Nacional (Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147;; 310:606, entre muchos otros).

III.4. Ahora bien, en el ámbito local —siguiendo los lineamientos expuestos en los párrafos anteriores— existe “causa contencioso-administrativa” cuando el actor sea titular de un *interés jurídico* tutelado por el ordenamiento normativo —artículo 6 del CCAyT— y, a su vez, dicho interés se vea afectado —daño cierto, actual o futuro— por una acción u omisión imputable a una autoridad administrativa —tal como éstas son definidas en los artículos 1 y 2 del CCAyT— de manera que, a través de la acción intentada, se pretenda prevenir, cesar o reparar los efectos lesivos que se invocan.

#### *(a) Derecho colectivo*

III. 5. Ahora bien, el artículo 6 del CCAyT no establece cuál es el alcance que cabe asignar a los términos “derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”, es decir, no define qué clase de intereses deben reputarse protegidos por el ordenamiento jurídico.

A fin de determinar el alcance de esa clase de intereses, cabe recordar que conforme el art. 43, CN, *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al*



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización...” (énfasis agregado).

En sentido aún más amplio, el art. 14 de la Constitución de la Ciudad establece que “*Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo ... Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos e intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor*” (el resaltado no está en el original).

Resulta de particular relevancia en el *sublite* poner de relieve que, conforme la jurisprudencia del máximo tribunal federal, la legitimación prevista en el citado art. 43 permite el acceso a la tutela judicial mediante otras vías procesales, distintas del amparo — como, por caso, la pretensión precautoria intentada en la especie—, que tengan por objeto obtener la protección judicial de derechos y garantías constitucionales (CSJN, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (A.G.U.E.E.R.A.) c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 22 de abril de 1997).

III.6. Sentado lo anterior, surge que, dentro de los intereses jurídicos tutelados mencionados en el artículo 6, CCAyT —que habilitan a su titular a ocurrir por ante los tribunales judiciales de este fuero en caso de su eventual afectación— se encuentran, por un lado, los *derechos subjetivos* y, por el otro, los *derechos de incidencia colectiva*.

No es posible soslayar que la Constitución Nacional (artículo 43) distingue claramente entre: a) la defensa jurisdiccional de un interés propio, individual y directo; y b) la defensa jurisdiccional de los denominados intereses de incidencia colectiva. El primer párrafo del citado artículo contempla entonces el amparo tradicional que puede ser interpuesto por toda persona que vea lesionados, restringidos, alterados o amenazados, por un acto u omisión manifiestamente ilegítimo o arbitrario, derechos o garantías.

En el segundo párrafo, en cambio, hallan expresa recepción los intereses colectivos, y aquí aparece la diferencia con el párrafo primero que presupone el daño a un derecho subjetivo clásico (esta Sala, *in re* “Fundación Mujeres en Igualdad c/ GCBA s/ Amparo”, expte. n° 9421).

A su vez, se ha señalado que es necesario distinguir entre: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y c) derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos (cfr. voto del juez

Ricardo Lorenzetti *in re* "Mujeres por la Vida —asociación civil sin fines de lucro— filial Córdoba c/ E. N. - P. E. N. - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", M. 970 XXXIX, sentencia del 31 de octubre de 2006).

En cada uno de ellos el concepto de caso judicial tiene un contenido y contorno diferente. Así, en la primera hipótesis —derechos individuales— la regla es que ellos son ejercidos por su titular; en la segunda —derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos— su ejercicio corresponde al Defensor del Pueblo, las Asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Pero la pretensión ha de tener por objeto, necesariamente, la tutela de un bien colectivo, diferente de la protección de bienes individuales (patrimoniales o no patrimoniales abarcados por el grupo anterior). Finalmente, en el tercer supuesto —derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos— el estándar es que los derechos individuales afectados sean divisibles, lesionados por un hecho único o complejo que afecte a una pluralidad relevante de sujetos, y que la pretensión quede concentrada en los elementos homogéneos del grupo afectado y no en el daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera particular.

En particular, se ha sostenido que cuando se pretende la protección de derechos de incidencia colectiva referida a derechos individuales homogéneos, deben concurrir varios elementos, el primero *"...es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.*

*El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.*

*El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo..."* (cfr. el ya citado voto del juez Ricardo Lorenzetti *in re* "Mujeres por la Vida - asociación civil sin fines de lucro - filial Córdoba c/ E. N. - P. E. N. - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", M. 970 XXXIX, sentencia del 31 de octubre de 2006).

*(b) Sujeto legitimado*

III.7. Ahora bien, aunque tal como se ha explicado en el considerando precedente una adecuada interpretación de las normas constitucionales evidencia con toda claridad que,



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

tanto en el ordenamiento nacional como local, los derechos de incidencia colectiva gozan de protección jurisdiccional, cabe sin embargo indagar acerca de los sujetos legitimados. Es decir, es necesario determinar quiénes revisten la calidad de titulares de la relación jurídica sustancial y, entonces, se encuentran legitimados para requerir tutela en el campo judicial, o bien, pese a no ser titulares, han sido especialmente habilitados por el ordenamiento para esgrimir pretensiones en el ámbito jurisdiccional en resguardo de derechos cuya titularidad corresponde a múltiples sujetos.

En este aspecto es necesario considerar que la Corte Suprema se ha expedido al respecto en la causa *in re* “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ Amparo”, sentencia del 1 de junio de 2000. En esos autos, el Procurador General de la Nación, a cuyo dictamen se remitieron los Dres. Bossert, Belluscio y López, señaló que “*la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994 (...) amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual*”.

Así, cuando se trata de derechos de incidencia colectiva la legitimación se amplía, pues de conformidad con el artículo 43 de la Constitución nacional —aplicable en principio a la acción de amparo pero extensible como ya se dijo a las restantes acciones— cuando la acción se ejerza en casos en los que se vean afectados derechos e intereses colectivos, están legitimados para interponerla: a) cualquier sujeto afectado; b) las personas jurídicas defensoras de derechos e intereses colectivos; y c) el Defensor del Pueblo

Mientras que en el primer supuesto —el afectado— el sujeto actúa invocando un interés propio (sin perjuicio de que su titularidad pueda ser compartida con otros sujetos), en el segundo caso —las asociaciones defensoras— éstas pueden recurrir a la jurisdicción tanto en defensa de un interés propio como un interés común de sus asociados o representados.

En particular la Constitución de la Ciudad reconoce como sujetos legitimados a “*cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos*”.

Es del caso destacar, con respecto a dicha cuestión, que resulta posible distinguir los supuestos en que una asociación pretende actuar en defensa de los derechos subjetivos de sus miembros, de aquellos otros en que la entidad actúa en defensa de intereses cuya protección viene encomendada por su estatuto (cfr. voto del juez Luis Lozano *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos”, Expte. n° 4889/06, sentencia del 21 de marzo de 2007).

El fundamento del reconocimiento de esta legitimación especial para accionar a un sujeto distinto del afectado atiende, evidentemente, a la dimensión o repercusión social y/o sectorial que, en ciertos casos, puede significar la afectación de un derecho colectivo y que justifica, a su vez, expandir a estas asociaciones —dedicadas principalmente a la protección de los intereses colectivos— la posibilidad de ocurrir por ante la justicia.

Sin embargo, no obstante la ampliación de la legitimación a partir de 1994, la Corte Suprema ha señalado que, para acceder a la jurisdicción, el demandante aún debe expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás, no siendo suficiente con invocar el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes. En el mismo sentido, el Tribunal expresó que “si bien el art. 86 de la Constitución Nacional prescribe que el Defensor del Pueblo ‘tiene legitimación procesal’, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial ... No debe perderse de vista que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor ‘constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el tribunal’ ... pues la justicia nacional ‘nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte’ (art. 2º de la ley 27)” (CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo Nacional”, sent. del 21 de diciembre de 2000, fallos 323:4098, y “Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo Nacional”, sent. del 11 de noviembre de 2003).

### *(c) Legitimación de ATE*

III.8. Sentado lo anterior, a fin de analizar la legitimación de la accionante, cuadra examinar si nos encontramos frente a un derecho que admite una legitimación procesal especial a favor de las asociaciones, trátase de un derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos o intereses individuales homogéneos —con incidencia colectiva—.

El art. 14 de la Constitución de la Ciudad expresamente menciona el derecho del trabajo como un derecho de incidencia colectiva al establecer que “*Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo ... Están legitimados para interponerla ... cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos e intereses colectivos, como la protección del ... trabajo*”.

Es decir que en la Ciudad, según las circunstancias de cada caso, el trabajo puede constituir un interés individual o colectivo

En la presente controversia la pretensión se refiere a los efectos comunes de la conducta estatal cuestionada —esto es, la finalización del vínculo— sin perjuicio de las pretensiones conexas que cada individuo puede deducir. En palabras de la accionante, estaríamos en presencia de una forma de discriminación entre los titulares de los 2.300





### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

contratos que no fueron renovados y los 20.000 contratados que serán objeto de revisión con motivo del acuerdo suscripto entre el GCBA y SUTECBA.

En efecto, dicha lesión proviene de un hecho único y complejo que afecta a una pluralidad relevante de sujetos. No cabe duda que la no renovación de los contratos de 2.300 agentes de la Ciudad tuvo su origen en la decisión del Poder Ejecutivo local de no renovar los contratos con fecha de vencimiento al 31/12/2007.

Además, el proceso colectivo es susceptible de potenciar la celeridad, eficacia y economía de la respuesta judicial y, además, no se aprecia que la legitimación así admitida colisione —es decir, resulte incompatible— con la que compete singularmente a cada trabajador que se considere afectado.

Así las cosas, el texto constitucional local y las circunstancias de la causa reseñadas permiten sostener que no se trata de derechos puramente individuales y exclusivos de cada uno de los titulares afectados sino de un derecho de incidencia colectiva —el trabajo como objeto colectivo de protección— y de intereses individuales homogéneos con un claro alcance colectivo —el derecho individual de cada uno de los contratados—. Aun cuando una sola de estas circunstancias sería suficiente para legitimar a la actora, lo cierto es que la configuración de ambas refuerza la legitimación procesal a favor de la asociación demandante.

A su vez cabe destacar que el artículo 3 del Estatuto de la actora dispone que “*La Asociación Trabajadores del Estado propenderá a la creación de Consejos Directivos Provinciales, Consejo Directivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Seccionales, Delegaciones, Juntas Internas de Delegados, y Departamentos necesarios para su actividad, las que tendrán a su cargo el mejoramiento de las condiciones laborales, sociales, económicas, técnicas, culturales, deportivas, de sus afiliados, a cuyo fin son sus propósitos inmediatos y mediatos:*

*... b) Propiciar la sanción de leyes y reglamentos que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo, garantizando la previsión social del trabajador estatal y la aprobación y consecuente participación gremial en convenciones colectivas de trabajo, estatutos y escalafones que garanticen la democratización de las relaciones laborales y la permanente y efectiva vigencia de la estabilidad, la carrera administrativa, sueldos y salarios dignos adoptando a tal fin los medios que estime convenientes; ...*

*j) Velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos de trabajo y seguridad social, denunciando sus infracciones...”*

De la letra expresa del reglamento surge que —a diferencia de lo sostenido por la recurrente—, el sindicato actor tiene entre sus fines no sólo la defensa de los intereses profesionales de sus “afiliados” y su representación en forma individual o colectiva sino, además, la vigilancia respecto del cumplimiento de las leyes y reglamentos del trabajo. Es

con sustento en estos objetivos que la demandante se encuentra legitimada como parte actora en esta causa, ya que la convicción de reclamar el respeto del art. 43 de la Constitución de la Ciudad en cuanto garantiza la estabilidad del empleado público y protege el derecho a la igualdad, en este caso, de los trabajadores del Estado, importa ejercer la defensa plena de los derechos de los agentes públicos. Asimismo, el intento de la accionante de regularizar situaciones de trabajo (supuestos contratos de locación de servicios que se renuevan en sendas oportunidades) por medio de este expediente cumple acabadamente con el inc. j) del art. 3º del estatuto en cuanto establece como objetivo de la asociación, el “velar” por el cumplimiento de las leyes (Constitución local y ley nº 471).

A su vez, según la ley nº 23.551 —de asociaciones sindicales— se entiende por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y trabajo (art. 3).

Así pues, a los fines de analizar la legitimación activa de la parte actora en esta controversia, no debe evaluarse cuál de los sindicatos es el que cuenta con personería gremial; simplemente, debe observarse si el estatuto incluye dentro de sus fines la defensa de los derechos laborales.

En conclusión, si bien el sindicato actor no es titular del derecho individual afectado, si lo es de los intereses colectivos bajo debate en su carácter de asociación que propende a la defensa de los trabajadores, tal como surge de su Estatuto.

Nótese, en este entendimiento, que podría darse la situación de que una organización no gubernamental estuviera en una mejor posición para ejercer la defensa de los trabajadores afectados que el sindicato actor, toda vez que este último sólo estaría legitimado si —como pretende la demandada— fuera el más representativo.

Por lo demás, el criterio expuesto encuentra respaldo en la habilitación amplia y sin condicionamientos establecida expresamente por el art. 14 de la Constitución local, en cuanto a la legitimación que reconoce a favor de las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, en particular, cuando la acción tiene por objeto la tutela de derechos colectivos en el marco de las relaciones laborales (“derechos e intereses colectivos, como la protección ... del trabajo”).

### **Medida cautelar**

IV. Sentado lo anterior, corresponde examinar la atendibilidad de la pretensión. A tal efecto, resulta pertinente describir en primer término el marco conceptual relativo a las medidas precautorias y, luego, exponer —al menos sucintamente— el régimen normativo en principio aplicable a la cuestión litigiosa y su interpretación por la jurisprudencia.

IV.1 Más allá de quejarse la accionada de la imprecisión con que fue dispuesta por la magistrada de grado la medida cautelar; la recurrente se agravia con sustento en la ausencia de verosimilitud en el derecho. En tal sentido, destaca que el fallo apelado “no



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*pone de manifiesto la concurrencia del fumus bona iura, entendido en la especie como un derecho verosímil de los agentes contratados a que la Administración deba seguir recibiendo sus servicios, bajo cualquier forma jurídica, una vez vencido el plazo de la contratación” (fs. 124).*

Destaca que el personal contratado beneficiado por la tutela preventiva no integra la planta de personal permanente de la Administración y, por ello, carecen de estabilidad. Pone de manifiesto que sus derechos se detallan en el decreto n° 948/05 y su reglamentación. Agrega que su parte no resolvió *ante tempus* ningún contrato de empleo público transitorio ni ejerció la facultad que le acordaba la cláusula 4° de tales contratos.

Aduce que la desvinculación de los contratados ocurrió por el vencimiento del plazo contractual, lo que descarta la existencia de vías de hecho. Además, observa que la culminación del término de los contratos opera *de jure* sin necesidad de declaración alguna sobre la conclusión del vínculo o el dictado de un acto administrativo que declare la extinción que fue pactada previamente en forma expresa en el contrato. Añade que “*No existe norma alguna que imponga a un contratante, y menos al Estado, la obligación de continuar con la vinculación contractual cuando ésta ha fenecido*” (fs. 125).

#### ***(a) Marco conceptual relativo a las medidas precautorias***

IV.2. A esta altura, cuadra recordar, respecto a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela (esta Sala, *in re* “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. n° 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. n° 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte. 271, entre muchos otros precedentes).

Estos requisitos fueron receptados y regulados, con sus peculiaridades, en la ley procesal local. Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción.

El art. 177 agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias,

fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas.

IV.3. No debe perderse de vista que que *“La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad sobre la existencia del derecho, lo cual permite que el juez se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica”* (CSJN, 21/07/2006, “Provincia de Tucumán c. Timen S.A.”, LL 06/11/2006, 11).

Los requisitos comunes a las medidas cautelares en todas sus variantes (innovativa, no innovativa, autosatisfactiva, autónoma) son la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela.

En lo que respecta expresamente al recaudo de la verosimilitud del derecho, la Corte Suprema indicó que *“El examen de la concurrencia de la verosimilitud del derecho a los fines del dictado de una medida cautelar, exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso”* (CSJN, “Provincia del Neuquén c. Estado Nacional”, 21/03/2006, LL 05/07/2006, 10).

Por su parte, el peligro en la demora que se constituye en la existencia de un temor fundado de que se produzca una lesión a un derecho cuya protección se persigue y se transforma en certeza si de manera inmediata no se obtiene una orden judicial que impida la conducta dañosa. Asimismo, este requisito se sustenta en la probable frustración de los derechos del requirente si obtiene un pronunciamiento judicial inoficioso o de imposible cumplimiento, al haberse dictado luego de la tramitación de todo el procedimiento judicial. A su respecto, nuestro Máximo Tribunal Nacional destacó que *“Para acceder a cualquier medida precautoria debe resultar en forma fehaciente el peligro en la demora que la justifique, el que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros”* (CSJN, “Lago Espejo Resort S.A. c. Provincia de Neuquén y otro”, LLOnline).

*(b) Marco jurídico aplicable*

IV.4. Seguidamente, se analizará la procedencia de la medida cautelar requerida a la luz de la verosimilitud del derecho alegado por la actora y desconocido por la demandada.

Ante todo debe recordarse que el *fumus bonis iuris* exige un análisis del derecho aplicable a la situación planteada.



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

En dicho entendimiento, la primera norma que debe observarse es el artículo 43 de la CCABA, que impone que el ingreso y la promoción en la función pública tienen lugar por concurso: *“La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas...Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por **concurso público abierto**...”*(énfasis agregado). Este imperativo constitucional impone que los trabajadores del Estado *prima facie* deben participar del procedimiento concursal a fin de ingresar a la función pública.

En cumplimiento del mandato constitucional, el artículo 6 de la ley 471 establece que *“El ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo **concurso público abierto** de conformidad con las pautas que se establezcan por vía reglamentaria”*. Por su parte, la mentada ley reconoce, en su art. 36, la estabilidad exclusivamente al personal de planta permanente.. Así *“**los trabajadores de la planta permanente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen derecho a la estabilidad** entendida como el derecho de éstos a conservar el empleo hasta que se encuentren en condiciones de jubilarse, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente ley para su reconocimiento y conservación. La estabilidad no es extensible a las funciones”* (énfasis agregado).

Sobre el tema, el TSJCABA observó que *“...ni el propio Poder Ejecutivo puede disponer el ingreso de agentes a la carrera de otro modo que no fuese mediante la celebración de concursos, por cuanto sus facultades al respecto se encuentran expresamente regladas por la ordenanza 45.199, la ley 471 y el art. 43 CCABA. ... una sentencia judicial no podría ordenar transgredir una disposición de naturaleza constitucional, aún cuando otros agentes hubieran sido incluidos en el escalafón especial por decisión del Poder Ejecutivo sin cumplimentar el recaudo indicado”* (TSJCABA, “Amarilla, Lida Ursulina s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Amarilla, Lida Ursulina c/ GCBA s/ Amparo (art. 14, CCABA)”, Expte. n° 3994/05, del voto de la Dra. Ana María Conde, sentencia del 19/10/2005).

Por su parte, esta Sala, tuvo oportunidad de señalar que *“el artículo 43 de la CCABA garantiza un régimen de empleo público que asegura el derecho a la estabilidad, y establece que el ingreso y promoción en la carrera deben efectuarse por concurso público abierto ... Por su parte, la ley 471 establece que las relaciones de empleo público se desenvuelven con sujeción a los principios de ingreso por concurso público abierto y asignación de funciones adecuada a los recursos disponibles (art. 2, incs. a y c). Su artículo 6° dispone, como principio general, que el ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto. El artículo 9° consagra el derecho a la estabilidad en el empleo en tanto se cumplan los*

*requisitos establecidos para su reconocimiento y conservación (inc. ñ). En tal orden de ideas, al regular el régimen de la estabilidad (cap. IX) la mencionada norma aclara que este derecho corresponde a los trabajadores de la planta permanente (art. 36) ... Es que, el sistema de concursos resulta el principio general en lo que concierne a ingreso y promoción en materia de empleo público, que fluye en primer término del artículo 16 de la Constitución nacional en cuanto establece que todos los habitantes ‘son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad’. Luego la Constitución de nuestra Ciudad dispone en su artículo 43 que se ‘garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto’ ... Resulta imprescindible el cumplimiento de los recaudos para el ingreso permanente a la administración —en particular selección por concurso público abierto ... —“ (esta Sala, in re, “Angelastro Cristina contra GCBA sobre empleo público (no cesantía ni exoneración)”, sentencia del 29/12/2005).*

Conforme el ordenamiento constitucional e infraconstitucional y la jurisprudencia reseñada, el ingreso de los trabajadores al Estado debe hacerse por concurso público.

Más aún, la Convención Interamericana contra la Corrupción ratificada por nuestro país por ley 24.759 establece en su artículo III —titulado “Medidas Preventivas”— que *“A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. ... Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública ... 5. **Sistemas para la contratación de funcionarios públicos** y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la **publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas**”* (énfasis agregado).

IV.5. Sin perjuicio del régimen de empleo público —planta permanente— cuyo carácter jurídico más relevante es la estabilidad en sentido propio de los trabajadores del Estado, la ley n° 471, en su art. 39, regula el régimen del personal “transitorio”. El precepto en cuestión dispone que *“El régimen de contrataciones de trabajadores por tiempo determinado comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o eventual, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente. El régimen de prestación por servicios de los trabajadores de Gabinete de las Autoridades Superiores, debe ser reglamentado por el Poder Ejecutivo, y sólo comprende funciones de asesoramiento o de asistencia administrativa. Los trabajadores cesan en sus funciones en*



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*forma simultánea con la Autoridad cuyo Gabinete integran, y su designación puede ser cancelada en cualquier momento”.*

Es decir, el precepto legal admite —más allá de la manda constitucional del art. 43— la existencia de trabajadores en el ámbito del Estado sujetos al régimen de contrataciones. Los requisitos que la norma impone son: 1) que se trate de funciones que no sean propias del régimen de la carrera administrativa; 2) que dichos cargos no puedan ser cubiertos con personal de planta permanente; y 3) que las tareas estén sujeta a un plazo determinado.

Con sustento en dicho art. 39 de la ley n° 471, la demandada utiliza diversas formas de contratación: a saber, contratos de trabajo por tiempo determinado y locación de obra y de servicios, entre otros.

IV.6. A su vez, con referencia al personal contratado, el legislador dispuso que “[e]l Poder Ejecutivo procederá a revisar, en el término de noventa días a partir de la sanción de la presente ley [ley 471], la normativa vigente en materia de personal contratado, y la situación de aquellos trabajadores comprendidos en dicho régimen, que observen características de regularidad y antigüedad en la administración, en actividades y funciones habituales de las plantas permanentes y/o transitorias” (cap. XVI, Cláusulas Transitorias, art. 67).

Mediante el decreto n° **2138/GCBA/01** —y sus modificatorios— se estableció un régimen sobre contratación de personas por medio de locación de servicios y obra, previendo —en particular— un mecanismo descentralizado para la celebración de dichos contratos en cada jurisdicción administrativa.

En la actualidad rige el sistema establecido por el decreto n° **948/05**, reglamentado a su vez por la res. **3206/05**, que en su art. 1° circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos de locación de servicios. En tal sentido, establece que: “*Los contratos de locación de servicios vigentes al 31 de diciembre de 2004, que hayan sido renovados durante el corriente año y se encuentren en curso de ejecución, celebrados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco del Decreto N° 2.138-GCABA/01 y modificatorios y que no encuadren dentro de las excepciones previstas en el artículo 3°, son adecuados al régimen establecido en la primera parte del artículo 39 de la Ley N° 471, a partir de la entrada en vigencia del presente decreto*”.

Por su parte, el art. 3° dispone que “*A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, no se pueden celebrar contratos bajo el régimen del Decreto N° 2.138-GCABA/01 y sus modificatorios, salvo en los siguientes casos, en los que también serán de aplicación las delegaciones específicas de facultades: a) cuando la dedicación no sea completa; b) cuando sean financiados con fondos provenientes de fuente externa o de transferencias afectadas; c) cuando tengan por objeto locaciones de obra; d) cuando sean efectuados*

*bajo el régimen establecido por el Decreto N° 490-GCABA/03 (B.O. N° 1683) o la norma que lo reemplace, para la realización de tareas de relevamiento y/o encuestas ... , y e) cuando tengan por objeto la realización de tareas artístico-culturales ... ”.*

A su vez, la resolución n° **3024/05** —reglamentaria del decreto n° 948/05— dispone, en su art. 5° que **“En ningún caso se puede celebrar una contratación cuya vigencia exceda el ejercicio presupuestario respectivo”** (énfasis agregado).

Es dable destacar que la finalidad perseguida por el decreto n° 948/05 fue regularizar la situación de las personas contratadas (bajo el régimen establecido por el decreto n° 2138/01 y sus modificatorios, esto es, mediante contratos de locación de obra y de servicio) a fin de que su prestación se adecue a las previsiones del art. 39 de la ley n° 471, salvo los supuestos excepcionales expresamente detallados en el art. 3° del decreto n° 948/05, en cuyo caso podrá recurrirse a las formas de contratación previstas en el decreto n° 2138/01. No está demás recordar que el art. 1° de esta última norma faculta *“...al/la titular de la Vicejefatura de Gobierno, a los señores Secretarios del Poder Ejecutivo y Jefe de Gabinete, así como a los funcionarios con rango equivalente, y a los Subsecretarios con dependencia directa del Jefe de Gobierno y funcionarios con rango equivalente dentro de dicha jurisdicción, a autorizar la contratación de personas bajo los regímenes de locación de servicios o de obra, dentro de sus disponibilidades presupuestarias y hasta un monto máximo de pesos tres mil (\$ 3.000) mensuales por contrato”*.

Luego, mediante la resolución n° **1154/MHGC/06** el Ministro de Hacienda instruyó a la Dirección General de Recursos Humanos para que obtuviera un relevamiento, entre otras, de las personas contratadas desde el 1/1/05 bajo el régimen de locación de servicios, salvo que se encontrasen comprendidas en el art. 3 del decreto n° 948/05.

Por último cabe mencionar que, mediante la resolución n° **1924/GCBA/MHGC/07** el Ministro de Hacienda dispuso —en concordancia con lo acordado en el acta de negociación colectiva n° 10/07— que “[l]os contratos bajo el régimen de locación de servicios celebrados con las personas censadas en virtud de la Resolución n° 959/MHGC/07, con vigencia en la actualidad y fecha de finalización al 31 de diciembre de 2007, son adecuados al régimen establecido en la primera parte del artículo 39 de la Ley n° 471, a partir del 1° de septiembre del corriente año” (art. 1).

#### *(c) Fraude laboral*

IV.7. Referido el marco normativo, en principio aplicable a esta causa, es dable observar que, *prima facie*, el problema reside en la utilización de estas formas de contratación más allá de los fines previstos por la norma, por ejemplo, la renovación de los contratos sin solución de continuidad.

Es decir, no resulta contrario a las normas constitucionales la posibilidad de contratar personal a fin de cumplir con fines específicos y temporales que no pueden ser realizados por los agentes de planta permanente. Más aún, puede sostenerse que resulta





### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

irrazonable llamar a concurso y conceder estabilidad propia a un trabajador cuyas tareas están circunscriptas a un trabajo específico y a corto plazo, esto es, un trabajo eventual.

En cambio, en principio, resulta una transgresión al ordenamiento jurídico transformar la regla particular (contrataciones por tiempo determinado para ejercer un trabajo eventual), en general (y de esa forma coartar el derecho a la estabilidad de los empleados estatales que realizan tareas propias de la administración por tiempo indefinido), porque de esa manera se incurre en lo que se conoce habitualmente como “fraude laboral”.

Cabe recordar que *“En el acto en fraude a la ley media siempre una maniobra, un subterfugio, un acto o combinación de actos, o un falseamiento de los hechos para violar la ley, pero respetándola aparentemente.... el fraude como el conjunto de medios oblicuos empleados con el fin de conseguir el resultado que la ley quería prohibir, conformando su conducta de tal modo que no pueda reprobarse directamente”* (Fernández Gianotti, Enrique, “Fraudes en el Derecho laboral”, La Ley, Páginas de Ayer, 2004-10, 40).

IV.8. Esta Sala se expidió en tal sentido en la causa “Mazza, Guillermo y otros s/ GCBA s/ cobro de pesos”, sentencia del 21 de julio de 2006. Se trató de un caso en donde se había acreditado la duración indefinida de la transitoriedad de las funciones llevadas a cabo por un grupo de trabajadores con sustento, primero, en contratos y, luego, en decretos; así como también la ruptura intempestiva de las relaciones laborales por decisión unilateral de la demandada. En dicha sentencia, el Dr. Corti —al que adherí— explicó que *“El examen de la situación concreta de las demandantes muestra la existencia de una situación manifiestamente irregular para los trabajadores. Según el régimen legal invocado por el Gobierno, los trabajadores no gozaban de las garantías propias del empleo público ni, a la vez, los que otorga la regulación general del derecho del trabajo de carácter privado. Ajenos a uno y otro ámbito se tienen que someter, según parece, al arbitrio de los empleadores que, por su sola voluntad normativa, los hacen sustraerse de toda regulación jurídica protectoria superior. Como consecuencia de las vicisitudes de un emprendimiento económico, fueron primero desplazados del ámbito privado sin que luego hayan sido incorporados al ámbito del empleo público”*. Agregó, además, que *“De lo expuesto surge a mi entender una situación jurídica inaceptable, puesto que se colocó a los trabajadores fuera de todo ámbito de protección, circunstancia que, por lo menos, y, además de todo lo relativo al derecho de los trabajadores, se encuentra reñida con el principio de buena fe que debe regir toda la actividad estatal... Al respecto considero justo lo señalado por la Dra. Highton...al decir que ‘dadas las circunstancias descriptas, debe prevalecer la realidad de la vinculación que unió a las partes, por lo que corresponde aplicar la norma de rango superior que garantiza a todo trabajador público o privado un resarcimiento en el supuesto de despido arbitrario, siendo justo adoptar como parámetros las disposiciones*

contenidas en la ley de contrato de trabajo. La cláusula contractual que se arroga la facultad de despedir o hacer cesar el contrato de su arbitrio y sin indemnización no puede ser atendida (C.N.Trab., Sala VI, 29-4-94, D.T. 1994-B-1188; ídem, 12/5/97, D.T. 1997-B-2282; íd. 27-2-98, D.T. 1998-B-1503; íd. 27-2-98, D.T. 1998-B-1851)”; (voto de la Dra. Highton de Nolasco en “Villoldo”, “Bonino”, sentencias del 9/3/2001)”. Así pues, el magistrado preopinante concluyó que “Y eso es lo que aquí también se hace, en la medida en que considero que **la mejor solución del caso es aquella que admite el derecho a obtener una indemnización por el despido, que debe encuadrarse en los términos del régimen jurídico más acorde a la situación fáctica: la ley de contrato de trabajo.** Por cierto, lo dicho significa que la regulación local que permitía estas situaciones resulta inconstitucional, a la luz de lo dispuesto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, cláusula expresamente invocada por los actores (ver el alegato de fs. 625/628)” (énfasis agregado).

Cabe poner de manifiesto que esta sentencia fue recurrida ante el TSJCABA quien, con fecha 18/07/2007, determinó que “En verdad, tanto en primera como en segunda instancia, los jueces advirtieron que la utilización de un mecanismo de designación **transitoria** para mantener una relación de empleo durante **7, 8 o 10 años**, constituye un fraude laboral o una lesión a las reglas de buena fe que debe guiar la actuación del Estado con sus agentes. Máxime cuando la planta transitoria de agentes que se desempeñan en el Parque de la Ciudad se mantuvo con posterioridad a la fecha de extinción de la relación que el Estado mantenía con los actores”, añadiendo que “la lectura de la sentencia permite advertir sin dificultad que la Sala no aplicó directamente la LCT sino, en principio, el art. 14 bis de la Constitución nacional, para recurrir a ella en busca de la solución” .

Por su parte, el TSJCABA en la causa “Corne Roberto c/ GCBA s/ amparo s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 05/07/2005, señaló que “el a quo consideró, de manera coincidente con lo decidido en primera instancia, que la relación jurídica existente entre el amparista y el GCBA instrumentaba, más allá de su calificación como contrato de locación de servicios, la prestación de funciones propias del régimen de la carrera administrativa, es decir que excedían las de carácter transitorio o eventual que admiten un sistema de contratación sin estabilidad; todo ello en función de la interpretación y aplicación de la ley 471 (arts. 37 y 39). Además, por estar en juego el poder de policía vinculado con la inspección del trabajo en la industria y el comercio, aplicó los arts. 6 y 7 del convenio 81 de la OIT que garantizan “al personal de inspección (...) la estabilidad en su empleo” (fs. 237 vuelta). Así las cosas la sentencia impugnada reconoce un sustento en la interpretación de la ley 471, independiente del convenio OIT n° 81, y suficiente para fundarla en su totalidad. Dicho en otras palabras, cualquiera fure la interpretación que se adoptare acerca de dicho convenio resultaría ineficaz para modificar el pronunciamiento atacado...” (voto, el Dr. Luis Lozano).



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

IV.9. Un capítulo aparte merece el precedente de la CSJN “Madorrán c/ Administración Nac. de Aduanas”, sentencia del 03/05/2007. En dicha causa, la Corte convalidó la decisión de la instancia anterior que ordenó reincorporar en su cargo a un agente que había sido separado de su empleo sin invocación de causa justificada y razonable, ello en virtud de la estabilidad propia reconocida al empleado público por el art. 14 bis de la Constitución Nacional. A tal fin declaró la inconstitucionalidad del art. 7 del convenio colectivo 56/92 “E”, establecido por el laudo 16/92, en cuanto prevé el despido sin causa y el derecho del trabajador a una indemnización en los términos de la LCT, por cuanto la norma impugnada resulta incompatible con la estabilidad del empleado público, consagrada en el art. 14 bis de la CN. En dicho fallo, el Tribunal observó que no era dable sustituir la estabilidad del agente separado sin causa de su cargo por una indemnización porque importaría dejar al empleado público indefenso.

Empero, la situación analizada por la Corte dista de la aquí planteada. Ello así debido a que el art. 7º del Convenio Colectivo 56/92 “E”, según texto dispuesto por laudo 16/92 del Ministerio de Trabajo de la Nación, establece que: *“La relación de empleo entre la Administración Nacional de Aduanas y los trabajadores de la **planta permanente**, implica el derecho de estos últimos —dentro del marco de este Convenio— a conservar el mismo. La relación de empleo se extinguirá: a) Por las causas que se establezcan en el régimen disciplinario. b) Por acogerse a la jubilación o retiro voluntario. c) Sin invocación de causa, mediante el pago de la indemnización prevista en el artículo 245 de la Ley 20.744 (t.o. 1976), sustituido por la Ley 24.013. Asimismo, no se tendrán en cuenta los años de antigüedad ya indemnizados por cualquier causa de cese de una relación de empleo público anterior....”* (énfasis agregado).

Como surge de los hechos de la causa, el convenio declarado inconstitucional estableció para el *personal permanente* la posibilidad de despedirlo mediante el pago de una indemnización. Así pues, dicho convenio estableció dentro del marco de la estabilidad propia que corresponde a los agentes estatales, la posibilidad de transformarla en un régimen de estabilidad impropia y es, por eso, que dicha norma resulta contraria al art. 14 bis de la Constitución Nacional.

#### ***(d) Análisis del caso***

IV.10. La evaluación de las constancias de la causa, de conformidad con los principios enunciados (consid. IV.2. y IV.3.), el bloque normativo reseñado (consid. IV.4. a IV.6.) y su interpretación por la jurisprudencia, conduce a concluir —con el grado de provisionalidad y dentro del acotado marco cognoscitivo que caracterizan al instituto cautelar— que la pretensión deducida en términos precautorios no resulta suficientemente verosímil.

En efecto, la parte actora cuestiona el hecho de que el Gobierno de la Ciudad no haya renovado contratos por tiempo determinado que fueron **celebrados en el año 2007 y vencieron el 31 de diciembre de ese año**. Ahora bien, el régimen legal de contratación por tiempo determinado comprende únicamente la prestación de servicios de carácter transitorio que no se hallen incluidos entre las funciones propias del régimen de carrera y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente (cfr. art. 39, primer parte, ley 471).

En el caso de autos, las personas estaban vinculados a la accionada a través de contratos a plazo fijo en los términos del decreto n° 948/GCBA/05 (vgr. locación de servicios cuyo vencimiento ocurrió el 31/12/2007). De las cláusulas de tales contrataciones, específicamente la 10ª, surge expresamente que *“La continuación de la prestación de servicios, una vez operado el vencimiento del presente contrato, no importará la tácita reconducción ni renovación automática del mismo, el que puede ser prorrogado o renovado únicamente por acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro instrumento contractual. Bajo ninguna circunstancia tendrá derecho al pago de servicios que declare haber cumplido o hubiera cumplido una vez concluida la vigencia estipulada en el presente. La prórroga o renovación del contrato y las contrataciones sucesivas o interrumpidas en ningún caso implicarán incorporación a la planta permanente”*.

A su vez, la desvinculación de las personas alcanzadas por la medida impugnada se habría producido por el mero vencimiento del plazo de los contratos. Esto descartaría, *prima facie*, la existencia de vías de hecho —comportamientos materiales de la Administración, lesivos de derechos o garantías constitucionales (cfr. art. 9, LPA)— en los términos alegados en el escrito de inicio. Ello así por cuanto, en las condiciones descriptas precedentemente, la relación jurídica que une a las partes habría culminado de pleno derecho en los términos previamente convenidos —sin necesidad del dictado de acto administrativo alguno que así lo declare—, a menos que se celebre un nuevo contrato o que las partes de común acuerdo aprueben su prórroga. Al suscribir el contrato, el agente contratado por tiempo determinado tomó conocimiento de las condiciones de su vinculación con el Estado, entre ellas, el carácter temporario y fecha de vencimiento del contrato.

Las constancias incorporadas al expediente no permiten tener por demostrado que las personas alcanzadas por la medida impugnada por la demandante hayan sido contratadas sucesivamente y de manera reiterada con el objeto de realizar, en forma habitual y regular, tareas correspondientes al régimen de carrera y que, por tanto, se configure en el caso un supuesto de fraude al régimen legal.

Nótese que la accionante viene ante estos estrados en representación de 2.300 agentes. No obstante el considerable número de personas contratadas a las que pretende beneficiar con la medida cautelar requerida en su demanda, sólo identifica a **seis empleados** (Ernesto Chacón Uribe; Bettina Quintá; Miguel Roberto Tevelevich; Sebastián



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Gómez; Lorena Viviani; Luciana Vera) respecto de los cuales manifiesta (sin demostrar —a excepción del señor Miguel Tevelevich—) que han sido objeto de renovaciones periódicas desde sendos años atrás (fs. 6 y vta.).

A su vez, la alusión a cuarenta y nueve agentes más (junto a los nombrados precedentemente) **sin ningún detalle** como por ejemplo el **nombre de los contratados, fecha de celebración del contrato o tareas realizadas**, no alcanza para dar sustento jurídico suficiente y razonable a la tutela preventiva peticionada. Menos aún, si no se agregaron los contratos que unieron a tales agentes con la administración a fin de comprobar la existencia o no de irregularidades.

A mayor abundamiento el ofrecimiento de la declaración de tres testigos —que, por lo demás, no fueron citados antes del dictado del pronunciamiento apelado— y la presentación de copia de cinco contratos —todos ellos referidos a una misma persona, que es además uno de los testigos propuestos— resulta manifiestamente insuficiente para sustentar el dictado de una medida cautelar innovativa del alcance solicitado por la parte actora.

En este entendimiento, no puede concederse la medida cautelar requerida respecto a 2.300 contratados con sustento en la verificación de los hechos alegados por la accionante en **un solo caso particular** (cf. surge de los contratos agregados a fs. 73/83) .

A lo dicho debe agregarse que no resulta aplicable a la especie —a fin de sustentar la verosimilitud del derecho— en el principio *in dubio pro operario* dado que la doctrina y la jurisprudencia es conteste en que dicho principio tiene operatividad cuando se trata de cuestiones atinentes a la interpretación y aplicación de normas, pero es improcedente cuando las posibles dudas versen sobre la interpretación de los hechos (cf. CSJN, “Fernández Nicolás c/ Ferrocarriles Argentinos”, 31/10/2002, con remisión al dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo). En igual sentido este tribunal ha aplicado el principio *in dubio pro operario*, entre otras, en las causas “Ruiz, María Antonieta y otros c/ GCBA s/ cobro de pesos”, expediente EXP n° 684/0; “Tortosa, Marta Margarita y otros c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. EXP n° 9226/0; “Michelet, Aída Esther c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)”, expte. EXP n° 9402/0, salvo en los casos de “insuficiencia de pruebas” en el marco del contrato de locación de servicios (“Diz López Regulo c/ GCBA - Hospital Rivadavia - sistema de asistencia médica de emergencia s/ cobro de pesos”, expte. EXP n° 3444/0).

En síntesis, considero que no está acreditada en este estado del proceso la ilegitimidad manifiesta y, consecuentemente, el derecho lesionado y su verosimilitud. En efecto, dado el bloque normativo reseñado y su interpretación, por un lado, y los hechos del caso por el otro, este Tribunal entiende que la medida cautelar debe ser revisada.

IV.11. Sin perjuicio de lo antes expuesto cabe analizar el agravio sobre la presunta existencia de discriminación en el marco del presente caso.

A modo de introducción, es dable recordar que la Corte Suprema, aún antes de la reforma constitucional del año 1994, señaló que *“La garantía de igualdad ante la ley no resulta afectada cuando se confiere un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas, con tal que la discriminación no sea arbitraria u obedezca a razones de indebido privilegio o se traduzca en ilegítima persecución”* (CSJN, “Liebau, Gustavo L.”, 03/03/1992, LL 1992-C, 147). Así pues, afirmó que *“No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma.”* (CSJN, “D. de P. V., A. c. O., C. H.”, 01/11/1999, LL 2000-B, 24).

A su vez, el Tribunal observó que *“Las prohibiciones de discriminación implican un análisis y un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación en sí misma, la que habrá violado el límite constitucional cuando se verifique que el factor o supuesto prohibido es su único fundamento y que conlleva un criterio de desvalorización o prejuicio”*. (CSJN, “R. A., D. c. Estado Nacional”, del voto del Dr. Maqueda 04/09/2007, LL 21/09/2007, 7).

IV.12. En el *sub lite*, la decisión de no renovar los contratos fue basada en pautas objetivas, precisamente, de orden temporal. En efecto, se refirió a los contratos regidos por el decreto n° 948/2005, cuyo fecha de vencimiento ocurrió el 31/12/2007. No se basó, *prima facie*, en cuestiones subjetivas sino que estableció una fecha de corte (31/12/2007).

En este sentido, resultan claras las manifestaciones vertidas por el gobierno en su memorial en cuanto sostuvo que *“... dentro del acotado universo de contratados durante el año 2007, existe información y grado de certidumbre suficiente como para tomar la decisión de no renovar los contratos de locación. Por el contrario, respecto de otro grupo de contratos, objetivamente definido por pautas temporales, el grado de certeza se ha juzgado que no tiene igual intensidad, y por ello se prevé un paso adicional, antes de tomar una decisión fundada”* (fs. 128, último párrafo). A su vez, más adelante expresó que la decisión se tomó *“... recurriendo a la vasta información con la que cuentan las distintas Direcciones acerca de las tareas que desempeñan sus agentes”* (fs. 128 vta., tercer párrafo).

En tal sentido, la jurisprudencia de los distintos fueros sostuvo por ejemplo y en otros contextos que *“La suspensión del trámite ... no afecta las garantías constitucionales de defensa en juicio e igualdad ante la ley, pues no impide el acceso a la justicia; al aplicarse un criterio objetivo todos los litigantes reciben idéntico tratamiento emergente de la ley en iguales circunstancias”* (énfasis agregado, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Gómez de Fisicaro, Gloria A. c. Umere, Julio C. “, 06/05/1996 ). En sentido



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

similar, se señaló que “*El principio de igualdad que consagra y tutela el art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires no es absoluto, sino que impone no excluir a unos de lo que se establece para otros en iguales circunstancias, situación que no se presenta cuando los diversos regímenes obedecen a un criterio objetivo y razonable de discriminación*” (SCPBA, “González, Andrés y otros c. Municipalidad de Almirante Brown”, 04/04/1995).

Luego, en principio se habría adoptado un criterio fundado en circunstancias objetivas, a saber: establecer una fecha de corte y decidir que los contratos vencidos en esa fecha no sean renovados en tanto los servicios no revisten utilidad de conformidad con los censos dispuestos anteriormente (cfr. resoluciones n° 1154/MHGC/GCBA/06 y 959/MHGC/GCBA/07) e informes elaborados por los directores de cada área.

A mayor abundamiento, ese mismo criterio —aplicado hasta el momento con respecto a los contratos vencidos— es el que se prevé aplicar oportunamente a los contratos aún vigentes —más allá de la opinión de este tribunal al respecto—. En este sentido, cabe señalar que en el punto 1 del acta suscripta el día 8 de enero de 2008 entre SUTECBA y el Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad en la sede de la Subsecretaría de Trabajo en el marco de la Comisión de Conciliación —art. 95, ley 471— (fs. 71), se convino analizar detalladamente las prestaciones de todo el **personal contratado**, acordándose expresamente que “[t]odo aquél que no esté realizando un trabajo útil para el vecino no será renovado”.

En suma, tampoco se advierte —con las constancias incorporadas hasta el momento y apreciando la cuestión en el marco limitado que admite la medida cautelar— que el hecho de que el personal contratado detallado en el presente proceso no sea incluido en el censo comporte una discriminación y, por lo tanto, configure una lesión a la garantía de igualdad (arts. 16, CN y 11, CCBA).

A lo expuesto, debe agregarse sobre este punto que “*Resulta procedente el rechazo de la medida precautoria solicitada si el requisito del peligro en la demora no se encuentra debidamente verificado, pues de las constancias agregadas a la causa surge que la única prueba arrojada por la accionante consiste en recortes de distintos matutinos y revistas que sólo dan cuenta de meras versiones periodísticas*” (CNACiv y Com Fed, Sala II, “Andrés Jaime E. c. Estado Nacional”, 05/05/2005, con remisión a la doctrina sentada en autos “Guzzi, Guillermo H. c. Estado Nacional”, de fecha 02/12/2004, a la que el Tribunal se remite, LLOnline).

En el caso de autos, al igual que en la jurisprudencia transcripta, en su mayor parte, la prueba arrojada consiste en recortes y notas periodísticas que recogen supuestas declaraciones de funcionarios públicos sobre las hipotéticas razones de la decisión del ejecutivo.

V. En conclusión no es posible, conforme la prueba acompañada, incorporar y aumentar la planta de personal de la Ciudad de Buenos Aires en más de 2.300 personas — sin concurso público en trasgresión de la normas vigentes— no sólo por lo perjuicios que ello cause o pudiere causar a los vecinos de la Ciudad sino en términos de igualdad en relación con los otros trabajadores que ingresaron y se desempeñan en el Estado local en el marco de las respectivas carreras administrativas.

Así las cosas, dado que en este estado procesal no se encuentra acreditada la concurrencia de los recaudos de procedencia de la medida cautelar —en particular, la verosimilitud del derecho en los términos expuestos anteriormente y de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial examinado— corresponde revocarla.

VI. El otorgamiento de una tutela cautelar consistente en la inclusión de los agentes contratados en el próximo censo no resulta razonable porque tal criterio importaría poner en manos de la autoridad administrativa la decisión sobre la continuidad de aquéllos —en particular, la procedencia de renovar o no los contratos—. Pero ello es improcedente porque a partir del momento en que la contienda es sometida por las partes a decisión jurisdiccional, el examen de la cuestión corresponde exclusivamente al juez de la causa, quien puede ordenar las medidas para mejor proveer que considere pertinentes en el marco del proceso.

VII. Teniendo en cuenta que este es un proceso colectivo que, como tal reviste características peculiares (cfr. consid. III) y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente — revocación de la cautelar— cabe que el juez de primera instancia otorgue tutela cautelar con alcance singular a solicitud de parte, en el caso particular, y siempre que en su caso estén presentes en este estado provisional (con respecto a las personas contratadas que así lo soliciten y acrediten según las circunstancias denunciadas e incorporadas en el expediente) los presupuestos sobre cautelares y en particular los extremos de hecho que configuran fraude laboral en los términos analizados *ut supra* (consid. IV) en el marco del caso individual.

VIII. Finalmente, cabe aclarar que si bien la decisión de la señora juez de primera instancia no coincide con el criterio jurídico de esta alzada, de ello no se sigue que quepa tacharla de arbitraria o irrazonable. En efecto, la arbitrariedad no puede fundarse en la mera disconformidad del litigante con la interpretación que hacen los tribunales de justicia, en tanto éstos no excedan las facultades de apreciación de los hechos y aplicación del derecho que son propias de su función jurisdiccional.





## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

### **VOTO DEL DR. ESTEBAN CENTANARO:**

I. A fin de evitar reiteraciones innecesarias, cabe dar por reproducida la reseña de las constancias de la causa efectuada en el voto precedente (consid. I).

Comparto, asimismo, las conclusiones que se exponen en el considerando II con respecto a la improcedencia del planteo de deserción del recurso y el hecho de que la resolución apelada no se encuentra parcialmente consentida por la parte demandada; el marco jurídico aplicable —a las medidas cautelares en general (consid. IV.2. y IV.3.) y a este caso en particular (consid. IV.4. a IV.6)— y también la solución del caso que proponen tanto mi colega preopinante como el fundado dictamen de la señora Fiscal de Cámara (fs. 180/4).

Considero pertinente exponer, no obstante, los fundamentos que desarrollaré a continuación.

II. Es del caso destacar, en primer lugar, que la medida cautelar solicitada por la parte actora no comporta una pretensión suspensiva, Ello así, toda vez que el Poder Ejecutivo —o los órganos que se encuentran en relación de dependencia jerárquica con respecto a él— no ha dictado acto alguno. Antes bien, el objeto de aquélla consiste en el dictado de una decisión que innove la situación jurídica actual y, por lo tanto, se disponga la continuación de las relaciones contractuales concluidas. Así las cosas, resulta inaplicable el art. 189, CCAyT —que regula la suspensión de la ejecución o cumplimiento de hechos, actos o contratos administrativos—, debiendo examinarse la cuestión a la luz de las previsiones de los arts. 177 y cctes. del mismo cuerpo normativo.

III. En materia de legitimación, resulta posible distinguir los supuestos en que una asociación pretende actuar en defensa de los derechos subjetivos de sus miembros, de aquellos otros en que la entidad actúa en defensa de intereses cuya protección le viene encomendada por su estatuto (cfr. voto del juez Luis Lozano *in re* "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos", Expte. n° 4889/06, sentencia del 21 de marzo de 2007).

Como es sabido, las reglas que definen la existencia de legitimación procesal varían según que la pretensión involucre derechos individuales o derechos de incidencia colectiva.

Pues bien, en este sentido cabe destacar que, según la ley 23.551 —de asociaciones sindicales— se entiende por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo (art. 3).

Las asociaciones sindicales adquieren personería jurídica a partir de su inscripción y desde ese momento tienen —entre otros— los siguientes derechos, a saber: a) peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados; y b) representar los intereses colectivos, cuando no hubiese en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial (art. 23, inc. 'a' y 'b').

La personería gremial corresponde a la asociación que en su ámbito territorial y personal de actuación sea la más representativa —condición que se atribuye a la entidad que cuenta con mayor número promedio de afiliados cotizantes sobre la cantidad promedio de trabajadores que intenta representar— (art. 25) y a ella le compete, *con carácter exclusivo*, el derecho de "*defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores*" (art. 31, inc. 'a').

De conformidad con la información proporcionada a fs. 119/20, de los registros de la Dirección General de Recursos Humanos del gobierno surgiría que ATE no revestiría la condición de entidad sindical más representativa en el ámbito estatal de la Ciudad de Buenos Aires y, como consecuencia de ello, no le correspondería ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce, con carácter exclusivo, a las asociaciones con personería gremial.

Resta examinar, no obstante, la legitimación de la parte actora a la luz de las disposiciones de su estatuto.

Conforme el estatuto correspondiente —texto aprobado mediante la resolución n° 128/07 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, del 15 de febrero de 2007— "*Como continuadora de las 'Asociaciones Trabajadores del Estado', 'Asociación Obreros y Empleados del Estado', 'Confederación General de Trabajadores del Estado', constitúyese una asociación sindical de primer grado con la denominación de 'Asociación Trabajadores del Estado' (ATE), fundada el 15 de enero de 1925 e inscripta con personería jurídica y gremial n° 2, de fecha 23 de septiembre de 1937 y 11 de enero de 1946, respectivamente. La asociación sindical constituida tiene su domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su zona de actuación se extiende a todo el territorio de la Nación Argentina*". (Cap. I, art. 1, Denominación, Domicilio legal y Zona de actuación).

Al delimitar el objeto de la entidad, el estatuto expresa que "*...ATE agrupa en su seno a los trabajadores estatales que tengan relación de dependencia o presten servicios para cualquiera de los poderes del Estado Nacional, Provincial, o Municipal, entes autárquicos, entes públicos no estatales, empresas estatales, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas, sociedades estatales y con participación de capital estatal, servicio de cuentas especiales y todo otro organismo centralizado o descentralizado en el orden nacional, provincial, municipal o mixto. También agrupa al personal jubilado, retirado o pensionado, que haya guardado relación de dependencia con los entes mencionados en el párrafo anterior*" (Cap. II, Agrupamientos y Principios, art. 2).



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Todo ello, en orden a instar "*...el mejoramiento de las condiciones laborales, sociales, económicas, técnicas, culturales, deportivas, de sus afiliados, a cuyo fin son sus propósitos inmediatos y mediatos: a) garantizar la defensa de los intereses profesionales de los afiliados; ... i) defender y representar a sus afiliados en forma individual o colectiva...*" (art. 3, incs. 'a' e 'i').

De conformidad con las normas precedentes, cabe concluir que la parte actora se encuentra legitimada para ejercer ante estos estrados la representación colectiva —no ya de los 2.300 trabajadores alcanzados por la medida que objeta en esta causa, lo cual corresponde a la entidad con personería gremial— sino la de sus afiliados que hayan resultado comprendidos en ella.

Y es del caso señalar que, conforme la información suministrada por la demandada, 298 trabajadores afiliados a ATE fueron incluidos en el régimen de empleo público transitorio (cfr. fs. 120) y, por lo tanto, podrían haber sido alcanzados por la decisión impugnada si los contratos hubiesen sido celebrados durante el año 2007 y llegados a término el día 31 de diciembre de ese año.

La falta de individualización precisa, en este estado procesal, de cada una de las personas beneficiarias de la pretensión instaurada, no es un factor que la torne improponible, toda vez que se trata de un extremo fácilmente subsanable requiriendo a ambas partes los informes del caso.

Luego, el alcance de la legitimación que aquí se reconoce a la accionante —por cuanto el objeto del debate concierne, de manera directa, a una cuestión de interés común de una parte sus afiliados en tanto agentes que fueron contratados por el Gobierno de la Ciudad— resulta notoriamente reducido con respecto al admitido en la instancia de origen. En tal medida cabe, entonces, hacer lugar parcialmente a los agravios vertidos por el gobierno apelante.

Con el alcance indicado corresponde examinar, entonces, la atendibilidad de la pretensión.

IV. El Código Civil argentino suministra en el art. 1137 la definición de contrato en términos sumamente amplios, llegando a confundirse a éste con la convención jurídica y la doctrina nacional discrepa, en su mayoría, con el concepto que brinda dicha norma.

Entiendo, sin embargo, debe definirse al contrato como todo acuerdo de contenido patrimonial.

V. Asimismo, cabe recordar que la más amplia división posible del derecho positivo, que remonta al romano, opone el *público* al *privado*. Para los romanos la distinción se basaba en el interés protegido: el derecho público se refería al Estado y a la

cosa pública, en tanto que el privado tomaba en cuenta lo pertinente a la utilidad de los particulares.

Modernamente, se han dado otros criterios: a) Según la primera opinión, lo típico del derecho público sería referirse a relaciones de *subordinación*, mientras que el derecho privado organiza la *coordinación* de sujetos ubicados en situación de paridad. De ahí que al primero corresponda la justicia *distributiva* y al segundo la *conmutativa*. Esta tesis, desenvuelta por GURVITCH y por RADBRUCH, se ha objetado por cuanto presenta el grave inconveniente de dejar al derecho internacional público al margen del criterio preconizado; b) La segunda opinión persiste en el criterio romano que toma en cuenta la distinción de los intereses cuya satisfacción el derecho procura. Es todavía la que siguen PLANIOL y JOSSERAND. Sin embargo, se ha observado que la mayor parte de las instituciones se ordenan al interés general, o más exactamente, al “bien común”. Por lo demás, también se ha dicho que las instituciones públicas no son fines que valgan por sí mismos, sino medios al servicio de las personas humanas; c) El restante criterio de distinción toma en cuenta la calidad de los sujetos de derecho. Si la norma alude al Estado como poder público es de derecho público, si se refiere a sujetos que obran desprovistos de todo carácter de soberanía política es de derecho privado.

Esta distinción —a la que el propio VÉLEZ hace referencia (ver nota al art. 31 y 34 del Código Civil)— permite una primer clasificación general de los contratos entre los del derecho privado y los del derecho público, considerando especialmente entre estos últimos la existencia de ciertos acuerdos entre Estados (que, por lo común, reciben el nombre de *tratados*) y aquellos otros que realiza uno de ellos con un particular (categoría del llamado *contrato administrativo*).

VI. Desde otro ángulo, el contrato regido por el ordenamiento privado debe asimismo ser comparado con el propio del derecho administrativo, por lo que corresponderá analizar el concepto de este último, si puede o no ser considerado dentro de la noción contractual general y, finalmente, en qué forma (analógica o subsidiaria) la regulación que alcanza al primero será aplicable al segundo. Nuevamente, no se puede dejar de lado en este análisis la definición de contrato que proporciona el artículo 1137 —tomada casi en forma literal de la tesis de SAVIGNY y según la cual dicha figura gozaba de tal amplitud conceptual, que dejaba comprendidos en su alcance los actos propios del derecho público—; es que, una definición de esa laxitud es la que surgiría de la interpretación estricta y literal de esa disposición. Sin embargo, no es esa la postura que entiendo sustentable.

Sentado ello, corresponde recordar que DUGUIT, negaba la existencia de categorías distintas entre los contratos del derecho privado y los del administrativo (*cfr.* Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1930, pp. 434/5).



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Por su parte, BIELSA, define al contrato administrativo como la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público, realiza con otro (público o privado) con un fin público (*cfr.* Bielsa, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 171).

Ahora bien, señala CASSAGNE que el problema central que, pese a ello, sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil —que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma no esporádica— y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público (*cfr.* Cassagne, Juan Carlos, “*Sobre la sustantividad ...*” en *Contratos — Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, p. 116).

En otro sentido, MARIENHOFF ha sostenido que la figura “contrato” pertenece al derecho en general, siendo común al derecho privado y al derecho público. En nuestro país la expresión contrato de la Administración Pública es un término genérico comprensivo de dos especies: el contrato administrativo, propiamente dicho, y el contrato de derecho común de la Administración. El primero se rige por el derecho administrativo; el segundo por el derecho privado (civil o comercial) (conf. Marienhoff, “*op. cit.*”, Abeledo Perrot, t. II, § 393, p. 590 y ss.).

Por ello, y tal cual lo sostengo desde la titularidad de la cátedra que ejerzo, todo contrato en el que una de las partes es el Estado, nacional, provincial, local, entes autárquicos, etc., y la otra, una persona jurídica similar o un particular, es un contrato administrativo, que tiene diferencias con los del derecho privado. Mas en aquéllos acuerdos que por su objeto “bienes fuera del comercio” o por su causa la prestación (de un servicio público o de una función esencial del Estado) o por convención, tienen cláusulas exorbitantes explícitas o implícitas, serán contratos administrativos en sentido estricto.

Esta diferencia entre el contrato de derecho privado y el de derecho público fue expresamente reconocida por VÉLEZ SARSFIELD, disponiendo la aplicabilidad subsidiaria de la normativa del derecho civil a los contratos administrativos.

Ahora bien, cabe recordar al respecto que dentro de las normas de la locación de cosas, dispone el artículo 1502 que: “[l]os arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que les sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código”; es decir que, como ya he dicho en otra oportunidad “... en la norma precedentemente transcripta se distingue netamente el contrato administrativo del civil y sólo se declara aplicable la legislación común en forma subsidiaria”. A partir, entonces, de una particular disposición contenida en el título dedicado a la locación, el derecho privado proporciona una regla que

puede generalizarse y servir como principio de solución a la problemática antes referida, atinente a la posibilidad de aplicación de tales normas en relaciones contractuales propias del derecho público.

Ello, por lo demás, no hace sino reflejar la imprecisión de una de las características que se predicen del proceso de codificación: la exclusividad de contenido.

En efecto, la codificación es el último paso en la evolución legislativa siendo el código una ley que se caracterizaría por la unidad de sanción y publicación, la homogeneidad de contenido, la sistematización y, para la mayor parte de la doctrina, la exclusividad.

Sin embargo, la exclusividad de contenido en la actualidad va siendo dejada de lado, puesto que algunos códigos, además de regular el derecho civil, también legislan el comercial y otros una sola parte del derecho privado civil y mercantil, como por ejemplo, los contratos.

En otras palabras, el principio de exclusividad de contenido no se presenta de manera absoluta en casi ningún código y ello sucede, asimismo, en nuestro derecho, en el que el Código Civil argentino contiene numerosas disposiciones relativas a temas diversos y que no sólo regulan las relaciones entre los particulares sino que también resultan aplicables a la de éstos últimos con el Estado.

Es así que el Código Civil contiene —además del ya citado artículo 1502— numerosas normas destinadas a legislar sobre derecho administrativo; baste, a título de ejemplo, la mención de los artículos 33, 823, 912, 1112, 1117, 1442, 1443, 1810, inciso 2º, 2185, inciso 4º, 2261, 2262, 2339, 2340, 2341, 2342, 2344, 2415, 2572, 2575, 2611, 2637, 2639, 2644, 2646, 2738, 2750, 2839, 3083, 3545, 3545, 3589, 3879, 3951 y demás concordantes.

VII. Pues bien, con respecto al vínculo contractual que unía a los trabajadores con el Gobierno de la Ciudad, no resulta ocioso tener presente que, como he dicho en otra oportunidad (Centanaro, Esteban, *¿Que es el Comodato?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 121 y ss.; Gastaldi, José María – Centanaro, Esteban, *Excepción de incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 78 y ss.), la figura del contrato civil presenta la posibilidad de ser comparada con ciertos actos propios del derecho administrativo que, por su estructura, plantean el interrogante de si considerarlos o no como simples aplicaciones de la noción de contrato.

La circunstancia, por cierto especial, de tratarse de actos comprendidos en la esfera del derecho administrativo, alerta sin embargo respecto del fracaso de una posible asimilación, porque estamos en presencia de institutos que pertenecen al derecho público y que, por lo mismo, no podrían comprenderse —como sucede en el caso— dentro de una figura que es de derecho privado.



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

No hay que olvidar, por otra parte, que en la tesis de SAVIGNY, el contrato tenía tal amplitud, que dejaba comprendidos en su alcance los actos propios del derecho público y tal posición amplia es admitida por autores argentinos —aunque no con la misma extensión— al amparo de la disposición del art. 1137 del Código Civil, tomada, casi a la letra, del mencionado jurisconsulto.

Nuevamente debo advertir que no comparto el concepto extenso y que, en cuanto a los actos administrativos se refiere, existen elementos que los excluyen de la noción de contrato de derecho privado, lo que no impide sin embargo la aplicabilidad de ciertos efectos de éste a los mismos.

De manera indiscutible, el principal argumento para eliminar del ámbito del contrato privado a los actos administrativos está dado por la presencia del Estado en éstos, en su carácter de persona de derecho público cuando así actúa, es decir, fuera de su actividad como sujeto de carácter privado.

VIII.1. A partir de ello, ¿por qué no sería contrato, en el sentido del derecho privado, el acto celebrado entre el Estado como persona de derecho público y un particular?

La respuesta es simple: porque no existe en tal caso entre los contratantes igualdad jurídica, como se ha sostenido (Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, Ejea, 1952, t. 1, p. 52; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ejea, 1995, t. IV, p. 435); y admito, con la doctrina más generalizada, que es presupuesto característico del contrato que las partes se encuentren en pie de igualdad, al menos desde el punto de vista jurídico, ya que no siempre lo están desde el punto de vista económico.

La paridad jurídica se daría cuando los dos contratantes gozan de tutela de igual intensidad por parte de la ley, aunque alguno de ellos pueda influir en la libre determinación del otro para que estipule el contrato, imponiendo, prácticamente en forma unilateral, el contenido del mismo, como puede suceder en los contratos por adhesión o con cláusulas predispuestas. Aún en estos casos, es factible advertir la diferencia con el contrato administrativo.

Porque la desigualdad jurídica se concreta en la posibilidad, por parte del Estado, no sólo de exigir el cumplimiento del acto celebrado con el particular —lo que también ocurre en el contrato de derecho privado— sino asimismo en la potestad de separarse de aquél y declarar sin efecto dicho acto, aunque a veces corresponda otorgar indemnización al particular. Pero esto, ante la actitud del Estado de no cumplir, sólo tendrá el recurso de pedir la reparación, pero no el cumplimiento. Implica ello un claro apartamiento del principio de que los contratos se hacen para ser cumplidos, como asimismo del que establece que el deudor no puede eludir el cumplimiento de la obligación ofreciendo satisfacer daños e intereses (arg. arts. 658, 725, 740, 741, 742, etc., del Código Civil).

Por ello se sostiene que el elemento característico fundamental del acto administrativo es el “establecimiento de una relación jurídica de subordinación con respecto a la Administración Pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella”, manifestándose esa subordinación en la desigualdad de derecho en que se encuentran ambos contratantes —en el caso de los llamados contratos administrativos— en lo que se refiere al régimen de ejecución, extinción y efectos del contrato.

Tal desigualdad se justifica teniendo en cuenta el interés que persigue el Estado, que es el bien común, al que deben subordinarse los actos que realiza. Por eso es admisible la posibilidad de apartarse de una contratación por parte del Estado, en la medida en que ésta ya no realiza su fin público, pero debe advertirse sobre la necesidad de que tal poder discrecional sea ejercido exclusivamente por ese motivo.

Como bien se ha dicho (Mélích Orsini, José, *El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato*, en *Contratación Contemporánea, Teoría General y Principios*, Alterini, A., de los Mozos, J. y Soto, C. (dir.), Editorial Temis SA, Bogotá y Palestra Editores, Lima, 2000, p. 144) "... sin pretender con ello llegar al otro extremo de la concepción iuspublicista que tiende a desnaturalizar la idea de contrato, arrojando al co-contratante de un ente público en el reino de las incertidumbres que emerge de las arbitrarias construcciones del contencioso administrativo, guiadas tan sólo por perjuicios emanados de una simplista identificación de intereses generales con los apetitos de los agentes reales de la administración Pública, creo llegada la hora de que también los juristas con vocación al derecho privado reflexionemos sobre la necesidad de reelaborar un derecho común de los contratos. La recuperación del papel que le corresponde al contrato en la preservación de la identidad de la sociedad civil frente al autoritarismo del Estado hace de ello una tarea urgente para todo jurista, cualquiera que sea la disciplina de su preferencia".

De forma que existe una clara diferencia entre el contrato administrativo, en sentido estricto, —que se caracteriza por sus cláusulas exorbitantes y su diverso tratamiento— del civil donde las partes están en absoluto pie de igualdad; pero cuando la convención jurídica patrimonial en la que interviene el Estado y un particular carece de exorbitancia se debe encaminar la interpretación hacia la mayor paridad de trato (*conf. esta Sala, “Fundación Navarro Viola c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Demanda contra la autoridad administrativa - otros”, EXP 804, 14/11/01, mi voto*), sin dejar de sostener que también es contrato administrativo y que tendrá diferencias con el de derecho privado.

VIII.2. La sustancial diferencia apuntada en los párrafos que anteceden se refleja, además, en otros aspectos.

Así, ya respecto del consentimiento puede advertirse que la “declaración de voluntad común” a la que se refiere el art. 1137 del Código Civil adquiere particularidades propias en el campo del derecho administrativo; de este modo, la finalidad inexcusable de





### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

toda la actividad de la administración, en cuyo mérito ésta siempre debe tener presente el interés público, hacen que la conjunción de voluntades *generalmente* se opere *adhiriéndose* el administrado a cláusulas prefijadas por el Estado para los casos respectivos. Es decir, frente a esas hipótesis, la fusión de voluntades se opera sin discusión de tales cláusulas por parte del administrado, el cual se limita a *aceptarlas* (conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. III A, 1983, 3ª ed., § 616).

Otro dato diferenciador relevante es que la administración no siempre puede *elegir* libremente a su cocontratante; así, es muy común que el orden jurídico positivo la constriña a efectuar dicha elección observando o respetando ciertas normas y mecanismos (licitación —pública o privada—, concurso, etc.), exigencia que puede aparecer más acentuada con referencia a unos contratos que a otros (conf. Marienhoff, Miguel S., “*op. cit.*”, § 621, p. 153).

VIII.3. Por otra parte, atendiendo al elemento *forma* (tal como oportunamente he expuesto en mi voto en autos *Beltramo, Néstor c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios -excepto responsabilidad médica-*, Expte. N°: EXP 4285/0, 2/5/06) se dice de los contratos de derecho privado que pueden ser formales y no formales; ello no implica, claro está, que pueda existir un contrato (acto jurídico bilateral patrimonial y entre vivos) sin un hecho exterior por el cual la voluntad que aquél trasunta se manifieste (desde esta óptica general, todos los contratos son “formales”; ver arts. 713 y 973 del Cód. Civil), sino que, respecto de determinados contratos, la ley *impone* que aquella indispensable exteriorización de la voluntad sea cumplida a través de una específica solemnidad: sólo desde este ángulo puede hacerse la diferenciación apuntada *ut supra*.

A partir de esa noción de forma en el sentido de formalidad (Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 257), la regla es la de libertad de formas; esto es, la libre elección por las partes de los modos de exteriorizar su voluntad (arts. 974 y 1182 del Cód. Civil).

Por el contrario, en el ámbito de la contratación administrativa no puede hablarse de imperio del principio de la libertad de formas, dado que —como lógica consecuencia de la intervención del Estado— todo vínculo contractual originado al amparo de ese régimen deberá constituir la resultante de una serie de formalidades cuya inobservancia importará —eventualmente— la nulidad de tales convenciones (ver, al respecto y actualmente, las diversas disposiciones contenidas en los arts. 7º, 25 y concordantes de la ley 2095, Ley de Compras y Contrataciones de la C.A.B.A.).

IX. Ello sentado, cabe recordar que el artículo 43 de la CCABA garantiza un régimen de empleo público que asegura el derecho a la estabilidad, y establece que el ingreso y promoción en la carrera deben efectuarse por concurso público abierto.

A su vez, conforme lo previsto en el artículo 102 CCABA, el Jefe de Gobierno tiene a su cargo —en cuanto interesa para resolver la cuestión planteada— la administración de la Ciudad y la planificación general de la gestión. Dirige la administración pública y procura su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos. En particular, el artículo 104 de la CCABA dispone que compete al Jefe de Gobierno establecer la estructura y organización funcional de la administración bajo su dependencia y nombrar sus funcionarios y agentes (inc. 9).

Por su parte, la ley 471 establece que las relaciones de empleo público se desenvuelven con sujeción a los principios de ingreso por concurso público abierto y asignación de funciones adecuada a los recursos disponibles (art. 2, incs. a y c). Su artículo 6° dispone, como principio general, que el ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto. El artículo 9° consagra el derecho a la estabilidad en el empleo en tanto se cumplan los requisitos establecidos para su reconocimiento y conservación (inc. ñ). En tal orden de ideas, al regular el régimen de la estabilidad (cap. IX) la mencionada norma aclara que este derecho corresponde a los trabajadores de la planta permanente (art. 36) y dispone que, a los efectos de la adquisición de la estabilidad, el trabajador debe prestar servicios efectivos durante un período previo de doce meses y aprobar la evaluación de desempeño, pudiendo adquirirla por el solo transcurso de ese período si a su término el agente no hubiera sido evaluado por causas imputables a la administración.

El art. 39 del mismo texto legal —referido a los trabajadores transitorios— dispone, por su parte, que *“El régimen de contrataciones de trabajadores por tiempo determinado comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o eventual, no incluidas en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente”* (norma citada, primera parte).

Cabe mencionar que la ley 2095 —de compras y contrataciones del sector público de la Ciudad de Buenos Aires— excluye expresamente de sus disposiciones a las locaciones de servicios u obra de personas físicas (art. 4, inc. ‘b’), de forma tal que su regulación está dada por el precepto legal transcrito en el párrafo que antecede, sin perjuicio —claro está— de las normas reglamentarias y, a su vez, las reglas y los principios constitucionales aplicables.

X. La evaluación de los hechos del caso, sobre la base de las afirmaciones vertidas por ambas partes y los escasos elementos de convicción reunidos hasta el momento, apareja, en mi opinión, la improcedencia de la medida cautelar.



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

En efecto, *prima facie* los trabajadores habrían aceptado libremente los términos de la relación jurídica que no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza transitoria y por tiempo determinado.

Al respecto se ha sostenido que la aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas, presididos por un régimen de inestabilidad, veda reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violentaría el principio que impide venir contra los propios actos. Ello es así, pues, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior (CSJN, Fallos 310:2117; 312:245 y 1371).

La persona que sabe, al tiempo de su nombramiento, que éste tiene asignado un período determinado, estaría desde el comienzo de su relación de empleo en conocimiento de su situación de revista. Con posterioridad, no podría pretender que su status administrativo se trueque en otro. Si el empleo público es un contrato administrativo, parecería que el principio general de la buena fe y la intensión de las partes presta asidero a la solución (Germán Bidart Campos “El *status* del personal transitorio de la administración”, ED 125-504; CCAyT, Sala I, “*Cecconi, Leandro Luis c/ G.C.B.A. s/ amparo*”, del 12/8/02; *id.*, Sala II, mi disidencia *in re* “*Cámara, José Eduardo c/ G.C.B.A. s/ amparo*”, del 28/4/05).

Sobre esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios por un plazo superior a los doce meses, no pueden trastocar *per se* la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la administración (Fallos 310:195, 1390 y 2927, 312:245, 1371, entre muchos otros).

Por lo demás, es del caso mencionar que el máximo tribunal federal ha sostenido, también, que el carácter permanente de las tareas asignadas al personal contratado no importa borrar la limitación temporal de su nombramiento (Fallos: 310:2927 y 312:1371).

Resultaría, pues, imprescindible, entonces, el cumplimiento de los recaudos para el ingreso permanente a la administración —en particular selección por concurso público abierto, y acto expreso de designación en ese carácter por la autoridad competente—. El derecho a la estabilidad no alcanzaría al personal transitorio (artículo 36 de la ley 471) y su adquisición no podría derivar de sucesivas prórrogas (Sala II de este Fuero, *in re* “*Ildarraz Alejandro c/ GCBA s/ amparo*”, EXP 5137/0, 13/8/02; en el mismo sentido y por unanimidad, *in re* “*Muguerza, María Cristina c/ G.C.B.A. s/ amparo*”, EXP 5844/0, 26/8/03; *id.*, Sala I, mi disidencia *in re* “*Corbeira, Constanza Teresa c/ G.C.B.A. s/ amparo*”, del 23/3/04).

En consecuencia, en el contexto jurídico descripto, la decisión de no renovar determinados contratos cuya vigencia ha concluido por vencimiento del plazo pactado por

las partes no presentaría —en principio y con el alcance acotado propio de todo juicio cautelar— ninguna ilegitimidad, por lo que debe hacerse lugar a la apelación deducida y dejar sin efecto la medida precautoria dictada.

XI. La existencia de distintos criterios —situación que este pronunciamiento demuestra de manera elocuente— prueba que la cuestión sometida en esta causa a decisión jurisdiccional reviste complejidad. Por ello, si bien disiento con la colega de grado —pues me he pronunciado desde hace tiempo en el mismo sentido aquí expuesto, en los precedentes en que he debido intervenir como juez de esta cámara—, lo cierto es que la resolución recurrida no se manifiesta como arbitraria o irrazonable.

#### **DISIDENCIA DEL DR. HORACIO G. A. CORTI:**

I. A fin de evitar reiteraciones innecesarias, cabe dar por reproducida la reseña de las constancias de la causa que resultan relevantes para resolver, efectuada en el primero de los votos que anteceden (consid. I.1. y I.2.).

II. Al fundar su recurso, el gobierno apelante afirmó que la resolución recurrida “*adolece de notorias ambigüedades e inconsistencias*” (pto. II, último párrafo, del memorial, fs. 118 vta.). Sin embargo, la lectura objetiva y serena del pronunciamiento de primer grado permite advertir que se halla suficientemente fundado en los hechos y el derecho que la magistrada de primera instancia consideró aplicable al caso —cumpliendo, de tal modo, con la exigencia de fundamentación impuesta por el art. 27, inc. 4, CCAyT—. Aunque la parte no comparta la solución dada al litigio, y aún cuando la decisión del primer juzgador resulte revocada por esta cámara, tales circunstancias no convierten al pronunciamiento en inconsistente, ambiguo o arbitrario, como también sostuvo (fs. 127).

La recurrente argumentó, asimismo, que “*„la sentencia apelada ha sido dictada en franca violación del art. 106 de la Constitución local, transgrediendo la esfera de poder asignada a los jueces, en vulneración del principio de división de poderes y de la garantía de defensa en juicio... “* (fs. 122 vta., apartado 1.4, último párrafo).

Con respecto a esta cuestión —que, en rigor, no constituye una crítica concreta y razonada del pronunciamiento— ha de señalarse que la juez se limitó a disponer una medida cautelar en una causa de su competencia (art. 2 CCAyT) y a pedido de la parte actora, habiendo examinado el cumplimiento de los requisitos legales para su procedencia, que entendió configurados en medida suficiente.

Esta actuación se enmarca estrictamente en el ejercicio de las potestades atribuidas al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, esto es, conocer y decidir en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución de la Ciudad, los convenios que ésta celebre, los códigos de fondo y las leyes y demás normas nacionales y locales (art. 106



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

CCABA) y, en particular, el control de legitimidad de la actuación —u omisión— de la autoridad administrativa, que compete al Poder Judicial en el marco de la forma republicana de gobierno, adoptada por Ciudad de Buenos Aires en el art. 1 CCBA.

Ello pone en evidencia que, con el dictado de la resolución apelada, la señora juez *a quo* no ha invadido en forma alguna las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, lo cual basta para desestimar este planteo (esta Sala, *in re* “Galán, María del Carmen c/ G.C.B.A. s/ Amparo s/ Incidente de apelación contra medida cautelar”, Exp n° 3733).

Por lo demás, en cuanto concierne a la supuesta violación de la garantía de defensa en juicio, corresponde poner de relieve que la juez notificó su decisión al gobierno, quien, en consecuencia, tomó conocimiento fehaciente de ella e interpuso el recurso, que fue concedido. Ello le permitió acceder a estos estrados de segunda instancia, de manera tal que su derecho de defensa se encuentra plenamente resguardado.

Ante ello, afirmar que “*la sentencia carece de fundamentos jurídicos serios*” (fs. 127, tercer párrafo) constituye un exceso en la medida que, por lo ya dicho, la resolución no es merecedora de una calificación semejante.

III. Más allá de las distinciones conceptuales entre las diferentes categorías de derechos e intereses (derechos subjetivos individuales; derechos de incidencia colectiva; intereses legítimos), dada la interpretación amplia que he efectuado con respecto a las previsiones del art. 6, CCAT, al votar en la causa “Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos” (EXP n° 6812/0, donde propicié una visión generosa en materia de legitimación activa, voto a cuyos términos cabe remitirme), considero que en este estado del proceso corresponde tener a la accionante por legitimada en medida suficiente a los fines de la pretensión cautelar.

IV. La cuestión sometida a decisión de esta alzada en esta causa presenta, entre otras características que la singularizan, los siguientes rasgos: a) la pretensión deducida se refiere a un amplio sector de personas, vinculadas individualmente al Estado local, de forma tal que no se trata de evaluar una relación jurídica determinada sino una pluralidad considerable de relaciones de tal índole; b) esa evaluación debe efectuarse a la luz de un marco normativo relativamente complejo —tal como lo ilustra de manera elocuente la exposición efectuada por el Dr. Balbín (cf. consid. IV de su voto)—; y, por último, c) dada la naturaleza de las relaciones jurídicas en cuestión, el juzgamiento de la pretensión cautelar debe efectuarse —en lo concerniente al tratamiento e interpretación de las leyes laborales— de conformidad con los principios del derecho del trabajo (art. 43, *in fine*, CCBA).

V. Si bien en ocasiones anteriores se dispuso realizar relevamientos del personal contratado por el Gobierno de la Ciudad (así, por ejemplo, mediante las resoluciones n° 1154/MHGC/06 y 959/GCBA/MHGC/07), en el expediente no existe prueba de que los trabajadores comprendidos en la pretensión hayan sido efectivamente censados. Menos aún es posible conocer el resultado de esos relevamientos. En efecto, con respecto a este punto sólo constan en la causa dichos de la parte demandada, que, por lo demás, no se refieren específicamente a ningún censo sino a los informes que habrían elaborado los directores de cada área.

Luego, la decisión objetada por la accionante podría, eventualmente, haberse sustentado en información insuficiente. Dos elementos respaldan esta posibilidad. Por un lado, el hecho de que el gobierno no haya presentado datos precisos, cuya obtención debería resultar sencilla y rápida si constase en el padrón de contratados; y, por el otro, la prueba documental aportada por la parte actora, de la cual *prima facie* se desprendería la celebración de contratos sucesivos por tiempo determinado y con respecto a una misma persona. Si se tratase, por hipótesis, de una situación generalizada y, además, las tareas encomendadas a ese personal fuesen propias del régimen de carrera podría haberse configurado un fraude al régimen legal aplicable (art. 39, ley 471).

VI. En las condiciones descriptas, el resguardo de la parte más débil de la relación jurídica —esto es, el sector de los trabajadores cuya representación colectiva intenta la demandante— por aplicación del principio *in dubio pro operario*, aconseja otorgar una protección precautoria, aunque no con el alcance solicitado por la parte actora, tal como lo expreso en los puntos VIII y siguientes de este voto.

Sobre la aplicación del referido principio del derecho del trabajo al ámbito propio del empleo público, me remito a lo dicho en la causa “Ruiz, María Antonieta y otros c/ GCBA s/ cobro de pesos” (EXP n° 684/0), donde expresé, entre otras consideraciones, las siguientes:

VI.1 El art. 43 de la CCABA se refiere a la protección del trabajo, tanto en el ámbito privado como público. En su último párrafo establece que “*El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios de derecho del trabajo.*”

Considero que este artículo debe interpretarse como un intento constituyente de aplicar al ámbito del derecho administrativo (empleo público) los principios del derecho laboral, en la medida en que ellos resulten compatibles con las características propias del derecho administrativo, en particular, con el régimen jurídico del personal del Estado.

La idea subyacente de la Constitución es que la relación de empleo público también configura una relación laboral, de ahí la justificación de trasladar principios propios del derecho del trabajo al derecho administrativo, siempre que resulte lógico y razonable.



### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Complementario de esta visión es el juicio derivado de la experiencia, según el cual el Estado, como empleador y ajeno a toda idea de ejemplariedad, reproduce las prácticas abusivas que, lamentablemente, han prosperado en el ámbito privado y ante las cuales el derecho laboral ofrece soluciones y respuestas, en principio aplicables al derecho administrativo.

No se me escapa que esta tarea de integración es difícil. Se trata, al fin, de un desafío constitucional, pero que tiene una base posible de concreción en los conceptos *prima facie* comunes a ambas ramas, así el concepto de “remuneración”, tal como ya lo destacué en el caso “Farías, María Antonieta y otros c/ GCBA - Secretaría de Educación” (EXP n° 1315/0).

VI.2. Ahora bien, uno de estos principios laborales básicos es la regla “*in dubio pro operario*”, que constituye una directiva dada al juez o al intérprete de un texto jurídico para que opte por el sentido normativo más favorable para el trabajador.

Este principio se expresa en el art. 9, LCT, que establece: “*En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador*”.

La dogmática laboral ha sostenido, al respecto, que “*El principio pro operario (protectorio) debe orientar al intérprete en caso de duda sobre el sentido de la norma laboral, sin perjuicio de armonizar la solución con el resto del ordenamiento. En todo caso debe buscarse la interpretación más valiosa de acuerdo con la finalidad protegida, y cuando surja una duda insuperable sobre el alcance de una disposición legal (...) debe elegirse aquella solución que sea más favorable al trabajador (art. 9, LCT)*.” (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos: “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, p. 166).

Concluyo que este principio es aplicable al régimen jurídico del empleo público, puesto que no encuentro razones ostensibles del régimen del derecho administrativo que impidan hacerlo. Es clara la relación de desigualdad que existe entre el Estado (empleador) y el agente laboral (trabajador), de ahí que, dado que una de las funciones del derecho laboral consiste en intentar equilibrar la desigualdad existente entre las partes de la relación de trabajo, procede la aplicación del principio “*in dubio pro operario*” al caso examinado.

Finalmente, es importante señalar que esta regla del derecho laboral encuadra en forma armónica con los principios que, de conformidad con el art. 2, ley 471 (Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), son aplicables al régimen jurídico de empleo público local.

VI.3. Es preciso destacar, de forma complementaria, que el principio “*in dubio pro operario*” forma parte de una tendencia que cruza transversalmente todo el derecho, y que puede apreciarse en diversos ámbitos jurídicos. Esta tendencia lleva a construir conceptos doctrinarios y principios con el objetivo de eliminar las desigualdades en el ejercicio de los derechos individuales y se expresa, por lo general, en disposiciones legales de protección al más débil o vulnerable.

Una de tales herramientas es la regla hermenéutica que impone seguir la interpretación del texto jurídico que favorezca a la persona que se encuentra en la situación más desfavorecida.

Se pueden mencionar, como ejemplos, las siguientes reglas:

a) La regla de derecho privado “*favor debitoris*”, que ha sido definido, en general, como “*un precepto residual que debe ser entendido en el sentido de la protección de la parte más débil del contrato. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.*” (Alterini, Atilio A. y Lopez Cabana, Roberto M., sobre la base de la ponencia presentada al Congreso Internacional sobre “*Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*”, organizado por el Colegio de Abogados de Lima, Perú (5 al 7/9/88), publicado en Doctrina Judicial, t. 1989-I, p. 817, citado por los mismos autores en “*Derecho de Daños*”, La Ley, Buenos Aires, p. 85).

b) En materia de derecho procesal, cabe destacar lo dicho por esta Sala en la causa “Verseckas, Emilia María c/ GCBA (Hospital General de Agudos “Cosme Argerich” – Secretaría de Salud) s/ daños y perjuicios”, expte. 3902, sentencia del 8/3/2004: según lo dicho, el criterio general sobre carga de la prueba fijado por el art. 301, CCAyT (y su concordante, art. 377, CPCC Nación) se encuentra *prima facie* flexibilizado de varias maneras, a fin de materializar el principio “*pro damnatio*” o “*favor victimae*”, que tiene un ámbito de aplicación general a todo el derecho positivo. Tal como ha señalado Sebastián Picasso (“La prueba en el proceso de daños”, exposición en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, mayo de 2001) hay que tener en cuenta las presunciones legales, las presunciones *hominis* (cfr. art. 163, CPCC Nación, a su vez receptado por el art. 145, primer párrafo posterior al inc. 9, CCAyT), el deber de colaboración de las partes en el proceso y, por último, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, según la cual la carga de la prueba de un hecho debe ser puesta en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones para producirla (cfr. esta Sala en las causas “Banco Río de la Plata S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, expte. RDC n.º 138/0, sentencia del 2 de septiembre de 2003, y “G.C.B.A. c/CIMA S.A. y otros s/cobro de pesos”, expte. EXP. n.º. 5162/0, fallo del 12 del mes de diciembre de 2003).





### ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

c) En cuanto al derecho de los consumidores, esta Sala, en la causa “Provincia Servicios de Salud SA c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, expte. RDC n° 133/0, sentencia del 7/10/2003, destacó que la ley de Defensa del Consumidor aporta elementos adicionales para dilucidar las cuestiones que se debatan en este especial tipo de proceso, ya que contiene en su texto principios hermenéuticos claros que imponen la interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3 y 37 de la ley 24.240).

d) El principio “*pro homine*” del derecho internacional de los derechos humanos, según el cual debe estarse a la interpretación que ofrezca la visión más sólida y extensa de un derecho fundamental.

El sentido común de estas reglas es el de garantizar la igualdad efectiva para personas en situaciones desventajosas, sentido claramente presente en el texto constitucional.

En este sentido el art. 75, inc. 23, CN dispone que es atribución del Congreso “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trabajo, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”.

De igual forma hay que tener en cuenta la referencia a la justicia social contenida en el inc. 19 del nuevo art. 75, CN, expresión que ya formaba parte de nuestra cultura y tradición constitucional. Al respecto, cabe recordar un clásico precedente de la Corte, “*Miguel Ángel Bercaitz*” (Fallos: 289:431), donde tuvo intervención Sampay en su calidad de conjuez. Allí se destacó: “*Y como esta Corte lo ha declarado, “el objetivo preeminente” de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el “bienestar general” (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme su excelsa dignidad*”.

*En el ámbito local, debe tenerse en cuenta la visión general de igualdad que presenta el art. 11, CCABA: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.*

VII. Según todo lo expuesto, resulta razonable aplicar a este caso el referido principio *in dubio pro operario*, con el propósito de alcanzar —dentro del marco jurídico-constitucional local—, la solución más justa al problema jurídico planteado, que excede por su peculiaridades la diversidad de los casos puntuales hasta ahora examinados por este tribunal.

VIII. Tal como ya indiqué al inicio del punto VI, debe darse una protección precautoria, aunque diferente a la requerida. En este sentido, no debe perderse de vista que, tal como se ha señalado de manera reiterada, conforme el art. 184, CCAyT, esta alzada se encuentra facultada para disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho o interés que se intenta proteger. Ello, con el objeto de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de esos derechos o intereses (esta Sala, *in re* “Sandoval Elveride c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 6591/0, resolución del 25/2/03; “Guerrero, Silvia Noemí c/ OSCBA s/ Amparo”, EXP n° 7886/0).

IX. En este orden de consideraciones, se muestra ajustado a derecho y a las características del caso hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad y, en consecuencia, modificar el alcance de la medida otorgada en la instancia originaria en lo concerniente a su aspecto temporal, de forma tal que los efectos de la cautela dispuesta se extiendan —conforme, a su vez, lo solicitado por el gobierno en su agravio subsidiario (fs. 131 vta./2)— hasta la realización del censo acordado entre el gobierno y la representación sindical (punto 1 del acta firmada el día 8 de enero de 2008 en la sede de la Subsecretaría de Trabajo, fs. 71).

En consecuencia, dicho censo no deberá abarcar únicamente a los contratos vigentes, sino también a los comprendidos en este pronunciamiento, esto es, los celebrados durante el año 2007 que previeron su fecha de finalización para el día 31 de diciembre de 2007 y que no han sido renovados. De tal forma podrá verificarse que, efectivamente,



***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*“ltlodo aquel que no esté realizando un trabajo útil para el vecino no [sea] renovado”*  
(cfr. punto 1 del acta ya citada; el resaltado no está en el original).

X. La solución que propongo no impide que, concluidos los efectos de la medida aquí propiciada, el juez disponga —si se dan las condiciones procesales para ello— lo que estime cautelarmente procedente, de forma colectiva o individual.

Considero que esta forma de resolver la medida precautoria es la que mejor armoniza los distintos intereses y valores en juego, de una manera prudente y equilibrada, conjugando las dimensiones sociales (derechos de los trabajadores) y públicas (el interés del Estado) comprometidas en el litigio.

Finalmente, mi propuesta consiste en extender a las situaciones aquí debatidas, la solución ya acordada entre el Poder Ejecutivo y la representación gremial (fs. 71), solución cuya legalidad no es objeto de discusión en esta causa y que ha sido el resultado del consenso entre aquellos actores.

En mérito a las consideraciones vertidas, normas, jurisprudencia y doctrina citadas, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal; por mayoría de sus integrantes el tribunal **RESUELVE**: 1) Hacer lugar a la apelación y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento apelado. 2) Con costas a la vencida (arts. 62 y 63, CCAyT).

Notifíquese a la señora Fiscal de Cámara y devuélvase. Encomiéndase al juzgado el cumplimiento de las restantes notificaciones, conjuntamente con la providencia que haga saber la devolución de los autos.-