Expte. n° 8290/10 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Izaguirre, Graciela c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)"

Buenos Aires, 8 de febrero de 2012

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. La Sra. Graciela Izaguirre promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) con el objeto de impugnar la disposición nº 1.970/09 del Director General de Personal Docente y No Docente del Ministerio de Educación —que la intimó a iniciar el trámite jubilatorio en la ANSES por reunir los requisitos legalmente exigibles y no estar en condiciones de solicitar la permanencia en actividad (fs. 16)— con fundamento en que ésta resultaría violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley (fs. 1/9 vta de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

El GCBA contestó demanda negando la procedencia de la vía de amparo y sosteniendo la legalidad de la disposición impugnada (fs. 76/83 vta.).

2. La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda (fs. 137/138vta.). Declaró la nulidad de la disposición nº 1970/09 pues entendió que el acto había encontrado apoyo en una norma contraria al principio constitucional de igualdad ante la ley, en la medida que establecía un límite etario distinto para hombres y mujeres. En este sentido, por un lado, recordó que según la normativa aplicable "*tendrán derecho a acceder a la jubilación cumplida la edad de sesenta (60) años los varones y cincuenta y siete (57) años las mujeres (confr. ley nº 24.016)*" y que la solicitud para continuar en actividad "*se otorga por una sola vez y no podrá extenderse por más de tres años*" (confr. art. 35 del Estatuto Docente). Por otro, destacó que según "*la interpretación efectuada por la Administración al dictar la disposición 1970-DGPDYND-09*" la actora "*se vería imposibilitada de solicitar (…) prórroga dado que supera la edad de sesenta años; a diferencia de un docente varón que podría, prórroga mediante, trabajar hasta los sesenta y tres años*". Frente a esa distinción, la sentencia anuló el acto impugnado en resguardo de los principios del derecho laboral y las

normas constitucionales e internacionales que vedan la desigualdad de trato en razón de sexo (fs.138 vta.). Impuso las costas a la vencida.

3. El pronunciamiento fue apelado por el GCBA (fs143/151vta) y la actora contestó los agravios (fs. 155/156 vta.).

La Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario opinó que correspondía hacer lugar a la apelación y revocar la sentencia porque, sostuvo, del precedente de la CSJN *"Gemelli Esther Norma c/Anses s/reajustes por movilidad"* del 28/11/2005, debía concluirse que para los docentes se aplica la ley nº 24016 —que es un estatuto especial y autónomo— y solo en situaciones no regladas puede aplicarse el régimen general de la ley nº 24.241.

La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia de grado, con costas (fs. 165/168)

Para así decidir, analizó si la diferencia etaria establecida en el artículo 3 de la ley nº 24.016 en razón del género —sesenta (60) años los varones y cincuenta y siete (57) las mujeres— es constitucionalmente admisible y consideró que no hay *"razones concretas que sustenten la distinción entre hombres y mujeres a los fines de acceder al beneficio jubilatorio, circunstancia que culmina por no revertir la presunción de inconstitucionalidad que afecta la norma"* (fs. 167*).* Concluyó que *"cabe asimilar la edad jubilatoria de la actora a la prevista para el caso de los docentes hombres. En tal aspecto, en base a lo previsto por el art. 35 del Estatuto Docente en tanto dispone que '[l]os docentes que hayan cumplido las condiciones requeridas para la jubilación ordinaria en su máximo porcentaje podrán solicitar a la autoridad competente continuar en situación activa. Este resolverá en definitiva.- La autorización se otorgará por una sola vez y no podrá extenderse por más de tres años…'"* (fs. 168).

4. Disconforme, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad fundado en la doctrina de la arbitrariedad, en la afectación del debido proceso y la defensa en juicio, en la transgresión del principio de división de poderes —en particular, de las potestades del Poder Ejecutivo (artículos 102 y 104 de la Constitución de la Ciudad)— y en la vulneración del principio de legalidad y del derecho de propiedad (fs.172/189 vta.).

La actora contestó el recurso (fs.194/196), que fue declarado inadmisible por la Cámara por considerar que no se había logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional y que la discrepancia del recurrente no era suficiente para calificar a la sentencia de arbitraria. (fs.198/200 vta).

5. La denegatoria dio lugar a la interposición del recurso de queja ante el Tribunal (fs. 63/84 del expte nº 8290).

El Sr. Fiscal General Adjunto, en su dictamen (fs. 91/92 vta. del expte nº 8290) propició el rechazo del recurso articulado por el GCBA en virtud de que "*se reiteran los planteos propuestos en las instancias de mérito, sobre la interpretación y aplicación al caso, de normas infraconstitucionales"* (fs. 92 y vuelta).

Fundamentos:

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La presente queja fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley nº 402 (por decreto nº 521-PEN-2011 el 22/08/2011 debe considerarse día inhábil).

2. En el recurso de inconstitucionalidad que se intenta sostener ante este Estrado, el GCBA cuestionó la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT que confirmó el pronunciamiento de primera instancia que hizo lugar parcialmente a la acción de amparo deducida y, en consecuencia, declaró la nulidad de la disposición nº 1970/09. En particular, consideró inconstitucional la aplicación, en perjuicio de la actora, de la diferencia en razón de género establecida en el art. 3 de la ley nº 24.016 y, a partir de ello, coligió que el requisito de edad para la solicitud de permanencia en la actividad —contemplada en el artículo 35 del Estatuto del Docente Municipal (Ordenanza nº 40.593)— debía ser el mismo que para los docentes varones.

La recurrente se agravió con fundamento en que:

a) en el caso no se encontrarían reunidos los recaudos exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCABA), dada la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el acto administrativo impugnado —disposición nº 1.970/09 que intimó a la actora a jubilarse— que fue dictado conforme la legislación vigente en materia de jubilación docente (ley nº 24.016);

b) lo decidido vulneraría el principio de división de poderes, al afectar potestades administrativas relacionadas con la organización de sus propias estructuras y la designación de los agentes de la administración (arts. 102 y 104, inc. 2, CCABA);

c) el pronunciamiento apelado no constituiría una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa porque prescinde de la normativa aplicable, la ley nº 24.016, que es el sistema jubilatorio vigente para el universo docente, de acuerdo con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*:

"*Gemelli, Esther N. c. Administración Nac. de la Seguridad Social*" (*Fallos*: 328:2829).

3. Respecto del planteo vinculado a la improcedencia de la vía de amparo, entiendo que la queja debe ser desestimada toda vez que la demandada no ha logrado configurar un genuino caso constitucional que habilite esta instancia recursiva extraordinaria.

Si bien el GCBA insiste en señalar que en el *sub examine* la pretensión esgrimida por la actora no era pasible de ser tramitada por el cauce procesal previsto en el art. 14 de la Constitución local en tanto no se habría logrado demostrar la *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* del acto administrativo cuestionado, sus argumentaciones no logran poner en evidencia el perjuicio concreto que le habría causado el trámite del presente proceso por la vía del amparo. En efecto, la demandada ni siquiera enuncia qué defensas se habría visto privada de ejercer o qué prueba se habría visto impedida de producir, en desmedro de la posición que sustenta. De ese modo, en la medida que no demuestra que tal cuestión se proyecte sobre la decisión final del pleito, el argumento ensayado se torna lábil e impide a este Tribunal adentrarse en la valoración de una cuestión de naturaleza procesal.

4. Igual suerte debe correr el genérico planteo del Gobierno mediante el cual intenta postular que la sentencia resistida —en cuanto declaró la nulidad de la disposición nº 1970/09— produciría una afectación al principio de división de poderes.

En este punto los argumentos expuestos no logran acreditar que el control judicial realizado por los jueces de mérito respecto del acto administrativo dictado por Director General de Personal Docente y No Docente del Ministerio de Educación y el análisis de sus elementos, en particular el derecho aplicable [art. 7 inc. b) y c) de la LPA], haya excedido el marco propio de la intervención que le está asignada al Poder Judicial por la Constitución de la Ciudad. Así, entonces, no ha quedado demostrada la relación directa e inmediata que existiría entre el pronunciamiento cuestionado y las normas constitucionales invocadas.

Tal como se señalara en numerosas oportunidades, la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento y su relación directa con el basamento fáctico de la causa, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional para acceder a este estrado, el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (cf. este Tribunal *in re*: "*Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja*", expte. nº 131/99,

sentencia del 23/02/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, ps. 20 y siguientes).

5. Sin perjuicio de lo expuesto, es posible advertir que el GCBA demandado —más allá del encuadre que formal que quepa dar al agravio— procura resistir, concretamente, la decisión de la Cámara que se tradujo en la no aplicación al caso del art. 3º de la ley nº 24.016 que establece un distinto tratamiento entre hombres y mujeres en iguales circunstancias, por considerar que dicha regulación se encuentra en pugna con normas de jerarquía constitucional.

Esta circunstancia permite entender que, al menos en este punto, el debate ventilado en el pleito versa sobre una *cuestión constitucional*, en los términos que exigen los arts. 113, inc. 3, de la CCABA y 27 de la ley nº 402 para el andamiento de la vía extraordinaria local intentada, teniendo en cuenta además la doctrina jurisprudencial del precedente *"Juan Roque Di Mascio"* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*: 311:2478).

5.1. Como se consignó en el punto 2 precedente, en el decisorio resistido se concluyó que la disposición nº 1970/09 era nula en tanto constituía un acto discriminatorio prohibido por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75 inc. 22, CN) y violatorio de la garantía de igualdad (arts. 16, CN y 11, CCABA). Es decir que los jueces efectuaron una interpretación —siempre dentro del régimen especial para la actividad docente dispuesto por la Ordenanza nº 40.593 y por la ley nº 24.016— en el sentido de que "*las condiciones requeridas para la jubilación ordinaria en su máximo porcentaje*" previstas en el 35 del Estatuto para que la actora solicite la continuación en situación activa, debían igualarse a las establecidas en el art. 3 de la ley nº 24.016 para los docentes varones.

5.2. En este contexto, estimo que la recurrente ha expresado su discrepancia con la solución alcanzada mas no ha logrado rebatir razonadamente la decisión resistida. En otras palabras, cabe concluir que el tribunal *a quo* arribó a la solución del caso con fundamentos que le confieren base jurídica y ellos no han sido puestos en crisis a raíz de la impugnación recursiva intentada.

En particular, la Cámara resaltó que la demandada no había cumplido con la carga de aportar las razones que justifiquen el diferente trato que se consagra mediante la aplicación de una distinción —diferente edad exigida para acceder al beneficio jubilatorio entre mujeres y varones (art. 3 de la ley nº 24.061)— establecida, en principio, para colocarla en una situación personal más favorable —tener menos años (57) para acceder al beneficio—.

En síntesis, no se pasa por alto que la distinción de edad pudo haber sido establecida *en favor de las docentes mujeres* para que accedieran en forma más temprana al *beneficio jubilatorio*; pero en el escenario actual, donde por diversas causas las docentes mujeres aspiran a prolongar el ejercicio de su actividad o profesión, no puede convalidarse que la referida distinción provoque, en lo hechos, una *discriminación perjudicial* para la amparista que limite el ejercicio de su derecho a la carrera frente a sus colegas de sexo masculino, claro está, en igualdad de circunstancias [cf. arts. 16, CN y 11, 36 y 43 de la CCABA y doctrina de este Tribunal *in re*: *"Sandez, Carlos Armando c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad",* expte. nº 482/00, sentencia del 29 de noviembre de 2000 (en *Constitución y Justicia*, Fallos del TSJ, Tomo II, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 417 y ss.)].

A partir de lo expuesto, comparto y hago propias las consideraciones sustanciales y concordantes que esgrimiera sobre el tema mi colega el Dr Luis F. Lozano al emitir su voto *in re*: *"Zdanevicius, Luisa Laimute c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"*, expte. nº 6749/09, sentencia del día 25 de noviembre de 2009.

En suma, los agravios vertidos sobre esta cuestión por la demandada no pueden tener favorable acogida.

Por las razones expuestas, me pronuncio por admitir parcialmente la queja incoada por el GCBA y rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido, con costas.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José Osvaldo Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA.

2. Los fundamentos expuesto en los puntos 3 a 5.1 del voto del Sr. juez de trámite me convencen de declarar admisible la queja y desestimar por improcedente el recurso de inconstitucionalidad. En efecto, como bien señala mi colega en los puntos 3 y 4 de su voto, ni el

planteo sobre la idoneidad de la vía del amparo, ni la alegada afectación de la división de poderes, gozan de andamiaje y sustento argumentativo como para considerarlos una crítica concreta y razonada de envergadura constitucional aun cuando ese sea su tópica.

3. Por otra parte, tal como señala el juez de trámite en el punto 5 y siguientes de los fundamentos de su decisión, el planteo que realiza el GCBA sobre la no aplicación al caso del art. 3 de la ley 24.016 propone un caso constitucional. En efecto, la diferencia etaria establecida por el art. 3 de la ley 24.016, correctamente analizada por el tribunal superior de la causa, establece sobre los hombros del impugnante la carga alegatoria que permita sortear el test de estricto escrutinio sobre una clasificación normativa sospechosa de resultar lesiva del derecho a la igualdad al establecer una discriminación inválida. El impugnante esta lejos cumplir con esa tarea. Dicho de otro modo: el GCBA no nos dice a qué obedece la distinción paternalista que establece la cita norma, en la que subyace una concepción de situación irregular de la mujer. A mayor abundamiento, sobre esta clase de distinciones remito a lo expresado en mi voto en *in re*: *"Zdanevicius, Luisa Laimute c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"*, expte. nº 6749/09, sentencia del día 25 de noviembre de 2009).

4. Por los fundamentos expuestos, voto por declarar admisible la queja y desestimar por improcedente el recurso de inconstitucionalidad.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Coincido con el juez Casás en que la queja debe ser rechazada en relación con los planteos dirigidos a controvertir la idoneidad del amparo como vía procesal para sustanciar este pleito. Ello así, porque, tal como indica mi colega, el GCBA no ha acreditado que las reglas de organización del debate propias del proceso de amparo hayan menoscabado su derecho de defensa proyectando efectos en la sentencia definitiva. Esa circunstancia provoca que los agravios esgrimidos remitan, exclusivamente, al análisis de una cuestión meramente procesal ajena al ámbito del recurso interpuesto (cf. mi voto *in re* "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29 de noviembre de 2006, entre muchos otros).

2. En cambio, al igual que el juez de trámite, entiendo que el recurrente también impugna la sentencia del *a quo* en cuanto, para

hacer lugar parcialmente al amparo, resolvió no aplicar al caso las previsiones legales que establecen diferencias entre el régimen jubilatorio de hombres y mujeres —en lo que ahora importa computar la posible prórroga de la jubilación desde los sesenta años para los varones y desde los cincuenta y siete para las mujeres— por haber estimado que ese diverso trato vulnera la garantía de igualdad. A ese respecto, y dado que no se encuentra controvertido que la resistida intimación para jubilarse fue dirigida a una docente mujer de sesenta años (fs. 1 vta. y 39) —extremo que implica, según lo resuelto por las instancias de mérito, haber estimado agotada la máxima permanencia en actividad permitida (tres años) computándola desde la edad jubilatoria mínima de la mujer (57 años)— remito en lo pertinente a las razones que expuse al votar en la causa "Zdanevicius, Luisa Laimute c/ GCBA s/ amparo (art.14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6749/09, sentencia de este Tribunal del 25 de noviembre 2009, que son suficientes para rechazar los agravios del GCBA en resguardo de la garantía de igualdad que la accionante ha reclamado en autos.

Por ello, oído el Sr. Fiscal General adjunto, voto por hacer lugar parcialmente a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Costas a la vencida.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:

1. Admitir parcialmente la queja **y rechazar** el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

2. Imponer las costas a la vencida.

3. Mandar que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.