

Expte. nº 8521/11 “GCBA s/
queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado
en ‘Seleno S.R.L. c/ GCBA s/
impugnación de actos
administrativos’”

Buenos Aires, 24 de agosto de 2012

Visto: el expediente indicado en el epígrafe,

resulta:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) plantea ante el Tribunal una queja (fs. 66/80) dirigida a cuestionar la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 348/349 de los autos principales, a los que corresponde –salvo indicación en contrario- la numeración que se consigna en lo sucesivo) que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad que el GCBA planteara (fs. 323/335 vuelta) contra el fallo de la alzada (fs. 318/320 vuelta) que confirmó el de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda impetrada por Seleno SRL con el objeto de que se declare la nulidad de la Disposición N° 288/2005, de la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro (fs. 288/290 vuelta).

Previo traslado del recurso de inconstitucionalidad a la parte actora (que fue contestado a fs. 343/346), la Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió no concederlo, ya que “*los argumentos vertidos por la recurrente no atacan ni refutan el decisorio en cuestión, sino que sólo se limitan a disentir en líneas generales con la sentencia de alzada...*” (fs. 348), “*no se verifica la concurrencia de un caso constitucional...*” (fs. 348 vuelta), ni se configuraba un supuesto de sentencia arbitraria (ídem).

2. En el caso, Seleno SRL interpuso una demanda contra el GCBA para que se declarara: A) la nulidad de la Disposición N° 288/2005, de la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro (en adelante: DGFOC); y B) que las obras realizadas en el inmueble de la calle Nueva York 4466/68/70 de esta Ciudad, se ajustaban a lo dispuesto en el párrafo d) del artículo 6.3.1.2 del Código de Edificación (fs. 1/7).

Posteriormente solicitó que, cautelarmente, se dispusiera la suspensión de la ejecución del acto cuestionado y de la Disposición N° 3765/2005 que, al rechazar la revocatoria que Seleno SRL planteara contra el acto anterior, lo intimó a demoler lo construido (fs. 45/48).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la suspensión cautelar (fs. 178/179 vuelta).

El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 228/236 vuelta).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, con costas (fs. 288/290 vuelta).

3. El GCBA interpuso recurso de apelación (fs. 294) y expresó agravios (fs. 303/313). Como se mencionó en el punto 1, la Sala II confirmó la sentencia (fs. 318/320 vuelta).

4. Contra lo resuelto, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 323/335 vuelta).

5. Denegado el recurso mediante la sentencia mencionada *supra*, el GCBA planteó en el recurso de queja que *“la resolución que desestimó el recurso de inconstitucionalidad incurre en arbitrariedad normativa pues omitió el tratamiento de las siguientes cuestiones decisivas y que determinaban que nos encontráramos ante un genuino caso constitucional. / - Que en la especie se encontraba controvertida la interpretación y aplicación de los arts. 27 inc 7, 29, 102, 104, inc 2, 9, 11, y 21, art. 105 inc. 6 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.- / - Que la parte que represento articuló el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Alzada porque consentir dicho pronunciamiento, estaríamos avalando la intromisión del Poder Judicial dentro de la órbita de acción que le compete a la Administración en tanto debe velar por el cumplimiento y acatamiento de las normas vigentes sancionadas por la legislatura (art.102, 104 inc 11, 105 inc 6).- / - Que la intromisión citada implica el avasallamiento del principio republicano de división de Poderes establecido por el art 1 de la Carta Magna local y su cimiento el art. 1 de la Constitución Nacional.- / - Que al resolver como lo hizo, la Alzada privó al Gobierno de la Ciudad de velar por el cumplimiento de las normas vigentes, sobre las cuales no recae ninguna tacha de inconstitucionalidad que las torne inaplicables al caso.- / - Que el pronunciamiento adverso del A Quem no hizo sino evitar la revisión de una sentencia de fondo cuyos argumentos entran en contradicción con lo fallado y por lo tanto deviene arbitraria in sé.- / Todas estas cuestiones, que no fueron tratadas por la Excm. Cámara en el auto denegatorio, determinan con creces que mi conferente demostró con creces la existencia de un genuino caso”* (fs. 67 y vuelta, legajo de la queja)

6. El Fiscal General Adjunto propicia el rechazo del recurso de hecho *“pues el recurso de queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues -en ambas ocasiones- no ha*

logrado exponer fundadamente un caso constitucional, sino más bien incluyen un reproche genérico de la sentencia recurrida y una mera mención de disposiciones constitucionales. / Por el contrario, en la queja se limita a transcribir, parcialmente, lo expuesto en la pieza mediante la cual interpuso el recurso de inconstitucionalidad y a reiterar, genéricamente, que la sentencia de la alzada afecta derechos de raigambre constitucional, sin demostrar que exista relación directa entre lo decidido por la Cámara y las disposiciones que menciona” (fs. 129/130 vuelta).

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que la sentencia de la Cámara no constituye una derivación razonable del derecho vigente aplicado a las constancias de la causa.

2. La Cámara declaró la nulidad de la Disposición nº 288–DGFOC-2005 (y la de su confirmatoria, la Disposición nº 3765–DGFOC-2005, cf. las fs. 93/93vuelta del expte. 16943/0) mediante la cual se había “intim[ado] al propietario [del inmueble ubicado en la calle Nueva York 4466/68/70] a que en el plazo de treinta (30) días proced[er]a a regularizar la situación de la finca, bajo apercibimiento de proceder a la aplicación de una multa y a la ejecución de los trabajos por la administración y a su costa, sin perjuicio de aplicación de multas periódicas cada treinta (30) días hasta que se materiali[zas]en los trabajos intimados, conforme establece el Artículo 2.2.5.2. ‘Demolición o regularización de obras en contravención-Trabajos de emergencia’ del Código de la Edificación.// La situación se regulariza: DEMOLIENDO LAS OBRAS NO REGLAMENTARIAS QUE EXCEDEN LOS 100 M2 ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 6.3.1.2 ‘OBRAS EN CONTRAVENCIÓN’ DEL CÓDIGO DE LA EDIFICIACIÓN” (cf. las fs. 52/52vuelta del expte. 16943/0). Para así decidir, sostuvo que esos actos carecían de “causa” porque la Administración no había demostrado que las construcciones realizadas en la mencionada finca, en contravención a lo que prevé el Código de Edificación, afectasen la seguridad, la salubridad o la estética edilicia; requisito que, en la interpretación que hizo el *a quo* del artículo 6.3.1.2. de ese Código, resultaba indispensable para la emisión de un acto de esas características. En palabras de la Cámara, “...quedando establecido que la construcción antirreglamentaria supera los 100 m2, la cuestión remanente se ciñe a determinar si se afectan la seguridad, la salubridad o la estética, pues ese y no otro debió ser el análisis

encarado por la DGFOC al tiempo de resolver la solicitud.// Ahora bien, de los considerandos de la disposición atacada se advierte que únicamente se ha analizado el metraje de la obra antirreglamentaria, sin que se haya procedido a completar el estudio de los aspectos comprometidos en los parágrafos a), b) y c) del art. 6.3.1.2 del Código de Edificación” (fs. 318/320 vuelta).

3. El art. 6.3.1.2 del Código Edificación, cuyo texto no viene discutido resulta aplicable al *sub lite* (cf. las fs. 318vuelta/320 de la sentencia de Cámara), dice:

6.3.1.2. Obras en contravención

a) El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por intermedio de sus organismos competentes puede exigir que las edificaciones, estructuras como instalaciones que hayan sido alterados respecto de las condiciones en que les fuera otorgado el correspondiente permiso, sean retrotraídos a dicha situación originaria.

b) Puede asimismo disponer demoliciones y supresiones totales o parciales, cuando los hechos no declarados hagan que se vulneren normas de aplicación vigentes a la época de su ejecución, afectándose la seguridad, la salubridad o la estética edilicia, determinados tales aspectos por las oficinas de la especialidad o bien se resientan o se avancen sobre derechos y bienes jurídicos de linderos, condóminos y vecinos según dictámenes o fallos recaídos en actuaciones judiciales o administrativas en las que entiendan y se expidan las respectivas jurisdicciones, según se trate de bienes privados o públicos.

c) Las obras sin permiso previo, darán lugar a sanciones a profesionales, técnicos y empresas según las disposiciones del Código de la Edificación, en las que los mismos revisten como constructores, representantes técnicos o directores técnicos.

d) No serán de aplicación los parágrafos a), b) y c) en las siguientes situaciones:

(1) En aquellas construcciones sin declarar que no superen los 100 m².

(2) En las que se realicen en terrenos donde se localicen viviendas de uso unifamiliar, no pudiendo en este caso subdividirse la propiedad ni variar su destino de vivienda unifamiliar por cualquier otro, aunque éste se encuentre permitido en el distrito a que pertenece en cuya circunstancia la propiedad será retrotraída a su situación original.

(3) en las obras que se realicen para dar accesibilidad a las personas con discapacidad en las áreas comunes o propias de las viviendas multifamiliares, apto profesional, vivienda y apto profesional, en edificios públicos y en edificios privados de distintos destinos.

e) Toda obra que se ajuste a lo prescrito en el inciso anterior deberá ser aprobada por resolución del señor Secretario de Planeamiento Urbano.

f) Las obras sin permiso previo darán lugar a las siguientes penalidades:

(1) Sanciones a profesionales, técnicos y empresas según las disposiciones del Código de la Edificación, en las que los mismos

revisten como constructores, representantes técnicos o directores técnicos. Estas sanciones no serán de aplicación cuando el profesional o técnico actúe exclusivamente a los efectos de regularizar la construcción sin permiso.

(2) Recargo de 500 % (quinientos por ciento), en los "Derechos de Delineación y Construcción", para las obras antirreglamentarias y del 250 % (doscientos cincuenta por ciento), para obras reglamentarias.

4. Dos potestades distintas son las que prevén los incisos (a) y (b) de la norma transcripta.

El inciso (a) faculta a la Administración a exigir que aquellas "edificaciones y estructuras que hayan sido alteradas respecto de las condiciones en que les fuera otorgado el correspondiente permiso" sean retrotraídas a su situación original. Las acciones que deba adoptar el administrado para cumplir con esa orden van a depender, exclusivamente, de la alteración que hubiera sufrido la estructura o la edificación. Por ejemplo, si se realizó una destrucción de una obra existente deberá reconstruirla y, en cambio, si se realizaron ampliaciones, modificaciones o agregados corresponderá, en principio, su demolición para devolver a la construcción a su situación original.

El inciso (b), por su parte, habilita a la Administración a "disponer" (cf. la primera acepción de la RAE: "colocar, poner algo en orden y situación conveniente"), por sí, la demolición de las obras que allí se indican. Es decir, la Administración ejecuta el trabajo, la demolición, sin que medie intimación alguna.

4.1. Únicamente para el ejercicio de la segunda de esas potestades la Administración debe acreditar que las obras antirreglamentarias afectan "...la seguridad, la salubridad o la estética edilicia, determinados tales aspectos por las oficinas de la especialidad o bien se resientan o se avan[za] sobre derechos y bienes jurídicos de linderos, condominios y vecinos según dictámenes o fallos recaídos en actuaciones judiciales o administrativas en las que entiendan y se expidan las respectivas jurisdicciones, según se trate de bienes privados o públicos".

5. Si bien entendió la Cámara que las obras antirreglamentarias excedían los 100m² a que se refiere el punto (1) del inciso (d) del artículo 6.3.1.2, concluyó que los actos reseñados en el punto 2 de este voto resultaban inválidos porque la Administración no había demostrado que esas obras afectasen la seguridad, salubridad o la estética edilicia; razonamiento que no se ajusta a las reglas que anteceden.

Los actos administrativos que la parte actora viene impugnando no "disponen" la demolición de las obras en contravención (cf. el inciso b del artículo 6.3.1.2; ver el segundo párrafo del punto 4 de este voto),

sino que exigen "...al propietario [del inmueble ubicado en la calle Nueva York 4466/68/70] a que en el plazo de treinta (30) días proceda a regularizar la situación de la finca..."; intimación que, por lo demás, en el *sub lite* fue cursada con arreglo a las previsiones del art. 2.2.5.2. del Código de Edificación, cuyo texto dice:

La Dirección intimará en forma al Profesional, Empresa o al Propietario responsable dentro de plazos adecuados a las características de los trabajos a realizar la demolición o regularización según corresponda de una obra realizada en contravención a las disposiciones vigentes, como asimismo ordenará la ejecución de aquellos trabajos que resulten imprescindibles para evitar los perjuicios que se puedan ocasionar como consecuencia de las demoliciones y trabajos intimados. La falta de cumplimiento de la intimación al vencimiento del plazo fijado dará lugar a la aplicación de una multa al Propietario y a la sanción que corresponda al Profesional o Empresa intervinientes si los hubiere, remitiéndose las actuaciones a la pertinente dependencia industrial de la Comuna para que proceda a llevar a cabo los trabajos intimados por la administración y a costa del propietario dando prioridad a los casos que revistan carácter de urgentes por razones de seguridad, salubridad o estética pública, procediéndose con el mismo temperamento con los demás dentro de las posibilidades que su capacidad laborativa se lo permita. Respecto de las actuaciones comprendidas en este ultimo caso precedentemente nombrado, en el interín existente ante la fecha de aplicación de la primera multa y la correspondiente a la finalización de los trabajos intimados dicho Ente Industrial reiterará la aplicación de nuevas multas cada treinta (30) días mientras no reciba comunicación por escrito del Propietario de que efectuó la corrección de las contravenciones observadas.

En ese marco, no le resultaba exigible a la Administración acreditar que se encontrara comprometida la seguridad, la salubridad o la estética edilicia.

A su vez, y conforme lo señalado en el primer párrafo del punto 4 de este voto, nada agrega que la forma de "regularizar" en el *sub lite* sea demoler. Ello así, porque la Administración no ha hecho uso de las facultades del inciso (b) del art. 6.3.1.2 ejecutando las obras por si, sino que ha intimado al Administrado a que retrotraiga la mencionada obra a las condiciones en que fue otorgado el correspondiente permiso.

6. Sentado ello, corresponde devolver la causa a la Cámara para que, por otros jueces, se resuelvan, observando la doctrina aquí sentada, los planteos del GCBA (cf. las fs. 303/313) dirigidos a controvertir la sentencia de primera instancia de fs. 288/290vuelta. Ello así, toda vez que esos planteos remiten a la valoración de extremos de hecho y prueba, materia ajena a la competencia revisora de este Tribunal y propia de los jueces de mérito.

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 318/320vuelta; y devolver la causa a la Cámara para que, por otros jueces, se resuelvan, observando la doctrina aquí sentada, los planteos del GCBA de fs. 303/313. Costas a la vencida.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José Osvaldo Casás dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis Francisco Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del Dr. Lozano, y me permito agregar unas breves consideraciones.

2. El fallo de Cámara consideró que el acto administrativo impugnado (resolución n° 288/DGFOC/05) resultaba nulo por vicios en su causa, pues se había limitado a analizar el metraje de la obra antirreglamentaria pero no había completado el estudio de los aspectos comprendidos en los párrafos a), b) y c) del art. 6.3.1.2 del Código de Edificación, que —según la Cámara— le imponían la obligación de dilucidar si se encontraba afectada la seguridad, salubridad o estética edilicia.

Sin embargo, el tribunal *a quo* no indicó por qué el examen realizado en su momento por el legislador para establecer, con carácter general, limitaciones y exigencias reglamentarias a la construcción, no resulta suficiente para conferirle razonabilidad al acto administrativo impugnado. Y es que las restricciones contenidas en los Códigos de Edificación y de Planeamiento Urbano no han sido establecidas por motivos caprichosos o arbitrarios, sino que son el resultado de análisis técnicos que han concluido que las obras a realizarse deben respetar ciertos recaudos imprescindibles para una adecuada habitabilidad, no solo de la obra nueva sino también del entorno en el que está enclavada, lo cual genera una doble obligación: de acatar a los particulares, y de hacer respetar a la Administración Pública mediante el ejercicio del poder de policía.

Por estos motivos, y los expuestos por el Dr. Lozano en su voto, considero que la sentencia de Cámara le impuso a la Administración Pública una exigencia adicional (acreditar que en el caso concreto se encontraba comprometida la seguridad, salubridad o estética edilicia) que no surgía de la normativa aplicable ni resultaba imprescindible para

sustentar la razonabilidad del acto, lo cual resulta arbitrario y lesivo del derecho al debido proceso de la demandada.

3. En virtud de lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de Cámara de fs. 318/320 y devolver las actuaciones a la Cámara para el dictado de un nuevo pronunciamiento por parte de jueces distintos a los que intervinieron previamente, habida cuenta la necesidad de analizar cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional ajenas al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva de carácter extraordinario; con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Admitir la queja y **hacer** lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas a la vencida.

2. Revocar la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 47/49 vuelta de la queja, correspondiente a fs. 318/320 vuelta del expediente principal) y **devolver** la causa para que, por otros jueces, se resuelvan, observando la doctrina aquí sentada, los planteos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de fs. 35/45 de la queja, correspondiente a fs. 303/313 del principal.

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

**Expte. nº 8521/11 “GCBA s/
queja por recurso de
inconstitucionalidad denegado
en ‘Seleno S.R.L. c/ GCBA s/
impugnación de actos
administrativos’”**